Revista de Derecho Vol. XXIII - Nº 2 - Diciembre 2010 Páginas 113-130

Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: La protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGE*

*Alejandra Zúñiga Fajuri***

Resumen

El derecho a la protección de la salud todavía parece requerir una justificación frente a los poderes públicos que aún se niegan a garantizarlo por igual a todas las personas. Este artículo pretende, desde la Teoría de la Justicia de John Rawls, insistir en los potentes argumentos morales y de justicia que existen para fundamentar que el cuidado sanitario es un "derecho básico esencial". Además, se analizan las repercusiones constitucionales que ha tenido, en Chile, la reforma al sistema sanitario AUGE.

EQUIDAD – CUIDADO SANITARIO – AUGE

A theory of justice for sanitary care: Health protection in the constituion after the auge reform

Abstract

The right to health care protection still seems to require a justification against the public powers that refuse to guarantee equally to all people. This paper tries, from the Theory of Justice of John Rawls, to insist on the powerful moral arguments that tries to found that the sanitary care is a "essential basic right".

FAIRNESS – HEALTH CARE – AUGE

* Este artículo forma parte del proyecto de investigación Nº 11080005 financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT), titulado "Teorías de la justicia y Reforma Sanitaria AUGE".

** Abogada, Doctora en derecho, Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile y de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Alejandra.zuniga@uv.cl

Artículo recibido el 26 de febrero de 2010 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 27 de octubre de 2010.

Introducción

El cuidado sanitario es un recurso que impacta directamente en las oportunidades de las personas al preservar su capacidad de participar en la vida política, social y económica de la sociedad. Puesto de las políticas sociales son responsables de las desigualdades que producen efectos negativos en la salud, se requiere que miremos las instituciones sociales desde los principios de justicia que John Rawls desarrolló con el fin de entregar respuestas plausibles a los problemas de adjudicación de recursos escasos propios de las sociedades liberales, pluralistas y democráticas.

En materia sanitaria, la *Teoría de la Justicia* nos permite identificar al menos dos argumentos para fundamentar la tesis que defiende y reconoce el derecho a un mínimo sanitario decente. Esos argumentos se desarrollan en torno a una determinada interpretación de sus principios de justicia y de sus presupuestos asociados, los que se despliegan en este trabajo junto con la teoría desarrollada por Norman Daniels sobre cuidado sanitario justo, fundada en lo que se ha llamado el "funcionamiento normal de la especie'.

Junto a lo anterior, se analiza cómo la legislación chilena reconoce y garantiza el derecho a la protección de la salud y la manera en que la implementación de la Reforma AUGE ha influido en el modo en que se interpreta la norma constitucional que refiere este derecho, definiéndole un contenido específico y sus propios mecanismos de garantía. Lo anterior sin perjuicio de admitir que aún está pendiente la concepción de una legislación que permita dar respuesta a los problemas de discriminación y desigualdad vigentes tanto en el sistema público como en el sistema privado de salud chileno.

1. El cuidado sanitario en la Teoría de la Justicia de Rawls

1.1. El lugar del "mínimo sanitario" en la Teoría de la Justicia

La *Teoría de la Justicia* de John Rawls responde a la problemática del derecho a la protección de la salud de diversas formas según se la interprete más o menos 'igualitariamente', es decir, según se la mire o no como una teoría capaz de fundamentar, al menos, un mínimo básico sanitario. La interpretación más igualitaria viene de la mano de Norman Daniels, para quien resulta claro que Rawls argumenta a favor de considerar al cuidado sanitario como un requisito indispensable para asegurar la igualdad de oportunidades que garantiza su segundo principio de justicia. Como se sabe, el segundo principio de la justicia de Rawls dispone que las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos requisitos para ser legítimas: a) deben estar vinculados a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; b) deben redundar en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad[1]. Es decir, el principio contendría, a su vez, dos principios independientes

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

aunque relacionados. Primero, el 'principio de igualdad equitativa de oportunidades', que asegura igual acceso a todos los cargos sociales y el 'principio de diferencia', que permite las desigualdades sólo a condición de que beneficien especialmente a los menos aventajados[2].

Considero que Rawls defiende la garantía de cuidado sanitario cuando, primero, concibe al "mínimo social básico" –dentro del que es posible incluir un mínimo de protección sanitaria– como una *esencia constitucional*. Segundo, de un modo más directo, lo haría al estimar que una interpretación suficientemente 'flexible' de su idea de bienes primarios permite concluir que, ante discapacidades que impidan a los sujetos participar como miembros permanentes de la sociedad, los bienes primarios deberían incluir un nivel de cuidado sanitario capaz de recomponer su funcionamiento normal. El 'segundo principio de justicia' puede desmembrarse en, al menos, tres subprincipios, todos ellos considerando a la igualdad como base. Primero, uno que asegura, como punto de partida, una distribución igual de bienes primarios, salvo que ello no sea eficiente. Segundo, uno que asegure una igualdad equitativa de oportunidades de acceso a los cargos y posiciones sociales más destacados y mejor remunerados y, en tercer lugar, un principio que, ante la necesidad de aceptar las consecuencias de la eficiencia (es decir, la desigualdad social) permita que los menos aventajados sean compensados cada vez que las instituciones sociales les hacen responsables por circunstancias adscritas sobre las que no tienen control. De esta forma se garantiza una repartición igual de bienes primarios para todos salvo que el principio de eficiencia justifique otro estado de cosas.

