



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



El acceso a tratamientos de alto costo en Chile.

¿Es la judicialización la vía correcta para solucionar los problemas de las políticas públicas en salud en un estado subsidiario?

Autor: Claudio Jeldes Santander

Profesor guía: Dr. Carlos Dorn Garrido

Valparaíso, 2020

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
I.I.- LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO.....	3
I.II.- EL DERECHO A LA SALUD.	5
I.III.- Breve reseña al desarrollo constitucional del derecho a la salud en Chile.	7
I.IV.- EL DERECHO A LA SALUD EN UN ESTADO SUBSIDIARIO.....	8
II.I.- RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.....	11
II.II.II GASTO PÚBLICO Y FINANCIAMIENTO DE LA LEY GES	14
II.II.III PROGRESIVIDAD Y PRIORIZACIÓN	15
II.II. IV.- CONSECUENCIAS LEY AUGE.....	18
II.II.V.- MARCO NORMATIVA DEL PLAN AUGE.	19
II.III. I.-RASGOS GENERALES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN.	19
II.III. II.- QUE ES ALTO COSTO PARA LA LEY RICARTE SOTO.....	20
II.III.III. - ORIGEN E HISTORIA DE LA LEY.....	21
II.III. IV.-PROCESO DE PRIORIZACIÓN EN LA LRS.	23
II.III. IV. I.- FASE 1 DE EVALUACIÓN CIENTÍFICA.....	23
II.III. IV. II.- FASE 2 DE RECOMENDACIÓN PRIORIZADA.....	24
II.III.IV.III. - FASE 3 DE DECISIÓN.	24
II.III. V.- FINANCIAMIENTO	25
III.ACCESO A TRATAMIENTOS MÉDICOS NO GARANTIZADOS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL.	26
III.I BREVE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.....	27
III.II ACTIVISMO JUDICIAL EN EL ACCESO A TRATAMIENTOS MÉDICOS.....	30
III.III CRÍTICA A LA JUDICIALIZACIÓN DEL ACCESO A TRATAMIENTOS DE ALTO COSTO	39
IV.- CONCLUSIONES.....	43
V.- BIBLIOGRAFIA	48

ABSTRAC

En esta investigación se buscó analizar la judicialización del acceso a tratamientos de alto costo en el contexto del sistema de salud chileno el cual presenta la particularidad de ser un Estado subsidiario. Para lograr esto se recurre a la doctrina nacional e internacional, sobre derechos sociales, judicialización, activismo judicial y seguridad social. Se considera además un análisis a la “reciente” legislación nacional que regula el acceso a medicamentos de alto costo, sus procedimientos y sistema de financiamiento. Analizando en último término los aciertos y problemáticas que representa el fenómeno jurídico de la judicialización de los derechos sociales.

PALABRAS CLAVES: JUDICIALIZACION- DERECHOS SOCIALES- POLÍTICAS PUBLICAS- ACTIVISMO JUDICIAL.

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales se erigen como creación de la modernidad (Squella, 2005: pág. 105), esto orquestado por los grandes movimientos políticos y sociales de la cultura occidental. En este espectro de derechos coexisten los denominados derechos de primera generación -civiles y políticos- y aquellos denominados de segunda generación -económicos y sociales-. Esta distinción, que en un comienzo solo parece tener efectos de denominación en relación con su origen temporal, se ha manifestado como orden de prioridad en los sistemas jurídicos.

Los derechos civiles y políticos -primera generación- encuentran sus principales influencias ideológicas en el Renacimiento y la Ilustración, alcanzando su manifestación cúspide en plena Revolución Francesa con el auge de los valores de libertad e igualdad, inspirando incluso la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Galvis 2007, pág. 56). El segundo grupo de derechos a pesar de ser enunciados por el Conde Sieyès en la Revolución Francesa quien propuso reconocer, además de las libertades individuales, la igualdad material para todos los ciudadanos (Galvis, 2007: pág. 60). No fue hasta que los movimientos obreros, posteriores a la primera revolución industrial, que contemplaron cómo el Estado liberal eleva la autonomía individual como fuente principal de las relaciones jurídicas dando paso a una legitimación de la desigualdad material (Dorn, 2014: págs. 20-21). De esta forma levantaron el derecho a la salud, a la educación y la vivienda como bandera de lucha, apoyados por los intelectuales en pleno siglo XIX, configuraron una crítica sistemática al sistema capitalista a propósito de sus graves consecuencias sociales, adquiriendo los derechos sociales una categoría fundamental dentro de la sociedad.

En consecuencia a inicios del siglo XX, la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar 1919, con la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918 en la U.R.S.S. ya colocaba énfasis en los derechos económicos y sociales. Sin embargo, esto no logro tener una repercusión significativa en el resto del globo a propósito de estos derechos, pues, su reconocimiento generalizado se logra a nivel internacional en la segunda mitad del mismo siglo. Así en San Francisco, ya en el año 1945, la Carta de la Organización de Naciones Unidas, consideró dentro de sus propósitos principales, la plena realización de los derechos humanos. Posteriormente en el año 1948 se realizó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, luego en el año 1966 los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Galvis, 2007: págs. 61-64).

Por otra parte en plena “Guerra Fría” el denominado bloque socialista, otorgó el reconocimiento de derechos fundamentales a los derechos económicos y social, muy por el contrario negó los derechos civiles y políticos a los ciudadanos. En contraste el bloque capitalista, reconocía en forma general los derechos civiles y políticos, pero no los derechos económicos y sociales. De esta forma la incompatibilidad ideológica se trasladó, sin más reparos, a la relación entre derechos civiles y derechos sociales (Dorn, 2014;p. 29).

En efecto esta incompatibilidad se genera principalmente debido a que se tiene una perspectiva de Estado marcadamente influenciada por el Liberalismo Económico que establece (de forma bastante resumida) que los derechos sociales no serán exigibles al Estado, debido a que importaban obligaciones positivas del Estado para con los particulares, que venían a romper la igualdad formal y la libertad de autodeterminación (Dorn,2014: p. 20).

Actualmente los derechos económicos, sociales y culturales, son parte esencial de la discusión acerca de los derechos fundamentales y políticas públicas, puesto que son considerados como requisito indispensable para lograr una vida en comunidad al son de la paz y del progreso. No obstante, su consagración no está ni cerca de poner fin a la problemática asociada a estos, pues su ejercicio y materialización cada día plantea nuevas incógnitas, que deben ser respondidas con todo el rigor necesario; acorde a una problemática que repercute tarde o temprano en la vida de los particulares.

En este orden de ideas, este trabajo tiene por objeto aportar elementos a la consagración de Derechos sociales en nuestro país, específicamente al Derecho a la Salud. En este marco de trabajo, la problemática específica que será objeto de estudio corresponde a la actual situación del sistema de salud nacional, al acceso a prestaciones médicas dadas por Estado a los particulares, y más particularmente el acceso a tratamientos de alto costo por vía judicial . Asunto que hoy cobra gran relevancia por la actual jurisprudencia que aborda esta problemática y por ser unas de las tantas problemáticas asociados a la crisis social de Chile.

Concordante con lo expuesto el siguiente trabajo se busca responder las siguientes preguntas ¿Debe el Estado garantizar a sus ciudadanos el acceso a tratamientos de alto costo? ¿Es esto parte del Derecho a la Salud? ¿Cuál es el Estado actual del Derecho a la salud en Chile? ¿Está garantizado el acceso a tratamientos de alto costo en Chile? ¿es correcto la judicialización de esta problemática y es esta la

verdadera solución al problema? ¿Vulnera la judicialización del Derecho a la Salud los principios de la seguridad social?

I. ASPECTOS PRELIMINARES.

En este capítulo se busca plantear algunas ideas y conceptos preliminares para una comprensión global del origen de la problemática entorno al acceso a tratamientos de alto costo entregados por el Estado.

II.- LA ACTIVIDAD PRESTACIONAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO.

Queda manifiesto el paradigma, a través de la historia contemporánea, que plantea si el Estado debe o no, realizar prestaciones enfocadas a otorgar condiciones materiales de vida digna a sus ciudadanos. Comprendiendo dentro de éstas las prestaciones médicas en concreta y especial relación, respecto del derecho a la salud y su inherente conexión con el derecho a la vida. Frente a esta problemática, un sector de la doctrina señala que el derecho a la salud - aunque es aplicable a todo los derechos sociales- sólo corresponde a una disposición programática, que no corresponde a un verdadero derecho y por tanto tampoco puede ser exigible en juicio -de esta forma se explicaría porque no está protegido por la acción de protección- (García Huidobro, 2013: p. 86).

Autores como Faria señalan que “Cuando los gobiernos trascienden estos derechos (los derechos negativos) con derechos de bienestar, titularidades y esquemas de redistribución de la riqueza en nombre de la compasión, el utilitarismo o algún otro bien común superior, cometen una transgresión sobre la autonomía y los derechos básicos de los individuos y corrompen el concepto negativo del derecho”(1999: p. 125). De esta forma al garantizar derechos sociales se afectarían los derechos civiles y políticos. Squella señala que consagrar derechos económicos, sociales y culturales introduce tensión con respecto de los derechos de primera generación; pues los fundamentos concernientes a la igualdad y la libertad se contraponen ,agrega que un Estado que se torna más igualitario con respecto a proveer de condiciones materiales de vida a las personas, a nombre de garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, se transformaría en una amenaza para las libertades individuales. Es más en caso que un Estado se comprometa con las libertades individuales, a contrario sensu se transformaría en una renuncia a la realización más efectiva de los derechos sociales.(2005: p. 110). En consecuencia se establece a priori la existencia de una contradicción entre libertad e igualdad; una

aseveración de valores en donde su contenido resultan ser completamente opuestos e inversamente proporcionales en la aplicación de recursos respecto de uno contra el otro.

Bertelsen por su parte señala que este derecho fundamental para convertirse en un verdadero derecho subjetivo exigible requiere ser dotado de un contenido legal. En su razonamiento, los derechos exigibles al Estado -los individuales- sólo exigen la no intervención del Estado (1989: p. 175). Agrega, que el Estado no puede asegurar este derecho social, ya que esto depende de las condiciones económicas, puesto que requiere de obligaciones positivas, en comparación a los derechos civiles y políticos los cuales aparentemente no requerirían de un gasto público para la garantía de su ejercicio (1989: p. 176). Squella, por otro lado, señala que los derechos sociales al tener un alto costo en pos de garantizar su ejercicio y protección, tendrán como debilidad la inevitable gradualidad en su realización, en virtud de su dependencia de los recursos financieros de que disponga efectivamente el Estado. Por tanto, el gasto que pueden representar para su garantía, pueden superar los recursos limitados disponibles a satisfacerlos (2005: p. 110).

Esta posición, se funda en una concepción amplia del mercado que concibe al mismo, como un mecanismo de asignación y distribución de bienes y oportunidades al cual el Estado debe garantizar las condiciones de desarrollo en libertad para este, situando a las personas a una posición secundaria, negando su posición de fin preponderante en el espectro íntegro de la materialidad.

Se plantea entonces la necesidad de elevar un ideal que compatibilice la igualdad con la libertad de forma que pregone la existencia de personas libres e iguales, pero no solo en su aspecto formal como se ha intentado limitar -por las posiciones que disminuyen los derechos sociales- sino iguales en condiciones materiales de vida. (Squella,2005:p.111).

Lo anterior es necesario, pues “la defensa de una relación adecuada de la libertad e igualdad en un modo distinto del modelo de negación parcial de los derechos, conlleva el cuestionamiento de la posición indiscutida del mercado como mecanismo de asignación y distribución de bienes y oportunidades. Esta relación adecuada entre los principios de libertad e igualdad demanda una teoría de la justicia política consecuente, en la cual se considere a la humanidad como el único valor moral absoluto y universal” (Dorn,2014: p. 49-52).

Pues un Estado democrático y social de derecho pierde su legitimidad al momento que abandona el orden público y el bien común como preceptos orientadores de su acción, es pos del desarrollo de la

economía(Ferrajoli,2015: p. 30). De esta forma los derechos sociales, son obligación y motivo de legitimación para el Estado, pues solo de esta forma las personas pueden desarrollar real y efectivamente sus libertades.

Esta misma lógica la doctrina progresista se ha esforzado por igualar los derechos sociales con los derechos políticos y civiles para de esta forma señalar con firmeza que los primeros son igual de exigibles que los segundos,pues comparten desde esta perspectiva características y fundamentos similares. Así Abramovich y Courtis señalan “el respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado”. En este mismo sentido todos los derechos tienen costos asociados (Holmes y Sunstein, 2011).Por tanto la estructura obligacional de los derechos civiles no dista totalmente de lo que representan los derechos sociales como derechos prestacionales, pues ambas significan obligaciones de acción asociadas a costos en términos de recursos disponibles.

I.II.- EL DERECHO A LA SALUD.

Para una comprensión adecuada de la problemática analizada en este trabajo, es necesario delimitar el contenido del Derecho a la Salud, este proceso en la doctrina no ha sido pacífico, por un lado un sector se ha dedicado preferentemente al análisis exegético de la nomenclatura utilizada. De esta manera tanto a nivel internacional como nacional se usan expresiones tales como; el derecho a la salud, el derecho al cuidado a la salud, o el derecho a la protección de la salud.

Autores como Squella (2005, p. 103) y Leary (1993: pp. 479-484) aseveran que la expresión “derecho a la salud” debe ser descartada, pues asegurar este derecho parece imposible para el Estado, ya que requeriría realizar prestaciones enfocadas al goce de una salud total y plena por parte de los ciudadanos, lo que depende en definitiva de una multiplicidad de factores, entre los cuales tienen especial relevancia: i) la naturaleza del padecimiento, si es crónico o congénito por ejemplo (Vivanco, 2007: p. 288), ii) si se trata de conductas autodestructivas -drogadicción, autolesiones, etc- (Bertelsen, 1989: p. 175), y iii) el desarrollo de los recursos económicos, científicos y técnicos del Estado (García Huidobro, 2013: p. 285), de forma que se tornaría totalmente dificultoso lograr una salud plena y total . Por lo tanto, el perfilamiento del contenido del derecho a la salud estaría constituido principalmente por medios y recursos, es decir *prestaciones*, pero no a una salud plena y total en sí.

Por otra parte la pérdida de la salud o la enfermedad en el humano, debe ser considerada como una posibilidad latente, que si bien no es deseable su acaecimiento, es parte de nuestra realidad, de manera que es un estado eventual ante el cual debemos estar preparados. En efecto el enfermo siempre será una persona que requiere de cuidados externos pues se encuentra en muchas ocasiones imposibilitado (Lolas,1994: p. 55), precluyendo por tanto las posibilidades de tomar las providencias necesarias para su autocuidado, siendo necesario y determinante la presencia de un tercero o terceros.

