

# Anuario de Derechos Humanos 2005



# Ley N° 19.966, que Crea un Régimen General de Garantías en Salud

## Sinopsis y Análisis desde la Perspectiva de los Derechos Humanos

Tomás Jordán D.\*

### I. Antecedentes

El Régimen General de Garantías en Salud creado en la Ley N° 19.966 de 2004 (norma cardinal de la reforma de salud) representa una nueva mirada al derecho de salud como derecho social dentro del ordenamiento jurídico chileno, que merece ser analizada desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Ley N° 19.966 profundiza el derecho a la salud desde el ángulo de las prestaciones de salud, en conformidad a los nuevos desafíos sanitarios que enfrenta el país. Simultáneamente esta normativa legal apunta a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en lo que toca a derechos económicos, sociales y culturales, y, en particular, a la adopción de medidas legislativas para la estructuración del derecho a la salud, a la realización progresiva de este derecho, atendidos los recursos disponibles del Estado, al acceso a la salud sin discriminación y la no regresividad de dicho derecho.

Para aquilatar debidamente el grado de avance que ha logrado Chile en materia de derecho a la salud, sería preciso realizar un estudio sistemático de todas las leyes aprobadas y los proyectos de ley que comprende la reforma sanitaria. En este contexto, la Ley N° 19.966, aunque constituye una parte medular de la nueva legislación sobre la materia, sólo desarrolla los aspectos netamente sanitarios de la reforma de salud, específicamente el otorgamiento de prestaciones.

En lo que sigue, revisaremos someramente el contenido de la Ley N° 19.966, para luego examinar sus principales alcances jurídicos en cuanto a las obligaciones que imponen al Estado las normas internacionales de derechos humanos.

### II. Sinopsis de los Contenidos de la Ley N° 19.966

La reforma sanitaria instituyó un Régimen General de Garantías en Salud<sup>1</sup>, el cual contendrá un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud con Garantías Explícitas en Salud (en adelante “GES”) en materia de: *acceso, calidad, oportunidad y protección financiera*<sup>2</sup>, elaboradas por el Ministerio de Salud de

\* Abogado Ministerio de Salud. Miembro del grupo legislativo a cargo de la tramitación de la reforma de salud ante el Congreso Nacional. Alumno de Maestría en Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona.

Ver las notas de este texto a partir de la página 106.

Este comentario, junto con el documento principal a que se refiere, están disponibles en formato digital en [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl)

acuerdo a un procedimiento previamente establecido<sup>3</sup>. Las prestaciones con GES gozarán de certidumbre absoluta respecto a quienes son los sujetos obligados al otorgamiento, plazo máximo y costo de la atención en salud.

Las GES serán revisadas y modificadas cada tres años a menos que por circunstancias calificadas y fundadas sea necesario modificarlas antes de dicho plazo<sup>4</sup>. Serán las mismas para los beneficiarios del sistema público y privado de salud, estando obligados a asegurar su otorgamiento el Fondo Nacional de Salud (“FONASA”) y las Instituciones de Salud Previsional (“ISAPRE”)<sup>5</sup>.

La ley contempla un procedimiento de implementación gradual de las GES. En el primer año de vigencia (2005) se aplicarán a 25 patologías o condiciones de salud; el segundo año, (2006) a 40; el tercero (2007) a 57; y desde el año 2008 su incremento estará vinculado al crecimiento de las remuneraciones y tendrán una vigencia de 3 años<sup>6</sup>.

Al constituir un conjunto priorizado, sólo las prestaciones prioritarias gozarán de garantías explícitas, correspondiendo al Ministerio de Salud dictar las normas e instrucciones generales sobre acceso, calidad y oportunidad para el resto de las prestaciones en salud que se otorguen a los beneficiarios de FONASA. Estas normas técnicas no podrán sufrir menoscabo por el establecimiento y las sucesivas modificaciones de las GES, sin perjuicio de las modificaciones fundadas en aspectos sanitarios, técnicos y administrativos que correspondan<sup>7/8</sup>.

