

Chile y Colombia: entre el estallido social y una reforma sanitaria pendiente

Ensayo / Essay

Chile and Colombia: between the social outbreak and a pending health reform

Raúl Allard-Soto

Recibido 21 febrero 2022 / Enviado para modificación 12 julio 2023 / Aceptado 30 julio 2023

RESUMEN

La desigualdad en el acceso a la salud constituye una demanda histórica en Chile y Colombia que se manifiesta en los estallidos sociales desatados en sus territorios a partir del 18 de octubre de 2019 y el 28 de abril de 2021, respectivamente. Ambos países soportan sistemas impositivos inadecuados de redistribución de la riqueza, y en el caso de sus sistemas de salud, tanto el modelo dual chileno como el modelo plural colombiano, intensamente segmentados, carecen de una adecuada redistribución de los riesgos sanitarios. El autor plantea la necesidad de que ambos países refuercen en sus constituciones políticas la protección de los tratados internacionales de derechos humanos que orienten al legislador en el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos y al juez en la resolución de litigios con eventuales colisiones de derechos. Asimismo, propone la configuración constitucional de un seguro único de salud, con lógica solidaria y colectiva, en reemplazo de sus modelos sanitarios imperantes.

Palabras Clave: Chile; Colombia; seguro de salud; reforma de la atención de salud; constitución y estatutos; sistemas nacionales de salud; derechos humanos (*fuentes: DeCS, BIREME*).

ABSTRACT

Inequality in access to health constitutes a historical demand in Chile and Colombia that is manifested in the social outbreaks unleashed in their territories as of October 18, 2019 and April 28, 2021, respectively. Both countries suffer from inadequate tax systems for the redistribution of wealth, and in the case of their health systems, the Chilean dual model and the Colombian plural model, intensely segmented, lack an adequate redistribution of health risks. The author raises the need for both countries to reinforce in their political constitutions the protection of international human rights treaties to guide the legislator in compliance with international human rights standards and the judge in the resolution of disputes with eventual collisions of rights. At the same time, it proposes the constitutional configuration of a single health insurance with solidarity and collective logic, in replacement of its prevailing health models.

Key Words: Chile; Colombia; insurance, health; health care reform; constitution and bylaws; national health systems; human rights (*source: MeSH, NLM*).

Chile, a partir del 18 de octubre de 2019, y Colombia, desde el 28 de abril del 2021, fueron sacudidos por “estallidos sociales” sin precedentes en sus territorios nacionales. Mientras el alza en el precio del transporte público llevó a los estudiantes chilenos a manifestarse, en Colombia fueron las centrales obreras, los estudiantes y los sindicatos, los que reaccionaron a un proyecto de reforma tributaria. Ello significó el punto de partida de una profunda crisis de gobernabilidad en ambos países.

RA: Lic. Ciencias Jurídicas y Sociales. M. Sc. Salud Internacional. Ph. D. Derecho Constitucional. Profesor Asociado, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Frontera. Temuco, Chile. raul.allard@ufrontera.cl



DOI: <https://doi.org/10.15446/rsap.V25n5.101174>

Los dos estallidos dieron lugar a violaciones graves, masivas y repetitivas de los derechos humanos por parte de las fuerzas de seguridad estatales, denunciadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su visita oficial a Chile entre el 25 y el 31 de enero de 2020, y a Colombia, entre el 8 y el 10 de junio de 2021.

La CIDH reconoció la legitimidad de las demandas históricas: en el caso chileno, destacó “en particular sus reivindicaciones respecto a, la desigualdad en el ingreso, el acceso a la educación, a la salud, a la seguridad social, al agua y otros derechos sociales” (1), y en Colombia “la profunda inequidad en la distribución de la riqueza, la pobreza, la pobreza extrema, y el acceso a derechos económicos, sociales y culturales, en particular, educación, trabajo y salud. Igualmente, los altos niveles de violencia e impunidad, así como la discriminación étnico-racial y de género” (2).

En Chile, el descontento social gatilló la aprobación de una reforma constitucional que institucionalizó el proceso constituyente en actual desarrollo, dirigido a reemplazar la Constitución de 1980 que instituyó en dictadura un Estado subsidiario en lo económico y en lo social (3-5).