Leary por su parte plantea una distinción entre el *derecho a la salud* como un derecho más acotado que el derecho al *cuidado a la salud*. El primero, solo importaría obligaciones negativas para el Estado, es decir, de abstenerse de vulnerar o afectar la salud. Por su parte, respecto a la segunda noción, la garantía del cuidado a la salud importaría tanto obligaciones positivas como negativas (1993: p. 486), es decir de abstención y de intervención. Leenen, por otro lado, plantea una distinción entre *protección de la salud* y *cuidado de la salud*., entiende al *cuidado de la salud* como una acepción restringida de este derecho que requiere una distribución equitativa de recursos médicos, además de protección y promoción de la salud; mientras que la *protección de la salud* es más amplia, comprende y excede lo anterior(ámbito prestacional) requiriendo otros factores sociales -economía, educación, industria medioambiente-. (1991: p. 31)De esta forma no es posible un buen estado de salud sin condiciones ambientales, culturales favorables.

Squella señala que “el *derecho a la salud* sería más bien el derecho a ser asistidos tanto para prevenir la pérdida como para recuperar la salud cuando la habremos perdido, sería un *derecho a asistencia sanitaria*, tanto preventiva como curativa y una atención oportuna y eficiente. En esta perspectiva, el *derecho a asistencia sanitaria* sería un componente limitado del derecho a la salud porque la salud depende más de intervenciones económicas, sociales y políticas que de intervenciones sanitarias.” (2005: p, 104). De esta forma el autor comprende el derecho a la asistencia sanitaria en la vertiente que para Leenen corresponde a la protección de la salud. Observamos por tanto que no existe acuerdo en la nomenclatura correcta para denominar este derecho, aun así creemos que la concepción de derecho a la salud que es favorable al acceso a tratamientos de alto costo y que se defiende en el siguiente trabajo corresponde a la dada por Leen como protección de la salud y en Squella como derecho a asistencia sanitaria .

Por último Rawls señala, “La fuerza de las exigencias de asistencia médica está ligada al mantenimiento de nuestra capacidad para ser miembro normal de la sociedad y al restablecimiento de esa capacidad

cuando cae por debajo del mínimo requerido” (2002: pp. 230-231.). El autor concibe el derecho a la asistencia médica, como un requisito básico, para desenvolvemos en la sociedad en el ejercicio de nuestras libertades. Se considera - el derecho a la salud- por tanto, como una condición mínima para el desarrollo en libertad e igualdad, puesto que la asistencia sanitaria no es sólo un elemento esencial sino que el más importante, al momento de procurar la igualdad de oportunidades entre los individuos (Zúñiga,2005: p.176,). Por tanto garantizar a todos un mínimo sanitario derivaría del hecho de que la contrastación de la desigualdad en el funcionamiento normal entre ciudadanos sanos y no sanos, producidas por la enfermedad o la discapacidad restringen por sus propios efectos las oportunidades individuales. (Zuñiga, 2005: p. 177). Empero Daniels arguye que las instituciones sanitarias deben estar orientadas por el principio de igualdad de oportunidades (1985; p. 45), lo que es aplicable a toda concreción de derechos sociales.

I.III.- Breve reseña al desarrollo constitucional del derecho a la salud en Chile.

El derecho a la salud en Chile ha sufrido grandes modificaciones desde su primera consagración a nivel constitucional. La primera etapa de reconocimiento se produce en el siglo XX, al incorporarse incipientemente el derecho a la salud y a la seguridad social en la Constitución de 1925¹. Si bien esta

¹ *“Art.10.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:*

14.º La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización.

El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

consagración puso por primera vez la salud y la previsión social en un rango constitucional, entregó a la ley la facultad para regular lo relativo a la organización y presupuesto de las políticas de seguridad social. Posteriormente en 1970 se logró por vía reforma constitucional incorporar sustantivamente el derecho a la seguridad social el cual se materializó en el número 16 del Art 10 de la CPR², en este sentido Obando señala “el precepto constitucional respectivo aseguró el derecho a la seguridad social, al que dotó de autonomía respecto del derecho y la libertad de trabajo, pero, al mismo tiempo, lo vinculó funcionalmente con el derecho a la salud. La seguridad social, a su turno, se basaba en los principios de universalidad objetiva, universalidad subjetiva, solidaridad y exclusividad legal.” (2012;p. 308). De esta forma se consagró un sistema de salud con cobertura universal y gratuita hasta 1981.

Se observa entonces que la tendencia era alcanzar una mayor protección para las personas en el ámbito de salud y seguridad social, no obstante, en 1973 con la llegada al poder del Dictador Augusto Pinochet se interrumpe este proceso mediante un cuerpo de reformas y nuevas políticas que tienen como órgano motor la Constitución de 1980, en ella se establecen las bases del sistema neoliberal incorporando el principio transversal de subsidiariedad del Estado, con lo cual se da espacio a la iniciativa privada, incluso para cubrir la demanda de derechos sociales como salud o educación lo que generó a grandes rasgos un retroceso en la protección social por el Estado.

I.IV.- EL DERECHO A LA SALUD EN UN ESTADO SUBSIDIARIO.

El marco de la subsidiariedad en el Estado de Chile (Loo, 2009;p.416) , ha procurado la mantención de reglas formales que fomenten el desarrollo libre y normal del mercado, interviniendo únicamente

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad, y [...]”(República de Chile, 1925, Pag 9-10)

² 16.º - *El derecho a la seguridad social.*

El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.

cuando la actividad privada sea deficiente, quedando el Estado relegado a un rol secundario, teniendo participación sólo cuando el sector privado no tenga un efectivo funcionamiento o simplemente no quiera intervenir como prestador de ciertos servicios. Esto produce según Ropke el remplazo de el bienestar general de un país por el crecimiento económico, rebajando las personas a meros medios para el desarrollo del mercado como el fin. (1996: pp. 302-204), de forma que todo valor humano que no sea económico entre ellos la justicia, la solidaridad, el bien común entre otros pasen a segundo plano.

Ana Sojo en su Informe de estudios de la Cepal señala “En Chile, las reformas neoliberales emprendidas durante la dictadura apuntaron a dismantelar la solidaridad del financiamiento; acotar la prestación de servicios universales; lograr que la población no clasificada como pobre adquiriese servicios de mercado en las áreas de la salud, las pensiones y la educación; establecer subsidios a la demanda para que las personas que vivían en condición de pobreza tuvieran acceso a prestaciones de mercado, y traspasar importantes funciones a los entes municipales en materia de salud primaria y educación. Gran cantidad de recursos se destinaron a privatizar el sistema de pensiones y a consolidar las instituciones de salud previsional” (Sojo, 2017: p 21)

En consecuencia se generó segmentación en el sistema de salud, inequidad en el acceso a los servicios, no se mejoró la eficiencia con respecto a los recursos económicos del sistema de salud, aumentó las diferencias entre las áreas rurales y urbanas además redujo el presupuesto público del sector de la salud, que además tiene la difícil tarea de acoger a las personas que en períodos de crisis económica dejan de contribuir a ISAPRE y pasan a depender del sector público, entre otros (Ugalde, 2014: p. 211).

Ahondando en el estado del sistema previsional chileno, el análisis desde la Cepal es el siguiente: “El sistema de salud chileno es un sistema de carácter sui géneris en el plano internacional. Debido a su lógica dual, la cotización obligatoria, que está a cargo exclusivo del trabajador, permite la afiliación al sistema público de salud mediante el Fondo Nacional de Salud (FONASA), cuya forma de reparto favorece la solidaridad, o bien a las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), que funcionan con una lógica de seguro privado, pese al carácter obligatorio de las contribuciones de que se nutren. El FONASA da acceso a prestaciones públicas en la llamada modalidad institucional o a prestaciones privadas mediante la modalidad de libre elección que está sujeta a diversos copagos, y suma a las contribuciones aportes con cargo al presupuesto público. Las ISAPRE, al contrario de la lógica propia

del aseguramiento obligatorio, aseguran mediante planes individuales que se renuevan cada año y que plasman una selección de riesgo, al ajustarse su precio y cobertura a la edad, riesgo de salud y sexo del asegurado. El sector público cumple una función de reaseguro global del sistema, ya que, desprovisto de barreras de entrada, cubre a la población de menores ingresos y a la de mayores riesgos ” (Sojo, 2017; p. 112-113)

Allard, Henning y Galdámez señalan que esta posición subsidiaria del Estado respecto al Derecho a la Salud ha sido matizada, principalmente por el desarrollo normativo, pero esto no ha significado un abandono del Sistema subsidiario y ha forzado la convivencia del sistema Subsidiario y el Estado prestacional.(2016: p. 103)

Esta convivencia entre Estado subsidiario y Estado prestacional ha generado diversas consecuencias. Entre ellas destacamos: Propietarización de los derechos sociales como ocurre con la salud y educación, cuya tutela se ha desarrollado desde la perspectiva individual y no colectiva y social, protección reforzada para los derechos como la libertad de empresa y límites al Estado empresario, desarrollo legislativo del derecho a la salud, que no es lo mismo que su reconocimiento constitucional, cobertura parcial de las enfermedades catastróficas y elevadas utilidades del subsistema de salud Privado. (Allard et al ,2016; p. 107).

Lo cual se materializa en distintos indicadores en salud, que manifiestan un sistema defectuoso e ineficiente, a modo de ejemplo en Chile existe una escasez de médicos que se profundiza en el sistema público que cubre al 80% total de la población, en el cual hay disponibilidad de 1 médico por cada mil habitante, mientras que el estándar de OCDE es 3,2 médicos cada mil habitantes (Velasco 2014: p. 12). Se observa por tanto una constante de déficit e ineficiencia en el sistema de salud nacional.

Por último, este marco de subsidiariedad , ha llevado a la doctrina sobre seguridad social incorporar la solidaridad como principio de seguridad social, el cual, en este trabajo es descartado por considerarse contrario al resto de principios que la conforman.

Este principio implica que el Estado asume sólo aquellas funciones que los particulares no son capaces de emprender, y que son necesarias desde el punto de vista social, correspondiéndole realizar en el ámbito de la seguridad social labores de regulación y fiscalización.

El principio de subsidiariedad en la seguridad social se contrapondría en principio con la mayoría de los otros principios que la rigen, puesto que las bases de un sistema de seguridad social son que este apoye y sustente a todas las personas, sin importar su salud, sexo, empleabilidad u otro elemento que los sea capaz de ejercer diferencias o discriminaciones entre los sujetos a los que debe proteger. Es en este sentido que este principio constituye sólo un elemento de administración o gestión del sistema, pero de aplicación restringida por sus efectos potencialmente regresivos y discriminatorios

No obstante, el principio de subsidiariedad que trasciende a nivel normativo y regulatorio en nuestro ordenamiento jurídico, en la práctica, ha sido tomado como una regla de fondo incluso en materias de seguridad social, dejando en manos de privados las prestaciones requeridas en materia de salud., tal como ya se señaló.

II.- TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD EN CHILE.

Durante las siguientes páginas buscaré analizar la constitución política de la república y la legislación nacional en sus aspectos que son relevantes para el acceso a tratamientos médicos de alto costo, para de esta forma aclarar el marco normativo aplicable al caso de estudio.

II.I.- RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

Actualmente el derecho a la salud en nuestro país[1] se encuentra consagrado bajo la fórmula de la *protección de la salud*³¹, protección que se manifiesta en distintas modalidades: Prevención, recuperación y rehabilitación (Almonacid Nancuante, U., Klapp Sotomayor,2001: p.322). Siendo *la* recuperación la más relevante a objetos de esta investigación pues tiene por objeto restablecer el correcto funcionamiento corporal y psíquico de la persona, este sentido es el que comprende las prestaciones médicas realizadas principalmente por los Servicios de salud (Cea, 2012; p.325– 344.) Se condice esto con el acceso a tratamientos médicos, sean fármacos, tecnologías o alimentos etc., que tengan por objeto la recuperación de la salud. Creemos por tanto entonces que el Estado se compromete a proteger los medios que aseguran al sujeto gozar de un estado de bienestar físico, mental y social. Sin

asegurar que se goce de una salud total pues como ya señalamos es imposible. (Jiménez Larraín, F. Jiménez Loosli, 2014.p 318)

Además, tiene el deber de coordinar y controlar las acciones relacionadas con salud, la primera consiste en "establecer y seguir un orden entre instituciones públicas y privadas, fruto de lo cual sea la integración mutua de sus esfuerzos en la consecución de una tarea común"(Cea,p. 325 – 344), por su parte controlar corresponde observar o supervisar el funcionamiento del sistema, adoptando o sugiriendo medidas correctivas. (García-Huidobro, 2013: p. 90).

Por cierto, es necesario señalar que el derecho a la salud no se encuentra protegido por el recurso de protección, si bien esto ha servido de argumento para la posición que niega la actividad prestacional del Estado. Por el contrario, acá se sostiene que el derecho a la salud en Chile no se encuentra protegido en Chile, no por querer excluirlo de su protección sino porque su protección está comprendida en el Derecho a la vida y la integridad física y psíquica.

En este sentido para poder comprender de forma correcta el derecho a la vida es necesario considerar su relación con otro derecho estrechamente vinculado: el derecho a la protección de la salud. Así "El derecho a la vida no implica, evidentemente, tan sólo la facultad de impedir que se nos dé muerte, sino también la concurrencia de un conjunto de condiciones laborales, sociales, económicas, asistenciales y sanitarias que hagan factible el mantenimiento de la existencia dentro de un nivel propio de la dignidad humana. Representan, por lo tanto, aspectos o derivaciones de este atributo básico derechos tales como el derecho a la protección de la salud" (Valenzuela, 1991: p. 180).

Por último, Zúñiga "es posible estimar que el derecho a la vida incluye e incorpora necesariamente algún ámbito o esfera de protección del derecho a la protección de la salud que significa, a lo menos, asegurar aquellas prestaciones mínimas de las cuales depende directamente la vida de las personas, y que esa esfera de protección es absoluta en el sentido de que no admite pretextos de orden patrimonial" (2011: p. 50).

II.II LEY AUGE/GES.

II.II.I.- HISTORIA DE LA LEY AUGE.

Antes de la ley AUGE, las normas que garantizaban la entrega de prestaciones médicas mínimas eran las leyes N.º 18.469 y su modificación por la ley N.º 19.650, del año 1999, que dictaminó a todos los

centros de atención médica la prohibición expresa de exigir instrumentos financieros para solventar y condicionar una atención médica de urgencia.