### **III. Principales Alcances Jurídicos de la Ley N° 19.966 desde la Perspectiva de los Derechos Humanos**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho al “disfrute del más alto nivel de salud física y mental”<sup>9</sup>. El derecho a la salud así constituido es de carácter integral y se encuentra relacionado con otros derechos para obtener su cumplimiento efectivo (el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad y no discriminación, a no ser sometido a torturas, entre otros). Por ello se lo ha definido como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”<sup>10</sup>.

La Ley N° 19.966 puede caracterizarse como un avance y profundización en el fortalecimiento de la salud como derecho social desde la perspectiva del otorgamiento de prestaciones de salud. Las disposiciones de esta ley están en concordancia con las exigencias que el PIDESC impone a los Estados Partes, en particular, respecto de las condiciones de cumplimiento establecidas en sus artículos 2 y 12<sup>11</sup>, en cuanto procura caucionar el otorgamiento de prestaciones con accesibilidad universal tanto física como económica, sin discriminación y de calidad. Lo anterior permite al Estado cumplir con sus obligaciones internacionales de realización progresiva, no regresividad, respeto y protección.

### *III.a. Desarrollo legislativo como vía de protección del derecho a la salud*

La consagración de un Régimen General de Garantías en Salud se ha efectuado por vía legal, mecanismo exigido tanto a nivel internacional como constitucional para el tratamiento del derecho a la salud. Desde la perspectiva internacional, se ha dispuesto que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias tendientes a asegurar el acceso a servicios públicos, bienes y servicios de salud de forma tal que las personas puedan disfrutar, lo antes posible, del más alto estándar viable de salud física y mental, desplegando planes y estrategias de acción nacionales con pleno respeto a los principios de no discriminación y de participación. Asimismo, se deben adoptar leyes estructurales para hacer operativa una estrategia nacional de salud que incluya provisiones sobre los objetivos que deberán alcanzarse y el marco de tiempo para su cumplimiento<sup>12</sup>.

Desde el punto de vista interno, el derecho a la protección de la salud como derecho fundamental en el ordenamiento constitucional chileno se encuentra en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante “la Constitución”). Al no estar fijado su contenido concreto en el precepto constitucional, recae en el legislador la obligación de disponer los contenidos específicos y las condiciones de ejercicio del derecho para los sistemas público y privado<sup>13</sup>. El legislador ha debido conciliar el deber de otorgar prestaciones que se deriva de este derecho, según está establecido por la Constitución<sup>14</sup>, con el derecho de libre elección del sistema de salud (público o privado), fijando una regulación común para los dos sistemas, sin alterar dicha libertad de elección<sup>15</sup>.

El legislador creó y desarrolló el Régimen General de Garantías tomando en cuenta tanto las normas internacionales ya citadas como la que establece la Constitución, diseñándolo de acuerdo al Plan Nacional de Salud<sup>16</sup>. El Régimen General de Garantías en Salud contendrá un conjunto priorizado de prestaciones con Garantías Explícitas en Salud de materia de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera. El Plan incluirá la realización de diversos estudios y considerará la experiencia y evidencia científica nacional y extranjera, con el fin de cumplir satisfactoriamente con los estándares exigidos por las normas internacionales y por la Constitución.

### *III.b. La realización progresiva del derecho a la salud*

El Comité DESC ha enunciado que la “realización progresiva significa que los Estados partes tienen una obligación específica y continua de moverse tan rápida y efectivamente como les sea posible hacia la plena realización del artículo 12”<sup>17</sup>. Así, todos los Estados Partes se encuentran obligados a adoptar todas las medidas adecuadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud<sup>18</sup>.

El establecimiento de GES constituye un progreso hacia la antedicha realización progresiva del derecho a la salud desde la perspectiva sanitaria, en la medida en que busca corregir uno de los principales problemas del sistema de salud chileno: el otorgamiento de respuestas efectivas a los problemas de salud de acuerdo a los nuevos desafíos sanitarios que enfrenta el país.

La reforma del régimen legal de salud tiene como propósito generar políticas sanitarias de estándares equivalentes para los sectores público y privado que se extenderán a la totalidad de sus beneficiarios.

