



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

Facultad de Derecho

DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD:

“Acceso de las personas indigentes a las prestaciones de salud en el Sistema Público.”

Constituye el cumplimiento de un requisito para el egreso de la carrera de Licenciatura en Derecho UCSC

Autor: Carolina Andrea Salamanca Colipe

Profesor Guía: José Antonio Santander Gidi

CONCEPCIÓN – CHILE

2015

“Si oyes una voz dentro de ti diciéndote no sabes pintar, pinta, ¡Faltaría más! y la voz se callará”

Vincent Van Gogh.

Mis agradecimientos a:

 Mi familia, por la eterna paciencia.

 A mis profesores, por su esmero y dedicación en enseñarme sus conocimientos.

 A todos mis amigos, por acompañarme en este largo proceso desde el inicio y a todos los que se fueron sumando durante el trayecto.

 A mis guías emocionales: Vincent, Robert.

 Y por sobre todos a Dios, que me dio las fuerzas para seguir adelante cada día y por ser mi mayor consuelo.

INDICE

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
INTRODUCCION.....	9

CAPITULO I. La Garantía de Salud en Chile. Generalidades.

¿Qué es la salud?	12
La Normativa Constitucional	12
Deberes Constitucionales	13
Normativa Complementaria.....	16

CAPITULO II: Acceso a las prestaciones médicas. Particularidades.

La población indigente en Chile.	18
Acceso a las Prestaciones médicas.....	20

CAPITULO III. Problemas en la Salud Pública y la responsabilidad del Estado.

Los problemas en la Salud Pública y su evolución en los últimos años.	24
La responsabilidad del Estado por la Garantía del artículo 19 N°9 de la Constitución.	27
CONCLUSIÓN.....	31
BIBLIOGRAFÍA.....	33

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes y surgimiento del problema.

Este derecho encontró consagración constitucional de forma accidental en la Carta Fundamental del año 1925 cuando al debatir sobre la garantía de protección al trabajo, se señaló que éste debía incluir *“la recuperación de la fuerza de trabajo industrial”* de los trabajadores¹. Con los años, la legislación que complementaba a la norma constitucional fue considerada por el presidente Jorge Alessandri como un sistema que sólo *“establece atención médica para los indigentes, para el sector asalariado y sus familiares...”*, fragmentando lo que sería el sistema de salud en dos, aquel establecido para el sector alto y medio-alto, y aquel diseñado para los sectores populares.² Con los años, en el programa de gobierno del presidente Salvador Allende, se instituyó como principio base la idea de *“asegurar la atención médica y dental, preventiva y curativa a todos los chilenos, financiada por el Estado, los patrones y las instituciones de Previsión...”*³. Incluso, se pensó en democratizar la salud como el primer movimiento para crear un sistema único de salud, ideas que finalmente fracasaron. Con la reforma constitucional que realizó la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución” se consagró que la salud se trataba de un derecho propio de la persona y de la cual no se le podía privar a un individuo, sobre todo en lo tocante a ser atendido en un lugar establecido y por quien él mismo determinará, no siendo posible restringir esta facultad sólo a quienes poseyeran los recursos económicos suficientes.⁴

¹ Labra, María Eliana. “Medicina Social en Chile: Propuestas y debates (1920-1950). Cuadernos Médico Sociales. (2004). Vol. 44, 4, p. 207-219. Disponible en web: www.colegiomedico.cl p. 211.

² Couso, J., Reyes, M. Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile. Revista de Derecho (Coquimbo). Universidad Diego Portales. Vol. 16. Nº 2. 2009. p. 161 – 194. ISSN: 0717- 5345.

³ Programa Básico de Gobierno de la Unidad Popular. Candidatura Presidencial de Salvador Allende. p. 26. (en línea) Chile. Diciembre de 1969. (28 de agosto de 2015). Disponible en web: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0000544.pdf>

⁴ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 190ª. (en línea) Santiago: Marzo de 1976 (fecha de consulta: 30 de agosto de 2015). Disponible en web: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

A pesar de surgir como un derecho que protegía a las familias más vulnerables del país, con los años evoluciono a un modelo de mercado en que prima la oferta y la demanda por sobre la necesidad de las personas, dejando a un grupo de personas del territorio que son pasadas por alto en los estudios de la salud, siendo abandonadas a las políticas públicas del área en estudio que los gobiernos de turno fijan. Estas personas no cuentan con los recursos para acceder al modelo de mercado que ofrece la salud chilena y deben adaptarse a lo que el Estado les ofrezca en el cumplimiento de su deber de prestación para el acceso a las acciones de salud que ofrece de manera gratuita. Estas personas están señaladas en el artículo 136 letra e) del D.F.L. N° 01 del Ministerio de Salud del 2005, como *“las personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N° 869, de 1975;”* quienes están limitadas por sus recursos económicos a acceder a las prestaciones médicas que les otorga el Estado a través de la Salud Pública. Estas personas poseen la facultad de elegir el establecimiento o facultativo médico como todas las personas, pero la ven limitada por las mencionadas razones económicas y es por eso que el Estado las subsidia, además carecen de acciones para exigir que se les garantice el acceso adecuado y oportuno en el otorgamiento de las prestaciones de salud que requieran. La Constitución consagro en su texto una garantía de igualdad y libre elección en el derecho de protección a la salud para todas las personas, pero pasando por alto o al menos limitando a un grupo de personas, consideradas de mayor riesgo, la facultad material de exigir el cumplimiento, muchas veces vital, de tener acceso a una salud oportuna, eficiente y digna.

Problema de investigación.

Este derecho social en Chile tiene la particularidad de haber encontrado el amparo constitucional como un derecho que brindaba protección de forma mayoritaria a la clase más necesitada del país, como lo son los trabajadores y sus familias, pero que termino transformándose con los años en un derecho al que las personas aspiran de acuerdo al nivel de ingresos económicos que tengan. En esta investigación abordaremos la situación de aquellas personas que

no tienen la libertad, por razones económicas, de optar libremente a las prestaciones de salud ofrecidas en el mercado y que quedan sujetas al acceso y a los problemas de las prestaciones médicas que el Estado les otorga a través de los servicios públicos de Salud, veremos además las acciones o recursos que tienen para exigir la ejecución de su derecho.

Pregunta de investigación.

¿Cumple el Estado con su deber consagrado en la Constitución de otorgar acceso a las prestaciones de salud a la población indigente?

Objetivo General.

- Analizar si el Estado cumple su garantía Constitucional de otorgar el acceso oportuno y eficiente a las prestaciones de salud prestadas a través del Sistema Público a la población indigente.

Objetivos específicos.

- Determinar cuál fue la premisa que se tomó para elaborar el derecho de protección a la salud en la Constitución de la Republica de 1980, señalar que materias abarca este derecho y mencionar la legislación complementaria más relevante.

- Explicar la forma, oportunidades, problemas y protección en el acceso a las prestaciones de salud que tienen las personas indigentes en el sistema público.

Importancia del problema de investigación.