Para aquellas atenciones que no implican el peligro vital del paciente, las prestaciones de garantías médicas eran de forma restringida, por lo tanto, cualquier abstención por parte del servicio médico, no se estimaba -en su judicialización- como arbitraria o ilegal, puesto que la ley establecía de forma concreta y taxativa el otorgamiento de la prestación. Así reza el artículo 11 de la citada ley: *“se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan”* (Zuñiga,2010: p.124)

Durante el año 2000, en el gobierno del presidente Ricardo Lagos y el Ministerio de Salud, desde ahora MINSAL, comenzó el trabajo de establecer los Objetivos Sanitarios para Chile, en conjunto con el plan de reforma sanitaria bajo la dirección del Dr. Hernán Sandoval. Para determinar los objetivos sanitarios se analizaron; los estudios sanitarios de otros países, la situación de salud en Chile, la revisión de carga de enfermedad y la efectividad de ciertas intervenciones en patologías seleccionadas (Valdivieso y Montero,2010:p.1040).Lo cual finalmente se materializó en la publicación del documento “Objetivos Sanitarios para la Década del 2000-2010” el cual propone un grupo de objetivos que se pretenden lograr con la implementación de la reforma sanitaria.

Estos objetivos corresponden: a) Mejoramiento de los logros sanitarios alcanzados en el siglo pasado. b) Disminución de la inequidad de acceso a la salud. c) Elaboración de un plan de salud que aborde el envejecimiento progresivo de la población chilena. d) Proveer de un servicio de salud acorde con las expectativas de la población (Valdivieso et al,2010: p.1040).

Posteriormente durante el año 2002 el MINSAL establece por primera vez el término “AUGE” (acceso universal con garantías explícitas) dando origen al núcleo conceptual de la futura reforma la cual pretende establecer cuatro ejes de protección explícita: acceso, oportunidad, calidad y protección financiera o garantía de financiamiento para las enfermedades más prevalentes y de carga económica más considerable para el paciente y el Estado.(Valdivieso et al,2010:p.1040) (Román y Muñoz,2008:p.1600)

Con los objetivos ya determinados se convocó a la elaboración de un proyecto de reforma por medio de un comité interministerial. El cual basó su trabajo en los siguientes principios rectores: El derecho a la salud como mecanismo de protección social universal, considerando los recursos fiscales del país,

la equidad en el acceso a la salud, la solidaridad del sistema, el eficiente uso de los recursos y la participación social a la salud (Román et al ,2008: p.1600).

Esta reforma tuvo como sustrato fundamental mejorar las condiciones de atención a la población desde puntos de vista éticos y científicos, además se busca enfocar las prestaciones a las patologías que más prevalecen y fuesen más onerosas para el ciudadano, si bien en un momento se planteó como respuesta a afecciones de alta mortalidad y costos catastróficos se desdibujó al incluir otras patologías de menor letalidad, pero con mayor prevalencia. (Román et al ,2008: pp.1600-1602}

Lo último como consecuencia de que la reforma AUGE se diseñó en base a un plan estratégico que busco coincidir con los objetivos sanitarios nacionales, enfatizando en equidad, para el cual se analizó la carga nacional de enfermedad seleccionando los con mayor carga y además se consultó la opinión ciudadana para conocer sus prioridades en el ámbito sanitario.

Por último y siguiendo a Urriola el objetivo general de la ley es la “priorización en el uso de recursos, generando derecho de acceso universal y garantías de atención para los problemas de salud más relevantes, tanto en el ámbito público como privado”. Por su parte los objetivos específicos son:

- a. Dar prioridad a una política sanitaria con énfasis preventivo e interviniendo poblaciones.
- b. Disminuir la brecha entre los sectores más vulnerables y los más acomodados y además entre el sector rural y el urbano.
- c. Proveer una atención garantizada para un número importante de problemas de salud con alto impacto sanitario
- d. Disminuir la brecha de oportunidad existente entre los sistemas públicos y privados de seguros. (2016: p.518)

II.II.II GASTO PÚBLICO Y FINANCIAMIENTO DE LA LEY GES

La propuesta inicial del gobierno implicaba financiar esta reforma con ganancias de eficiencia y aportes privados. Esto último por la vía de un régimen solidario entre FONASA e ISAPRE cuestión que fue rechazada en la discusión legislativa, dado que se consideraba esto contrario a nuestra constitución pues esta no consagra la solidaridad en el sistema de salud, sino que solo lo comprende como un

derecho individual y no social. Finalmente se optó por un financiamiento basado en el IVA, por medio del aumento de este en un punto porcentual, lo cual es criticable por tratarse de un impuesto al consumo, por tanto, se debilita la equidad del proyecto. (Urriola et al, 2016: p.518)

De esta forma las 3 principales fuentes de recursos para un tratamiento comprendido en el plan AUGE, serían el Aporte del Estado y el aporte de beneficiarios del sistema público o el aporte de la Isapre y del usuario Isapre en el caso del sistema privado y a través del copago por evento, el cual tiene establecido un límite con motivo de las garantías de protección financiera. (Urriola et al., 2016: p.518)

El aporte estatal está determinado por el ministerio de hacienda que evalúa los recursos disponibles y los expresa en una “prima universal” en UF por cada potencial beneficiario, la que está ligada al crecimiento del producto geográfico bruto del país. Además, es paradójico de esta reforma que tenía por objeto de cierta manera contener costos, pero en los hechos se han necesitado cada vez mayores fondos para cubrir las nuevas garantías auge. (Román et al., 2008: p.1601)

II.II.III PROGRESIVIDAD Y PRIORIZACIÓN

El modelo de priorización del plan AUGE es una respuesta posible y justa, avalada por la OMS y por los mejores sistemas sanitarios del mundo, pues de esta forma se garantiza la cobertura de un cierto número de patologías establecidas como prioridades sanitarias al ser los problemas de salud que causan mayor mortalidad y morbilidad en Chile. Es claramente criticable que no se incluyan todas las enfermedades del contexto nacional en estas garantías como si se realiza en Dinamarca. Sin embargo, el AUGE fue establecido como un sistema dinámico y progresivo que puede agregar o eliminar patologías según transcurre el tiempo (Román et al., 2008: p.1601) Así la ley establece que cada 3 años el MINSAL debe proponer una lista de patologías o condiciones asociadas para ser incorporadas al AUGE (Valdivieso et al,2010: p.1041)

Ante la necesidad de establecer un racionamiento sobre los recursos disponibles que son siempre limitados, se optó por priorizar una lista creciente de patologías o condiciones, que se establecen como derechos exigibles incluso ante los tribunales, abriendo por tanto la posibilidad de judicialización de la

salud respecto a este derecho. De esta forma se establece un grupo de padecimientos en los que exclusivamente tendrán vigencia las garantías ya mencionadas, excluyendo de éstas a los no seleccionados, esto como una forma para poder asegurar una atención total en lo técnico y solventada adecuadamente en lo financiero (Román et al., 2008: p.1600). Lo anterior ha llevado que durante el paso del tiempo se ha dado una gran importancia a las terapias individualizadas o condiciones priorizadas, en desmedro del resto de patologías no incluidas en el.

Este proceso de priorización es realizado por el MINSAL y el Consejo Consultivo en base a cuatro criterios establecidos por ley: 1) Estudios de carga de enfermedad y de carga de factores de riesgo, ambos expresados en “AVISA” (suma de los años de vida perdidos, sea por muerte prematura o por incapacidad, atribuibles a cada patología o factores de riesgo). 2) Eficacia y efectividad de las prestaciones que se ofrece a otorgar, de acuerdo con criterios de Medicina Basada en Evidencia. 3) capacidad real de atención de los sistemas de salud para cada una de las patologías o condiciones propuestas. 4) Criterio de “preferencias sociales”.

Se agrega tal como ya se mencionó, estudios de carga de enfermedad realizado a finales de los años noventa, seleccionando de allí los problemas con mayor gasto y, por otra parte, se inició una consulta ciudadana para conocer las prioridades en el ámbito sanitario y asistencial. Con estos elementos se seleccionan problemas que cuenten con evidencia en la eficacia de su tratamiento, que además fueran costos efectivos y que pudieran implementarse nacionalmente. (Valdivieso et al, 2010: p.1041)

Este proceso tiene una duración de 900 días aproximadamente de forma que se explica porque ha sido cada 3 años las actualizaciones de las enfermedades del plan auge (Urriola et al, 2016: p.517). Es destacable además que este proceso ha generado transparencia hacia la ciudadanía y control ante presiones externas. Apoyado esto por universidades y sociedades científicas. (Urriola et al, 2016: p.517)

Por otra parte, es necesario mencionar que en varias patologías incluidas en este plan existe discriminación por, edad, sexo, gravedad del episodio especialmente en urgencias, además se toma en cuenta si el paciente tiene dependencia alcohólica consumo de drogas entre otras situaciones que afectan contra la integridad de la atención de salud. (Román et al., 2008: p.1601)

Por último, ya dado los elementos principales de priorización -la carga de enfermedad, la prioridad ciudadana, eficacia/efectividad y capacidad real de atención - es pertinente señalar brevemente las distintas etapas de este proceso de priorización que a saber son:

1. Ministerio de hacienda fija una resolución para empezar el proceso y definir los recursos.
2. Ministerio de Salud define comisiones de trabajo y estudios necesarios de carácter económico y sanitarios.
3. Las comisiones a partir de los estudios realizan un análisis para definir los problemas de salud posibles de integrar.
4. Se priorizan las intervenciones a problemas de salud que cuenten con evidencia acerca de un beneficio para la sobrevivencia o calidad de vida de los afectados.
5. Se determina el costo individual promedio de los problemas de salud y prestaciones priorizadas.
6. El ministerio de Salud licita un Estudio de Verificación del Costo Esperado por beneficiario de la propuesta.
7. El consejo consultivo analiza las propuestas, el cual debe estar dentro del marco presupuestario.
8. Finalmente los ministerios de hacienda y salud hacen la formulación final de las garantías y emiten un decreto supremo. (Urriola, Infante y Aguilera ,2016: p.517)

II.II.III.I Breve referencia al Consejo Consultivo.

Está constituido por 9 miembros: Un representante de la academia de Medicina del Instituto de Chile; dos de las facultades de Medicina; dos de las Facultades de Economía: Uno de las facultades de Química y Farmacia y tres representantes nombrados por el presidente de la República. Además, cuenta con una Secretaría Ejecutiva.

Este consejo tiene por objeto estudiar las propuestas del MINSAL para agregar o eliminar patologías o condiciones del listado de AUGE de acuerdo con los criterios de priorización y de estudios epidemiológicos o clínicos complementarios. Para esto debe analizar la factibilidad y conveniencia de incorporar cada una de las patologías o condiciones adicionales propuestas, utilizando con ese fin la información entregada por la subsecretaría de salud pública (Valdivieso et al,2010: p.1041)

Finalmente, si bien se considera simplemente un ente asesor, es responsable ante la ciudadanía de emplear los mejores criterios disponibles para definir el uso de las garantías explícitas en campos específicos de la Medicina. (Valdivieso et al,2010: p.1042)

II.II. IV.- CONSECUENCIAS LEY AUGE.

Gracias a esta reforma el sistema nacional se otorga a todos los chilenos las mismas prestaciones de salud sin discriminación alguna. Sin embargo, en la realidad existe un nivel de exclusión, para las personas en listas de espera, por la menor calidad real o aparente del servicio lo largo del país y por los requisitos financieros para solventar intervención complejas quirúrgicas o catastróficas (Urriola, 2006, p. 274).

El plan auge focaliza el tipo de beneficiario y garantiza para los pacientes procedimientos diagnósticos, tratamientos y seguimientos en un número limitado y progresivo de patologías específicas. (Román et al., 2008: p.1600). De esta forma las enfermedades no incluidas en el AUGE quedan en una situación de postergación mediante el sistema de listas de espera o de atención médica de inferior calidad o bien sujetas a las leyes del mercado, en razón de ser menos prevalentes y de impacto emocional y ético menor (Román et al., 2008: p.1600).

La ley ges fortalece la universalidad de acceso a prestaciones de salud. En este sentido las personas inscritas en el seguro público no pueden ser excluidas por ninguna condición, sea étnica, de ingresos, de sexo u otra. Sin embargo, históricamente la exclusión se produce por vía de listas de esperas, por la menor calidad, aparente o real, de las prestaciones y por los requisitos financieros necesarios para solventar intervenciones complejas quirúrgicas o catastróficas. También se especifican prestaciones mínimas que requieren los problemas de salud incluidos en el AUGE en las cuatro fases fundamentales, es decir, sospecha, diagnóstico, tratamiento y seguimiento.

De esta forma cuando se trate de una patología seleccionada, en el sistema público, todo usuario que es afectada por una patología calificada como auge/ges debe ser informado de dicha opción por el médico tratante. Con posterioridad el paciente o sus familiares tiene la facultad de renunciar y por consecuencia acceder el tratamiento de salud mediante cuenta abierta. (Fernández,2006:P,362).

En el sistema privado desde el inicio del plan AUGE, la elección está limitada por la existencia de prestadores preferenciales, los que pueden o no estar entre los prestadores con que una determinada

ISAPRE trabaja, de esta forma el paciente debe elegir entre asumir los costos o renunciar a su libertad de elección de prestador pues estará obligado a tratarse con aquellos que existen convenios. (Fernández,2006:P,362).

Finalmente, a nivel judicial se generó un aumento en la interposición de demandas en busca del reconocimiento del derecho a la protección de la salud en relación con las garantías auge, ya que como menciona la misma ley son garantías que se pueden exigir en sede judicial.

II.II.V.- MARCO NORMATIVA DEL PLAN AUGE.

El funcionamiento del plan auge/ges está regulado principalmente por los siguientes cuerpos legales.:

1. La Ley N°19.966 que establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud fue promulgada el 5 de agosto de 2004 y publicada el 03 de septiembre de 2004.
2. Decreto 121 que establece las normas para la elaboración y determinación de las garantías previstas en la ley 19.666.
3. ley núm. 19.888 establece financiamiento necesario para asegurar los objetivos sociales prioritarios del gobierno.
4. Decretos de garantías explícitas de salud que deben ser promulgados cada 3 años.
5. Guías clínicas que establecen las formas y procesos para dar solución integral a los problemas de salud garantizados, desde la etapa de prevención hasta la de rehabilitación.

II.III. - LEY RICARTE SOTO.

II.III. I.-RASGOS GENERALES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN.

Si bien el problema del acceso a tratamientos específicos comenzó a ser abordado por el plan AUGE. Esta no contó con una solución específica a los tratamientos de alto costo también conocidos como enfermedades raras, o tratamientos catastróficos. De forma que posteriormente fue necesaria la creación de un nuevo marco legal para estos padecimientos, siendo esta la Ley Ricarte Soto desde ahora LRS la cual da protección universal, pues aplica a miembros de las fuerzas armadas y de orden, usuarios del sistema de salud pública y privada sin importar su situación socioeconómica. No obstante, no son cubiertas aquellos padecimientos comprendidos dentro de la ley de accidentes de trabajo y

enfermedades profesionales y las prestaciones cubiertas por el contrato de ISAPRE a través del Seguro de Cobertura Catastrófica (CAEC).