Para el cumplimiento de tal propósito, el Estado desempeñará con esta ley un rol activo y de mayor preponderancia en la protección de la salud<sup>19</sup>, asumiendo un papel controlador y coordinador de los sistemas público y privado, precisando determinadas reglas de funcionamiento que permitirán el acceso a la salud en igualdad de condiciones y garantizando la ejecución de las acciones de salud, sea que se otorguen por instituciones públicas o privadas<sup>20</sup>.

### *III.c. Realización progresiva de acuerdo a los recursos disponibles del Estado*

El Estado debe garantizar la efectividad de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico de un país determinado, “hasta el máximo de los recursos de que disponga”<sup>21</sup>. La expresión “recursos de que disponga” se aplica tanto a los recursos nacionales como a la asistencia o la cooperación internacional de carácter económico y técnico de que disponga el Estado Parte<sup>22</sup>.

La nueva normativa sanitaria recoge este mandato internacional. La ley establece el incremento de las GES, pero condicionado al crecimiento económico y al de las remuneraciones de los beneficiarios de ambos sistemas, de manera que el aumento del costo de las GES pueda ser solventado por el Estado y los beneficiarios (en particular, los del sistema privado), conciliando el aseguramiento de Garantías Explícitas a todos los beneficiarios con el incremento progresivo de éstas. Es así como el artículo 18 dispone: “Los cambios en el valor de la Prima Universal<sup>23</sup> no podrán ser superiores a la variación experimentada por el Índice General Real de Remuneraciones por Hora, calculado por el Instituto Nacional de Estadísticas, o el que lo reemplace (...)”.

De este modo, se busca que la consagración legal de GES sea real y efectiva, de acuerdo a la situación económica del país, y no meramente declarativa o programática.

### *III.d. Acceso a la salud sin discriminación*

Las GES tienen como objetivo profundizar el acceso igualitario a las acciones de salud sin discriminación, especialmente para grupos vulnerables y marginados, caucionando que todas las personas,

independientemente de su condición socioeconómica, sexo, edad u otra condición, puedan obtener las prestaciones y beneficios de salud<sup>24</sup>.

Para el sistema público de salud, la consagración de Garantías relativas al acceso, estándares de calidad, tiempo de espera, normas de protección financiera iguales al sistema privado de salud, apunta no sólo a mejorar las condiciones de otorgamiento de las prestaciones de salud y eliminar progresivamente el estigma que pesa sobre muchos chilenos de recibir una atención de salud de segunda categoría, sino también a que todas las personas, independientemente de su condición socioeconómica, tengan “garantías mínimas igualitarias de acceso a la salud”. El sistema privado de salud será beneficiado al terminarse con las discriminaciones de que son objeto actualmente las mujeres en edad fértil o las personas de avanzada edad, quienes deben soportar en no pocas ocasiones planes de salud más caros para mantenerse en las ISAPRES, o bien se ven forzadas a emigrar al sistema público. Las normas que se establecen para el sistema privado de salud garantizan la igualdad entre las personas pertenecientes a las ISAPRES, ya que el precio de las GES deberá ser el mismo para todos los afiliados a una misma ISAPRE independientemente de la edad o sexo, no pudiendo variar éste en el plazo de tres años, salvo que se revise anticipadamente el decreto del Régimen General de Garantías<sup>25</sup>.

La eliminación de factores de discriminación profundiza la libertad constitucional de elegir el sistema de salud<sup>26</sup>, ya que las personas sabrán con anticipación que no serán discriminadas posteriormente en razón de sexo o edad en el sistema privado. Esta libertad de elegir no es completa pues la situación económica de los beneficiarios sigue siendo relevante para la elección del sistema de salud.

### *III.e. Acceso a recursos apropiados*

Los Estados deben garantizar que cualquier persona o grupo víctima de una violación a su derecho a la salud tenga *acceso a recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados tanto a nivel nacional como internacional*<sup>27</sup>.