En el caso de Colombia, la Constitución de 1991 consagró un Estado social de derecho, sin embargo, según Echeverry (6), la promesa de su realización constituye una aspiración frustrada, teniendo en cuenta que las reformas constitucionales de los años 2001 (Ley N.º 715), 2007 (Ley N.º 1176) y 2011 (Acto Legislativo N.º 03) disminuyeron estructuralmente los recursos para el gasto social, tendencia que ha corrido paralela a la profundización de la orientación de mercado de la reforma a la salud.

El presente ensayo, teniendo en cuenta lo anterior, se estructura de la siguiente manera:

Primero, aborda los sistemas sanitarios (7-8) instalados en Chile en dictadura (modelo dual de salud) y en Colombia a partir de 1993 (modelo plural de salud), que cobijan desigualdades estructurales relevantes.

Segundo, da cuenta de dos tratados internacionales de carácter comercial adoptados por ambos países en los últimos treinta años, que complejizan el acceso a los productos farmacéuticos y el derecho a la salud de sus poblaciones.

Tercero, plantea que las constituciones políticas de Chile y de Colombia deben reforzar la protección de los tratados internacionales de derechos humanos.

Cuarto, formula la urgencia de establecer en Chile y en Colombia un sistema de salud universal, que genere una efectiva redistribución de los riesgos sanitarios para todos sus habitantes, entre los sanos y los enfermos, entre las familias que han incurrido en los riesgos sanitarios y las familias que aún no lo han hecho.

Los sistemas sanitarios en Chile y Colombia

Luis Felipe López-Calva, director del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), sostiene que

Chile y Colombia tienen sistemas fiscales que redistribuyen poco, una característica estructural de ambos países que no tiene que ver con los gobiernos (9). Este rasgo, presente en sus sistemas impositivos, también impregna el diseño de sus sistemas previsionales en salud, que carecen de una redistribución adecuada de los riesgos sanitarios.

De los tres modelos paradigmáticos de sistemas de salud —universal, dual, plural— en Sudamérica (7-8), solo el universal y público implementado en Brasil, que no impide la asistencia privada, se encuentra destinado a atender a toda la población, en igualdad de condiciones, con independencia del nivel de ingresos o de la ocupación de quien lo requiere. Los otros dos dan lugar, en Chile y en Colombia, a una segmentación de la población y de los planes de salud, según la capacidad de pago (3,10,11).

En el modelo chileno, mientras el Estado cubre a los pobres, quienes tienen mejores condiciones financieras son direccionados para seguros privados. En el modelo colombiano, forman parte de estas empresas públicas y privadas proveedoras en competencia, además de un mecanismo que incluye, progresivamente, a los más pobres como asegurados (8).

En Chile, dos días antes de la vuelta a la democracia, el 9 de marzo de 1990, la Junta Militar impuso la regulación definitiva de los seguros privados (Ley N.º 18.933). Con ello, se terminó de instalar un sistema desequilibrado, a favor de conglomerados financieros (Isapres) que afilian a la población con mayores recursos económicos, más joven y con menos riesgos sanitarios, en desmedro del sector público (Fonasa), encargado de asegurar a cerca del 80% de la población, aquella con menores recursos económicos y mayores riesgos sanitarios (3).

La Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) del año 2017 (12) constata este desequilibrio, que también contempla diferencias de género en relación con la distribución de la población en el sistema previsual de salud: el 80,6% de las mujeres y el 75,2% de los hombres se encuentran adscritos a Fonasa, mientras el 13,1% de las mujeres y el 15,7% de los hombres están afiliados a una Isapre.

Para afiliarse a una Isapre se requiere la suscripción previa de un contrato, en cambio, la incorporación al sistema público administrado por Fonasa es automático, al adquirir cualquiera de las calidades de afiliado o beneficiario previstas en la ley N.º 18.469, de 1985 (13).

En Colombia, la reforma aplicada en 1993 (Ley N.º 100) siguió de cerca las recomendaciones del Banco Mundial (14), fijando un modelo de competencia regulada o pluralismo estructurado (15), cuya población queda distribuida en la práctica en tres segmentos que definen su atención sanitaria.

Por una parte, la población asegurada se distribuye en dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social

en Salud (SGSSS): el contributivo, para los trabajadores y pensionados con ingresos por encima del nivel establecido por el Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para los Programas Sociales (Sisben), y el subsidiado, para las personas que no tienen capacidad de pago para cubrir el monto total de su cotización. Por otra parte, se encuentra la población no asegurada o vinculada, que no tiene afiliación al SGSSS (14).