Cuando se habla de desigualdades *por mor* de la eficiencia ¿significa que la eficiencia podría justificar que algunos carecieran de 'bienes mínimos'? Rawls no lo cree así y argumenta que los dos principios de justicia expresan la idea de que "nadie debe tener menos de lo que recibiría en una división equitativa de los bienes primarios" y que, cuando lo fructífero de la cooperación social permite una mejora general, entonces "las desigualdades existentes deben funcionar en beneficio de aquellos cuya posición ha mejorado menos, tomando la redistribución igualitaria como punto de partida"[3]. Rawls fundamenta esta idea a través de lo que llama los "elementos constitucionales esenciales" o las esencias constitucionales que son definidas como "aquellas cuestiones cruciales sobre las que, dado el hecho del pluralismo, es máximamente urgente lograr un acuerdo político"[4]. Estas esencias serían de dos clases: primero, los principios fundamentales que especifican la estructura general de gobierno y el proceso político (por ejemplo, los tres poderes y la regla de la mayoría) y segundo, los derechos y libertades de ciudadanía iguales. De los dos principios de justicia adoptados en la posición original

[2] Por su parte, el 'primer principio de justicia' garantiza que cada persona tenga derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sean compatibles con un esquema semejante de libertades para todos. Este principio tiene primacía sobre el segundo (que regula las desigualdades sociales), lo cual significa que no se pueden intercambiar libertades por mayor igualdad (Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press. 1971, p. 61).

[3] Rawls, *Liberalismo político,* Fondo de Cultura Económica. México. 1995, p. 265.

[4] *Ob. cit*. Rawls, 2002, p. 77.

sólo el primero (el que determina los derechos y libertades básicas en pie de igualdad) se entiende comprendido en el segundo elemento constitucional esencial, de modo que el principio de diferencia no estaría incluido.

¿Existen razones de peso para no considerar al segundo principio de justicia una esencia constitucional? Veamos. En la teoría de Rawls, cuatro son los fundamentos para distinguir entre los elementos constitucionales –especificados por las libertades básicas– de los principios que rigen la corrección de las desigualdades sociales y económicas. Los dos primeros son: "a) Las dos clases de principios especifican diferentes papeles para la estructura básica; b) Es más urgente dirimir lo relativo a los elementos esenciales vinculados a las libertades básicas". Frente a estas primeras razones podríamos, desde ya, preguntarnos: ¿Por qué sólo los primeros principios son más apremiantes? ¿No es acaso precisamente esto –la mayor o menor urgencia de ciertos derechos– lo que debiéramos discutir? Los otros dos motivos mencionados por Rawls son: "c) es mucho más fácil determinar si esos elementos esenciales se han aplicado, y d) es mucho más fácil llegar a un acuerdo sobre cuáles deberían ser los derechos y las libertades básicas". Y agrega finalmente "que se satisfagan o no los elementos constitucionales esenciales que abarcan las libertades básicas es más o menos visible frente a los convenios constitucionales y cómo se considere que funcionen en la práctica. Pero ver que se realicen los objetivos de los principios que comprenden las desigualdades sociales y económicas es mucho más difícil".

En mi opinión, la 'simplicidad' con que una sociedad llegue a ponerse de acuerdo respecto de uno o más principios de justicia no puede ser un argumento moral suficiente como para fundamentar la jerarquización de derechos que propone Rawls. En especial cuando ha sido ampliamente reconocido que ese primer concierto social no se sustentó en argumentos, sino que más bien en una determinada situación histórico-política vigente al finalizar la Segunda Guerra Mundial. El hecho de que las sociedades modernas estén más pendientes de velar por las llamadas libertades 'clásicas' (expresión, asociación, libertades políticas, derecho de propiedad, etc.) que por el grado de satisfacción de las necesidades básicas de sus ciudadanos (derecho a la protección de la salud, a la vivienda, a la alimentación, etc.) es contingente, no necesario. Sobre esta base es posible cuestionar la jerarquización tradicional de derechos y el armazón de argumentos que la avalan y que Rawls utiliza para clasificar sus esencias constitucionales.