La persona debe gozar de un estado óptimo de bienestar en su salud para poder desarrollarse en la sociedad, para ser parte integrante de ella y ser un aporte activo a su

funcionamiento, son esas razones por las que a las personas se les debe garantizar el derecho a mantener este estado de bienestar total sin ningún tipo de discriminación. Esos motivos hacen que la salud tenga, como señala don José Cea Egaña, *“por finalidad, superior y final, la tutela de la existencia humana exenta de afecciones, o con las enfermedades inevitables bajo control y, en lo posible sin dolor para quienes lo padecen o se encuentran ya sanos.”*⁵. La gran importancia de esta problemática radica en que la población indigente del país queda en la indefensión para ejercer este derecho ya que al no tener como pagarse las prestaciones médicas ven reducida su oportunidad de atención al sistema público de salud que ofrece atención a los pacientes de acuerdo a los recursos disponibles de cada establecimiento y de acuerdo al nivel de urgencia con que se presente cada paciente, sin ofrecerles soluciones totales a sus necesidades. Además de esta indefensión, este derecho no cuenta con una acción que le permita a las personas indigentes o sin recursos exigir su derecho ante el incumplimiento de alguna prestación médica, el retraso en la atención o por no recibir atención. La problemática es doble, pero caras de la misma moneda y lejos de ser un tema que no recibe la atención doctrinaria necesaria, es un tema país que requiere ser analizado para adaptar nuestra legislación de país en vías de desarrollo a la par de aquellos países que ya alcanzaron el desarrollo.

Hipótesis de investigación.

El acceso a las acciones de salud en el Sistema Público para la población indigente es un deber consagrado en la Constitución que el Estado garantiza y asegura, pero no ofrece de manera práctica y oportuna.

⁵ 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

INTRODUCCION.

Hipótesis: “El acceso a las acciones de salud en el Sistema Público para la población indigente es un deber consagrado en la Constitución que el Estado garantiza y asegura, pero no ofrece de manera práctica y oportuna.”

La salud en términos sencillos es un estado de completo bienestar y es así como lo define el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Este estado de bienestar incluye el ámbito físico, psíquico y social de una persona, es por eso que toda persona, sin discriminación alguna tiene derecho a gozar de una salud plena y completa, y es el Estado quién debería tener en su responsabilidad la obligación de otorgar el acceso a todas las personas para que gocen tener un estado de salud completo y así estar acorde nuestra legislación a lo preceptuado en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Nuestra Carta Constitucional al tratar el tema del derecho a la salud, se refirió a él abiertamente como un derecho social-económico él cual “*no es patrimonio de una clase, sino que un bien común que se otorga y que se adquiere.*”⁶, pero además acordó que por su carácter social el Estado debía reconocer “*el libre acceso a la Salud, considerándola como un todo indivisible en sus acciones para promoverla, protegerla, restituirla o revalidarla.*”⁷ En las Actas de Estudio de la Nueva Constitución después de debatir sobre el tema, se acordó que la salud era un estado en la persona que el Estado no podía asegurar, debido a que es imposible asegurar que alguien no enferme o sufra un accidente, pero que Éste debía contribuir a otorgar los mecanismos para que una persona recuperará la salud y se rehabilitará en caso de perderla, señalándose que el Estado

⁶ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 187ª. (en línea) Santiago: Marzo de 1976 (fecha de consulta: 30 de agosto de 2015). Disponible en web: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

⁷ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 18ª. (en línea) Santiago: Noviembre de 1973 (fecha de consulta: 30 de agosto de 2015). Disponible en web: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf

sería un garante de esta protección, otorgando parte de su ejecución al sector privado para que a través de él las personas ejercieran su facultad de elección de las prestaciones médicas, pero sin dejar de prestar el Estado este acceso a las personas que no contarán con los recursos para acceder a las prestaciones otorgadas por el sistema privado a través de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) o pagar parte de la contribución del Sistema Público para acceder a la libre elección que este sistema ofrece a través de la modalidad de libre elección.

En esta investigación, la problemática parte de las personas agrupadas en el tramo A del Fondo Nacional de Salud que concentra a las “*personas indigentes o carentes de recursos...*”^{8,9}, cuyo acceso a las prestaciones es financiado por el Estado a través de aportes fiscales directos. Este grupo de personas, tienen acceso a las prestaciones médicas gratuitas que ofrece el Sistema Público a través de la Modalidad de Atención Institucional (MAI) que comprende todas las prestaciones entregadas a través de los establecimientos pertenecientes a la red asistencial de cada servicio de salud, establecimientos de salud de carácter experimental y centros privados en convenio. Las personas acceden a esta modalidad de atención a través de los consultorios de atención primaria dónde están previamente inscritos y son derivados, en caso de requerir atención de mayor complejidad, a otros centros de atención de la red.¹⁰

El derecho a la protección a la salud a través de la Norma Constitucional y sus diversas normas complementarias ofrece las oportunidades de acceso a las prestaciones médicas oportunas que cada individuo necesita en sus diferentes etapas de desarrollo, pero en los hechos nos encontramos con que el derecho que estas normas plasman no cumple con las expectativas que asegura en el acceso oportuno a las prestaciones médicas, dejando en la indefensión a este grupo de personas considerados de mayor riesgo debido a los mismos problemas que el Sistema Público arrastra desde varias décadas. Debemos agregar que en la actualidad ningún Estado

⁸ Chile. Ministerio de Salud. *Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 1 de 2005*, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley (DL) N° 2763/79 y de las Leyes N°S 18.933 y N°S 18.469. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 24 de abril de 2006. Art. 160.

⁹ *Ibidem*. Art. 136, e).

¹⁰ Dirección de Presupuestos. “*Sistema Público de Salud, Situación actual y proyecciones fiscales 2013 – 2050*”. Chile. Diciembre 2013. p.22. (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2015).

Disponible en web: http://www.dipres.gob.cl/572/articles-114714_doc_pdf.pdf

podría satisfacer plena y permanentemente el acceso gratuito a la salud a todos sus habitantes, porque las políticas de Estado sobre la materia dependen en gran medida del presupuesto que se le atribuya cada año y de la gestión eficiente que se haga de él, pero por su deber preferente de garantizar la ejecución de estas acciones en el sistema público y en consideración a los derechos que emanan de la persona, es que el Estado¹¹ debe tomar todas las medidas necesarias en las políticas públicas de salud que incentiven a cumplir de forma eficiente con el derecho de protección a la salud.

Otro aspecto a considerar en esta problemática va en directa relación con lo expuesto en el párrafo anterior. La Constitución, las leyes complementarias o políticas públicas al señalar los mecanismos de acceso a las prestaciones médicas por parte de la población indigente del país no otorga un mecanismo de protección especial para que este derecho sea exigible por estas personas a las autoridades, así como lo sería, por ejemplo, a través de algún recurso de protección, sin perjuicio de que este recurso se esté aceptando en la actualidad para proteger de forma indirecta al derecho a la salud. Si se analiza este detalle minuciosamente, podemos percatarnos que las personas indigentes gozan de un acceso restringido a las acciones de salud de acuerdo a los recursos de que dispone el sistema de salud pública y que además no cuentan con un mecanismo especializado que permita exigir y hacer valer sus derechos de manera que esta protección se vuelva algo real y tangible, transformando en una aspiración al derecho a la protección a la salud para esta población en comparación a las personas que tienen los medios para costearse los tratamientos y prestaciones en el sistema de salud privada o de libre elección del sistema público.

¹¹ Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago. 22 de septiembre de 2005. Art. 1 inciso 3.

CAPITULO I. La Garantía de Salud en Chile. Generalidades.

¿Qué es la salud?

La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad o padecimiento*”, esta definición ha sido criticada por suscitar expectativas desmedidas, por carecer de aplicabilidad práctica, por lo vaga y por no poseer un significado concreto. A partir de esa definición podemos decir que la salud ha sido entendida como la posesión de ciertas cualidades o potencialidades y que durante la década de los 80 se intensificó la búsqueda de indicadores de salud positiva con el fin de promoverla, indagación motivada por la Organización Mundial de la Salud.¹² Nuestra Constitución de 1980 entendió el concepto de salud según este concepto amplio que entrega la OMS, a pesar de las todas las críticas que se le puedan hacer.