Buena parte del debate académico sobre los derechos económicos, sociales y culturales ha girado en torno a su justiciabilidad, esto es, a si todos o algunos de estos derechos serían exigibles por vía de acciones o recursos judiciales, y de qué modo y en qué medida lo serían. La Ley N°19.966 consagra GES como derechos y dispone mecanismos para su efectivo cumplimiento. La norma sanitaria otorga el carácter de derechos exigibles a las GES<sup>28</sup>. Sujetos pasivos de las obligaciones correlativas a estos derechos, esto es, que están obligados al otorgamiento de las prestaciones, son FONASA e ISAPRE. Estos organismos deben, conforme al artículo 4° letra a), sobre garantía de acceso, “asegurar el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas a los beneficiarios de las leyes N° 18.469 y N° 18.933, respectivamente ...”.

Conjuntamente, la nueva Ley de Salud contempla un mecanismo de exigibilidad de carácter administrativo, procedimiento que examina inicialmente el *deber* de los prestadores de salud de *informar* a los beneficiarios el momento desde el cual tienen derecho a las Garantías Explícitas, pudiendo éstos reclamar en caso de incumplimiento ante la Superintendencia de Salud<sup>29</sup>. En cuanto al cumplimiento efectivo de las GES, los afectados pueden usar tres niveles de reclamo administrativo: a) ante el prestador que ha sido designado por FONASA o ISAPRE para el otorgamiento de las prestaciones; b) frente al incumplimiento de éste, el afectado podrá recurrir ante FONASA o ISAPRE según corresponda, quienes deberán designar otro prestador para el cumplimiento de la GES y, c) en caso de incumplimiento por parte de los dos prestadores anteriores, la persona vulnerada en sus derechos podrá concurrir ante la Superintendencia de Salud<sup>30</sup>, la cual designará un prestador con cargo a las antedichas instituciones, activándose las responsabilidades pertinentes para FONASA e ISAPRES por el incumplimiento<sup>31/32</sup>.

Paralelamente al procedimiento administrativo, los afectados podrán reclamar judicialmente las responsabilidades patrimoniales derivadas de incumplimiento de las GES. FONASA será responsable por “falta de servicio” y las ISAPRE por “incumplimiento negligente”. Conjuntamente, la Ley diferencia la responsabilidad de FONASA y las ISAPRE de la responsabilidad de los prestadores de salud, estableciendo que estos últimos serán responsables directamente en caso que el incumplimiento de las GES sea consecuencia directa de una acción u omisión de tales prestadores<sup>33</sup>.

Se establecen estatutos diferentes de responsabilidad de acuerdo a la naturaleza pública y privada de estas instituciones. FONASA responderá por “falta de servicio”, responsabilidad administrativa consagrada en el artículo 40 de la ley<sup>34</sup>, debiendo los particulares acreditar que el incumplimiento de las GES es imputable a FONASA. Esta norma tiene por finalidad distinguir la responsabilidad de FONASA de la responsabilidad de los prestadores, pues, no obstante ser la institución pública el sujeto pasivo de la obligación, no puede extenderse su responsabilidad a todo incumplimiento<sup>35</sup>. Las ISAPRE por su parte serán responsables por su accionar negligente, sujeto por tanto a las reglas civiles de responsabilidad, por lo que el afectado deberá acreditar la negligencia del asegurador privado para hacer efectiva su responsabilidad por vía judicial.

El establecimiento de este tipo de responsabilidad viene a consagrar una vía judicial de reclamo frente a la infracción de las GES, aunque no se crea un procedimiento judicial especial de cumplimiento, sino una vía de resarcimiento de perjuicios como consecuencia de las acciones u omisiones. Se debe tener presente que la finalidad del establecimiento de Garantías Explícitas es asegurar la eficacia del derecho a la salud; los mecanismos administrativos y judiciales de cumplimiento son complementarios. Entre éstos, se ha privilegiado

asegurar el ejercicio y cumplimiento efectivo de los derechos garantizados a través de instancias administrativas. Esta es una opción novedosa que contrasta con la exigencia de judicialización rápida y efectiva de los derechos. La práctica nos permitirá concluir si el modelo consagrado por la ley es o no eficaz.