En el caso de los regímenes del SGSSS (16), administradoras de fondos públicos —empresas promotoras de salud (EPS) en el régimen contributivo y administradoras del régimen subsidiado (ARS)— compiten por la afiliación de la población y garantizan paquetes de beneficios proporcionados por instituciones prestadoras de salud (IPS), a cambio de un pago per cápita; la cartera de servicios que entrega el régimen subsidiado es inferior a la del régimen contributivo.

La reforma de 1993 estableció un modelo de libre mercado para la prestación de los servicios públicos, a fin de disminuir el tamaño del Estado, donde cada persona recibe la atención en salud que puede costear, lo que genera un sistema excluyente y en desequilibrio económico que no garantiza el derecho a la salud ni aporta a la transformación del sistema sanitario (11).

Tratados comerciales que retrasan la entrada al mercado del medicamento genérico

En paralelo con la vuelta a la democracia en Chile en 1990 y la adopción de la Constitución de 1991 en Colombia, a nivel mundial se consolidó el “giro neoliberal” (17) del régimen comercial internacional, que se expresó en la Ronda Uruguay de las negociaciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) y la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1995.

A través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), la OMC incorporó la propiedad intelectual a su mandato, y con ello quedó fortalecida la patente farmacéutica, al generar derechos exclusivos de explotación comercial del medicamento innovador por un periodo mínimo de veinte años y el consecuente retraso en la entrada al mercado del medicamento genérico.

De esta manera, los países miembros de la OMC —incluidos todos los países de Sudamérica (18-19)— suscribieron este tratado internacional que impuso patentes que hacen que los medicamentos sean inaccesibles para los gobiernos y los residentes en países de medianos y bajos ingresos, aun cuando años antes habían firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que los obligaba a facilitar el acceso a los medicamentos (20).

Su impacto quedó de manifiesto el año 2001 cuando los países de la OMC emitieron la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, al señalar: “reconocemos asimismo las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios” (Párrafo 3 Declaración de Doha), que afecta especialmente a los países en desarrollo, cuyo sistema de seguridad social no logra cubrir los medicamentos esenciales, o bien, imposibilita su financiamiento sostenido por los sistemas de seguridad social crecientemente deficitarios.

Sin embargo, con posterioridad, Chile en el 2003 y Colombia en el 2012 —también Perú, en el 2009—, suscribieron con Estados Unidos, respectivamente, un tratado de libre comercio (TLC) de carácter bilateral que incorporó mayores barreras al acceso de medicamentos (18), en especial la inclusión de disposiciones sobre protección o exclusividad de datos de prueba por un periodo mínimo de cinco años.

Estas disposiciones —ideadas por la industria farmacéutica con nombres de marca— redujeron la disponibilidad de medicamentos asequibles, con independencia de la consideración de la patente. Ello constituye un obstáculo enorme para la competencia de medicamentos genéricos, al exigir a sus fabricantes que obtengan sus propios datos de prueba clínicos en el proceso de autorización comercial, en lugar de apoyarse en los resultados sobre seguridad y la eficacia obtenidos por los medicamentos de marca (21).

En definitiva, se convierte en una barrera más para las empresas locales (22). Como lo expresa Seuba (23), la protección de datos de prueba, si bien, en teoría, es de exclusividad del uso de los datos, en verdad lo es de mercado, al impedir la aprobación del competidor mediante prueba de bioequivalencia durante el periodo de exclusividad.

Protección reforzada de tratados internacionales de derechos humanos

De acuerdo con lo observado, el derecho a la salud en Chile y en Colombia termina cediendo frente a derechos comerciales y derechos de propiedad de carácter privado (3,10).

Al mismo tiempo, el derecho internacional comercial y el derecho internacional de las inversiones extranjeras, al contemplar mecanismos de protección de intereses privados más eficaces que los mecanismos de protección previstos por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), acaba prevaleciendo en el ordenamiento jurídico interno (24) de ambos países, en detrimento del interés general de sus habitantes y de sus poblaciones más vulnerables.

En efecto, en caso de conflictos derivados de cualquiera de los 13 acuerdos comerciales constitutivos de la OMC, se aplica el importante mecanismo de la queja entre Estados ante el órgano de solución de diferencias comerciales, de carácter vinculante (17). En cambio, este

mecanismo no ha sido implementado en el DIDH, donde se aplica el mecanismo de la denuncia o queja de particulares contra el Estado (25), que exige como requisito de admisibilidad, antes de recurrir al comité respectivo de las Naciones Unidas o ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la pesada carga del agotamiento previo de todas las instancias jurisdiccionales disponibles a nivel interno en el Estado parte.