La Normativa Constitucional

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

9º.- El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

¹² Almonacid Nancuante, Ulises; Klapp Sotomayor, Roberto; “Derecho de la Salud”; 1era ED.; Chile; ED. Jurídica ConoSur Ltda.; 2001; 627 páginas, Registro de Propiedad Intelectual N° 122.651; I.S.B.N. 956 – 238 – 307 - 5

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;

Deberes Constitucionales

En el ordenamiento Constitucional, la salud es tratada en el artículo 19 N° 9 amparando la “protección a la salud” y no el “derecho a la salud”, materia que se planteó en el debate de las Actas de Estudio de la Nueva Constitución¹³. Se entiende entonces, que el Estado asume un rol protector respecto a los mecanismos que aseguran al individuo gozar de un estado completo de bienestar físico, mental y social¹⁴, sin garantizar que la persona goce de esta calidad permanentemente, porque es imposible evitar que la persona no enferme.¹⁵ La protección puede ser vista desde dos puntos de vista, la primera, como el derecho al acceso de la salud, entendidas como el acceso a las acciones que tengan por objeto la prevención, recuperación y rehabilitación y la segunda, como la garantía de que cada persona no sufrirá enfermedades evitables, ya sea que sean provocadas por el Estado, por un tercero, o por la omisión de éstos.¹⁶

Es deber del Estado proteger el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de salud. La promoción de la salud consiste en proporcionar a los pueblos los medios necesarios para

¹³ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesiones N°s 18, 187, 190, 192, 193, 194, 407, 411 y 416. 187ª. (en línea) Santiago: 1973 (fecha de consulta: 30 de agosto de 2015). Disponible en web: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r

¹⁴ Jiménez Larraín, F. Jiménez Loosli, F. Derecho Constitucional. Concepción, Chile. Ed. Universidad Católica de la Santísima Concepción. 2014. Tomo I. p. 318. ISBN: 978- 956- 7943- 66- 1.

¹⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 192ª. (en línea) Santiago: Marzo 1976 (fecha de consulta: 30 de agosto de 2015). Disponible en web: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

¹⁶ Almonacid Nancuante, U., Klapp Sotomayor, R. Op. Cit. p.322

mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma, realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales así como las aptitudes físicas. Por consiguiente, dado que el concepto de salud como bienestar trasciende la idea de formas de vida sanas, la promoción de la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario.¹⁷ La salud se percibe entonces, no como el objetivo, sino como la fuente de riqueza de la vida cotidiana.

La protección que corresponde a la medicina preventiva, abarca las acciones destinadas a favorecer y defender la salud de toda la población, especialmente de aquellos expuestos a sufrir más enfermedades. Este deber comprende la no ejecución de acciones u omisiones dirigidas contra la salud y la adopción de providencias necesarias para resguardarla.¹⁸

Las acciones de recuperación corresponden a la medicina curativa, constituyendo la regla general, es en donde caben todas las prestaciones médicas obtenidas en los servicios de salud.¹⁹

La recuperación de la salud son aquellas acciones que tienen por objeto la recuperación de una actividad o función que se ha perdido o disminuido como consecuencia de una enfermedad o accidente.

Visto de esa forma, el Estado tiene la responsabilidad primaria de proporcionar salud, pero parte de ella puede ser reservada a instituciones privadas. Cuando se redactó el precepto se discutió sobre que obligaciones podían ser transferidas al sector privado. Algunos comisionados estimaron que cualquiera de ellas podía serlo, excepto la obligación de promoción y protección de la salud.²⁰

Al señalar la norma constitucional que el acceso es libre a las acciones de salud, significa que este no se puede impedir a las personas, pero esta libertad no es irrestricta, puesto que si bien el sujeto tiene libertad para elegir el profesional médico que lo atienda, eso no significa

¹⁷ Organización Mundial de la Salud (OMS). Carta de Ottawa para la promoción de la salud. (en línea). Canadá. Ottawa. Noviembre de 1986. (Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2015). Disponible en web: http://www.proepsainta.cl/wp-content/uploads/2015/09/Carta_Ottawa.pdf

¹⁸ Jiménez L., F., Jiménez L., F. Op. Citada., p. 320.

¹⁹ Cea Egaña, José. Ob. Cit., p. 325 – 344.

²⁰ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Ob. Cit., Sesión 192ª.

necesariamente que esa prestación sea cubierta por el sistema en el cual se encuentre afiliado el sujeto. La libertad existe, pero siempre debe estar sujeta en la forma y condiciones que determine la ley.²¹ Al decir que es igualitario el acceso, se quiere decir que este debe darse sin privilegios o preferencias, es decir, que sea similar para todos.²²

Es deber del Estado establecer políticas para controlar y coordinar todas las acciones de salud. Este deber incluye funciones controladoras como normativas. Según Cea²³, coordinar 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"*. Controlar consiste en observar o supervisar el funcionamiento del sistema, adoptando o sugiriendo medidas correctivas.²⁴

Como deber preferente, el Estado debe además garantizar la ejecución de las acciones de salud. El hecho de que sea preferente significa que deben tratarse con primacía a otras, ya sea que se ejecuten a través de instituciones públicas (Estado) o privadas (particulares). Al garantizarlas, se pretende dar certeza y seguridad de que se prestarán estas acciones, pero en la práctica es difícil concretar este postulado, puesto que la ley exige para ejecutarlas que estas se lleven a cabo en la forma y condiciones que ella exige, y una de esas exigencias es la posibilidad de establecer cotizaciones obligatorias. Éstas son necesarias, puesto que corresponden a la contribución económica que una persona debe pagar para atender los costos de la seguridad social. La Constitución se pone en el caso que no existan cotizaciones, siendo potestad del legislador establecerlas.²⁵

Finalmente, se otorga el derecho garantizado con el recurso de protección de elegir el Sistema de Salud al que el individuo desee acogerse, sea estatal o público. Con esta disposición

²¹ Almonacid Nancuante, Ulises; Klapp Sotomayor, Roberto; op. cit. p. 272.

²² Jiménez Larraín, Fernando; Op. Citada., p. 319.

²³ Cea Egaña, José. Ob. Cit., p. 325 – 344.

²⁴ Figueroa García-Huidobro, R., El derecho a la salud. (en línea) Estudios Constitucionales. Vol.11, Nº 2. 2013. Versión On-line ISSN 0718-5200 (fecha de la consulta: 19 de septiembre de 2015). Disponible en web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200008&script=sci_arttext

²⁵ Almonacid Nancuante, U., Klapp Sotomayor, R. Op. Cit. p. 270

final se prohíbe todo tipo de monopolio estatal para las prestaciones de salud, además de impedirle al Estado obstaculizar que los particulares ofrezcan esas prestaciones.^{26, 27}

Normativa Complementaria

La norma Constitucional fue de difícil aplicación durante la primera década de vida de la Carta Fundamental, incluso durante la segunda. Gracias a la legislación que se dictó en complemento de la garantía fue que se le pudo dar una aplicación práctica.

