

Salud y Constitución

IDEAS FUNDAMENTALES

*Por Magdalena Ortega y Jorge Hagedorn**

I. Introducción

Debido a que los denominados derechos sociales –educación, salud, pensiones y vivienda, entre otros– han sido protagonistas no solo durante el estallido social, sino que también en las movilizaciones de los últimos quince años, es lógico pensar que uno de los ejes de la Convención Constitucional será el modo en que la próxima Constitución los aborde. Así, los derechos sociales, como herramienta jurídica para avanzar en la provisión de condiciones necesarias para el desarrollo de todas las personas, volverán al centro del debate público.

Sin embargo, dentro de todos los derechos sociales, la actual crisis sanitaria y un sinnúmero de carencias estructurales arrastradas por mucho tiempo han puesto a la salud y el consecuente derecho a esta –su acceso y protección– en el centro de la discusión. Una demostración de esto es el aumento de las listas de espera, que ya eran significativamente largas –es conocida la tragedia familiar que significa el llamado avisando que llegó el turno de operarse, de quien ya ha muerto en la espera– y que hoy por la pandemia han ido en aumento, por ejemplo: en cirugías no electivas, que hacen peligrar aún más el acceso de las personas a la salud.

Estructuralmente, los grandes problemas de salud en Chile son tres: la incapacidad del sistema estatal de prestar atención oportuna, los problemas de inequidad en el acceso y el riesgo financiero relativo al alto costo de una atención de calidad. Frente a esto, lo requerido es una modificación del sistema de salud –incluso un replanteamiento completo de este–, es decir, un diseño distinto de política pública. Sin embargo, una pregunta previa aún pesa: ¿De qué manera nuestra institucionalidad constitucional puede influir en este desafío?

Sin duda, habrá quienes promuevan un derecho a la salud provisto por el Estado –como dice Humberto Nogueira (2009)–, con gratuidad universal y quizás justiciable. Es nuestra opinión que hay otras

* Directora del Área Constitucional e investigador constitucional de IdeaPaís, respectivamente. Ambos autores agradecen especialmente los comentarios de Jaime Lindh, Pablo Valderrama, José Miguel González y Matías Petersen.

alternativas más deseables, como las metas solidarias, que abordan los derechos sociales de manera más justa, solidaria y eficiente. En este documento, buscaremos argumentar por qué y de qué manera las metas solidarias son el horizonte hacia el que deberíamos apuntar en materia de derechos sociales, particularmente a partir del derecho a la salud.

Para esto, en la primera parte haremos una breve introducción de los problemas que acarrea la noción de derechos sociales, para concluir que las metas solidarias son una fórmula más recomendable. Luego, abordaremos la idea misma del derecho a la salud, cómo se reconoce hoy en día y cuáles son las falencias del sistema de salud chileno actual. Finalmente, veremos de qué manera una meta solidaria en salud puede ser la vía para establecer el marco institucional necesario a fin de abordar de manera efectiva los problemas identificados y empezar a sentar las bases para la modificación de nuestro sistema de salud por uno más resolutivo, equitativo y solidario.

II. Sobre los derechos sociales y las metas solidarias

La manera en que la Constitución trate los derechos sociales, así como la definición que emplee de cada uno en particular, tendrá significativas consecuencias. Por un lado, está el conocido problema de la determinación del contenido esencial del derecho; por ejemplo, si en la Constitución se hablará de salud «digna», cabría preguntarse cuáles serían los estándares de esa «dignidad». Por otro lado, incide también en el diseño institucional posterior sobre el que tendremos que preguntarnos, por ejemplo, qué rol –si es que cabe alguno– pueden jugar las personas y la sociedad civil en la provisión de este derecho, en la flexibilidad para adaptar metas y la manera en que el derecho se desarrollará en el futuro.

Hasta ahora, la postura predominante en la doctrina, en la política y en la cultura general ha sido la de entender los derechos sociales –sobre todo los de segunda generación¹– como derechos subjetivos, generales, universales y justiciables. Por dar un ejemplo, el movimiento estudiantil, que tuvo su momento más álgido en 2011, tuvo como principal consigna justamente un derecho social entendido en estos términos: educación superior «universal, gratuita y de calidad», retórica que pretende justamente instaurar derechos en los términos mencionados. Desde entonces, este lenguaje de los

¹ Hay autores que categorizan de segunda o tercera generación, dependiendo de diversos factores. Sobre lo mismo, hay quienes proponen dejar de utilizar categorías que priorizan entre los diversos derechos, proponiendo una visión de indivisibilidad e interdependencia (por ejemplo, Bolet, Ana María (2016): «Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales», en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB, vol. 46, n° 124, pp. 17-32). El Tribunal Constitucional Chileno los ha reconocido como derechos «de prestación o de segunda generación» (STC Rol 976, 26 de junio de 2008, considerando 26°).

derechos ha estado muy presente en el debate público, y los movimientos ciudadanos han repetido consignas de una índole similar, traspasadas ahora y con más fervor al debate constitucional.