Por lo general estos tratamientos de alto costo están asociados a enfermedades llamadas “raras” o “huérfanas” lo cual significa por una parte un desafío para la ciencia médica, en la búsqueda de soluciones y un problema para los Estados e individuos al momento de buscar formas para adquirir estos. En este sentido si bien los avances médicos técnicos buscan el bienestar y la satisfacción de la humanidad, logrando en muchas ocasiones soluciones reales a ciertos padecimientos, la problemática no termina con esto, pues este avance científico plantea una serie de problemas que la misma ciencia no es capaz de resolver por sí misma. (Lolas,1998: p.43) Por tanto la solución al primer problema crea un nuevo dilema que nace de forma posterior a la creación de un medicamento, que es: ¿Como distribuimos y cómo adquirimos estos nuevos tratamientos?, cuestión que como vimos a rasgos generales en Chile está entregada principalmente a las lógicas del mercado.

En Chile el financiamiento de tratamientos de alto costo se encuentra regulado en la ley 20.850, la cual tiene por objetivo generar una forma de protección estatal capaz de evitar el empobrecimiento de las familias y la recuperación de la salud del paciente. De esta forma el Estado busca hacerse cargo de este problema, pues, sin un financiamiento externo muchas personas están condenadas a la muerte, pues es claro que gran parte de la población del país no tiene recursos suficientes para adquirir en el mercado estos tratamientos.

Existen principalmente 3 modelos de políticas públicas para afrontar esta problemática de los tratamientos de alto costo. La primera corresponde a regular los seguros de forma que tengan la obligación de ofrecer un seguro contra gastos catastróficos otra opción está dada por la provisión estatal directa de los tratamientos de alto costo y la última opción que se identifica con la LRS corresponde a un fondo único para enfermedades catastróficas (Tobar:2012). Estos programas de financiamiento están presentes en Uruguay con el Fondo Nacional de Recursos, en Brasil con el Componente Especializado de Asistencia Farmacéutica entre otros.

II.III. II.- QUE ES ALTO COSTO PARA LA LEY RICARTE SOTO.

Es relevante a efectos de este problema determinar qué es tratamiento de alto costo y diagnóstico de alto costo. En el caso de la LRS esto se encuentra definido en el artículo 2 de la ley que define diagnósticos de alto costo y tratamientos de alto costo.

a) Diagnósticos de alto costo: El constituido por el conjunto de prestaciones demostradamente útiles para la confirmación y posterior control y tratamiento de la patología, cuando dichas prestaciones diagnósticas impiden el acceso al tratamiento o impactan catastróficamente en el gasto del beneficiario.

b) Tratamiento de alto costo: El constituido por medicamentos, alimentos o elementos de uso médico asociados a enfermedades o condiciones de salud y por las prestaciones indispensables para su confirmación diagnóstica y seguimiento, que por su costo impiden el acceso a éstos o accediendo, impactan catastróficamente en el gasto de los beneficiarios

Además, el legislador, en el artículo 6 de la ley señala que se entenderá por alto costo todo gasto medio anual superior a \$3.720 USD. De forma que todo tratamiento cuyo costo que este bajo esta cantidad no podrá ser financiado por esta ley. Este monto - umbral de alto costo- será actualizado por el ministerio de hacienda cada 3 años el. Por tanto, la LRS no entrega cobertura a enfermedades que represente un gasto inferior a éste, de manera que deben ser cubiertas progresivamente por el plan AUGE.

Además, esta ley viene a contradecir la lógica existente hasta el momento en las políticas públicas en salud que era generar priorización de los recursos hacia la mayor cobertura población. En este sentido las enfermedades comprendidas en el AUGE/GES son aquellas de mayor prevalencia y que representan mayor carga costo país (Jimenez,2011)

Se observa por tanto que es fundamental la noción de gasto catastrófico y empobrecedor. En la literatura comparada se considera que un hogar con gastos catastróficos es aquel que destina al menos un 30% de sus recursos disponibles en salud. (Diaz y Ramírez, 2017).

II.III.III. - ORIGEN E HISTORIA DE LA LEY.

Podríamos decir que el origen de esta ley no se remite al congreso o al poder ejecutivo, sino a una reunión realizada en la municipalidad de recoleta, en la cual se reunieron aproximadamente 10 organizaciones de pacientes y la figura pública Ricarte Soto, sobre quien el clamor público se

personificó y posteriormente representó al movimiento ciudadano regularmente durante este movimiento.

El resultado de esta reunión fue crear una propuesta de una ley de acceso universal a tratamientos de alto costo, esto ocurrió durante el primer gobierno de Sebastián Piñera, el cual, si bien se abrió a la discusión del proyecto, no se le dio mayor ímpetu, para lo cual hubo que esperar hasta el segundo gobierno de Michelle Bachelet.

Un aspecto destacable de esta ley es la participación ciudadana durante la creación y funcionamiento de esta, en este sentido se plantea que ante el panorama de inequidad y de deficiencia del sistema nacional de salud, los ciudadanos dan curso a un proceso de concientización de sus necesidades de supervivencia y de la estructura de exclusión del Estado, demandando su derecho a la salud. (Seguel y Zabala, 2019: p. 328).

De esta forma el enfermo se convierte en un sujeto político emergente, que se constituye como agente activo en la promoción de su derecho a la Salud, siendo un activo cocreador de conocimiento. (Cuevas y Mayrhofer, 2013, pp 311-317) Pero no se limita solo a esto también se organiza en torno a una nueva relación entre lo biológico la identidad y la representación política. Ejemplo de esto fueron las dos marchas de los años 2013 y 2014 bajo el eslogan “los enfermos también marchan” a través de las cuales se logró situar la idea de que el Estado debía proteger al patrimonio individual y familiar de personas cuyas enfermedades requieren tratamientos tan costosos que ni por vía de endeudamiento podrían adquirir, cuestión que generó tensión respecto a cuáles eran los valores que perseguía nuestro Estado, mantenerse en la lógica subsidiaria o plantearse como un Estado de bienestar .

Por su parte, pero de forma posterior la autoridad sanitaria también planteó esta necesidad de abordar esta problemática pues según estimaciones el gasto de bolsillo en salud corresponde al 33% del presupuesto familiar, siendo aún más entre los más pobres. (Pedraza, Toledo, 2012 pp., 310-316)., siendo finalmente acogida como parte de la campaña de Michelle Bachelet, que culminó con la ley 20.850 promulgada durante su segundo mandato.

Esto es destacable pues corresponde a una nueva forma de creación de políticas públicas, que desafía al clásico dueto legislador y administración al momento de crear estas. Si bien existen ejemplos similares a esto en nuestra historia política (Garretón, 2014) Jamás su creación y discusión fue tan alejada de los clásicos círculos de decisión de políticas públicas (delamaza 2011 pp 45-75). Destaca

además esta ley por ser una política pública que es contraria al utilitarismo, pues está basada en una ética que no considera posible hacer valoraciones cuantitativas de la vida.

II.III. IV.-PROCESO DE PRIORIZACIÓN EN LA LRS.

En los artículos 7,8,9 de la LRS se establece un procedimiento que contempla 3 etapas, a saber: evaluación, recomendación y decisión. Se establece además que debe crearse un reglamento que se base en principios de ética y transparencia.

II.III. IV. I.- FASE 1 DE EVALUACIÓN CIENTÍFICA.

El MINSAL a través de la subsecretaría de salud pública, llevará a cabo una evaluación científica basada en la evidencia científica disponible, para el diagnóstico o tratamiento de una condición específica de salud (Art 7 LRS). En esta etapa principalmente corresponde que el ministerio de salud por medio de la Subsecretaría de Salud Pública defina qué diagnósticos y tratamientos se van a evaluar, lo que se comunicará posteriormente mediante un oficio. Para tomar esta decisión se deben considerar las recomendaciones de las comisiones técnicas, las agrupaciones de pacientes y de la ciudadanía las cuales se realizan en las OIRS. Esto si bien es positivo puede generar problema de costo efectividad, pues es posible que un remedio sin protección financiera pueda tener mayor efectividad que uno que si la posee. (Espinoza, 2016: p.71)

La ley establece 4 criterios de análisis para incluir un tratamiento alimento o dispositivo médico en el nuevo decreto los cuales a saben son: Que se trate diagnóstico o tratamiento que sea de alto costo según lo explicado anteriormente, que este cuente con evidencia clínica positiva, que exista capacidad de implementación a nivel nacional, que esta sea coherente con las coberturas que actualmente se encuentran priorizadas.

La evidencia científica se comprueba por la vía de la revisión de estudios de efectividad y se complementa con informes de evaluación de tecnologías sanitarias de agencias internacionales como el National Institute for Care and health excellence de Inglaterra O el canadian agency for drugs and technologies in Health, en esta revisión se deben considerar también criterios de eficiencia y efectividad como mortalidad, años de vida libres de enfermedad y calidad de vida ,la seguridad del paciente durante el sometimiento al tratamiento , consideraciones presupuestarios y alternativas disponibles. El resultado de esta evaluación será un informe técnico no recurrible, que debe ser pública

15 días antes de iniciar la segunda etapa, de esta forma la solicitud de incorporación ingresa a la etapa siguiente de recomendación priorizada.

II.III. IV. II.- FASE 2 DE RECOMENDACIÓN PRIORIZADA.

Según establece el artículo 8 de la Ley Ricarte Soto, para formular las recomendaciones se creará la comisión de recomendación priorizada la cual estará a cargo de esta etapa, compuesta por 10 expertos en medicina salud pública, economía derecho sanitario ,bioética y dos miembros de las agrupaciones de pacientes, su principal función será deliberar sobre sus efectos económicos sociales y científicos del tratamiento los insumos de la discusión estarán dados por la etapa de previa de evaluación-

El resultado de esta comisión será una recomendación y un acta pública que puede ser impugnada en el plazo de 5 días desde su publicación. Es destacable la participación de pacientes y la regulación de la selección de los miembros expertos de la comisión, pues se hace una selección enfocada en evitar el conflicto de intereses, que a su vez tiene como efecto negativo que reduce de gran forma el número de candidatos para ser parte de la comisión.

Es pertinente señalar que serán consideradas con especial atención las recomendaciones hechas por la comisiones técnicas del MINSAL y las agrupaciones de pacientes así en la práctica se observa que tienen prioridad los tratamientos propuestos por las organizaciones de pacientes, como ejemplo se puede decir que de las 3.020 opciones para el tercer decreto se seleccionaron 60 propuestas, todas señaladas por organizaciones de pacientes (ministerio de salud, 2017).

II.III.IV.III. - FASE 3 DE DECISIÓN.

En esta fase corresponde al MINSAL y al ministerio de Hacienda determinar los diagnósticos y tratamientos que finalmente tendrán cobertura. Además, la Comisión Ciudadana de Vigilancia y Control, debe asesorar al ministro de Salud y Hacienda, debe además monitorear el funcionamiento y hacer recomendaciones a través de un informa anual.

Así durante este proceso para el tercer decreto sólo se seleccionaron 5 nuevos tratamientos, lo que habla de la cantidad de tratamientos que quedaron fuera del decreto pues fueron 3020 las propuestas iniciales. (ministerio de salud, 2017) En este mismo sentido para el 4 decreto se solicitó la incorporación de 638 tratamientos, de los cuales la comisión de recomendación priorizada seleccionó

60, de los cuales solo 18 fueron elegidos para ser parte del nuevo decreto. Por último y a propósito del primer decreto que establece las patologías cubiertas, no se encuentra disponible la metodología usada (Espinoza 2016 p69).

II.III. V.- FINANCIAMIENTO

El artículo 12 de la ley crea el Fondo para Diagnóstico y Tratamientos de Alto Costo el cual es destinado al financiamiento total o parcial de diagnósticos y tratamientos de alto costo con Sistema de Protección Financiera. Este fondo es administrado por FONASA, sin injerencia, ni participación de los demás actores.

El fondo se financia con aportes fiscales, donaciones y herencias, cooperación internacional y rentabilidad que genere la inversión de los recursos del propio fondo. Así durante el año 2017 los fondos se vieron aumentos en cinco mil seiscientos millones de pesos por las inversiones realizadas (Economía y negocios,2017), lo cual es un éxito para este fondo que tiene como objetivo la auto sustentabilidad. Lo que explica porque está prohibido que las prestaciones que se garantizan con la ley superen el 80% de los recursos anuales que dispone el fondo, pues un monto ascendente a esta proporción colocaría en riesgo esta auto sustentabilidad del fondo (artículo 9 LRS), de esta forma el fondo requiere cierto grado de estabilidad para lograr estar operativo de forma efectiva.

El aporte fiscal para este fondo corresponde al año 2019 a 104.748.000.000 esto dado que la ley en su artículo 20 establece que el aporte será de 100.000.000.000 pero se reajustará cada año al 100% de la variación del IPC. Es crítico la cantidad asignada a este fondo por ser bastante mínima en comparación con lo asignado al sector salud y más aún en relación con la totalidad de recursos que posee la nación.

Ya el profesor de la Jara antes de la formulación de la ley (Jiménez de la Jara,2014), indicaba que para el financiamiento de la ley se necesitaban 100 mil millones de pesos, el indicaba que lo más conveniente era realizar un sistema de financiamiento compartido por medio de algún tipo de impuestos, seguro obligatorio y aportes estatales. De esta forma la decisión del legislador era compartida una parte de los autores.

Por último, a modo de conocer la información más actualizada del estado de las finanzas del fondo se adjunta en el anexo uno datos trimestrales del estado de los fondos durante el año 2019.

III. ACCESO A TRATAMIENTOS MÉDICOS NO GARANTIZADOS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Es un aspecto notablemente crítico a nuestro sistema de salud, es que el acceso a un tratamiento médico se comprenda como una lucha constante con el asegurador de salud sea privado o público, lo que genera que el paciente y la familia -en muchos casos- se conviertan en sujetos de lucha. Esta lucha puede desarrollarse en dos escenarios el poder judicial o en los medios de comunicación realizando una denuncia pública que se espera ejerza presión sobre la administración sanitaria, estas vías pueden ser utilizadas de forma independiente como conjuntas. (Seguel et al, 2019: p. 331) Lo anterior se produce principalmente en los tratamientos no comprendidos en el marco legal anteriormente analizado -es decir aquellas que no fueron seleccionadas en el proceso de priorización-.

El problema de la judicialización de los derechos sociales es una tendencia que se ha venido abriendo paso a lo largo de los años. Históricamente los jueces han sido concebidos como un poder a-político y neutro, reservándose el carácter político tanto para el poder ejecutivo y legislativo, los cuales eran formados por sujetos que hacen política y crean leyes con contenido político. Incluso en algunos Estados los jueces crearon un patrón auto limitativo de no concurrir al conocimiento de asuntos políticos, ejemplo de esto es e.e.u.u. (Arday y Sedlacek:p.2).