### *III.f. No regresividad de este derecho*

Los estándares internacionales sobre el derecho a la salud imponen, entre otras, la obligación de no retroceder en la protección de este derecho, a menos que el correspondiente Estado pruebe que tales medidas se encuentran debidamente justificadas con referencia a la totalidad de los derechos consagrados en el Pacto en un contexto de la total utilización del máximo de los recursos disponibles del Estado parte<sup>36</sup>.

Las Garantías Explícitas no afectan la mencionada obligación de no retroceder; por el contrario, constituyen un avance en la protección del derecho a la salud, como se indicó en los numerales anteriores. A mayor abundamiento, la ley sólo establece disposiciones sobre incremento progresivo de las prestaciones, no permitiendo, en consecuencia, retroceder en los beneficios que otorga.

Asimismo, se dispone el deber estatal de normar y garantizar las prestaciones sin GES, impidiendo retroceder en su contenido en favor de las prestaciones con Garantías Explícitas, sin perjuicio de que por razones justificadas se disponga lo contrario. El artículo 3 de la Ley impone al Ministerio de Salud la obligación de dictar “normas e instrucciones generales sobre acceso, calidad y oportunidad” de las prestaciones sin GES para los beneficiarios del sector público de salud. El texto normativo dispone que tales prestaciones “no podrán sufrir menoscabo por el establecimiento y las sucesivas modificaciones de las Garantías Explícitas en Salud, sin perjuicio de las modificaciones fundadas en aspectos sanitarios, técnicos y administrativos que correspondan”. La ley no otorga a la Autoridad Sanitaria facultades discrecionales para la regulación de las prestaciones sin GES, sino que consagra imperativamente el deber de regularlas y protegerlas, impidiendo su detrimento, salvo que por razones fundadas técnicamente deban ser objeto de alguna limitación.

Esta norma de no regresividad es aplicable al sistema público de salud, regulándose el sistema privado por lo dispuesto en los respectivos contratos de salud, debido a que la presente ley sólo hace exigibles a los privados el otorgamiento de GES. Lo anterior puede ser considerado una debilidad del proyecto, pues deja al arbitrio de las Instituciones de Salud Previsional la determinación de los contenidos de tales prestaciones.

### **Conclusiones**

Desde la perspectiva de las normas internacionales de derechos humanos, los principales alcances jurídicos de la Ley N° 19.966 son:

- La profundización del derecho a la salud desde la perspectiva de las prestaciones de salud, en conformidad a los nuevos desafíos sanitarios que enfrenta el país.
- Un avance hacia el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular con las obligaciones de adopción de medidas legislativas para la estructuración del derecho a la salud, su realización progresiva de éste, de acuerdo a los recursos disponibles, el acceso a la salud sin discriminación, el acceso a recursos apropiados y no regresividad del derecho.