Sin embargo, esta postura predominante en el lenguaje de los derechos está lejos de estar exenta de críticas y de serias complejidades prácticas en su ejercicio. En esta línea, Mary Ann Glendon escribe en 1998 «El lenguaje de los derechos», haciendo un fino análisis de las problemáticas señaladas, especialmente sobre las consecuencias de concebir los derechos con significaciones universales, estatales y justiciables. Así, este lenguaje, que la autora describe como un verdadero «dialecto» –hoy común en la discusión pública–, presentará graves problemas en caso de ser incluido en el catálogo de derechos de una nueva Constitución, especialmente para alcanzar la prestación que se pretende.

Un primer problema consiste en que los derechos sociales redactados en estos términos estimulan anhelos poco realistas para los ciudadanos, ya que las necesidades pueden ser infinitas y los recursos, por definición, son limitados. En segundo lugar, este lenguaje tiende a incentivar a los gobernantes –en nuestro contexto criollo: los candidatos a la Convención Constitucional– a llenar de promesas vacías e irrealizables sus campañas, o incluso el ejercicio del cargo, lo que a la larga genera altas expectativas, dañinas para el tejido social y la sensación de desesperanza de las personas. Esto es especialmente sensible si consideramos que fueron estos anhelos de cambio y justicia social un motor en las causas del estallido social que desembocó en el proceso constituyente. Más adelante explicaremos de qué manera las metas se encuentran exentas de los problemas aquí ilustrados.

En tercer lugar, en palabras de Glendon, la comprensión justiciable de los derechos «intensifica conflictos sociales e inhibe el diálogo que podría conducir al consenso, al ajuste o al menos a encontrar un terreno común» (1998, p. 93), dado que se propende al «choque» de legítimos derechos entre ciudadanos (concebidos en términos absolutos e ilimitados) y a traspasar decisiones esencialmente políticas a una dialéctica de derechos que terminan resolviéndose en tribunales (Cf. Ortega, 2020).

En este contexto, los más desaventajados de la sociedad, sin herramientas para judicializar sus anhelos, continuarán sin ver satisfechos hasta incluso sus derechos más básicos –como la igualdad ante la ley– y sin responder a criterio alguno de justicia distributiva en la repartición de los recursos. Esto se refleja en un sistema de derechos que promete un mundo ideal, pero en la práctica no tiene los mecanismos para cumplir con las expectativas de mayor igualdad y acceso, por lo que tiende a aumentar dichas brechas.

Por otro lado, una comprensión de los derechos sociales a partir de esta visión, entendida como un derecho subjetivo para cada individuo, y por tanto como prestación puramente individual y alejada

de objetivos comunes, es sumamente dañina para los criterios de justicia y el tejido social. Es más, los derechos así concebidos no suelen conllevar ninguna responsabilidad asociada, por ende, «parecen tolerar que se acepten los beneficios que acarrea vivir en un Estado democrático de bienestar social, sin aceptar los correspondientes deberes personales y cívicos (*ibid.*)». En este sentido, ¿cómo aseguramos que las prestaciones de salud sean equitativas?, ¿cuáles son los límites en la provisión del derecho?, ¿es suficiente y deseable un derecho en estos términos para los más vulnerables? Pareciera ser que, al contrario de la buena intención detrás del derecho, en la práctica, estaríamos frente a una provisión de corte individualista, alejada de un ideal comunitario y que puede resultar profundamente injusto.

Finalmente, como ya habíamos adelantado, quienes sostienen que debemos entender los derechos como «públicos, universales, gratuitos y de calidad» pretenden que sea el Estado –confundiendo lo público con lo estatal²– el garante de dichas prestaciones. Entonces, al estatizar absolutamente la provisión de dichos derechos sociales, en desmedro de una mirada de cooperación público-privada, se genera una despreocupación y abandono de la sociedad civil, «debilitan(do) los principales semilleros de virtudes cívicas y personales (p. 94)» de la sociedad

toda. En efecto, es en la vida en común que se dan los espacios de transferencia y aprehensión de conductas, virtudes y valores que dan sentido a la vida. En esta línea, las virtudes de la reciprocidad, dependencia e independencia no pueden ser entregadas en totalidad por el Estado, ya que lo sobrepasan. En palabras de MacIntyre, «es un error comunitarista buscar infundir a la política del Estado los valores propios de las pequeñas comunidades» (2013, p. 167); lo anterior, porque este «no es capaz de ofrecer un marco político moldeado por la justa generosidad que es necesaria para alcanzar los bienes comunes de las redes de reciprocidad necesaria» (*ibid.*, p. 158)³. Un ejemplo paradigmático de esto es lo ilustrado por la politóloga Elinor Ostrom. En sus trabajos, ella muestra cómo una comunidad de pescadores logra autorregularse en la sustracción de peces y otros, bajo la convicción

Pareciera ser que, al contrario de la buena intención detrás del derecho, en la práctica, estaríamos frente a una provisión de corte individualista, alejada de un ideal comunitario y que puede resultar profundamente injusto.



2 Decimos que confunde lo público con lo estatal, en tanto los privados solo podrían participar de la provisión de estos bienes mientras estén regidos por las normas de lo «público». Es decir, por las normas que caracterizan al Estado, privando de la diversidad propia de lo verdaderamente público, esto es, el espacio plural de coexistencia del Estado y la sociedad civil. A fin de cuentas, lo «verdaderamente público» incluye al Estado pero lo trasciende.