Lo anterior se ha visto eclipsado desde el auge de los Derechos Humanos tanto a nivel nacional como internacional de forma que las leyes, tratado y tribunales especializados en estas áreas son cada vez más común. Se ha producido por tanto que con el tiempo este límite entre lo actividad judicial y lo político es menos gruesa.

En Chile, país que como ya se explicó la seguridad social fue desbaratada desde la dictadura en adelante, los problemas sociales en relación con la vivienda salud y educación son realidad de gran mayoría. Ya que, si bien la democracia representativa lleva un proceso de consolidación de ya 30 años, la forma en cómo se articuló esta -en base a una constitución redactada en plena dictadura- no ha sido suficiente para cumplir con los compromisos asumidos tanto a nivel nacional como internacional en materia de

derechos sociales pues estos y los derechos fundamentales en general requieren mucho más que declaraciones abstractas, para ser efectivamente respetados.

Se suma a lo anterior la pérdida de representatividad y legitimidad del Poder Legislativo, los problemas de manejo público e idoneidad para el cargo en los titulares de la administración, que sumado a los reclamos sociales, han hecho que los ciudadanos además de exigir sus derechos por vía de la protesta social, se realice desde hace varios años una fuerte presión comunitaria sobre la justicia para que resuelva estos problemas, proceso que se observa se encuentra en aumento, por tanto hoy se personifica muchas veces en los tribunales de justicia un poder capaz de corregir políticas públicas (Berizonce 2010 p169)

Consecuencia de esto es que los ciudadanos al no encontrar solución a sus problemáticas en los poderes que por naturaleza deben resolverlas – ejecutivo y legislativo- debido a las deficientes políticas públicas en el ámbito de la salud, recurren a la judicialización, para lograr que el estado o las instituciones previsionales de salud que correspondan, otorguen la entrega de medicamentos de alto costo, que les han sido negados previamente. De esta forma se ha producido una vasta jurisprudencia, que se analizará de forma breve en las líneas siguientes.

III.I BREVE ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.

Considerando lo anterior, los casos que analizaremos y que llegan a la vía judicial son aquellos que no están cubiertos por la ley 19.966 o la Ley 20.850, en estos casos se han presentado sendos recursos de protección en contra del Ministerio de Salud, Fondo Nacional de Salud y Hospitales públicos en donde el recurrente acusa un accionar ilegal y arbitrario por el servicio público, por negar el acceso y financiamiento a medicamentos de alto costo, en casos en que éstos son necesarios para la recuperación de la salud y conservación de la vida del paciente.

En estos recursos los recurrentes suelen señalar que la negación de ciertos medicamentos o dispositivos por parte de servicios públicos del Estado vulnera sus garantías fundamentales, a saber, los numerales 1, 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Arguyen que la negativa carece de fundamentación real por parte de los recurridos, no siendo suficiente fundamento las cuestiones de carácter económico indicadas por los órganos de la administración (85-2019 CA, Puerto Montt).

Por el contrario, el Ministerio de Salud y FONASA señalan generalmente “la Ley N.º 20.850, establece financiamiento para diagnósticos y tratamientos de alto costo a un número limitado de enfermedades en el cual no se encuentra comprendida el padecimiento de los recurrentes. Por tanto, no cuentan con recursos financieros extraordinarios para dar cobertura a tratamientos farmacológicos fuera del marco presupuestario” (Sentencias de la Corte Suprema 5180-2019). De esta manera la administración daría aparentemente aplicación directa al principio de legalidad presupuestaria, pues no pueden disponer de forma arbitraria de los recursos que le son asignados, sino que deben ser utilizados para los fines que han sido establecidos por la ley de presupuesto y de conformidad a las políticas públicas del Ministerio de Salud.

Agregan que es imposible crear un fondo especial para enfermedades no incluidas en la Ley N.º 19.996 de Garantías Explícitas de Salud o Ley GES, y en la Ley N.º 20.850, pues esto sería dar una finalidad distinta a los recursos según lo establecido por la Ley de Presupuesto y por el Ministerio de Salud. Por último, señalan “Acceder al recurso sería ir contra la ley pues el medicamento pretendido no se encuentra priorizado en los cuerpos normativos que regulan la materia”. Ya que los diagnósticos y tratamientos incluidos en la Ley N.º 20.850 se establecen bajo decreto supremo del Ministerio de Salud. En el cual se incorporan aquellos tratamientos que cuenten con evidencia clínica en materia de seguridad y eficacia, para enfermedades que las redes asistenciales puedan diagnosticar, tratar y realizar seguimientos, y como último requisito, que el tratamiento tenga coherencia con la cobertura actuales, además de las consideraciones presupuestarias. (Sentencias de la Corte Suprema 5180-2019 y 25009 2018)

Con respecto a la decisión de la judicatura nacional, son dos posiciones las que han surgido respecto a este conflicto jurídico. La primera posición que corresponde al voto mayoritario en la jurisprudencia del tribunal superior de justicia considera que el derecho a la vida prima sobre cualquier consideración presupuestaria, de modo que no deben considerarse factores económicos al momento de proteger la vida de una persona (Sentencias de la Corte Suprema 7710-2019). A modo de ejemplo se reproduce: “El único elemento que impide proporcionar este medicamento, como lo indicó la autoridad en su informe son los de carácter económico y presupuestario(...) Que al respecto, y como ya se ha resuelto por esta Corte (Sentencias de la Corte Suprema 43.250-2017, 8.523-2018, 2.494-2018 y 17.043-2018), es preciso considerar que, si bien es cierto los miramientos de orden económico constituyen un factor a tener presente por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está

comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico”

La segunda posición sostenida por nuestra jurisprudencia va por rechazar estos recursos de protección puesto que no existiría actuar ilegal o arbitrario alguno por parte de los entes públicos, ya que al negar estos tratamientos realizan plena aplicación del principio de legalidad, pues de esta manera los recursos limitados con que cuenta el Estado son utilizados en beneficio del bien común de los usuarios del sistema público de salud y no en beneficio de unos pocos. Esta posición corresponde a la de los ministros Pedro Pierry y Álvaro Prado (Sentencias de la Corte Suprema 32825-2018 y 7710-2019).

Es menester señalar ciertos puntos argumentales que no están presentes de forma generalizada en la discusión jurídica de estos fallos, pero si representan argumentos a tener en cuenta. En primer lugar FONASA, de forma perspicaz, plantea “que el asunto pasa por determinar si es prudente crear privilegios artificiales por la vía cautelar del recurso de protección en desmedro de la creación de políticas públicas” (Sentencia Corte Apelaciones Puerto Montt 25-).

Destaca la prevención del ministro Arturo Prado “De modo que el acogimiento del recurso supondría pasar por encima de las prioridades establecidas por la autoridad de Salud, encargada por ley de su elaboración y de racionalizar su distribución, conforme a un presupuesto. Ello, además, teniendo en cuenta que las prioridades en cuanto a la asistencia no pueden pasar a llevar las políticas preestablecidas sólo por virtud de una acción de tutela judicial, pues ello impactaría la vida y el cuidado de muchas otras personas, que probablemente, recibirán una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos que se pretende a través de este mecanismo. (Sentencias de la Corte Suprema, 20672-2018)

Por último informó Rigoberto Córdova, en representación del Hospital Regional Dr. Guillermo Grant Benavente en ésta misma línea que “En relación al principio de justicia distributiva, expresa que la labor asistencial debe regirse por una serie de valores que se enmarcan dentro de la denominada ética médica, la cual constituye un conjunto de directrices que rigen el actuar médico y que servirán para tomar decisiones razonadas, lógicas y fundamentadas... por cuanto el principio de justicia distributiva señala que se deben distribuir de manera equitativa los recursos y cargas en materia

sanitaria para evitar discriminaciones entre los ciudadanos (Sentencia Corte Apelaciones de Concepción 14285-2018)

III.II ACTIVISMO JUDICIAL EN EL ACCESO A TRATAMIENTOS MÉDICOS.

Ante el creciente proceso de judicialización existen posiciones divergentes tanto a favor como en contra de este proceso. En la primera posición el estándar estaría dado en general autores que enarbolan el activismo judicial, pues lo comprenden un método superior para la concreción de los derechos sociales, en la segunda este estándar estaría dado por quienes rechazan toda resolución judicial que intervenga en las funciones del poder legislativo y administrativa y en una tercera posición aquellos que valoran el proceso creciente de la judicialización, pero son críticos con sus efectos y fundamentos.

Es necesario por tanto una conceptualización de Activismo judicial. Que a fines de este trabajo será entendido como: un comportamiento jurisdiccional arbitrario que consiste en tomar decisiones que se caracterizan por dos rasgos i) son el mejor método para materializar valores constitucionales sustantivos (derechos fundamentales), a costa de ii) interferir injustificadamente en una línea de actuación, actual o potencial, reservada de manera definitiva a la legislación o la administración en virtud de los valores formales de la constitución. Existirá entonces activismo judicial cuando se viola una obligación de deferencia definitiva hacia las autoridades legislativa o administrativa. (Lozada, 2018: p.212)

Autores como Marcelo Alegre señalan : "los jueces tienen un papel importante a cumplir... un creciente activismo judicial en defensa de aquellos derechos sociales y económicos mínimos alcanzados por el primer principio la necesidad de alcanzar en forma urgente un mínimo de protección en el plano social y económico, tendencia que alienta, no conspira contra el valor democracia, sino que lo fortalece, al robustecer la pertenencia ciudadana de amplios sectores actualmente excluidos de hecho del proceso político"(2003,p105)

En esta misma línea pro-activismo, se ha señalado que la visión del juez civil que se quiere extrapolar a asuntos de interés públicos, cuestión que nos parece negativa pues como se señala en la esfera civil el juez tiene un rol relativamente menor, de mero operario de una máquina diseñada y construida por

académicos y legisladores, su imagen es la de un empleado público que desempeña funciones importantes pero que resultan poco creativas (Merryman 2008). Así mismo en el Estado constitucional el juez ya no sólo se rige por un sistema de reglas, sino también de principios, donde el juez alcanza un papel fundamental para la creación del derecho (Roscada, 2013: p. 216).

Por tanto se observa que existe por parte de estos autores una aceptación al activismo en asuntos de interés público, pues al parecer “El cumplimiento dogmático de reglas procedimentales supone muchas veces resquebrajar el principio de tutela judicial efectiva”(Berizonce 2011 p 43) Si bien hay cierta razón, en estos argumentos, es necesario señalar, que los jueces no pueden defender intereses, de la misma forma que lo puedo hacer una organización de pacientes o un partido político, su decisión siempre debe fundamentarse en un marco legal establecido previamente por el sistema jurídico, ya sea basándose en sus principios, derechos fundamentales, derecho internacional , pero nunca en meros caprichos o concepciones políticas. Lo cual no obsta a que el juez debe ser un protector o especie de guardián de los derechos sociales, pero esta actividad debe realizarse siempre de forma razonable y dentro del marco normativo establecido previamente. (Arday y Sedlacek,pp3)

Al contrario, Courtis y Abramovich señalan que se alegan problemas vinculados a la división de poderes, a la falta de representatividad de los jueces o a las dificultades que causaría inmiscuir a los jueces en materias de política pública o de impacto presupuestario. A esto se suma a la falta de colaboración o inexistencia de gabinetes interdisciplinarios que apuntalen la decisión judicial, además de la falta de formación y especialización para afrontar litigios de interés público, sumado a la falta de un procedimiento adecuado para la discusión de intereses públicos (2006: p.82) De forma que el activismo puede tornarse peligroso incluso para estas mismas políticas públicas o derechos sociales.

De esta forma se puede hacer un paralelo entre un poder judicial que justifica las decisiones judiciales en términos de la justicia procedimental, es decir es más relevante el respeto al procedimiento que los resultados obtenidos mediante ese procedimiento y por otra parte el modelo activista donde el proceso pasa a segundo plano frente a la importancia de obtener una decisión sustantivamente correcta.

Al contrario de estas dos posiciones, en este trabajo sostengo la tesis, que tanto un activismo exacerbado como una nula capacidad de revisión de los jueces a la actividad legislativa y administrativa suponen un error para la democracia y la concreción de los derechos fundamentales y en particular del derecho a la salud. Para esto se propone en último lugar una “test de activismo” mediante el cual

se establecen ciertas condiciones necesarias para una revisión correcta por parte del juez a la actividad de estos dos poderes.

Se rebate de esta forma el prejuicio que asigna al activismo judicial una valoración positiva que justifica toda vulneración de los valores formales con motivo de enarbolar los valores sustantivos, también se busca descartar, el prejuicio que al asignar una valoración negativa a cualquier interferencia del juez a la actividad legislativa o de la administración, pues esta conlleva que los valores formales eclipsen a todo valor sustantivo, confinando la actividad judicial a la mera aplicación de derecho. (Lozada, 2018: p.213)

Este “test del activismo” se basa en la búsqueda de una regla pertinente al caso sometido a decisión judicial, en el ordenamiento jurídico que corresponda, que obligue al juez a ser deferente con la legislación o administración cuando un determinado conjunto de condiciones se cumpla, de forma que cuando se cumpla ciertas condiciones se debe analizar si se rompe o no esa regla, a fin de determinar si existe o no activismo judicial-La existencia de esta obligación de deferencia se obtendrá de la ponderación entre los valores sustantivos y por otro lado los valores formales, siendo los primeros razones para la interferencia y los segundos valores para la deferencia. Además, como en toda situación, existen casos fáciles y otros difíciles, los cuales se resumen en un cuadro explicativo adjunto al final de este trabajo. (Lozada, 2013: p.214)

Esto es concordante con el inciso 2º parte final del artículo 5º de nuestra Constitución que ordena a los jueces (a todos los órganos del Estado) respetar y promover los derechos protegidos constitucionalmente, incluyendo en ellos los de Tratados Internacionales ratificados por Chile. De forma que todo este amplio espectro debe ser considerado al momento de fallar tanto es sus dimensiones formales y sustantivas.

Para esto es necesario considerar que “Los conflictos entre derechos de rango constitucional (o, mejor dicho, entre pretensiones jurídicas incompatibles amparadas y argumentadas en un discurso de base ius fundamental), reflejan las diferencias más profundas de cualquier sociedad, por lo que su decisión requiere la máxima legitimidad política, dentro de los canales adecuados para ello. La preferencia de la honra sobre la libertad de expresión, o de la autonomía reproductiva de una mujer violada sobre la vida del feto, por ejemplo, no pueden quedar entregadas al arbitrio de un grupo de jueces, sino que

deben ser abordados como asuntos de interés y competencia colectiva. Por lo mismo, requieren un análisis y una decisión institucional y política, y no judicial (Leturia 2018 p235) Pues el fundamentar con preceptos constitucionales una decisión judicial, que no solo considera derechos, sino que también principios y valores, ofrece amplios espacios para el activismo y la discrecionalidad judicial” (García y verdugo 2013).