Entre las normas más relevantes, podemos señalar:

1. Ley Nº18.469 de 1985, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud.
2. Decreto Supremo Nº369 de 1985, que aprueba el Reglamento del régimen de prestaciones de salud.
3. Ley Nº 19.378 de 1995, que establece el estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.
4. Ley Nº 18.933 de 1990, que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta norma para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el Decreto con Fuerza de Ley Nº 3, de salud, de 1981.
5. Ley Nº 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud.
6. Decreto con Fuerza de Ley Nº1 del Ministerio de Salud del 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 2.763 y de las leyes Nº 18.933 y Nº 18.469.

²⁶ Actas oficiales de la comisión constituyente, Ob., cit. sesión 192ª: *“Se está consciente de lo deseable que resulta sentar el principio del derecho que asiste a la persona de elegir libremente su atención... Por esta razón se ha planteado la libertad de elegir entre sistemas estatal, privado u otros que puedan diseñarse, obligándose a los reglamentos o normas del sistema elegido.”*

Ministro de Salud, Fernando Matthei Aubel.

²⁷ *Ibídem*: *“El Poder Administrativo podría establecer, el día de mañana, tales requisitos para acudir a la atención privada o de otra forma de atención no estatal, que destruyeran la garantía.”*, Evans.

7. Ley 20584 de 2012, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

Una de las normas a rescatar debido a su importancia práctica es la ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías, creando un plan de salud obligatorio tanto para el Fondo Nacional de Salud como para las Instituciones de Salud Previsional, garantizando el acceso, calidad, oportunidad y protección financiera con las que deben ser otorgadas las prestaciones médicas asociadas a los problemas de salud incluidos en las garantías. Dentro de estas prestaciones, están aquellas de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus beneficiarios en su modalidad de atención institucional conforme a lo establecido en la Ley N°18.469 de 1985²⁸, modalidad en la que se suscriben las personas sin recursos o indigentes.

²⁸ Dirección de Presupuestos. Ob. Cit. p. 9.

CAPITULO II: Acceso a las prestaciones médicas. Particularidades.

La población indigente en Chile.

La Constitución al asegurar a todas las personas el derecho a la protección de la salud, se compromete a otorgarle los medios y condiciones necesarias para gozar de este estado de bienestar completo. De esa forma es como ofrece las oportunidades para que los individuos menos favorecidos económicamente tengan la opción de tener acceso a las prestaciones médicas adecuadas para el normal desarrollo de sus vidas.

Las personas indigentes o carentes de recursos son aquellas personas que no estén afectas a ningún régimen de seguridad social de salud, o a normas especiales o convenios que les den derecho a asistencia médica, y además cuando concurren a su respecto algunas de las siguientes circunstancias:

- 1) Que el Ingreso Mensual del Hogar al que se pertenece, no exceda el Ingreso Mínimo Mensual y que, al dividir dicho Ingreso Mensual del Hogar por el número de personas que integran ese Hogar, el cociente no exceda del 25% del Ingreso Mínimo Mensual;
- 2) Que el referido cociente, indicado en la Circunstancia precedente, si bien excede el 25% del Ingreso Mínimo Mensual, no supera el corte de puntaje de la Ficha de Caracterización Socioeconómica (Ficha CAS), determinado para estos efectos por el Ministerio de Planificación y Coordinación y el Fondo Nacional de Salud, con aprobación de los Ministerios de Salud y de Hacienda;

Excepcionalmente, se considerará que puede ser calificada como indigente o carente de recursos la persona que si bien aparece registrada como causante de asignación familiar de algún

afiliado a la ley N° 18.469, acredite fehacientemente que no vive a expensas de ese afiliado y que cumple con alguna de las circunstancias enumeradas en los N° 1 o 2 precedentes.²⁹

El Fondo Nacional de Salud funciona bajo un sistema de seguro solidario que está organizado sobre la base de un aporte obligatorio proporcional a los ingresos realizados por los trabajadores en actividad, además con el aporte fiscal que ingresa a través de la Ley de Presupuestos y con el copago de los beneficiarios y las transferencias corrientes, con los que se forma un fondo, donde prima la solidaridad en la distribución de acuerdo a las necesidades. La principal fuente de los recursos corresponde al aporte de la Ley de Presupuesto, los que luego se transfieren a distintos programas e instituciones relacionadas con la salud pública.³⁰

De acuerdo a los tramos en que el fondo Nacional de Salud agrupa a sus beneficiados, los indigentes se ubican en el tramo o grupo A, correspondientes a los “*indigentes o carentes de recursos...*”, su cobertura en el financiamiento de las prestaciones médicas asciende a un 100%.³¹ Dentro de esta categoría los beneficiarios no cubren el pago de cotizaciones que la ley exige a todas las personas para acceder a las prestaciones médicas, por lo que su permanencia en este organismo no implica para los beneficiados indigentes o carentes de recursos la obligación que rige para los restantes afiliados (trabajadores dependientes e independientes) de aportar mensualmente el 7% de su sueldo imponible,³² es de señalar que con ese aporte los afiliados de los grupos B, C y D acceden a un Plan Único de Salud, independiente del aporte y condiciones de salud de cada cotizantes. Además, el afiliado y sus cargas familiares pueden acceder a

²⁹ Chile. Ministerio de Salud. “*Decreto 110, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes*” Diario Oficial de la República. 11 de diciembre de 2004. Art. 2.

³⁰ Benavides, P., Castro, R., Jones, I. *Sistema Público de Salud. Situación Actual y Proyecciones Fiscales 2013-2050*. Chile: Publicación de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, 2013. p. 20. ISBN: 978-956-8123-69-7. p. 29.

³¹ Nancuante Almonacid, U., Sotomayor Klapp, R., Ob. Cit. p. 270.

³² Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. “*Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que Establece Nuevo Sistema de Pensiones*”. Diario Oficial de la República de Chile, 13 de noviembre de 1980. Art. 85.

prestaciones médicas en la Red Pública de Salud.³³ Los indigentes por no pagar la cotización obligatoria son subsidiados por el Estado a través del Fondo Nacional de Salud.

Concentrando lo dicho anteriormente, las personas agrupadas dentro del tramo A son subsidiadas por el Estado por medio del Fondo Nacional de Salud en el pago de cotizaciones para acceder a los servicios de salud que la Constitución establece, a través de los Servicios de Salud Regionales, transfiriéndose recursos a los Centros de Salud Primaria Municipal, como la no Municipal que entreguen sus prestaciones bajo la modalidad de atención institucional (MAI).³⁴

Acceso a las Prestaciones médicas.

Para acceder a las prestaciones médicas, las personas indigentes deben acudir a la Red Pública de Prestadores de Salud que el Fondo Nacional de Salud ofrece. Éste acceso gratuito también ofrece un Sistema de Atención Público de Salud a las mujeres embarazadas y a los niños hasta los seis años sin importar el tramo de Fonasa al que pertenezcan (Tramo B, C o D).³⁵

El sistema público de salud garantiza las prestaciones médicas, referentes a la medicina preventiva y curativa a través de dos clases de modalidades de atención.³⁶ La modalidad atención Institucional (MAI) que comprende todas las prestaciones que son entregadas a través de los establecimientos de salud pertenecientes a la red asistencial de cada servicio de salud, establecimientos de salud de carácter experimental y centros privados en convenio. Las personas acceden a esta modalidad de atención a través de los consultorios de atención primaria dónde están previamente inscritos y son derivados, en caso de requerir atención de mayor complejidad, a

³³ Chile. Ministerio de Salud. Ob. Cit. Art. 136.

³⁴ Benavides, P., Castro, R., Jones, I. Ob. Cit. p. 29.

³⁵ *Libre Elección para Tramo A de Fonasa: ¿un anhelo frustrado?* Revista Libertad y Desarrollo N° 1.152. Año 2014. ISSN 0717-1528.