3 Por qué son relevantes estas virtudes, lo aborda Alasdair MacIntyre más atrás al señalar que la comunidad no solo debe versar sobre bienes de los que se ocupan en conjunto, sino también respecto de normas. Lo anterior, ya que la comunidad misma se construye a partir de una «red de individuos», o tejido que da y recibe, por ende, necesitan de las virtudes (2013).

de que solo de esta manera habría suficiente para todos. Así, postula Elinor que una planificación central o impuesta de la autoridad hacia la comunidad habría sido mucho más engorrosa, costosa y probablemente sin los mismos resultados (Schmidtz, Pavel, eds., 2018).

Por tanto, creemos que no hay un derecho más «social» que aquel que pretende involucrar activamente a la sociedad civil en la prestación de dicho objetivo. Nuestra experiencia indica que los particulares son comparativamente más eficientes y entregan una prestación de calidad en materia de salud; por tanto, «no considerar *a priori* la capacidad instalada en el sistema privado no es consistente con el objetivo de garantizar un acceso oportuno a la población» (Lindh, 2020, p. 5). Esto, acompañado de un buen marco regulatorio, lógicas de solidaridad y mejoras en el acceso a aquellos que no pueden ingresar al sistema privado, es sumamente preferible a esta mirada estatista del derecho en cuestión.

De todas maneras, es imprescindible que la Constitución tenga una definición clara sobre los derechos sociales, más todavía desde la perspectiva de la legitimidad social que esta busca abrazar –sobre todo dado el contexto en que se inició el proceso para una nueva Constitución: una crisis marcada por demandas ciudadanas que se despliegan en este tipo de derechos–, en tanto tiene la posibilidad de asentar un camino para un nuevo acuerdo social.

Así, es deseable que la nueva Carta aborde este tema reivindicando el rol de la sociedad civil, es decir, la importancia de las personas asociadas cumpliendo roles públicos y que, al mismo tiempo, entregue marcos institucionales que otorguen certezas a las personas, para evitar los problemas relacionados con la vana esperanza, en palabras de Rosenberg, que se deposita en los tribunales al judicializar –ajusticiando– los derechos sociales⁴. Al fin y al cabo, el mayor problema, que más adelante abordaremos, pareciera ser la precariedad en el acceso y la falta de respuestas ante el mismo. Para responder a estos, y no quedarse simplemente en caracterizar los derechos sociales como meras aspiraciones que se han propuesto al constituyente –como ciertos autores plantean⁵–, una postura incipiente es avanzar en su reconocimiento como *metas solidarias*⁶. Ahondaremos en qué significa esto.

4 «The hollow hope», por sus palabras en inglés, que son el título de su libro publicado en 2008 por la University of Chicago Press.

5 José Francisco García, en «Diálogos Constitucionales», CEP; Sebastián Soto, en «Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces»; Eduardo Aldunate, «De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático: una discusión sobre el concepto de los derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales».

6 Sobre qué problemas y aristas se complejizan cuando hablamos de derechos sociales y por qué las metas solidarias son una alternativa hacia la que deberíamos avanzar, véase Schalper (2020) y Ortega (2020).

METAS SOLIDARIAS

Las metas solidarias consisten principalmente en entender los derechos sociales como objetivos exigibles y concretos a los cuales como sociedad podemos y debemos aspirar en el futuro. Son una respuesta pensada desde la solidaridad, la libertad y el bien común para que, mediante la deliberación política y los acuerdos, podamos satisfacer como sociedad las necesidades y urgencias más relevantes, tomando en cuenta la responsabilidad en el gasto fiscal, la cooperación público-privada y la subsidiariedad. Esta propuesta se caracteriza por contener principios fundantes de *progresividad, imperatividad y solidaridad*.

Las metas solidarias consisten principalmente en entender los derechos sociales como objetivos exigibles y concretos a los cuales como sociedad podemos y debemos aspirar en el futuro.



El primer elemento, la *progresividad*, dice relación con que las metas sean una verdadera política de Estado, entendido en que, una vez fijadas estas, se asignen los recursos y esfuerzos considerando el gasto público y la participación de los privados en el corto, mediano y largo plazo para un determinado contexto económico y social. De esta forma, por ejemplo, el acceso a la salud se podrá ir concretizando y mejorando con una visión integral y realista: desarrollando progresivamente proyectos de nuevos hospitales, inversión en tecnología, investigación, capacitación, etc., de acuerdo con las capacidades y posibilidades del momento. En el fondo, avanzar en entregar más a medida que se pueda más.

La imperatividad se manifiesta en que estas metas no son un asunto dejado a la caridad o buena voluntad de los legisladores, sino más bien un deber coercitivo constitucional.