Cabe señalar desde ya que de lo que se trata no es de someter a los poderes políticos a una discusión política sobre la conveniencia o inconveniencia de su gestión ante los tribunales, sino del control jurisdiccional del cumplimiento de sus obligaciones jurídicas -constitucionales o legales. (Courtis et al,2006:p.82) Por su parte Abramovich plantea "lo que caracteriza estas acciones indirectas o complementarias es que las vías judiciales están lejos de ser el centro de la estrategia de exigibilidad de los derechos, pero sirven para apuntalar el resto de las acciones políticas que se emprende para canalizar las demandas de derechos en el marco de un conflicto colectivo, ya sea que se trate de reclamos directos a la Administración o del desarrollo de vías de negociación, o incluso de cabildeo sobre los funcionarios, el Congreso o empresas privadas. El proceso judicial sirve de punto de apoyo para la acción de incidencia de los actores de procesos sociales o políticos más amplios y complejos" (2007 p33).

Retomando la idea del “test del activismo” al analizar el anexo dos se ve que existen distintos escenarios, para el caso en cuestión, considero que el escenario B: de la adjudicación por ponderación, es el que se identifica con la problemática - ¿corresponde al juez entregar prestaciones médicas de alto costo aun cuando estas no fueron priorizadas por las políticas públicas en materia de salud?- que se busca analizar en este capítulo, en este test los argumentos para la deferencia vienen dados por el respeto a los valores formales y los valores para la interferencia son los valores sustantivos.

En este caso por tanto se configura un caso particular de ponderación en torno a la adscripción o no de una regla prestacional que viene a ser una extensión de una regla prestacional de partida que sería en este caso el decreto que establece las enfermedades cubiertas por el fondo y la ley 20850, pues este tipo de prestaciones están establecidas por ley pero solo a un número limitado -aquellos que fueron priorizadas- siendo las de los casos de judicialización aquellas que se encuentran excluidos.

Bazán menciona que los requisitos para configurar tal situación serían entre otros: “connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la constitución que la omisión

provoca: normatividad y primacía de la constitución; margen de acción o de inacción del legislador o de la autoridad pública comprometida; abanico de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectividad, de una solución material y financieramente posible, agrega que, en este caso el ejercicio jurisdiccional supone tener presente la obligación de generar una solución equilibrada que ni signifique una invasión a las atribuciones propias de otros poderes estatales, ni clausure la actuación judicial en caso de que un órgano competente corrompa la supremacía constitucional al incumplir uno de sus mandatos o en tara de desarrollo constitucional, excluye injustificadamente o discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otro en igualdad o equivalencia de circunstancia”. (2010 p3)

La argumentación necesaria para fundamentar la interferencia y dar solución a estos casos sería en primer lugar, un principio en sentido estricto, que apoye la inclusión del caso concreto en el ámbito de aplicación de la regla prestacional, en este caso es el principio de no discriminación, el principio de progresividad de los derechos fundamentales y los principios de la seguridad social

Los principios en estos casos se diferencian de las reglas de acción porque mandan ejecutar o no ejecutar cierta acción a priori y no perentoriamente dado que esto dependerá de la ponderación. En segundo lugar, los derechos constitucionales que se ven afectados por la decisión que se busca corregir sería el derecho a salud y el derecho a la vida dada su conexión ya explicada. Los argumentos por su parte, para la deferencia vienen dados por los valores formales, que a saber serían la división de poderes, la remisión del legislador en la ley 20850 al decreto que debe ser dictado por la administración, la ley de presupuesto y los criterios técnicos.

Es conveniente por tanto realizar un breve análisis de la decisión administrativa de la legislación y de la judicialización desde la perspectiva de la seguridad social para observar cual es el grado de vulneración que existe en cada uno de estos en los distintos escenarios posibles.

Los principios que rigen la seguridad social han sido desarrollados y caracterizados por la doctrina internacional desde comienzos del siglo XX, luego de la Primera Guerra Mundial. Es luego de este conflicto que las naciones comenzaron a proteger y a resguardar a sus habitantes, tanto por temas humanitarios, como por control de la salubridad pública y su influencia en el control de la población.

Por su parte la doctrina nacional ha considerado como principios que fundan y dan contenido al derecho de la seguridad social a los siguientes: Universalidad, Igualdad, Unidad, Integridad; algunos agregan el principio de Internacionalidad y el ya cuestionado principio de Subsidiariedad.

Principio de Universalidad: Este principio establece que el estado debe velar por la protección de las personas, independiente de sus circunstancias de empleabilidad, salud, migración o cualquiera ella sea, es así como podemos dividir el principio de universalidad de la protección social en dos ámbitos: “El principio de universalidad objetiva consiste en que la seguridad social debe extenderse a todas las contingencias sociales de carácter no voluntario, como enfermedad, desempleo, vejez, invalidez, muerte, maternidad, sobrevivencia y salud y riesgos ocupacionales, comprendiendo en etapas más avanzadas las que afectan lo social, económico y cultural” (Obando, 2012 Pag 293). Por su parte, el principio de universalidad subjetiva significa que la seguridad social debe comprender sobre una base no discriminatoria a toda la población. Sin mediar algún tipo de discriminación que impida al sujeto acceder a ella.

Por su parte Sojo señala “El principio de universalidad consiste en garantizar a todos los miembros de la sociedad determinadas protecciones o beneficios en forma de derechos, con la calidad y en la cantidad que se consideran necesarios para una participación plena en la sociedad. Con este principio se pretende que todos los individuos cuenten con la certeza de que se les asegura el máximo bienestar permitido por el desarrollo económico en un momento dado.” (2017, Pág. 33).

Principio de Igualdad: El concepto simplificado de igualdad es la ausencia total de discriminación entre los seres humanos, que nace en la época de la Revolución Francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Principio de Unidad: La unidad se traduce en una orientación sistémica, unitaria y estructurada de la seguridad social, como una política pública coordinada, integral, uniforme y de conjunto. Principio Integridad o suficiencia: Este principio apunta a que la seguridad social debe otorgar prestaciones o beneficios médicos, económicos y familiares que satisfagan totalmente las consecuencias directas de una contingencia social, solucionando el caso que afecta a un miembro de la población.

Principio de Solidaridad: El principio de solidaridad sugiere que detrás de la seguridad social se encuentra un esfuerzo comunitario, pues todos los integrantes de la comunidad deben cooperar a la

obtención de sus objetivos conforme a su ingreso y posibilidades, beneficiándose todos de acuerdo con sus necesidades, redistribuyendo así el ingreso nacional.

Además “La universalidad está íntimamente vinculada con el principio de solidaridad, que postula a su vez la participación en el financiamiento de la política social de acuerdo con la capacidad económica individual. Así, la solidaridad debe coadyuvar a asegurar la universalidad y la equidad en el acceso a las prestaciones sociales, considerando las asimetrías de las condiciones económicas y de la exposición a riesgos, particularmente en materia de salud y empleo. Según el principio de solidaridad se asume también que, dadas las externalidades del bienestar individual, existe una estrecha interrelación entre este y el bienestar social. En la vida de las personas y en el desarrollo de las sociedades influyen la amplitud y calidad de los servicios y las protecciones sociales.” (Sojo,2017, Pag 34)

Se observa por tanto que existe vulneración directa del principio de universalidad, de igualdad y de integridad o suficiencia por parte de autoridad administrativa al negar prestaciones médicas por razones técnicas y presupuestarias, pues estas no solo se aplican como forma priorización, si no como forma de exclusión, pues se niega el tratamiento a raja tabla por parte de la administración. Siendo contraria por tanto incluso contraria a la intención del legislador que es dar la mayor cobertura posible.

Si consideramos por tanto principios como la universalidad, solidaridad, unidad entre otros, es precisamente el silencio del sistema de salud el que no está abordando el problema de acceso a este tipo de medicamentos como es debido. Pues el poder ejecutivo es el llamado a proporcionar los mecanismos y sistemas necesarios para hacer efectivos los principios antes analizados. De forma que el poder judicial, en su limitada capacidad de corrección de las políticas públicas, solo intenta reestablecer la vulneración de estos principios que realiza administración.

Por tanto, la adjudicación de una prestación médica de alto costo en estos casos es posible solo si la vulneración del derecho del derecho fundamental en juego en este caso derecho a la salud, el derecho la vida además de los valores y principios de la seguridad social es suficientemente superior al peso de la vulneración de los derechos, principios y valores que operan en sentido de mantener la exclusión.

De forma que corresponderá entregar cierto medicamento al recurrente en los casos que la vulneración al derecho a la vida, al derecho a la protección de la salud , al principio de no

discriminación y los principios de la seguridad social se vean más socavados por la decisión de la administración que se intenta cambiar, que la vulneración que se puede producir por la decisión judicial de los valores formales como la división de poderes o los requisitos técnicos establecidos por la misma normativa. Es decir, mientras la vulneración a los valores formales que en este caso a grandes rasgos sería la división de poderes, sea mínima, se debe otorgar la prestación.

Considero será mínima esta interferencia del poder judicial, en la administración mientras que, no se modifique la finalidad de la normativa, que es establecer un fondo autosustentable para financiar tratamientos de alto costo por la vía de progresividad, es necesario por tanto que estos tratamientos no afecten de forma real y sería el fondo, se debe exigir que su costo sea realmente sea un gasto catastrófico, que el medicamento sea realmente eficaz y efectivo. Por tanto, en los casos que las cortes otorguen un medicamento que en el caso de no entregarse conculque la vida o la salud de forma grave no incurrirán en activismos judicial, siempre que no se afecte de forma total los valores formales, lo cual se lograría mediante un ejercicio técnico y que considere los intereses públicos por parte de las cortes.

En consecuencia “Se hace necesaria una reinterpretación de la judicialización del acceso a medicamentos desde una perspectiva sanitaria, de manera que eventuales respuestas a demandas individuales no menoscaben principios fundamentales de equidad o erosionen la efectividad de mecanismos. No se trata, en ningún caso, de limitar derechos, sino de contextualizarlos en el marco médico-sanitario, con valoración de aquellos elementos ya existentes como la selección justificada en términos de coste efectividad de medicamentos financiados por el Estado, (Vidal, Di Fabio, Pag 3)

Al mismo tiempo, hay que garantizar que los dictámenes técnicos sobre los que se basan las decisiones de las autoridades sanitarias para autorizar, financiar o racionar medicamentos u otras tecnologías sanitarias no puedan ser obviados de manera unilateral por la Corte y los jueces; siendo necesaria la protección de los criterios técnicos de decisión de los profesionales sanitarios responsables, pues deben tener primacía sobre las opiniones de otros actores como, por ejemplo, el médico suscriptor (Vidal, Di Fabio, Pag 3)

Es pertinente además tener claro que “La ambigüedad e indeterminación jurídica que caracteriza a las normas constitucionales puede debilitar, cuando se intenta aplicarlas en forma directa, las necesidades

de certeza y seguridad jurídica que toda sociedad y toda economía requieren y que toca precisamente al sistema jurídico garantizar, se impone por tanto al juez una obligación de justificar su fallo de la mejor forma”. (Leturia 2018 p234), pues solo dada esta mejor forma de fallar es posible analizar la razonabilidad de la decisión judicial, cuestión que en la jurisprudencia analizada no se cumple.

Así “El Recurso de Protección muchas veces se desarrolla en situaciones jurídicas que exigirán una justificación muy seria y completa de los criterios adoptados, sobre todo ante situaciones no normadas o donde hay un conflicto, real o aparente, entre derechos constitucionales. Pero la fuerte tradición legalista de nuestra cultura jurídica, sumado al aún importante número de casos de protección que cada año se presentan, ha favorecido un deficiente sistema de argumentación, que se complementa entrópicamente con una jurisprudencia muchas veces zigzagueante.” (Leturia 2018 p235)

Se plantea además el riesgo que significan estas resoluciones judiciales para el fondo que establece la LRS. Si bien este argumento es razonable, me parece que merece un análisis mayor al que puedo dar en este trabajo, pues en primer lugar el fondo para financiar estos medicamentos, está lejos de pasar por una crisis de financiamiento como se demuestra en el anexo 1, y además debe considerarse la posibilidad del presidente de poder aumentar los gastos ya autorizados cuando la necesidad pública lo requiere, de forma que más que un problema de escasez, es un problema de voluntad política y organización de la distribución de bienes relativamente escasos. De esta forma se defiende la flexibilidad o elasticidad del presupuesto, pues es lógico que, para consolidar la legitimidad del régimen democrático constitucional, se deben optimizar los recursos en la satisfacción de las necesidades públicas incluso ante situaciones excepcionales.

Más todavía se ha señalado “Lo anterior es muestra de lo peligroso de la judicialización, porque incentiva a recurrir a aquellos pacientes cuyos tratamientos son rechazados por la vía administrativa, debido a su exorbitante costo. Ya que esto produce que la Corte ordene financiar precisamente aquellos medicamentos que ponen en peligro la estabilidad de la LRS. La comparativa señala que durante el mismo periodo los fallos de la Corte Suprema implican un financiamiento 28 veces mayor, que el paciente promedio de la Ley Ricarte Soto.” (Observatorio, 2019).

De esta forma se observa que la corte sería menos eficiente en la distribución de los recursos, lo cual si bien es cierto a priori es necesario tomarse esto con calma, pues esta ley está diseñada para poder financiar tratamientos que comprometan hasta un máximo del 80% fondo, además dentro de los

tratamientos de alto costo algunos son más costosos que otros, siendo este caso, el del medicamento spinraza el cual es el tratamiento más caro del mundo. (El espectador, 2018) y ha sido financiado varias veces ya por la corte. Además, considerar este tipo de argumentos, sería una contradicción, pues esta ley se basa en una ética que no considera valoraciones económicas sobre el acceso a la salud, pues en caso de ser esto -el monto- lo importante en estos casos, esta ley no tendría sentido.

Por último, me gustaría agregar que, nuestra administración pública está preparada para otorgar mayores prestaciones, en materia de derechos sociales, de forma que se refuerza en este sentido, la idea de que no existiría una interferencia amplia a las funciones de la administración pública al dictar este tipo de sentencias, pues existe normativa que se hace cargo de esta posibilidad, como detallaré en el siguiente párrafo.

Siguiendo a Cea Egaña (1992: p.435) y según señala la misma ley de presupuesto al referir al fondo establecido para financiar la LRS, los montos establecidos para este fondo son excedible mediante Decretos del Ministerio de Hacienda que se dicten en la forma dispuesta en el Art. 70 del D.L. N.º 1.263, de 1975. No obstante, se podrá exceder sin necesidad de Decreto, sancionando posteriormente los excesos que se produzcan.