Ahora, volvamos a la pregunta inicial, esto es, ¿cuál es el modo en que Rawls defiende en su teoría la necesidad de garantizar un mínimo sanitario? Para el autor, las características que definen una concepción política liberal de la justicia no sólo especifican derechos, libertades y oportunidades básicas y su priorización frente a razones de interés social o a valores perfeccionistas, sino que también garantiza a todas las personas los medios adecuados de uso universal para que puedan utilizar efectivamente sus libertades y oportunidades, lo cual quiere decir que para asegurar el ejercicio real de las libertades reconocidas por el primer principio, la justicia como equidad no desconoce la necesidad evidente de que a las personas se les confirme su derecho a un mínimo social básico capaz de evitar una concepción de derechos simplemente formal, como se le ha criticado a libertaristas como Nozick. Por ello, Rawls sostuvo repetidamente (desde

'Liberalismo político' en adelante) que el primer principio, que abarca los derechos y libertades iguales para todos: "Puede ir precedido de un principio léxicamente anterior que exigiera que queden satisfechas las necesidades básicas, al menos en la medida en que su satisfacción es una condición necesaria para que los ciudadanos entiendan y sean capaces de ejercer fructíferamente los derechos y libertades básicos"[5].

El fundamento, entonces, de considerar un mínimo social como esencia constitucional está en que Rawls estimaba como "razonablemente obvio que el principio de diferencia queda violado de forma bastante paladina cuando no se garantiza ese mínimo"[6]. Luego, si bien Rawls no acepta la noción del mínimo social como un principio de justicia, no rechaza la idea de que una sociedad justa debe garantizar un cierto estándar de vida mínimo para sus ciudadanos, estándar que debe, evidentemente, incluir un mínimo sanitario decente[7]. Así, el mínimo social, aunque no es un principio de justicia, sí tendría una importancia clave en la política social de cualquier sociedad en tanto esencia constitucional. Es decir, las libertades en general, y especialmente: "Las libertades de movimiento, la libre elección de empleo y un mínimo social que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos cuentan como esencias o elementos constitucionales, mientras que el principio de diferencia y de igualdad de oportunidades no lo sería"[8]. De modo que es posible sostener que Rawls sí defiende la existencia de, al menos, un cuidado sanitario elemental que bien podríamos incluir en su idea de 'mínimo social' como esencia constitucional destinada a cubrir las necesidades humanas más básicas.

1.2 La injusticia de una distribución igual

La primera dificultad de la teoría de Rawls es que, al definir a los 'peor situados' enteramente en términos de "cantidad de bienes primarios", se ignoran las influencias que las posesiones naturales de los individuos tienen en la distribución final. Ello, pues el principio de diferencia de Rawls sostiene que es justo que nadie gane o pierda a consecuencia del lugar que ocupa en la arbitraria distribución de ventajas naturales, sin que se reciba o entregue a cambio alguna compensación. Según Allen Buchanan, existen dos interpretaciones posibles a la idea de que las oportunidades de las personas con talentos similares no debieran ser dispares debido a las consecuencias de la lotería social. Una es la llamada *tesis de la estructura social* que dice que los resultados que uno obtiene en la lotería social están significativamente influidos por los efectos continuados de unas estructuras sociales injustas. En ese sentido, Rawls escribe que "quienes disfrutan del mismo nivel de talento y capacidad, y tienen la misma voluntad de usarlos, debieran tener las mismas perspectivas de éxito, independientemente del lugar que ocupen

[5] *Ibídem*, p. 75.

[6] *Ibídem*, p. 216.

[7] Para una interpretación de las tesis de Rawls en el sentido de fundamentar la idea del mínimo social como un principio de justicia, véase Waldron. "John Rawls and the Social Minimum", *Liberal Rights.* Collected Papers, 1981-1991. Cambridge University Press. 1993.

[8] *Ob. cit*. Rawls, 2002, p. 216.

inicialmente en el sistema social"[9]. Esta teoría hace hincapié en las limitaciones a las oportunidades originadas en unas instituciones injustas y no en las diferencias naturales entre las personas. De otra parte, Buchanan identifica –siguiendo a Scanlon– la *tesis de la suerte bruta* que se basaría en la intuición moral de que las personas no debieran tener menos oportunidades como resultado de factores que están fuera de su control, pues ellas no los han elegido. Luego, esta posición exige que se hagan esfuerzos por contrarrestar los efectos de 'todos' los factores que se encuentran fuera del control de los individuos. "Y si algo está fuera de la capacidad de control de la persona es la suerte que le toca en la lotería natural"[10].