Por su parte, la *imperatividad* se manifiesta en que estas metas no son un asunto dejado a la caridad o buena voluntad de los legisladores, sino más bien un deber coercitivo constitucional. La Constitución fija los marcos y plazos para que el Congreso y el gobierno despachen los presupuestos, leyes y reglamentos que den cumplimiento al mandato amplio de las metas solidarias. Junto con esto, se deben contemplar acciones y recursos para que la ciudadanía pueda exigir dos cosas: por un lado, el cumplimiento efectivo de sus derechos –propiamente especificados– en caso de negligencia inexcusable, omisión o arbitrariedad. Las acciones o recursos señalados se distinguen de manera clara de la recientemente mencionada «judicialización», justamente por la especificación que debe darles el legislador a dichos mecanismos. Es decir, se espe-

cificará el ámbito de acción de manera tal que no podrán los usuarios demandar de forma amplia y subjetiva la prestación de la meta, sino que se contemplarán situaciones como las ya descritas, específicas, para que la justicia intervenga⁷. Por ejemplo, una persona que lleva más de tres meses en una lista de espera tendría derecho a demandar la prestación adecuada de su atención ante un órgano previamente señalado.

Por otro lado, se podría replicar una acción popular constitucional en la cual la ciudadanía puede reclamar por la omisión de los legisladores, a la hora de llevar adelante el diseño de la meta solidaria en cuestión. Esto le entrega un rol al Tribunal Constitucional en tanto debe juzgar la labor legislativa, pero solo tiene como facultad la de solicitar, dentro de un plazo determinado, que se legisle, o, dependiendo del contexto, devolver la ley en cuestión para su mejoramiento.

Estableciendo una responsabilidad sobre los objetivos sociales que no se reduce exclusivamente al Estado, sino que también se extiende a los grupos intermedios, buscando promover que personas asociadas cumplan roles públicos.



Por último, la *solidaridad* es un principio rector del orden social que nos indica que, en virtud de nuestra naturaleza social, todos somos responsables de todos, es decir, que no podemos desatendernos del destino del otro. Así, las metas solidarias buscan imprimir esta noción, estableciendo una responsabilidad sobre los objetivos sociales que no se reduce exclusivamente al Estado, sino que también se extiende a los grupos intermedios, buscando promover que personas asociadas cumplan roles públicos, que puedan proveer de los bienes y servicios a la comunidad en forma eficiente y efectiva.

En concreto, en el texto constitucional, esto puede tomar diferentes formas, pero no es el objeto de este documento ser exhaustivo en cada una de ellas, sino proponer una. La alternativa que nos parece más pertinente es que la Carta Fundamental establezca metas concretas en cada uno de los ámbitos sociales, mandando al legislador, por medio de una ley para estos efectos, a determinar las facultades, obligaciones y responsabilidades que en ese respecto les caben al Estado y a la sociedad civil en la consecución de estas. Lo planteado permite reconocer y resguardar una idea fundamental: la necesaria cooperación *solidaria* de carácter público-privado que supone la eficacia de estos derechos, pues el derecho a la salud, por ejemplo, no debe ser asunto exclusivo del Estado, sino también de la sociedad civil organizada, reivindicando la idea de que un orden social justo es tarea de todos

⁷ Un gran avance en esta materia sería, sin duda alguna, que se establecieran los eternamente rezagados tribunales contencioso-administrativos. Así, la falta de servicio del Estado podría ser reclamable más fácilmente y significar, de este modo, un mayor acceso a la justicia a la ciudadanía.

(Schalper, 2020). Sobre esto, ahondaremos a continuación.

Hay quienes han planteado (M. Sandel, F. Atria, entre otros) que hay ciertos bienes, como la salud, la seguridad social o la educación, que, por su naturaleza, debiesen estar abstraídos del mercado propiamente tal, y solamente ser entregados o provistos por el Estado. Lo contrario, según dicen, sería corromperlos de su naturaleza original y comunitaria. Sin embargo, creemos que esta visión olvida que entre el clásico binomio mercado-Estado hay una diversidad institucional de formas que puede adoptar la sociedad civil –es decir, hay mucho más que solo entidades estatales y empresas privadas o sociedades anónimas como opciones–. En la práctica, esto implica que no solo hay distintas formas institucionales que se pueden adoptar, sino que también puede haber un rayado de cancha diferente para aquellas instituciones que, sin ser estatales, participen de la provisión de salud. En consecuencia, esto implica entender que lo público no es sinónimo de estatal, sino que es responsabilidad tanto del Estado como de la sociedad civil organizada.

III. Derecho a la salud y sistema de salud chileno

Veremos ahora el estado actual de la regulación constitucional del derecho a la salud, cómo este ha ido evolucionando y qué correlato ha tenido esta definición en el sistema de salud mismo. En particular, buscaremos señalar cuáles son los principales problemas asociados al derecho a la salud, en particular, en el sistema de salud vigente.

A. DERECHO A LA SALUD

Actualmente, el derecho a la protección de la salud está consagrado en el artículo 19 n° 9 de la Constitución⁸, el cual está especificado principalmente en torno a tres ejes: (1) la protección del Estado al libre e igualitario acceso a la salud, y su coordinación y control; (2) el deber preferente del Estado a las acciones de salud, provistas por instituciones públicas o privadas, y pudiendo establecer cotizaciones obligatorias, (3) y la libertad de cada persona de poder elegir su sistema de salud, ya sea público o privado. Como señala Luz Bulnes (2014), se buscó consagrar la expresión de la «protección de la salud» en tanto el derecho **a la salud**, *per se*, no puede ser reclamado por nadie en tanto la salud se pierde sin que nadie lo haya quebrantado⁹. Así, tiene dos sentidos que encauzan los ejes anteriormente señalados: por un lado, el que la autoridad no puede ejecutar acciones que vayan en contra de la salud

⁸ Constitución Política de la República de Chile [CPR]. Art. 19 n° 9. 2005.