Este autor agrega que el presidente puede aumentar un gasto ya autorizado en la ley de presupuesto, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria subordinada o de ejecución. Pues a pesar de que la ley de presupuesto es detallista, siendo su expresión máxima la glosa, la constitución exige al congreso obrar con cualidad general, así lo establece el art 64 de la CPR, cuando se refiere estimación de los ingresos, es decir al cálculo como apreciación aproximada está descartando toda rigidez en el gasto ya autorizado. Agrega el autor “estos aumentos en los gastos públicos, aun cuando atentan contra el equilibrio presupuestario, no pueden dejarse sin realizar ya que ello significaría la negación del derecho y la justicia” (Cea 1992 pp 453-436)

III.III CRÍTICA A LA JUDICIALIZACIÓN DEL ACCESO A TRATAMIENTOS DE ALTO COSTO

Es necesario mencionar que, si bien la protección por la vía de protección de este derecho ha servido y si bien el panorama es esperanzador, esta no es la vía óptima por una serie de problemas que explicare desde ya.

En primer lugar, citando a Allard “No todas las afectaciones al derecho a la salud llegan a los tribunales, eso será –en la mayoría de los casos– algo asociado a la capacidad económica de quien se ve privado o amenazado en el ejercicio de un derecho y corresponde al legislador establecer reglas generales sobre este asunto” (2016: p.104). De hecho, incluso la judicialización se ha comprobado beneficia más a las clases altas que a las medidas y bajas, pues su acceso a la justicia es mayor y de mejor calidad. (Motta Octavia 2011 pp 83 -84)

Por tanto, la capacidad económica funciona como barrera de entrada a la judicialización lo que sería al menos discriminatorio para las personas con menos recursos, lo que puede ser por un tema de contactos o simplemente por la capacidad para pagar un abogado, es necesario además mencionar las situaciones de los ciudadanos que viven alejados de las capitales económicas de cada región, la gente que vive en sectores rurales, pues tienen limitaciones geográficas para el acceso a la justicia. De esta forma acceder a los derechos sociales por la vía de la judicialización vulnera también el principio de universalidad de la seguridad social.

En términos de legitimidad, que el poder judicial revierta decisiones administrativas o que de facto genere políticas públicas por la vía judicial afectan evidentemente el principio de división de poderes, puesto que el llamado a solucionar estos problemas es la autoridad ejecutiva por vía de políticas públicas e incluso el congreso por la vía legislativa.

En este sentido “La adopción de soluciones jurisdiccionales que nacen de la aplicación directa de la Constitución menosprecia la importancia y necesidad de la función/ solución legislativa, empobreciendo el debate político y dificultando la precisión y correcta delimitación del contenido de los derechos. (Leturia, 2018: p.234), de forma que incluso esta forma de solucionar los problemas carece de componente democrático.

En consecuencia y siguiendo a Gargarella “Esta temática alude a la complejidad de “traducir” algunos reclamos y aspiraciones al lenguaje liberal de los derechos, ya que la idea de derechos puede tender a simplificar en extremo lo que es demasiado complejo, sugiriéndose respuestas eminentemente jurídicas para atender problemas que fundamentalmente no son de carácter jurídico, promover la judicialización de cuestiones que merecen una atención y un tipo de soluciones que son

primordialmente extrajudiciales y tender a individualizar reclamos que son principalmente colectivos (2014; pág. 323)

Por su parte Atria señala, en este proceso el recurrente más que presentarse como un ciudadano se presenta como un cliente que reclama un servicio (2004: p.46). Lo cual es contradictorio al interés público pues busca su bienestar individual y no el de toda la comunidad. En la misma, Salgado señala que la vía judicial no es capaz de hacerse cargo de uno de los asuntos claves en la lógica de los derechos sociales, el cual sería todo aquello que se relaciona a la justicia distributiva, pues el proceso judicial obedece a un método de solución de conflictos duales, es decir entre adversarios y no analiza el problema desde la perspectiva de la lógica redistributiva que necesita un sistema de salud público universal y eficiente(2015,p 89-105).

Comprender por tanto la judicialización de los derechos sociales cómo se está haciendo, solo mantiene la lógica de la subsidiariedad, pues el sujeto al plantearse como un cliente y no como paciente del sistema público, lo que busca principalmente no es una solución o una mejora al sistema de salud, si no que busca el acceso a un bien que no pudo conseguir en el mercado debido a su alto costo. Así, los derechos sociales serían derechos “del individuo frente al Estado, a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de los particulares” (Alexy, 1993: p. 27) Bajo esta perspectiva los derechos sociales solo toman relevancia cuando no existen medios financieros para adquirirla del mercado, de esta forma serían derechos subsidiarios por tanto el mercado es la forma natural y adecuada. (Salgado, 2015, p79)

Plantea Salgado, que para solucionar esta problemática es necesario considerar el concepto de ciudadano relacionado a los derechos sociales, pues esto agregaría un factor que puede contrarrestar las lógicas subsidiarias actuales en el proceso judicial que se plantean como una forma de paliar las molestias de la pobreza, es decir una solución parche para el problema de la pobreza, pero no cuestiona su origen y menos la elimina (Salgado, 2015, pp94-101)

La concepción de ciudadano ayuda a resolver este problema en el siguiente sentido: Comprendernos como ciudadanos iguales miembros de una comunidad, , nos plantea la necesidad de igualdad en

ciertos aspectos esenciales de la vida que permitan la libertad y la autonomía de estos, de forma que estos permitan superar en ciertos aspectos esenciales las distinciones de acceso que causan las clases sociales, pues de otra forma el concepto de ciudadano perdería su validez y se vería permanente socavado por las diferencias de clases sociales entre ciudadanos.. (Salgado, 2015, p105)

Así “debido a la naturaleza del ámbito judicial, no debería sobredimensionar su radio de acción en materia de derechos sociales. La acción contenciosa del recurso judicial y del poder judicial —que insume costos, recursos y tiempo— está acotada por sus características institucionales propias, y por el lugar que el poder judicial ocupa en la división de poderes. Aun cuando ventile intereses colectivos, ella se estructura a partir de una confrontación dialéctica entre dos partes antagónicas —una parte gana y la otra pierde—, diseño que le resta capacidad para abordar la totalidad de los intereses en juego en el conflicto original. Al tener como referente el caso concreto, su alcance se ve restringido, pues difícilmente podrán considerarse todos los elementos y la multiplicidad de factores vinculados. Por tanto, los respectivos poderes políticos son los llamados a tener las atribuciones centrales en materia cumplimiento de los derechos sociales y la formulación de las políticas correlativas, papel que no debe ser suplantado por el poder judicial. (Sojo, 2017. pp177-178).

En consecuencia, dejar este problema sin solución devendría en una situación insostenible. Pues es precisamente que, si entidades del poder público no cumplen el papel protagónico de supervisión y vigilancia, la rama judicial se congestiona y el litigio masivo siempre va “en busca de lo mismo”. Además, las demandas o tutelas se presentan con un formato predeterminado: los escritos se realizan mediante plantillas, que se llenan cambiando el nombre de la persona y del medicamento y recurriendo a líneas jurisprudenciales predefinidas. (Sojo,2017, Pag 183)

De esta forma la reiterada judicialización a causa de un mismo patrón o tipo de servicio pone de manifiesto la incapacidad para resolver el acceso equitativo a ellos mediante bases más estructurales (Mæstad, Rakner y Motta Ferraz, 2011, pág. 297). Es precisamente este punto el que consideramos relevante puesto que es precisamente la carencia de políticas públicas lo que causan los problemas de falta de eficiencia al entregar recursos públicos sin mediar factores como la efectividad del medicamento que se solicita, la certificación de la autoridad sanitaria, entre otros factores relevantes a este respecto, pues quien debe realizar esto la administración pública, no cumple su rol de la forma que debe ser y entrega esto a poder no preparado ni destinado para resolver este tipo de problemas

Por último “debe tenerse presente la manera en que la introducción de los derechos sociales influye en la expansión o limitación de los diversos poderes del Estado al aumentar las facultades del poder judicial, y cómo, a su vez, esta reorganización del poder puede favorecer o bloquear la potencialidad de los derechos sociales. Es así que se ha señalado que las fuerzas progresivas adoptan una posición paradójica: transfieren facultades adicionales a la rama del poder más alejada de la elección y el control populares, o, en términos jeffersonianos, a la rama del poder menos republicana de todas (Gargarella, 2014: p. 251)

IV.- CONCLUSIONES.

En primer lugar, no existen motivos plausibles para negar la actividad prestacional del Estado en relación con los derechos sociales y todavía más el particular al derecho a la protección de la salud, desde la perspectiva de su costo y la premisa liberal de no intervencionismo del Estado.

En segundo lugar, resulta evidente que no existe acuerdo sobre cuál es el contenido del derecho a la salud, ni tampoco sobre cuál es la mejor nomenclatura para referirse a este, no obstante, es claro que se trata de un derecho a prestaciones- en este caso médicas- destinadas a restablecer un mínimo de salud, mas no a tener un estado de salud perfecto. Estas prestaciones necesarias deben estar orientadas a facilitar la participación de los miembros de la comunidad en esta, de forma que deben estar orientadas a dar condiciones de igualdad de oportunidades.

En tercer lugar se observan grandes déficit, tanto a nivel de cobertura, eficiencia y calidad. En efecto, la constitución al dar un marco de subsidiariedad al sistema de salud público conlleva que sus recursos tanto económicos como humanos siempre sean mínimos, pues su rol lógicamente no tendrá el carácter de principal sino subsidiario, de forma que su funcionamiento siempre será deficiente, ya que su máxima está dada por una solución a lo que el mercado no realiza o realizó de forma deficiente.

Con todo si bien en el plano normativo y presupuestario, el sistema de salud público es tratado bajo la lógica de actuar como un ente subsidiario, la mayor parte de la población y la más propensa a enfermarse, es atendida por el sistema de salud público, pues el mercado dado sus altos costos excluye a gran parte de la población, en consecuencia se produce una contradicción manifiesta entre el marco

subsidiario y la realidad del sistema público, pues un sistema de salud con estas características no podrá estar preparado para atender a la mayoría de la población.

Esta problemática si bien ha sido advertida por el legislador, las soluciones propuestas -ley auge y ley Ricarte soto- no han sido suficientes, pues si bien se inspiran en una lógica del Estado de Bienestar, se han visto mermadas por el marco constitucional de subsidiariedad, explicando por tanto que sus recursos son siempre limitados, lo que en efecto conlleva a prestaciones limitadas para una cantidad de población y padecimientos que suele ir en aumento. Es más, si bien el modelo de priorización es una buena forma de llevar a cabo las políticas públicas de salud, el marco subsidiario ha traducido dicha priorización, en la falta de prestaciones médicas a los padecimientos que no tienen el carácter de prioritarios, pues se espera que encuentren solución a estos padecimientos en el sistema privado que ofrece el mercado. Aún más actualmente la administración sanitaria del Estado cubre ciertas prestaciones tanto a usuarios del sistema público como del privado, cuestión que no se observa en los entes privados, además el sistema público tiene la carga de recibir a los usuarios ISAPRES en momentos de problemas económicos. Se observa por tanto que existe una preferencia de trato al sistema privado en las políticas públicas, pues existe muchas veces transferencia de recursos desde el Estado a ISAPRES, pero no a la inversa. Por el contrario, cuando se ha intentado diseñar políticas públicas que busquen transferir dineros desde el sistema privado al público para aumentar las coberturas y los recursos del sistema público la constitución ha actuado como una verdadera barrera a cualquier tipo de solución de este carácter.

En cuarto lugar el componente democrático presente en la LRS representa un nuevo paradigma para la creación y funcionamiento de políticas públicas, pues logra que distintos actores tengan voz en estas. Lo cual resulta ser un avance para la democracia representativa que hoy es objeto de diversas críticas, de forma que sería ideal replicar esta forma de creación de políticas públicas a futuro.

En quinto lugar con respecto a la judicialización de las prestaciones médicas de alto costo no incluidas en el marco normativo nacional, esta se identifica como una salida de emergencia a la problemática, pues si bien es cierto, que en estos casos los recurrentes -el enfermo-, si no fuese por la actividad judicial no tendría acceso al tratamiento médico, de forma que su estado de salud empeora o inevitablemente llegaría a la muerte, produciéndose por tanto un pérdida para la comunidad como la humanidad.

Sin embargo, esto no plantea una solución real para la problemática, he incluso en muchos casos representa una profundización de esta, pues la judicialización posee también barreras económicas y geográficas que muchas personas no pueden superar. En concreto la judicialización, no cuestiona la estructura subsidiaria de los servicios públicos que como se explicó anteriormente origina y reproduce los problemas de eficiencia cobertura y calidad en el sistema de salud público, además tampoco analiza un aspecto de basta relevancia para esta temática -derechos sociales- como es la redistribución de la riqueza.

No obstante, es peligroso, negar la posibilidad de revisión y corrección al poder judicial de las decisiones de la administración, pues en la estructura de la división de poderes, el control entre poderes es un elemento de relevancia para la convivencia en democracia y libertad. En este sentido este control debe ser siempre respetuoso y lo menos invasivo dentro de lo posible, en las facultades de la administración, de forma que cuando se acceda judicialmente a un tratamiento de alto costo, exista una revisión especializada con apoyo de instituciones expertas en el área, para de esta manera respetar lo más posible los criterios técnicos incluidos en el proceso de priorización y respetando la finalidad de cada ley, de forma que esta prestación dada por el juez pueda identificarse de forma amplia con la progresividad establecida por el legislador para estas leyes, siendo así por tanto una decisión respetuosa con los requisitos técnicos, es decir sin invadir la actividad del poder ejecutivo y respetando la finalidad del legislador -aumentar paulatinamente los tratamientos-. Pues si bien es cierto que las decisiones judiciales no son la solución ideal, pero si no fuese por esto la pérdida de capital humano sería mayor de la que ya existe por culpa de la deficiencia de las políticas públicas, además es necesario señalar que las sentencias, si bien no tienen efectos directos en las políticas públicas, si sirven como antecedentes de las problemáticas que las aquejan.

Es necesario por tanto un cambio constitucional que derogue las lógicas subsidiarias del Estado para pasar a un estado de bienestar que encuentre su principal motivación de actuación el bienestar de los miembros de la comunidad y no la mantención de condiciones para el desarrollo del mercado, pues actualmente los únicos beneficiados son las ISAPRES, que solo durante el año 2018 arrojaron utilidades por \$64.392 según señala la superintendencia de salud (2019), pues en la salud, el lucro, no es un aspecto prioritario, ya que debilitan la igualdad entre ciudadanos y sólo profundiza las diferencias de clase.