³⁶ Nancuante Almonacid, U., Sotomayor Klapp, R. Ob. Cit. p. 265.

otros centros de atención de la red. Por lo tanto, de acuerdo al nivel de atención que se entregue, el gasto MAI se desagrega en tres componentes.³⁷

1) Atención Primaria de Salud (APS).

La red primaria de atención esta orientada a incrementar los niveles de cobertura, resolutivez y calidad de las prestaciones, como también determinar un diagnóstico preventivo y un tratamiento oportuno de las enfermedades. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema público de salud, brindando una atención ambulatoria, a través de: Centros de Salud (CES), Centros de Salud Familiar (CESFAM), Centros Comunitarios de Salud Familiar (CECOSF), Postas Salud Rurales (PSR), SAPU (Servicio de Atención Primaria de Urgencia). Si la administración del recinto está en manos municipales la atención primaria recibe el nombre de APS municipal, denominándose como APS no municipal al resto de los establecimientos que tiene un financiamiento proveniente de los servicios de salud.³⁸

2) Programa de Prestaciones Institucionales (PPI).

Corresponde al nivel secundario y terciario de atención, donde las prestaciones son otorgadas a través de los Establecimientos Asistenciales de los Servicios de Salud, o en aquellas instituciones que han celebrado convenios con dichos entes para la atención de los beneficiarios de la Ley N° 18.469.³⁹ Por lo tanto, este componente corresponde al gasto histórico conformado por aquellas prestaciones que no corresponden a atenciones primarias de salud ni a prestaciones valoradas. El financiamiento, se establece a través de un contrato de prestación de servicios entre el Ministerio de Salud, el Fondo Nacional de Salud y el Servicio de Salud correspondiente, en

³⁷ Nancuante Almonacid, U., Sotomayor Klapp, R. Ob. Cit. p. 265 – 267.

³⁸ Benavides, P., Castro, R., Jones, I. Ob. Cit. p. 22

³⁹ Nancuante Almonacid, U., Sotomayor Klapp, R. Ob. Cit. p. 269.

donde se explicitan la cantidad de prestaciones que debe realizar el Servicio y que deben ser financiadas por Fonasa.⁴⁰

3) Programa de Prestaciones Valoradas (PPV).

También corresponde a los niveles terciario y secundario de atención, pero en este caso comprende aquellas acciones de salud variables realizadas por los servicios de salud y por instituciones privadas en convenio con Fonasa. Dentro de este grupo se encuentran las prestaciones GES y otras No GES.⁴¹

La otra modalidad para el acceso a las prestaciones médicas es el de libre elección (MLE), en él el beneficiario elige libremente al profesional y/o entidad del sector público o privado, que se encuentre inscrito en el rol del Fondo Nacional de Salud y que haya celebrado convenio con éste y otorgue las prestaciones que se requieran. Para acceder a ella, los beneficiarios deben comprar un bono de atención (copago) cuyo monto depende del tipo de prestación y del nivel de precios en que se califica la prestación, renunciando a ser atendidos en la Modalidad de Atención Institucional.⁴² Los afiliados del tramo A, es decir, los indigentes o carentes de recursos no tienen acceso a la modalidad de libre elección, es decir, no cuentan con cobertura mediante el sistema de copago a través del Fondo Nacional de Salud en el sistema privado.⁴³

En la modalidad de atención institucional, las prestaciones comprendidas en el régimen GES se otorgan a través de los establecimientos de salud correspondientes a la red asistencial de cada servicio de salud y los establecimientos de salud de carácter experimental. Las personas

⁴⁰ Benavides, P., Castro, R., Jones, I. Ob. Cit. p. 22.

⁴¹ Ibidem. p. 22 – 23.

⁴² Nancuante Almonacid, U., Sotomayor Klapp, R. Ob. Cit. p. 276.

⁴³ *Libre Elección para Tramo A de Fonasa. Ob. Cit.*

carentes de recursos o indigentes tendrán derecho a recibir gratuitamente todas las prestaciones otorgadas por la modalidad de atención institucional.⁴⁴

Las oportunidades de acceso a las prestaciones médicas de las personas carentes de recursos en la modalidad de atención institucional son a través del Nivel de Atención Primaria, que está compuesto por establecimientos que ejercen funciones asistenciales en un determinado territorio con población a cargo, y otros niveles de mayor complejidad que sólo recibirán derivaciones desde el primer nivel de atención, salvo en los casos de urgencia y otros que señalen la ley y los reglamentos. Los establecimientos de atención primaria, sean consultorios, sean dependientes de municipios, de Servicios de Salud o tengan convenios con éstos, deberán atender, en el territorio del Servicio respectivo, a la población a su cargo. Por tanto, los beneficiarios del tramo A del Fondo Nacional de Salud, deben inscribirse en el establecimiento de atención primaria que forme parte de la Red Asistencial del Servicio de Salud en que se encuentre ubicado su domicilio o lugar de trabajo. Dicho establecimiento será el que les prestará las acciones de salud que correspondan en dicho nivel y será responsable de su seguimiento de salud.⁴⁵

Si la persona indigente o carente de recursos no se encontrará inscrita en ningún establecimiento de atención primaria, deberá acudir a aquel establecimiento que le correspondiera inscribirse según su domicilio. Y sí se diera la situación de que la persona acudiera a un establecimiento en que no se encuentre inscrito, corresponderá a ese establecimiento otorgar las prestaciones sin que pueda negarse a atender a la persona.⁴⁶

El Ministerio de Salud se encargará de velar por el efectivo cumplimiento de las normas que éste imparta en la relación con la calidad, acceso y oportunidad de salud.⁴⁷

⁴⁴ Nancuante Almonacid, U., Romero Celedón, A. La Reforma de la Salud. Primera Edición. Chile: Ed. Biblioteca Americana. 2008. p. 105-106. I.S.B.N.: 978-956-7247-49-3;

Chile. Ministerio de Salud. Ob. Cit. Art. 147.

⁴⁵ Chile. Ministerio de Salud. Ob. Cit. Art. 18.

⁴⁶ Chile. Ministerio de Salud. "Decreto 136, que Aprueba Reglamento que Establece Normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966". Diario Oficial de la República. 2 de septiembre de 2005. Art. 29.

⁴⁷ Chile. Ministerio de Salud. Ob. Cit. Art. 50.

CAPITULO III. Problemas en la Salud Pública y la responsabilidad del Estado.

Los problemas en la Salud Pública y su evolución en los últimos años.

El derecho a la salud se basa en los principios de la equidad, la solidaridad en el financiamiento, la eficiencia en el uso de los recursos y la participación social. Las Políticas de Salud Pública de los Gobiernos partiendo de esos principios velan por el normal funcionamiento de los Centros de Atención Primaria de Salud Pública por ser estos los lugares en que las personas acceden principalmente a las prestaciones médicas, principalmente la población indigente.

La Salud Pública en Chile acarrea muchos problemas desde hace varias décadas, que afectan directamente a la población indigente y de mayor riesgo porque son ellos los únicos que por obligatoria necesidad deben acudir a los centros asistenciales colmados de estos problemas, pero la gran pregunta parte de la base de saber si estos problemas se desprenden de la falta de asignación de recursos presupuestarios o de una mala administración y gestión de las autoridades respecto a estos recursos, problema que trataremos someramente en este capítulo.