⁹ Las personas se enferman, mueren, se infartan, etc.

y, al mismo tiempo, debe adoptar las providencias necesarias para resguardarla. Este derecho fue incluido por primera vez a través de una reforma constitucional (1970) a la Constitución de 1925, por medio de la cual se le entregó un papel relevante al Estado.

Amparado en este marco, el sistema de salud ha tenido importantes avances, por ejemplo, con la introducción del Régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES), cambiando el paradigma en el ámbito de los derechos de las personas y en el cómo estas se relacionan con los seguros y la oferta de servicios, introduciendo el concepto de derechos explícitos en materia de salud para las personas en cuanto a atención y garantías de igualdad entre el sistema público y privado (Instituto de Salud Pública de la UNAB, 2017, p. 9). Pese a lo anterior, el panorama actual de la salud en Chile todavía es, a todas luces, desalentador.

Se trata de una de las problemáticas sociales más urgentes en nuestro país por las inequidades territoriales y sociales en la provisión de este derecho: las infinitas listas de espera, las notorias desigualdades entre el sistema público y el privado (o entre Santiago y las demás regiones), los problemas de gestión del sistema público de salud y la evidente falta de una acción ciudadana¹⁰ para la exigencia de la prestación sugieren un cambio en nuestra forma de abarcar y entender la protección de la salud de los chilenos. Ante esto, muchos apuntan al escueto tratamiento que en general se les ha dado a los derechos sociales en nuestra Constitución como causante, privando a los ciudadanos, por ejemplo, del recurso de protección y constriñendo su contenido a determinados aspectos como, en este caso, la protección a la libertad de elegir entre prestadoras públicas o privadas.

Pese a lo anterior, el panorama actual de la salud en Chile todavía es, a todas luces, desalentador.

Se trata de una de las problemáticas sociales más urgentes en nuestro país por las inequidades territoriales y sociales en la provisión de este derecho.



Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional el principal mecanismo para la exigibilidad de los derechos consagrados en el artículo 19 es el recurso de protección; sin embargo, esta acción no contempla la protección de la salud como derecho recurrible. Es decir, hoy no existe una herramienta eficaz para hacer exigible la salud como un derecho. Aun así, esto no ha impedido que de manera indirecta (es decir, vía otros derechos) se reclame en sede judicial el derecho a la salud. Esto nos ha llevado a la judicialización de los derechos sociales que, en última medida, quita de la

¹⁰ Mecanismo que permite a las personas ir ante un tribunal.

sede política las discusiones fundamentales y entrega espacios de deliberación a los jueces, quienes no están ni capacitados ni legitimados para hacerlo (Cf. Ortega, 2020).

De todas maneras, es posible rescatar de esta jurisprudencia, por ejemplo, que el mismo Tribunal Constitucional fue de a poco recogiendo, a pesar de la pobreza en el desarrollo inicial, la noción de los derechos sociales como realmente «derechos» y no meras expectativas. Lo anterior, sin desconocer que la pregunta respecto a cómo estos deben ser garantizados importa una decisión política y económica, es decir, no dependiente de este u otro tribunal. Así, la práctica jurisprudencial ha ido aumentando el alcance de su reconocimiento y efectividad, al mismo tiempo que reconoce la dificultad de la naturaleza misma de este tipo de derechos.

B. PRINCIPALES PROBLEMAS EN EL SISTEMA DE SALUD CHILENO¹¹

Se han identificado diversas problemáticas que tienen a nuestro sistema de salud en la encrucijada de la opinión pública, y en esto seguiremos el análisis hecho por Jaime Lindh (2020). En primer lugar, el **acceso inoportuno**, asunto que se tiende a identificar –pero no se agota– con las largas listas de espera: «el informe de la OCDE Health at Glance 2019 revela que nuestro país es uno de los con mayores tiempos de espera en operaciones hospitalarias no urgentes» (Lindh, 2020, p. 7). Este dato va también acompañado de la percepción de la gente, ya que solo 1 de cada 2 afiliados a Fonasa se siente protegido por el sistema, mientras que solo 1 de cada 3 confía en que podrá acceder a un tratamiento efectivo frente una enfermedad (Superintendencia de Salud 2018).

En segundo lugar, se denota una profunda **inequidad en el acceso** a las prestaciones de salud. En palabras simples, esto se traduce en la percepción ciudadana de que existen personas que tienen un mejor acceso a la salud que otras, lo cual es una realidad que difícilmente se podría ocultar. Estas diferencias no solo se explicitan en la capacidad de pago de los usuarios, sino que también en términos territoriales, y se manifiestan en numerosas brechas entre las distintas regiones del país (Lindh, 2020, p. 11).