## Notas

- <sup>1</sup> El Régimen General de Garantías es un instrumento de regulación sanitaria que forma parte integrante del Régimen de Prestaciones de Salud a que se refiere el artículo 4° de la ley N° 18.469. Esta ley creó un Régimen de Prestaciones de Salud para el sistema público de salud, contemplando el otorgamiento de prestaciones médicas y prestaciones pecuniarias. El Régimen General de Garantías forma parte del Régimen de Prestaciones, en particular de las prestaciones médicas que otorga el sistema público (no es extensivo al sistema privado) a través de la modalidad de atención Institucional (MAI).
- <sup>2</sup> El artículo 4° de la ley define cada una de las GES: a) *Acceso*: Obligación de FONASA y las ISAPRE de asegurar el otorgamiento de las GES a los beneficiarios de las leyes N° 18.469 (sistema público) y N°18.933 (sistema privado); b) *Calidad*: otorgamiento de las prestaciones de salud por un prestador registrado o acreditado en la Superintendencia de Salud de conformidad a la ley N° 19.937; c) *Oportunidad*: plazo máximo para el otorgamiento de las GES y, d) *Protección financiera*: Contribución que deberá efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones, la que deberá ser de un 20% del valor determinado en un arancel de referencia del Régimen. Las personas pertenecientes a los Grupos A y B de la Ley N° 18.469 seguirán gozando de gratuidad, y respecto de las pertenecientes a los Grupo C y D se les podrá otorgar una cobertura mayor según el Título IV de dicha ley.
- <sup>3</sup> Este procedimiento está regulado entre los artículos 11 y 19 de la Ley N°19.966.
- <sup>4</sup> Artículo 23, Ley N° 19.966.
- <sup>5</sup> Artículos 2, 25-30, Ley N° 19.966.
- <sup>6</sup> Artículo primero transitorio, Ley No. 19.966.
- <sup>7</sup> Respecto de las prestaciones sin Garantías Explícitas la Ley distingue entre sistema público y privado, normando tales prestaciones únicamente para el sistema público, regulándose el sistema privado por lo preceptuado en los contratos correspondientes (artículo 3).
- <sup>8</sup> La Ley N° 19.966 regula otras materias relevantes: a) *Cobertura Financiera Adicional* (artículos 5-10); b) *Responsabilidad del Estado en materia sanitaria* (artículos 38-42) y, c) *Procedimiento de mediación* (artículos 43-51).
- <sup>9</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "PIDESC"), artículo 12.1.
- <sup>10</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Comité DESC"), Observación General N° 14: "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud".
- <sup>11</sup> El artículo 2 del PIDESC establece:  
"1.Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
3. Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente pacto a personas que no sean nacionales suyos’.

Por su parte, el artículo 12 consagra:

- “1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
  2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. VER: PACHECO G., Máximo. Op. Cit., págs. 185 y 189.
- <sup>12</sup> NACIONES Unidas. Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Pág. 110-111.
- <sup>13</sup> El inciso cuarto del numeral noveno dispone: “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 (...)”.

- <sup>14</sup> El artículo 19 N° 9 de la Constitución expresa:

“El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, 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. 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”.

- <sup>15</sup> Se podría sostener que el derecho a la protección de la salud en la Constitución chilena es un derecho “complejo”, de “contenido múltiple, tanto de defensa como de prestación en un sentido amplio”. Para una conceptualización de derecho complejo, ver GAVARA DC. Juan Carlos, “Los derechos fundamentales”, en *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valorización en el XXV aniversario (1978-2003)*. Barcelona, España, Institut de Ciències Polítiques i Socials, J. M. Bosch Editor, 2004, pág. 55.
- <sup>16</sup> El Plan Nacional de Salud o lineamientos estratégicos del sector salud será formulado, evaluado y actualizado por el Ministerio de Salud, y está conformado por los objetivos sanitarios, prioridades nacionales y necesidades de las personas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° número 1) de la ley N° 19.937 sobre Autoridad Sanitaria, que fija un nuevo numeral octavo para el artículo 4° del D.L. N° 2.763, de 1979.
- <sup>17</sup> Comité DESC, Observación general N° 14. El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 31.
- <sup>18</sup> Comité DESC, Observación general N° 14. El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 33.
- <sup>19</sup> El Estado profundiza su deber de proteger el “libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, y de recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” (artículo 19 N° 9, inciso segundo de la Constitución Política).
- <sup>20</sup> El inciso 3° del numeral 9 del artículo 19 expresa: “Le corresponderá –al Estado-, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”, y el inciso 4°, como antes se indicó: “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas (...)”.

- <sup>21</sup> Artículo 2.1 del PIDESC.