Las deficiencias de infraestructura y equipamiento en la red asistencial pública, así como la escasez de recursos humanos calificados y el déficit en administración, son problemas que se vienen manifestando desde el sistema instaurado desde el año 1973, año en que se instituyó que cada persona comenzaría a hacerse responsable de su salud, pasando el Estado a tener un papel subsidiario, haciéndose cargo sólo de los indigentes.⁴⁸

Los primeros gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, a través del Ministerio de Salud, dirigieron sus esfuerzos a recuperar la inversión en salud y mejorar aspectos de infraestructura y accesibilidad a los servicios,⁴⁹ inyectando más recursos al Sistema Público de

⁴⁸ Chapman, Evelina. La reforma del sistema sanitario en Chile. *Ars Medica. Revista de Humanidades*. 2004; 1:107-115

⁴⁹ Méndez CA. Los recursos humanos de salud en Chile: el desafío pendiente de la reforma. *Rev. Panam. Salud Pública*. 2009; 26(3):276–80.

Salud, duplicando el gasto per cápita en el período 1990-2000 y manteniéndose la cobertura de la seguridad social en torno a un 90%.⁵⁰

En el año 2004, la reforma a la salud orientó sus objetivos hacia la definición de garantías explícitas en salud y exigibles para los ciudadanos, el mejoramiento de los modelos de atención y gestión del sistema, así como el establecimiento de solidaridad en el financiamiento, mediante el aporte de la población con menor riesgo de enfermarse en favor de la que posee un riesgo mayor y no tiene la facultad de proveerse el acceso a las prestaciones. Pero en general la reforma del sector salud carece de consideraciones sustanciales en cuanto al personal sanitario, nueva infraestructura, equipos y consumibles.⁵¹

Dentro de los temas más recurrentes y que más preocupa a las autoridades están:⁵²

- 1) Listas de espera que se forman en el Sector Público, tanto GES como No-GES.⁵³
- 2) El problema de la infraestructura y equipamiento (camas, ambulancias, equipamientos para realizar exámenes).
- 3) Los recursos humanos (médicos especialistas y médicos generales).

A partir de esos problemas la autoridad pública cada año busca invertir en una erradicación satisfactoria de ellos, que no sea completa, pero si suficiente, siendo el desbalance entre médicos generales y especialistas el que sigue constituyendo uno de los mayores desafíos del país. La importancia del recurso humano representa aproximadamente el 60% del gasto en los sistemas y tiene la función fundamental de proveer los servicios de salud. El año 2004 el Ministerio de Salud contaba con 25.542 médicos, de los cuales 2.276 provenían formados de otros países. La tasa de médicos por beneficiarios del Fondo Nacional de Salud en general (tramos A- B- C- D) era de

⁵⁰ Méndez CA. Ob. Cit. p. 23-24.

⁵¹ Ibídem. p. 26

⁵² Ministerio de Salud. Cuentas Públicas años 2010 a 2015. Chile. (fecha de consulta 19 de octubre de 2015). Disponible en web: <http://21demayo.gob.cl/>

⁵³ Ibídem. p. 17 - 19.

8,45/10.000, con 2,3 médicos generales y 4,9 médicos especialistas por 10.000 beneficiarios, distribuyéndose mayoritariamente en las regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Bío Bío.⁵⁴

Otro de los problemas mencionados es el de las listas de espera, se ha buscado de manera imperativa en los últimos años en los objetivos de las Políticas Públicas poner término a las listas de espera del plan acceso universal a garantías explícitas (AUGE)⁵⁵ y aunque se finalizó el año 2014 con un cumplimiento país de 99,69%⁵⁶, las listas de espera en el sector público siguen su tendencia al alza. Para el caso de las patologías no AUGE, en marzo de 2015 el número de casos en espera de ser atendidos llegó a 1.884.451, 77% de los cuales contempla un retraso significativo (lo que equivale a 120 días o más en el caso de consultas y de un año o más en el caso de intervenciones quirúrgicas). Este número es 3,2% superior al de marzo de 2014 (1.826.630). Por el lado de las enfermedades AUGE, las que están sujetas por ley a una garantía de oportunidad y que deben ser atendidas en un plazo determinado, las cifras son aún menos alentadoras: a marzo de 2015 existían 8.508 garantías de oportunidad retrasadas acumuladas. Como vemos, la trayectoria al alza de las listas de espera GES y no GES muestra que la importante inyección de recursos y esfuerzos en materia de formación de especialistas podría resultar infructuosa en atender las necesidades reales del sistema público, si no está acompañada de un buen diagnóstico de cuántos, dónde y cuáles son los especialistas que se requieren en los prestadores públicos, así como también de qué medidas adicionales o alternativas a la formación de nuevos médicos podrían permitir solucionar de manera eficiente los problemas del alicaído sector público. La deuda hospitalaria tampoco ha dado señales de mejora, sino todo lo contrario: en abril de 2015 habría superado los \$ 155 mil millones, lo que equivale a un aumento del 69% en comparación a los \$ 92 mil millones de déficit de marzo de 2014.⁵⁷

Según datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el gasto chileno de salud per cápita es de alrededor de un tercio del promedio de los países de

⁵⁴ Méndez CA. Ob. Cit. 26.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 362 a 366.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 453- 456.

⁵⁷ Mala Gestión en Salud Pública: La Real "Tormenta Perfecta". Revista Libertad y Desarrollo N°1209. Año 2015. ISSN 0717-1528.

OCDE, siendo este gasto público en salud uno de más bajos de la referida comunidad. Las camas de hospital disponibles son un poco menos de la mitad del promedio OCDE. En el 2010, Chile dedicó el 8.0% de su PIB al gasto en salud, más de 1,5 puntos porcentuales por debajo del promedio de los países de la OCDE (9.5%).

Desde la perspectiva del gasto en salud per cápita (ajustado por poder de paridad de compra) en Chile en 2010, el gasto se ubicó por debajo del promedio de los países de la OCDE: US\$ 1.202 en Chile, comparado con el promedio de US\$ 3.268 en los países de la OCDE. La tasa de doctores por 1.000 habitantes fue 1.4 en el 2010, mientras que el promedio para los países OCDE fue 3,1. La tasa para enfermeras fue 1,5 por 1.000 habitantes, en contraste con el promedio OCDE de 1,5. La tasa de camas en hospital para cuidados curativos en Chile era 1,8 por cada 1000 habitantes en el 2010, lo cual equivale un poco más de la mitad del promedio de la OCDE, de 3,4.⁵⁸

Con todo lo expuesto podemos decir que el derecho de protección a la salud de las personas indigentes que acceden a ellas a través del Sistema Público se ve expuesto a largas esperas de atención por horas para ver a médicos generales o especialistas.

La responsabilidad del Estado por la Garantía del artículo 19 N°9 de la Constitución.

En el principio de esta investigación señalamos la situación de que el artículo 19 N°9 de la Carta Fundamental no cuenta con una protección constitucional para hacer exigible ni reclamar la vulneración de derechos de que la persona podría verse afectada en la protección de su derecho de salud y las prestaciones incluidas en esa garantía. Cabe preguntarse si como medio de protección la persona indigente podría valerse de la Responsabilidad del Estado por falta de

⁵⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). Salud en Chile según la OCDE: gasto, recursos y riesgos. Chile. 2012. (Fecha de Consulta: 12 de noviembre de 2015.) Disponible en web: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15900/1/Salud%20en%20Chile%20segun%20la%20OCDE%20gasto%20recursos%20riesgos_v2.doc.