Por último, se habla del **riesgo financiero** como un factor relevante en esta materia, ya que «el miedo a enfermarse» (*ibid.*, p. 13) es uno de los asuntos más dramáticos y delicados de la actual sociedad chilena. «Al respecto, en Chile el gasto de bolsillo es alto en comparación con la realidad internacional (35% del gasto total en salud versus un 20% promedio OCDE). En relación con el gasto del hogar, vemos que el ítem salud pesa entre un 6% y un 10% del total» (p. 12). Los datos indican

¹¹ En esto, seguiremos el apunte de política pública de Lindh (2020).

que esta percepción se forma en gran parte por el alto costo de los medicamentos, acompañada de la frecuente inestabilidad económica en los hogares, problema que incluso se identifica en el sistema de isapres (p. 13).

Frente a esto, a nuestro juicio, la propuesta debe avanzar en tres direcciones; (i) primero, cambiar radicalmente el enfoque hacia la atención primaria de salud, en lo fundamental, porque permitirá avanzar hacia la prevención y descongestionar hospitales y urgencias, que hoy actúan de manera poco eficiente; (ii) mejorar y modificar sustancialmente los mecanismos de rendición de cuentas y, por último, (iii) se propone avanzar de manera gradual hacia un sistema de multiseuros que sea proveído de manera mixta.

IV. Propuesta: metas solidarias en salud

Nuestra postura no pretende que la protección a la salud –entendida en un sentido amplio y sin especificación– sea exigible directamente ante los tribunales de justicia. Por el contrario, creemos que es necesario que exista una adecuada definición de un horizonte flexible, progresivo y solidario en materia de salud.



Así las cosas, nuestra postura no pretende que la protección a la salud –entendida en un sentido amplio y sin especificación– sea exigible directamente ante los tribunales de justicia. Por el contrario, creemos que es necesario que exista una adecuada definición de un horizonte flexible, progresivo y solidario en materia de salud que sea deber del legislador plasmar en una política pública determinada. Para esto, es necesario una especificación del objetivo constitucional en la Carta Fundamental, una que pueda ser objeto de dos tipos de acciones por parte de los ciudadanos: por un lado, de una acción popular en la cual se pueda denunciar la negligencia del legislador, y por otra, una acción constitucional individual (que requiera

interés particular en ella) en caso de verse ante una arbitrariedad, ilegalidad o falta de servicio. Lo anterior sería el símil de lo que conocemos como recurso de protección, pero cerrando la puerta a la judicialización (como explicamos anteriormente). Sobre esto ahondaremos al final de este título.

Entonces, si los problemas en el sistema de salud actual se resumen en falta de acceso, equidad y cobertura, las metas solidarias son una forma de abordar estos problemas. Siguiendo en parte la actual redacción del artículo 19 n° 9 de nuestra Constitución vigente, que presenta ciertos principios sobre

la protección a la salud, las metas solidarias en este marco debiesen alimentar el texto constitucional sobre el contenido de estos objetivos en términos de sustentabilidad, justicia y bien común. En este contexto, proponemos abordar la protección del bien jurídico en al menos cuatro líneas directrices que apunten hacia la meta social: la corresponsabilidad, la opción preferente por el más pobre, la solidaridad intergeneracional e intrageneracional, y el acceso oportuno. Todo esto sumado a un mecanismo de acción popular –propiamente especificado en el texto y fungible para todas las metas solidarias–, y así hacer exigible el deber de concretizar dichas metas y entregar herramientas a fin de evitar, en la medida de lo posible, la precarización.

Como bien veníamos adelantando, la **corresponsabilidad solidaria** dice relación con el complemento entre el Estado y los privados para hacerse cargo de los problemas que le aquejan a la sociedad en su conjunto. En la práctica, se trata de un sistema mixto, en cuanto los organismos públicos y privados de salud –debidamente regulados– tienen un papel integrador y coordinado en la responsabilidad de la salud en Chile. Un ejemplo concreto de cómo se podría prosperar en esta materia en nuestro sistema de salud es la propuesta de avanzar de manera gradual y responsable hacia un sistema integrado de multiseuros y multiprestadores (Lindh, 2020, p. 4). De esta manera, se hace una reivindicación de la sociedad civil cumpliendo roles públicos, y, además, se utiliza la capacidad creadora y eficiente de los particulares que, en algunos casos, ya está instalada.

En segundo lugar, **la opción preferente por el más necesitado** es un principio básico en la decisión de políticas públicas que sería deseable consagrar constitucionalmente. Por tanto, el mandato abierto al legislador debe contener una «dedicación preferente respecto de aquellos que no pueden proveerse por sí mismos las condiciones mínimas para una vida digna» (Schalper, 2020, p. 127). Esto quiere decir que la concentración de los esfuerzos en el área de la salud debe estar en los lugares y en las personas más vulnerables (Cf. Lindh, 2020), en la construcción de hospitales, planes de prevención de enfermedades, educación sanitaria y la caracterización de prestaciones de salud enfocadas preferentemente en quienes más lo necesitan. Una propuesta en esta línea sería, por ejemplo, la de fortalecer la Atención Primaria en Salud (conocida por sus siglas APS), la cual puede actuar como puerta de entrada a los sistemas de salud, previniendo y entregando recursos donde más se necesita.