- <sup>22</sup> Comité DESC, Observación general N° 14. El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 38 y 47.
- <sup>23</sup> La Prima Universal es el monto de dinero que fija el Ministerio de Hacienda al inicio del periodo de elaboración de las GES, constituido por el máximo valor por persona que, en promedio y considerando los beneficiarios de FONASA e ISAPRES, puede costar el paquete de GES, considerando la disponibilidad de recursos en el erario nacional.
- <sup>24</sup> Comité DESC, Observación general N° 14. El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 18.
- <sup>25</sup> El nuevo artículo 42 A, inciso 4° de la Ley N° 18.933, establece: “El precio de los beneficios a que se refiere este Párrafo, y la unidad en que se pacte, será el mismo para todos los beneficiarios de la Institución de Salud Previsional, sin que pueda aplicarse para su determinación la relación de precios por sexo y edad prevista en el contrato para el plan complementario...”. Asimismo, el inciso 4° del nuevo artículo 42 B de la Ley N° 18.933 señala: “El precio sólo podrá variar cada tres años, contados desde la vigencia del decreto respectivo, o en un plazo inferior, si el decreto es revisado antes del periodo señalado”.
- <sup>26</sup> Como se señaló anteriormente, el inciso final del numeral noveno del artículo 19 de la Constitución consagra “el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.
- <sup>27</sup> Comité DESC, Observación general N° 14. El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 59.
- <sup>28</sup> El inciso 2 del artículo 2 consagra: “Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”.
- <sup>29</sup> La Superintendencia de Salud fue creada por la Ley N° 19.937 sobre Autoridad Sanitaria, reemplazando a la Superintendencia de ISAPRES. Le corresponderá la supervigilancia de las ISAPRE Y FONASA en relación al otorgamiento de las GES, de las ISAPRE en los términos de la Ley N° 18.933, de FONASA en relación con los derechos de los beneficiarios de la Ley N° 18.469 en las modalidades de atención institucional, libre elección y GES, y a los prestadores de salud públicos y privados. Ver artículo 24, inciso segundo que indica que la Superintendencia de Salud podrá sancionar a los prestadores con amonestación o, en caso de reiteración, con suspensión de hasta ciento ochenta días para otorgar las Garantías Explícitas en Salud, así como para otorgar prestaciones en la Modalidad de Libre Elección de FONASA.
- <sup>30</sup> De acuerdo al artículo 18 de la Superintendencia, para la admisibilidad de un reclamo ante este órgano fiscalizador se debe haber presentado y resuelto el reclamo ante FONASA o la ISAPRE correspondiente.
- <sup>31</sup> Artículo 4 letra c), garantía de *Oportunidad*. Cabe señalar que los artículos 8-10 que regulan la Superintendencia de Salud contemplan un procedimiento arbitral (árbitro arbitrador) ante el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales para resolver las controversias que se susciten entre los beneficiarios de las GES y FONASA o las ISAPRE, resolución apelable ante el Superintendente. Además el artículo 11 consagra el derecho de las partes de someterse a procedimientos de mediación ante la Superintendencia.
- <sup>32</sup> En cuanto a las sanciones, debemos distinguir entre las facultades de la Superintendencia de Salud para con FONASA u otro órgano público y las ISAPRE. En el primer caso la Superintendencia de Salud debe requerir al Director de FONASA iniciar los procedimientos sumariales que estime procedentes. Asimismo, podrá requerir al Ministro de Salud para que ordene la instrucción de sumarios administrativos en contra del Director del Fondo Nacional de Salud, el Director del Servicio de Salud o el Director del Establecimiento Público de Salud respectivo, cuando éstos no dieran cumplimiento a las instrucciones o dictámenes emitidos por la Superintendencia. Tratándose de establecimientos de salud privados, se aplicará una multa de hasta 500 UF, la que podrá elevarse hasta 1.000 UF si hubiera reiteración. Respecto de las ISAPRE, la Superintendencia de Salud podrá aplicar las sanciones que la ley N°18.933 contemple (amonestación, multa hasta 500 UF, sin perjuicio de la cancelación del registro). Todo lo anterior, sin perjuicio de la fiscalización que ejerza la Superintendencia a los prestadores de salud.
- <sup>33</sup> Artículos 38-42.

- <sup>34</sup> El texto legal recoge y ejecuta en materia sanitaria la normas sobre Responsabilidad del Estado dispuesta en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.
- <sup>35</sup> La consagración de la necesidad de acreditar el incumplimiento tuvo por objeto dirimir el debate doctrinario y el relativismo jurisprudencial en torno al tipo de responsabilidad del Estado (objetiva, falta de servicio u otra), estableciéndose claramente que el estatuto de responsabilidad no es objetivo sino por falta de servicio.
- <sup>36</sup> Comité DESC, Observación general N° 14. El derecho al disfrute al más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 32.