Servicio en el Sistema Público. La ley N°19.966 que establece un régimen de garantías en salud, compromete la responsabilidad del Estado por falta de servicio en sus artículos 38 y 42, aplicando esta responsabilidad ante el incumplimiento de la GES de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera.

“Artículo 38.- *Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Artículo 42.- *El Fondo Nacional de Salud será responsable por falta de servicio y las Instituciones de Salud Previsional por incumplimiento negligente, de su obligación de asegurar el otorgamiento de las garantías explícitas de salud contempladas en esta ley, siempre que tal incumplimiento sea consecuencia directa de su actuar.”*

Pero respecto al acceso de los indigentes a las prestaciones médicas otorgadas por el sistema público en general, surge la interrogante sobre si esta responsabilidad puede ser aplicada en el simple caso de no obtener respuestas oportunas solicitadas por los pacientes al acudir a los servicios de salud, como por ejemplo, al acudir a un consultorio y no encontrar horas o por retrasos significativos en las listas de espera por médicos especialistas.

Vimos en el capítulo anterior que las personas indigentes acceden a las prestaciones médicas a través de la modalidad de atención institucional, en donde la atención es recibida por los beneficiarios a través de todos los Servicios e Instituciones dependientes del Ministerio de Salud, en esta modalidad es clara la responsabilidad del establecimiento hospitalario, puesto que las prestaciones son concedidas directamente por aquél, siendo el propio Estado a través de un órgano asistencial y de sus funcionarios quien está brindando una atención médica. Por lo que se podrá hacer responsable al Servicio respectivo, cada vez que los daños ocasionados sean

producto de la actuación de uno de sus funcionarios, o de una deficiencia en el funcionamiento del servicio⁵⁹, siempre que se abarque alguna de las siguientes hipótesis:

- a) Cuando ha funcionado mal o en forma defectuosa. El daño es causado por una acción positiva;
- b) Cuando no ha funcionado. El daño se ha cometido por omisión existiendo un deber funcional de actuar;
- c) Cuando lo ha hecho tardíamente. El daño es cometido por una falta de diligencia funcional.

Y por regla general, cada vez que el Servicio de Salud se comporte en forma distinta a lo que debiera considerarse como su comportamiento normal. Siendo de exclusiva apreciación del juez determinar si existe o no la falta de servicio y para ello él deberá comparar la actuación sometida a su consideración con lo que debería ser un funcionamiento normal y regular del establecimiento hospitalario, de acuerdo a las leyes y reglamentos que lo rijan y en función de su finalidad institucional.⁶⁰ La variada jurisprudencia que existe sobre el tema confirma lo dicho al señalar que *“la falta de servicio se produce cuando se presenta una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con lo que debería haber sido su comportamiento normal y que, naturalmente, de ello se siga un daño.”* Además *“la existencia de la responsabilidad por falta de servicio del Estado denota el incumplimiento de un deber de servicio que puede consistir en que no se preste el servicio que la Administración tenía el deber de prestar, se preste tardíamente o en forma defectuosa, de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a esperar.”*⁶¹

La teoría de la Falta de Servicio opera mediante el análisis abstracto de la actuación de la actividad de un organismo público efectuado por un tribunal ordinario de justicia, este estudio

⁵⁹ Vásquez Rogat, Andrés. Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud. Ed. LexisNexis Chile. Junio de 1999. I.S.B.N. 956 – 238 – 216 – 8. p. 58 – 59.

⁶⁰ Vásquez Rogat, Andrés. Ob. Cit. p. 47 - 48

⁶¹Enteiche Rosales, Nicolás., “El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999- 2010)”. Revista Actualidad Jurídica Nº23. Enero 2011. p. 125.

determina la adecuación del acto dañoso a la consideración “aceptable funcionamiento del organismo público”. Como hemos visto en este capítulo, se podría argumentar por parte de la autoridad pública que esta responsabilidad estaría sujeta a la asignación o existencia de “medios” económicos o técnicos del servicio público, pero la Corte Suprema se ha inclinado por acogerla “*si hay una infracción a un deber específico del servicio público, la falta de recursos o la situación particular del Servicio demandado no lo habilita para descargarse de la responsabilidad propia ni lo exime de su obligación de indemnizar a la demandante por los daños sufridos.*”⁶²

Los requisitos que deben concurrir para responsabilizar a los Servicios de Salud son:

- 1) El daño, perjuicio o lesión antijurídica en los derechos de la víctima.
- 2) Relación de causalidad entre el daño y la actividad o inactividad de los Servicios de Salud.
- 3) Que los funcionarios causantes del daño hayan estado en el ejercicio de sus funciones.

Este requisito es exigible solo en ciertos casos, pues existen innumerables situaciones en donde los daños son consecuencia del mal funcionamiento del Servicio de Salud.⁶³

La población indigente podría recurrir a ella cada vez que su acceso a las prestaciones médicas solicitadas fueran ineficientes, inoportunas y desfasadas, y de ello se derive un perjuicio, ya que la normalidad del servicio tiene que ver con expectativas normativas de la comunidad: no se refiere a aquello que uno quisiera como eficiente, sino a aquello que se tiene derecho a esperar.⁶⁴

⁶² Enteiche Rosales, Nicolás., Ob. Cit. p. 125 - 126.

⁶³ ⁶³ Vásquez Rogat, Ob. Cit. p. 104 - 109

⁶⁴ Barros Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. Junio de 2007. p. 511. ISBN: 978- 956- 10- 1731- 3.

CONCLUSIÓN

¿Cumple el Estado con su deber consagrado en la Constitución de otorgar acceso a las prestaciones de salud a la población indigente?

El rol configurado en la Constitución de la República de 1980 para el Estado es el de asegurar a todas las personas el acceso a los tratamientos que les permitan gozar de ese estado pleno que engloba el concepto de salud, acciones que son englobadas en el término “protección a la salud”. Hemos visto que con el transcurso de los años la protección que buscaba otorgar este derecho se queda en una expectativa, porque si bien la ley consagra los mecanismos de entrada a las acciones de salud para las personas que no cuentan con los recursos económicos para optar a otras prestaciones suministradas por otro sistema en el mercado u otra modalidad, no logra satisfacer de manera eficiente el acceso de toda esa población a las prestaciones médicas otorgadas por el sistema público, dejando en la indefensión sanitaria a muchas personas y familias que acuden a los establecimientos de salud por horas médicas y no ven satisfechas sus necesidades, sea por falta de recursos humanos (médicos generales o especialistas), sea por falta de insumos o infraestructura deficiente. Además las políticas públicas al pretender acabar con muchos de los problemas que arrastra la salud pública desde décadas ven reducidas sus pretensiones por la falta de presupuesto asignado y por la mala administración efectuada con ellos. De esta forma el acceder a las prestaciones médicas más básicas se transforma de un derecho esencial a un bien escaso, que no es asegurable para estas personas con el recurso de protección, surgiendo así la institución de la responsabilidad extracontractual por falta de servicio como un medio de obtener una garantía para exigir este derecho en las prestaciones básicas que se otorguen en los centros de atención primaria de salud (APS) o en la atención secundaria y terciaria, cuando por resultado de la demora en la atención de médicos especialistas o entrega de medicamentos se vulnere el derecho a la vida de las personas indigentes o carentes de recursos. Analizado profundamente resulta peculiar que el derecho a la Salud no tenga una acción que otorgue la protección adecuada que garantice a las personas indigentes el simple acceso a las

prestaciones médicas en forma oportuna y eficiente, y es de señalar que si incluso en el caso de que se aceptará la responsabilidad extracontractual por falta de servicio por parte del Estado, esta se sujetaría a la decisión de un tribunal para el efectivo ejercicio del derecho y su posible vulneración de daños y reparación de perjuicios.