Es pertinente además volver a señalar que el principio de subsidiariedad que orienta a la administración sanitaria y que es recogido por parte de la doctrina de la seguridad social, es contradictorio con el principio de unidad de la seguridad social pues, crea un sistema dual para la atención sanitaria de forma que no existe una orientación sistemática, unitaria y estructurada para garantizarían del derecho a la salud. Además, este sistema dual de prestadores de salud es contrario al principio de solidaridad pues como ya se señalamos solo existe transferencia de dineros desde el sector público al privado, pero no al contrario de forma que existe una solidaridad a medias.

En este sentido hay que ser claro que esto no traerá inmediatamente todas las soluciones, pues son necesarios cambios en distintos aspectos, algunos relacionados de forma directa al derecho, como: mejorar y replicar la forma de creación de políticas públicas con participación ciudadana, crear un sistema universal y solidario de salud, que se financia mediante impuestos y otros que requieren de más elementos que los jurídicos como serían integrar los conceptos de igualdad y eficiencia de recursos en los profesionales de salud.

Por último retomando la judicialización, es necesario mencionar que esta lógica de revisión de políticas públicas, ya se ha asentado como una costumbre en la ciudadanía e incluso en otros lugares del globo es una práctica habitual y aceptada, en consecuencia se advierte que incluso mejorando las políticas públicas este proceso no tenga término, de forma que es necesario crear una justicia especializada en intereses públicos, que cuente con cooperación de los otros poderes del estado y de entes especializados en las distintas áreas de relevancia pública como, vivienda salud trabajo y educación, además será necesario agregar un componente democrático a estas decisión para que tengan mayor legitimidad, se necesita además con urgencia que los jueces de las cortes mejoren el nivel de argumentación y análisis en estos casos de interés público, para de esta forma poder realizar un mejor análisis y control de sus decisiones.

Por tanto, si bien la judicialización tiene efectos negativos, actualmente y de acuerdo con el marco normativo imperante, resulta ser la única solución posible para el enfermo y su familia en estos casos, pues es muy poco factible que los servicios públicos acepten entregar medicamentos fuera del marco legal establecido, ya que este debería ser principalmente adquirido del mercado, ya que las políticas públicas solo tienen un rol subsidiario.

Es necesario así un cambio más amplio y radical, pues la solución judicial es solo una medida atendida a los casos particulares y no representa un reparo relevante y modificadorio para la política pública, reproduciendo así las mismas lógicas del Estado subsidiario, pues el enfermo se plantea frente a las cortes como un sujeto que no logró adquirir algo del mercado y espera que el Estado se lo entregue. Quisiera agregar a modo forma de cierre que estas propuestas y revisiones pueden ser extrapolables a otras áreas como lo son la educación y la vivienda.

V.- BIBLIOGRAFIA

Abramovich, Víctor (2006) El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Courtis, Christian(ed) Buenos Aires.

Arday, Leandro “Judicialización y participación de los jueces en las políticas públicas en Latinoamérica. La necesidad de "materializar" justicia” Sedlacek, Federico (ed).

Almonacid, Ulises(2001) ,Derecho de la Salud. Klapp, Roberto (ed), Santiago, Chile.

Alegre, Marcelo (2003) En "Igualitarismo, democracia y activismo judicial", en -Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto. Buenos Aires.

Alexy Robert (1993) “Teoría de los derechos fundamentales” En Libros del centro de estudios constitucionales, Madrid.

Atria, Fernando (2004) ¿Existen Derechos sociales ? Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004), pp. 15-59, Alicante.

Alvear, Julio (2013) “Protección de la salud, acceso a los medicamentos y deficiencias del mercado. Hacia un derecho social *plurivalente* en el marco de una economía *social* de mercado” en *Revista Ius et Praxis, Año 19, N° 2*, Universidad de Talca pp. 123 – 178, Talca,Chile.

Allard,Raúl; Mônia Clarissa Hennig Leal; Liliana Galdámez Zelada, (2016) “El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario”, En *Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca* .

Bazán, Víctor,(2010) “Acerca de ciertos desafíos temáticos de la justicia constitucional en Latinoamérica, Jurisprudencia Argentina”.

Bertelsen, Raúl (1989): “Report on the right to health in Chile”, en *The Rightto Health in the Americas. A Comparative Study* (H. Fuenzalida-Puelma and S. Scholle, eds., Pan American Health Organization, Scientific Publication N° 509), pp. 166-186

Berizonce, Roberto (2011) “Leyes modelos y Tradiciones nacionales” en Relatorio General, IAPL, XIV World Congress, Heidelberg, texto en castellano, p. 43.

Berizonce, Roberto (2010) “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas” en Revista de Derecho Procesal, Número extraordinario Bicentenario, Santa Fe, pp 169 y ss.

Cea Egaña, José. “Derecho Constitucional Chileno”. 2da Ed. Actualizada. Santiago, Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2012. P. 325. ISBN: 978- 956- 14- 1247- 7

Cuevas, Hernan (2010). “Una nueva configuración de poder saber en el campo del biopoder y las organizaciones de pacientes” En Lemm, V. (editora) Michel Foucault: neoliberalismo y biopolítica. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 85-122.

Delamaza, Gonzalo . (2011). Espacio público y participación ciudadana en la gestión pública en Chile: límites y posibilidades. en *Revista de la Universidad Bolivariana*, 10(30),45-75.

De la Jara, Jiménez. (2014). *Acceso a medicamentos de alto costo y enfermedades de baja frecuencia*. Santiago: Escuela de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile Disponible en www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj6_eXE1-nAhXdIrkGHUnzDRgQFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fwww.camara.cl%2Fpdf.aspx%3FprmID%3D30647%26prmTIPO%3DDOCUMENTOCOMISION&usg=AOvVaw3WyWJC2Nu9uAW3uBXbqhZg Fecha última consulta 26 de febrero de 2020.

Díaz, Eliseo (2017) “Gastos catastróficos en salud, transferencias gubernamentales y remesas en México” En *Papeles de población*, 23(91), 65-91. José Ramírez (ed) Disponible en <https://dx.doi.org/10.22185/24487147.2017.91.004> Fecha ultima consulta 26 de febrero de 2020-

Economía y negocios (2017) Fondos de la Ley Ricarte Soto han ganado más de \$5.600 millones por inversiones Lunes. Disponible en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=414481> Fecha última consulta 26 de febrero de 2020.

El espectador (2018) Disponible en . <https://www.elspectador.com/noticias/salud/el-dificil-caso-del-medicamento-mas-caro-del-mundo-articulo-798763> Fecha última consulta 26 de febrero de 2020

Faría, Miguel . (1999): En "Is There a Right to Health Care?", en *Medical Sentinel*, vol. 4 N° 4.

Espinoza, Manuel (2016) “Ley ricarte soto: creación de un universo de medicamentos de alto costo para patologías GES” En UC propone. Disponible en <http://ucpropone.cl/wp-content/uploads/2017/10/Ley-Ricarte-Soto-Creaci%C3%B3n-de-universo-de-medicamentos-de-alto-costo.pdf> Fecha última consulta 26 de febrero de 2020 .

Figueroa, Rodolfo (2009) “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciable los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud” En Revista Chilena de Derecho, vol. 36 N° 2, Santiago.

García-Huidobro, Rodolfo (2013) “El derecho a la salud” En *Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2, Talca, Chile* , pp. 283 - 332. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002013000200008&lng=es&nrm=iso Fecha última consulta 26/02/2020.

Garretón, Manuel. (2014). “*Las ciencias sociales en la trama de Chile y América Latina: Estudios sobre transformaciones sociopolíticas y movimiento social*. Santiago de Chile” :LOM.

Galvis Sánchez, Cristian (2007) “La construcción Histórica de los Derechos Humanos” En *Revista Latinoamericana de Bioética, vol. 8, núm. 13, julio-diciembre*, Bogotá, Colombia, pp. 54-65.vv

Holmes, Stephen ; Sunstein, Cass (2011) *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo 21 Editores Buenos Aires, Argentina

Jiménez , Fernando (2014) : Derecho Constitucional, Concepción.

Leturia, Francisco. (2018) “Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales” En Estudios constitucionales vol.16 no.1 ,Santiago.

Leary, Virginia A (1993): “Implications of a Right to Health”, en *Human Rights in the Twenty-First Century. A Global Challenge*, pp. 481-493.

Leenen, Henk (1991): “The Right to Health Care and its realisation in The Netherlands”, en *The Right To Health Care In Several European Countries* , pp. 31-38.

Lolas, Fernando (1998) Bioética ,el diálogo moral en las ciencias de la vida, editorial universitaria Santiago, Chile.

Lozada, Ali(2018) “Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista” En Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante.

Merryman, John,(2008) La tradición Jurídica Romano-Canónica, México.

Motta, Octavio (2011) “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil” En Texas Law Review numero 89.

Obando, Iván (2012) “El Derecho a la Seguridad Social en el Constitucionalismo Chileno: Un continente en busca de su contenido”. En Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1, pp. 289 - 338. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100008 Fecha última consulta 26 de febrero de 2020

Rawls, John. *La Justicia como equidad, una reformulación*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 73.

Roscada Pérez, Javier (2013). “La interpretación constitucional en el sistema jurídico mexicano”. Revista de Estudios de Derecho, núm. 156

Ropke , Wilhelm, (1996) *Más allá de la oferta y la demanda* (traducción de Marciano Villanueva), Unión Editorial, Madrid, España.

Squella, Agustín (2005): "El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 23. Valparaiso, Chile, pp. 103-133.

Super intendencia de salud 2019 “Superintendencia de Salud informa que utilidades de las Isapres ascienden a \$64.392 millones” disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/prensa/672/w3-article-18490.html> Fecha ultima consulta 26 de febrero de 2020.

Sojo, Ana (2017) “Protección social en América Latina: La desigualdad en el banquillo” Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago. Pag. 1- 257 Disponible en <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/41105?locale-attribute=es> Fecha última consulta 26 de febrero de 2020.

Salgado, Constanza (2015) “Derechos sociale e igualdad” en Revista ciencias sociales Universidad de Valparaiso

Tobar, Federico, (2012). “Un seguro nacional de enfermedades catastróficas: fundamentos para su implementación”. Documento de Trabajo N°100, CIPPEC, Diciembre de 2012. Gabriela Hamilton, Sofía Olaviaga y Romina Solano (eds) Disponible [www.valueinhealthjournal.com/article/S1098-3015\(13\)03870-9/abstract](http://www.valueinhealthjournal.com/article/S1098-3015(13)03870-9/abstract) Fecha ultima consulta 26 de febrero de 2020.

Urriola, Carlos (2016), “la reforma de salud en Chile a diez años de su implementación” Antonio infante, Ismael Aguilera, Héctor Ormeño (eds). disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342016000500514 Fecha ultima consulta 26 de febrero de 2020.

Valenzuela, Urzúa (1991): *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago. Editorial Jurídica de Chile)

Velasco, Carolina . (2014). “*Lineamientos de políticas de salud en el mundo*”. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304100917/comentario_carolina_Velasco.pdf Fecha última consulta 26 de febrero de 2020.

Valdivieso, Vicente (2010) “El plan auge 2005 al 2009 Algunos aspectos generales y valóricos” Joaquín Montero(ed) en *Revista médica de Chile*, 138(8), 1040-1046. disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872010000800015> Fecha ultima consulta 26 de febrero de 2020.

Vivanco, Ángela (2007): *Curso de Derecho Constitucional*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago).

Vidal, Jaime. “Judicialización y acceso a tecnologías sanitarias: oportunidades y riesgos.”. Revista electrónica Scielo. Diposnible en: <https://www.scielo.org/article/rpsp/2017.v41/e137/> Fecha última consulta 26 de febrero de 2020

Zúñiga, Alejandra (2011) “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria” *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, pp. 37-64 Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002011000100003&lng=es&nrm=iso Fecha última consulta 26 de febrero de 2020 .

Zúñiga, Alejandra y de Lora, Pablo (2009) “El derecho a la asistencia sanitaria.”. Madrid España.

ANEXO 1.

Movimientos del Fondo en el primer trimestre de 2019 (millones de pesos)

Movimientos trimestrales	millones \$
Saldo inicial al 31 de diciembre de 2018	157.954
Aportes del trimestre	104.784
Retiros del trimestre	22.327
Int. Devengado	1.233
Ganancias(pérdidas) de capital	508
Saldo final al 31 de marzo de 2019	242.151

Fuente: Dipres.

Movimientos del Fondo en el segundo trimestre de 2019 (millones de pesos)

Movimientos trimestrales	millones \$
Saldo inicial al 31 de marzo de 2019	242.151
Aportes del trimestre	0
Retiros del trimestre	16.189
Int. Devengado	1.429
Ganancias(pérdidas) de capital	949
Saldo final al 30 de junio de 2019	228.341

Fuente: Dipres.

Movimientos del Fondo en el tercer trimestre de 2019 (millones de pesos)

Movimientos trimestrales	millones \$
Saldo inicial al 30 de junio de 2019	228.341
Aportes del trimestre	0
Retiros del trimestre	14.336
Int. Devengado	901
Ganancias(pérdidas) de capital	942
Saldo final al 30 de septiembre de 2019	215.848

Fuente: Dipres.

ANEXO 2.

	Escenario A <i>De la adjudicación por subsunción</i>	Escenario B <i>De la adjudicación por ponderación</i>	Escenario C <i>De la adjudicación por adecuación restringida</i>	Escenario D <i>De la adjudicación indirecta</i>
Problema central	¿Está justificado adjudicar una prestación fundamental dispuesta por una regla de acción?	¿Está justificado adjudicar una prestación fundamental dispuesta por una regla de acción que excluye de su ámbito de aplicación al caso concreto <i>sub judice</i> , pero que su inclusión <i>prima facie</i> se cimienta, por un lado, en un principio en sentido estricto (y sus valores subyacentes) y, por otro lado, en un derecho fundamental?	¿Está justificado adjudicar una prestación que, si bien no está dispuesta por una regla de acción ni está sustentada en una extensión interpretativa de aquella, constituye sin embargo un medio adecuado para el cumplimiento de una regla de fin conexas con una directriz anclada en un derecho fundamental?	¿Está justificado apremiar el diseño de reglas que fin que conduzcan, a su vez, a la acuñación de una regla prestacional con fundamento en una directriz anclada en un derecho fundamental, cuando ninguna regla prestacional aplicable al caso está dispuesta por una regla de acción, ni está sustentada en una extensión interpretativa de aquella, ni constituye un medio adecuado para el cumplimiento de una regla de fin?
Razones operativas nucleares	— Regla prestacional (razón focal).	Por un lado: — Principio en sentido estricto (razón focal). — Valores subyacentes a dicho principio. — Derecho fundamental. Por otro lado: — Valores formales opuestos.	— Regla de fin (razón focal). — Directriz. — Derecho fundamental.	— Directriz (razón focal). — Derecho fundamental.
Nivel de deferencia debida (grado de socavamiento de los principios formales)	Nulo (0)	Bajo (1X)	Medio (3X)	Alto (7X)