En tercer lugar, la **solidaridad intergeneracional** dice relación con la «preocupación de la sustentabilidad financiera de los sistemas de seguridad social como un imperativo de responsabilidad respecto de las futuras generaciones» (*ibid.*, p. 127), o, lo que es lo mismo, que se ocupe de la «viabilidad económica» de las prestaciones sociales y la sostenibilidad de estas en el futuro. Por tanto, el mandato al legislador debe informar la política pública en el sentido de exigir cierta sustentabilidad y cri-

terios de justicia en las decisiones. Por otro lado, estas metas solidarias, en tanto promueven lógicas de solidaridad y reivindican la noción de que todos somos responsables de todos, establecen el marco para el diseño institucional de un sistema de salud en que los riesgos no corran únicamente por cuenta individual, y que contemos con componentes de solidaridad por el cual los hijos o los adultos mayores no sean vistos como una carga, sino como un bien para la comunidad en su conjunto¹².

Por último, para responder al diagnóstico que hemos hecho sobre la falta de mecanismos que permitan asegurar –y concretizar– la protección a la salud, debemos ser cautos para evitar caer en la judicialización. Una posible solución, que nos aleja de esto, es comprender en este mandato abierto dado al legislador la exigencia de establecer mecanismos de **acceso oportuno**, «de manera que no sean normas meramente programáticas que descansen en la ingenuidad de creer en la proactividad de los legisladores» (*ibid.*, p. 128). Además, debiéramos incluir en la meta solidaria en salud, las prestaciones o libertades aparejadas específicas, para que dichos mecanismos sean interpuestos sobre obligaciones basadas en criterios prudenciales y de responsabilidad financiera.

En este sentido, Schalper propone dos mecanismos que se podrían adoptar en esta línea. El primero, denominado «control judicial indirecto», consiste en la facultad de los tribunales de justicia (en particular el Tribunal Constitucional) de «revisar el contenido de las leyes que se dicten en cumplimiento de los mandatos de las metas solidarias, de manera que ellas realmente cumplan los imperativos contenidos en la norma constitucional» (*ibid.*, p. 128), además de revisar dichas leyes en consideración a los principios antes descritos, evitando así que se legisle en forma desproporcionada o injusta (*ibid.*). Todo esto, tomando en cuenta que el Tribunal Constitucional no tendrá amplias facultades para reemplazar o corregir la ley, sino que cumpliría remitiendo dichos antecedentes en un plazo perentorio al legislador (*ibid.*).

Por otra parte, se propone establecer expresamente una acción constitucional para el caso de una negligencia inexcusable, «de manera que los ciudadanos puedan reclamar ante el Tribunal Constitucional en el evento de que los órganos deliberativos no sean lo suficientemente oportunos y eficientes en la dictación de una normativa que resuelva un determinado requerimiento social» (*ibid.*, p. 128). Es decir, que las personas puedan efectivamente reclamar –con causales establecidas *ex ante*–, mediante un procedimiento rápido y eficaz, las negligencias o malos servicios de las entidades de salud. Por ejemplo, la ley podría establecer que una persona que lleve más de 3 meses en una lista

12 Lindh señala que «el sistema [isapre] está diseñado para que las personas principalmente enfrenten sus riesgos de enfermarse desde una manera individual. En este sentido, históricamente, los grupos de mayor riesgo han enfrentado de manera individual los mayores costos de sus planes de salud, obviando que mujeres, adultos mayores y enfermos no son sujetos aislados, sino que integrantes de una comunidad mayor» (p. 15).

de espera de una determinada entidad pública pueda atenderse en forma gratuita o proporcional en un organismo privado (el que a su vez estará obligado a dar atención y prioridad)¹³.

En efecto, sabemos bien que la Constitución no se la puede sola; no es ella quien está llamada a definir cada aspecto de la política pública que permitirá entregar diferentes realidades a lo que hoy estamos acostumbrados en materia de salud. Sin embargo, mucho tie-

En virtud de esto, es de radical importancia establecer el marco institucional que defina un diseño solidario y, al mismo tiempo, acompañarlo de ciertos lineamientos o principios para el legislador, así como de acciones concretas que impidan la desprotección de las personas.



ne que decir de aquello que promueve: riesgos individuales o no, hijos vistos como carga o don de la comunidad, principios de probidad y rendición de cuentas que sean accionables o no, entre otros. En virtud de esto, es de radical importancia establecer el marco institucional que defina un diseño solidario y, al mismo tiempo, acompañarlo de ciertos lineamientos o principios para el legislador, así como de acciones concretas que impidan la desprotección de las personas.

De esta manera, de acuerdo a todo lo dicho, sería deseable que una meta solidaria en materia de salud incluyera un concepto bien definido de qué es lo que se entiende por salud, así como nociones de acceso oportuno, en equidad de condiciones, con solidaridad intra e intergeneracional, a la hora de definir los riesgos y los horizontes de la política pública.