Como señalamos en la investigación, el sistema de salud pública en Chile no goza del financiamiento necesario y de la administración diligente de estos recursos que permita cubrir las necesidades completas de las personas indigentes en el sistema y por ello se parte de la base de la priorización de necesidades entre aquellas que requieran atención urgente y aquellas que no las requieran, priorización que, debemos decir, será justa siempre que se establezca mediante un proceso justo. En los últimos años, la economía de la salud ha tenido un desarrollo importante que se asocia precisamente a la necesidad de encontrar mecanismos que permitan lograr mayores niveles de eficiencia en salud de manera de transformar las decisiones de las entidades de salud públicas en parte de procesos de discusión más amplios, sobre cómo utilizar recursos limitados para proteger en forma justa la salud de esta población con diversas necesidades.

Para responder a la interrogante planteada de sí cumple el Estado con su deber consagrado en la Constitución de otorgar acceso a las prestaciones de salud a la población indigente, debemos señalar que el Estado cumple en la normativa el otorgar un acceso a las prestaciones médicas a la población indigente, pero en los hechos resulta manifiesto que lo hace de manera poco eficiente y oportuna, y por sobre todo, no ofrece un mecanismo de tutela especialmente diseñado que permita a las personas indigentes exigir el cumplimiento y la responsabilidad correspondiente por la inoportuna actuación del Estado en la ejecución de las prestaciones médicas en las etapas más sencillas y básicas de este derecho.

Por último, hay que recalcar que la vida es el bien más preciado de la persona, resguardarla es un derecho que merece la máxima protección de parte de nuestro ordenamiento jurídico y de los órganos encargados de hacer cumplir las leyes y una de las formas más efectivas de resguardarlas es manteniendo el estado óptimo de bienestar generalizado, conocido como "salud".

BIBLIOGRAFÍA

1. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesiones N°s 18, 187, 190, 192, 193, 194, 407, 411 y 416. 187ª. (en línea) Santiago: 1973 (fecha de consulta: 30 de agosto de 2015). Disponible en web: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r
2. Labra, María Eliana. "Medicina Social en Chile: Propuestas y debates (1920-1950). Cuadernos Médico Sociales. (2004). Vol. 44, 4, p. 207-219. Disponible en web: www.colegiomedico.cl p. 211.
3. Couso, J., Reyes, M. Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile. Revista de Derecho (Coquimbo). Universidad Diego Portales. Vol. 16. N° 2. 2009. p. 161 – 194. ISSN: 0717- 5345.
4. ¹ Programa Básico de Gobierno de la Unidad Popular. Candidatura Presidencial de Salvador Allende. p. 26. (en línea) Chile. Diciembre de 1969. (28 de agosto de 2015). Disponible en web: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0000544.pdf>
5. ¹ 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
6. Chile. Ministerio de Salud. *Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 1 de 2005*, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley (DL) N° 2763/79 y de las Leyes N°S 18.933 y N°S 18.469. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 24 de abril de 2006.
7. Dirección de Presupuestos. *"Sistema Público de Salud, Situación actual y proyecciones fiscales 2013 – 2050"*. Chile. Diciembre 2013. p.22. (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2015). Disponible en web: http://www.dipres.gob.cl/572/articles-114714_doc_pdf.pdf
8. Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago. 22 de septiembre de 2005. Art. 1 inciso 3.
9. Almonacid Nancuante, Ulises; Klapp Sotomayor, Roberto; "Derecho de la Salud"; 1era ED.; Chile; ED. Jurídica ConoSur Ltda.; 2001; 627 páginas, Registro de Propiedad Intelectual N° 122.651; I.S.B.N. 956 – 238 – 307 – 5
10. Jiménez Larraín, F. Jiménez Loosli, F. Derecho Constitucional. Concepción, Chile. Ed. Universidad Católica de la Santísima Concepción. 2014. Tomo I. p. 318. ISBN: 978- 956- 7943- 66- 1.
11. Organización Mundial de la Salud (OMS). Carta de Ottawa para la promoción de la salud. (en línea). Ottawa. Noviembre de 1986. (Fecha de consulta: 19 de septiembre de 2015). Disponible en web: http://www.proepsainta.cl/wpcontent/uploads/2015/09/Carta_Ottawa.pdf
12. Figueroa García-Huidobro, R., El derecho a la salud. (en línea) Estudios Constitucionales. Vol.11, N° 2. 2013. Versión On-line ISSN 0718-5200 (fecha de la consulta: 19 de septiembre de 2015). Disponible en web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200008&script=sci_arttext
13. Chile. Ministerio de Salud. *"Decreto 110, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes"* Diario Oficial de la República. 11 de diciembre de 2004. Art. 2.

14. Benavides, P., Castro, R., Jones, I. *Sistema Público de Salud. Situación Actual y Proyecciones Fiscales 2013-2050*. Chile: Publicación de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, 2013. p. 20. ISBN: 978-956-8123-69-7. p. 29.
15. Chile. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. “*Decreto Ley N° 3.500, de 1980, que Establece Nuevo Sistema de Pensiones*”. Diario Oficial de la República de Chile, 13 de noviembre de 1980. Art. 85.
16. *Libre Elección para Tramo A de Fonasa: ¿un anhelo frustrado?* Revista Libertad y Desarrollo N° 1.152. Año 2014. ISSN 0717-1528.
17. Nancuante Almonacid, U., Romero Celedón, A. La Reforma de la Salud. Primera Edición. Chile: Ed. Biblioteca Americana. 2008. p. 105-106. I.S.B.N.: 978-956-7247-49-3;
18. Chile. Ministerio de Salud. “*Decreto 136, que Aprueba Reglamento que Establece Normas para el otorgamiento, efectividad y cobertura financiera adicional de las Garantías explícitas en Salud a que se refiere la Ley N° 19.966*”. Diario Oficial de la República. 2 de septiembre de 2005.
19. Chapman, Evelina. La reforma del sistema sanitario en Chile. *Ars Medica. Revista de Humanidades*. 2004; 1:107-115
20. Méndez CA. Los recursos humanos de salud en Chile: el desafío pendiente de la reforma. *Rev. Panam. Salud Pública*. 2009; 26(3):276–80.
21. Ministerio de Salud. Cuentas Públicas años 2010 a 2015. Chile. (fecha de consulta 19 de octubre de 2015). Disponible en web: <http://21demayo.gob.cl/>
22. Mala Gestión en Salud Pública: La Real “Tormenta Perfecta”. Revista Libertad y Desarrollo N°1209. Año 2015. ISSN 0717-1528.
23. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). Salud en Chile según la OCDE: gasto, recursos y riesgos. Chile. 2012. (Fecha de Consulta: 12 de noviembre de 2015.) Disponible en web: http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15900/1/Salud%20en%20Chile%20segun%20la%20OCDE%20gasto%20recursos%20riesgos_v2.doc.
24. Vásquez Rogat, Andrés. Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud. Ed. LexisNexis Chile. Junio de 1999. I.S.B.N. 956 – 238 – 216 – 8. p. 58 – 59.
25. Enteiche Rosales, Nicolás., “El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999- 2010)”. *Revista Actualidad Jurídica* N°23. Enero 2011.
26. Barros Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Ed. Jurídica de Chile. Junio de 2007. p. 511. ISBN: 978- 956- 10- 1731- 3.