Asimismo, a diferencia del DIDH, en el derecho internacional de las inversiones extranjeras (24), los inversores privados pueden hacer valer sus derechos directamente y solicitar una compensación económica, sin agotar antes las instancias nacionales, como se encuentra contemplado en el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Por ello, es necesario que las constituciones políticas de Chile y Colombia, en los capítulos inaugurales de sus principios fundamentales, contemplen directrices constitucionales sobre la organización del poder que le otorguen una protección reforzada a los tratados internacionales de derechos humanos, capaces de orientar al Legislador en el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos y a los jueces nacionales encargados de resolver contiendas en que se presenten eventuales colisiones de derechos.

Para ello, se propone la siguiente redacción: “El ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos humanos más básicos de la dignidad y libertad humanas. El Estado de ... asume un compromiso reforzado con los principales tratados del sistema internacional de derechos humanos ratificados y vigentes. Tienen jerarquía constitucional y complementan los derechos y garantías contemplados en esta Constitución: la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; y la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias”.

Reforma sanitaria pendiente en Chile y Colombia

Un Estado social y democrático de derecho debe cimentarse sobre pilares solidarios básicos para toda la población. Quizás el más relevante de todos corresponda a la instalación de un sistema universal de salud, dirigido a transformar los modelos de salud intensamente segmentados de Chile y Colombia, por otro que garantice el acceso universal a un cuidado sanitario apropiado, con base en la necesidad de atención sanitaria, y no en la capacidad de pago.

En Estados Unidos, luego de un siglo de esfuerzos legislativos frustrados por garantizar un mínimo sanitario universal en ese país (26-27), la implementación de “Obamacare”, en el año 2010, avanzó decididamente en esta dirección (28).

En los casos de Chile y Colombia, su implementación podría significar el establecimiento constitucional de un seguro único de salud, con lógica solidaria y colectiva, de manera que todas las personas puedan tener acceso a un plan universal de salud a través de una cotización obligatoria fijada por ley a dicho efecto, sin perjuicio de la coexistencia de la asistencia privada.

En Brasil, la consagración del Sistema Único de Salud (SUS) en los artículos 196 y siguientes de la Constitución de Brasil de 1988, gestionada de forma compartida por las tres esferas federativas (Unión, estados y municipios) ha sido fundamental para su estabilidad y sostenibilidad en el tiempo ♦

Agradecimientos: Financiado por la Universidad de La Frontera. Proyecto DI20-O121.

REFERENCIAS

1. Organización de los Estados Americanos (OEA). CIDH culmina visita in loco a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares [Internet]. Washington D. C.: OEA; 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/2t6y9eve>.
2. Organización de los Estados Americanos. Observaciones y recomendaciones Visita de trabajo a Colombia [Internet]. Washington D. C.: OEA; 2021. Disponible en: <https://tinyurl.com/mr3xzw7>.
3. Allard R, Hennig M, Galdamez L. El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario. *Estudios Constitucionales*. 2016;14(1): 95-138. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000100004>.
4. Cristi R, Ruiz-Tagle P. El constitucionalismo del miedo. Santiago: LOM Ediciones; 2014.
5. Cristi, R. El pensamiento político de Jaime Guzmán: autoridad y libertad. Santiago: LOM Ediciones; 2000.
6. Echeverry M. Justicia del derecho a la salud: Un reto para una globalización alternativa. En: Arrivillaga M, Borrero Y, Salcedo JP, editores. *Globalización, libre comercio y salud*. Bogotá: Ediciones Aurora; 2014. p. 203-236.
7. Fleury S. Dual, universal or plural? Health care models and issues in Latin America: Chile, Brazil and Colombia. En: Molina CG, Nuñez del Arco J, editores. *Health Services in Latin America and Asia*. Washington D. C.: Inter-American Development Bank; 2001. p. 3-36.