V. En suma

La realidad es apremiante y nos obliga a pensar en alternativas diferentes y creativas. En este documento nos hemos abocado a hacer un análisis que, desde la perspectiva constitucional, busca ser un apoyo o marco a un diseño institucional distinto en materia de salud. Desde este podremos corregir aquellas cuestiones que hoy promueven y generan desigualdades que afectan directamente la posibilidad de desarrollo de las personas, e implican una calidad de vida diametralmente diferente. Una imagen palpable de esto es cómo la expectativa de vida en nuestro país se define, lamentablemente,

¹³ Este es un ejemplo. Sin embargo, sabemos bien que los incentivos pueden estar mal enfocados si al promover la resolutivez se afecta la calidad. Sin perjuicio de ser esto cierto, por el tipo de problemática vital (vivir o morir), la propuesta se ha centrado, al igual que el proyecto de ley de “Mejor Fonasa”, en asegurar garantías explícitas al acceso. Así, la discusión complementaria sería la de asegurar “asequibilidad”, arista que abordamos cuando hablamos de mecanismos de solidaridad.

a partir del lugar de nacimiento. Así, el haber nacido en el sector oriente de Santiago supone tener una expectativa de vida hasta 9 años mayor, que de haber nacido el sector poniente de la misma ciudad. De hecho, en particular en mujeres la diferencia asciende hasta los 18 años, una de las más grandes que hay en América Latina (Usama, 2019).

Para enfrentar esto, hay, y sin duda habrá en la próxima discusión constitucional, diversos modelos sobre la mesa. Seguramente, estarán quienes quieran promover una Constitución extensa y definida de manera tal de «amarrar» determinados formatos de entrega o provisión de salud a esta. Sin embargo, sabemos que existen al menos dos peligros latentes: por una parte, esto implicará la judicialización de la política, en tanto abstraeremos de esta sede –la legislativa– la discusión del cómo, cuándo y por qué de la política pública sanitaria, y se la entregaremos a los jueces; y por otra, al mismo tiempo se aumentan en demasía las expectativas puestas sobre el texto constitucional. Aún más, rigidizará en exceso las posibilidades de este diseño institucional, ya que sabemos que aquello que está en la Constitución, por definición, es un coto vedado, un espacio que queda fuera de la discusión.

Frente a lo anterior, buscamos proponer una solución innovadora y creativa, que permitirá avanzar en la provisión de aquellas condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas: las metas solidarias. En la próxima discusión constitucional, estarán en juego diferentes visiones de la sociedad, por un lado habrá quienes promuevan una sociedad en donde el Estado sea el motor principal, y por otro, quienes reivindicamos el rol de la sociedad civil y el pluralismo en lo público. En esta encrucijada, la promoción de las metas solidarias como una solución que nace al alero de las ideas de la solidaridad, libertad y el bien común, son una alternativa a tener en consideración para avanzar – constitucionalmente– hacia un país más justo, humano y solidario.

BIBLIOGRAFÍA

- Atria, F., et al. (2013). El otro modelo: Del orden neoliberal al régimen de lo público. Editorial Debate: Santiago, Chile.
- Bulnes, L. (2014). El derecho a la protección de la salud: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales». Revista de Derecho Finis Terrae, II, no 1, 41 - 68.
- Comisión Nacional de Productividad (2020). «Uso eficiente de quirófanos electivos y gestión de lista de espera quirúrgica no GES». Enero, 2020. En <https://www.comisiondeproductividad.cl/wp-content/uploads/2020/01/INFORME-FINAL-Eficiencia-en-Pabellones-y-priorizaci%C3%B3n-de-pacientes-para-cirug%C3%ADa-electiva.pdf>.
- Glendon, M. A. (1998). El lenguaje de los derechos. Revista de Estudios Públicos (Ensayo), N° 70, 78-150. https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183630/rev70_glendon.pdf.
- Instituto de Salud Pública de la UNAB (2017). «Construcción política del sistema de salud chileno: la importancia de la estrategia y la transición» En <http://www.bibliotecaminsal.cl/wp/wp-content/uploads/2018/01/Libro-ISPAB-11.pdf>.
- Lindh, J. (2020) Salud pospandemia: Propuesta para avanzar hacia un sistema de salud más resolutivo, equitativo y solidario. IdeaPaís. Recuperado de: <http://ideapais.cl/wp-content/uploads/2021/01/Salud-Pospandemia-Jaime-Lindh.pdf>.
- MacIntyre, A. (2013). Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes. España: Editorial Paidós.
- Nogueira, H. (2009). Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Tomo III. Santiago, Chile: Librotecnia.
- Ortega, M. (2020) Derechos sociales, política y judicialización. IdeaPaís. Recuperado de <http://ideapais.cl/wp-content/uploads/2020/11/Derechos-Sociales-politica-y-judicializaci%C3%B3n-b-1.pdf>.

Schalper, D. (2017). Derechos sociales y metas solidarias. En A. Correa & C. Stewart (Eds.). *Solidaridad: Política y economía para el Chile postransición* (pp. 113-129). IdeaPaís: Santiago, Chile.

———(2020) Derechos sociales: una visión alternativa. En *Revista Raíces* Vol. 1. Recuperado de: <https://ideapais.cl/2020/08/27/derechos-sociales-una-vision-alternativa/>

Schmidtz, D., et Pavel, C., eds.. (2018). *The Oxford Handbook of Freedom*. Oxford University Press: Nueva York.

Usama, B.; Alazraqui, M.; Caiaffa, W., et al. (2019). Inequalities in life expectancy in six large Latin American cities from the Salurbal study: an ecological analysis. En *The Lancet*, vol. 3, Issue 12, diciembre, 2019. Recuperado de: [https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196\(19\)30235-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanplh/article/PIIS2542-5196(19)30235-9/fulltext).