8. Gomes-Temporao J, Faria M. Reformas de los sistemas de salud en Sudamérica: una oportunidad para Unasur. *Rev Peru Med Exp Salud Pública*. 2014;v31(4):740-6. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2014.314.128>.
9. DW.com. Manifestaciones en Chile y Colombia: similitudes y diferencias [Internet]. Disponible en: <https://tinyurl.com/2jnb89be>.
10. Arrivillaga M, Borrero Y, Salcedo JP, editores. Globalización, libre comercio y salud. Bogotá: Ediciones Aurora; 2014.
11. Romero-Vanegas S, Vargas-González J, Pardo R, Eslava-Schmalbach J, Moreno-Angarita M. El sistema de salud colombiano y el reconocimiento de la enfermedad de Alzheimer. *Rev Salud Pública (Bogotá)* [Internet]. 2021;v23(2):1-9. Disponible en: <https://tinyurl.com/5ybrsc5>.
12. Ministerio de Salud de Chile. Encuesta CASEN 2017 Salud. Síntesis de resultados [Internet]. Santiago: Ministerio de Salud de Chile. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdhubcca>.
13. Nancuante U, Romero A, Sotomayor R. Régimen jurídico de la salud. Santiago: Thomson Reuters; 2012.
14. Homedes N, Ugalde A. Las reformas de salud neoliberales en América Latina: una visión crítica a través de dos estudios de caso. *Rev Panam Salud Pública*. 2005;v17(3):210-20. <https://doi.org/10.1590/S1020-49892005000300012>.
15. Londoño JL, Frenk J. Structured pluralism: towards an innovative model for health system reform in Latin America. *Health Policy*. 1997; 41:1-36. [https://doi.org/10.1016/s0168-8510\(97\)00010-9](https://doi.org/10.1016/s0168-8510(97)00010-9).
16. Vargas I. Barreras en el acceso a la atención de salud en modelos de competencia gestionada: un estudio de caso en Colombia [tesis doctoral]. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona; 2009.
17. Lang A. World trade law after neoliberalism: reimagining the global economic order. Nueva York: Oxford University Press; 2011. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199592647.001.0001>.
18. Allard R. La colisión de derechos y su impacto en el acceso a medicamentos esenciales: desafíos para Suramérica. *Derecho del Estado*. 2018; v41:3-36. <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.01>.
19. Allard R. Medicamentos esenciales y Acuerdo sobre los ADPIC: colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual. *Salud Colect*. 2015; 11(1):9-21. <https://doi.org/10.18294/sc.2015.412>.
20. Homedes N, Ugalde A. El ciclo de los medicamentos: su impacto en el acceso y el uso adecuado. *Salud Colect*. 2015; 11(1):5-8. <https://doi.org/10.18294/sc.2015.411>.
21. Sell S. Acuerdos de libre comercio con disposiciones ADPIC plus y acceso a medicamentos. En: Seuba X, editor. *Salud pública y patentes farmacéuticas: cuestiones de economía, política y derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor; 2008. p. 171-215.
22. Arévalo LA. Tratados bilaterales de libre comercio y acceso a la salud: el caso colombiano, entre el neoinstitucionalismo y la biopolítica. En: Arrivillaga M, Borrero Y, Salcedo JP, editores. *Globalización, libre comercio y salud*. Bogotá: Ediciones Aurora; 2014. p. 75-96.
23. Seuba X. Derechos fundamentales y protección de datos de prueba de productos farmacéuticos. En: Arrivillaga M, Borrero Y, Salcedo JP, editores. *Globalización, libre comercio y salud*. Bogotá: Ediciones Aurora; 2014. p. 133-171.
24. Allard R. ¿Cómo abordar los tratados internacionales en la nueva Constitución? *El Desconcierto.cl* [Internet]. 2021. Disponible en: <https://tinyurl.com/bp3jm4zj>.
25. Villan C. Curso de derecho internacional de los derechos humanos. Madrid: Trotta; 2002.
26. Graetz M, Mashaw J. Constitutional uncertainty and the design of social insurance. En: Persily N, Metzger G, Morrison T, editores. *The Health care case: the Supreme Court's Decision and its implications*. Nueva York: Oxford University Press; 2013. p. 300-314. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199301058.003.0018>.
27. Duggin S. From the New Deal to the New Healthcare: A New Deal perspective on King v. Burwell and the crusade against the Affordable Care Act. *University of Miami Business Law Review*. 2015;23:317-39.
28. Allard R. Repercusiones de "ObamaCare" para la reforma sanitaria en Chile. *Rev Med Chil*. 2019; 147(1):103-6. <https://doi.org/10.4067/S0034-98872019000100103>.