Todas estas desigualdades naturales exigen reparación y compensación por motivos de justicia y, según Buchanan, si bien hay pasajes en *Teoría de la justicia* que podrían hacer pensar que Rawls respalda la tesis de la suerte bruta, una lectura más atenta concluye que su teoría sólo considera como campo de la justicia el contrarrestar los efectos de las desigualdades originadas por las instituciones sociales injustas, al tiempo que señala que la operatividad de un principio como el de diferencia contribuirá a mitigar las consecuencias de las desigualdades naturales[11]. Rawls optaría, entonces, por combinar la concepción más restrictiva de la igualdad de oportunidades con el principio de diferencia, en lugar de intentar una interpretación más radical de la igualdad de oportunidades que exigiese contrarrestar los efectos de las desigualdades naturales o eliminarlas por completo, si ello fuese posible, mediante la intervención de la medicina.

Para Kymlicka, la teoría de Rawls falla al considerar que dos personas están en igual posición si tienen la misma cantidad de bienes primarios aun cuando la segunda persona sea discapacitada física o mentalmente, no posea talentos o tenga problemas de salud[12]. Luego, sería necesario tratar la carencia de salud y la carencia de dinero de igual manera considerando que en ambos casos las personas están 'peor dotadas' desde el punto de vista de la distribución social, pues todos reconocerían estar menos favorecidos si de repente se convirtieran en discapacitados, aun cuando su paquete de bienes sociales permaneciera igual. Luego, si bien el principio asegura que el discapacitado no tendrá menos bienes a consecuencia de su discapacidad, la injusticia de la situación descansa en el hecho de que la persona discapacitada, al tener muchos más gastos en medicina y transporte, no necesita iguales recursos, sino que *mayores,* pues soporta una carga inmerecida causada por la suerte y no por sus elecciones. Luego, la regla debiera ser "las desigualdades sociales y naturales deben ser compensadas"[13].

---

[9] *Ob. cit*. Rawls, 1971.

[10] Buchanan y Hessler. "Specifying the Content of the Human Right to Health Care", *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care.* Eds. Rhodes, Battin y Silvers. Oxford University Press. 2002, p. 63.

[11] *Ibídem*, p. 64.

[12] Kymlicka, Will. *Contemporary Political Philosophy, an Introduction.* Second Edition, Oxford University Press. 2002, p. 71.

[13] *Ibídem*, pp. 71-72.

En la misma línea, Amartya Sen arguye que el índice de bienes primarios es demasiado inflexible como para ser justo. Para Sen, los bienes primarios de Rawls equivalen a lo que llama "medios para la libertad", es decir, se trataría de cosas que afectarían el conjunto de vidas alternativas entre las que las personas pueden elegir. Si lo que interesa es la libertad real de los sujetos, entonces no parece suficiente centrarse únicamente en los medios para la libertad en lugar de la amplitud de la libertad de la que ciertamente se goza. Por ejemplo, sostiene Sen "considérese el caso de una persona que puede tener más renta y mejor alimentación que otra persona, pero menos libertad para vivir una existencia bien nutrida en razón de una tasa metabólica basal más alta, mayor vulnerabilidad a las enfermedades parasitarias o por estar embarazada"[14]. Muchas de las personas que son pobres en términos de renta y de otros bienes primarios también tienen características como la edad, la discapacidad, la propensión a enfermedades, etc. que les hacen más difícil convertir bienes primarios en capacidades básicas, por ejemplo, la capacidad para desplazarse para llevar una vida sana o para tomar parte en la vida social. Por ello este autor concluye que "ni los bienes primarios ni los recursos –por más ampliamente que se les defina– pueden representar la capacidad de la que realmente goza una persona"[15].

De este modo, dar igual cantidad de bienes a un hombre y a una mujer no es justo, pues sus características biológicas y los factores sociales asociados al embarazo, a los cuidados de los recién nacidos, a la distribución convencional de los papeles en la familia, etc. colocan a la mujer en evidente desventaja. Para Sen, incluso cuando los diferenciales sexuales de morbilidad y mortalidad no son tan agudos, puede haber disparidades en otros funcionamientos y capacidades que conduzcan a desigualdades fundamentales en las libertades. "Si bien el sesgo antifemenino en la nutrición, la morbilidad o la mortalidad aparecen mucho menos en el África subsahariana, existen a menudo grandes diferencias de sexo en muchas otras capacidades, tales como saber leer y escribir, evitar mutilaciones, poder elegir libremente la propia carrera u ocupar posiciones de liderazgo"[16]. Por ello, concluye, las cuestiones de desigualdades entre los sexos exigen una comparación más allá de los meros recursos. El problema de las desigualdades entre los sexos es, en última instancia, una cuestión de libertades divergentes.

En la misma línea, Onora O'Neill considera que las teorías de la justicia deben adaptarse a la realidad actual de las mujeres pobres insertas en economías pobres, pues ellas conviven con las peores condiciones sociales del mundo. Son, en primer lugar, seres que dependen de otros, pero carecen de la supuesta seguridad de la dependencia. Son, además, indigentes, aunque usualmente actúan como proveedoras. Finalmente carecen

---

[14] Sen, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona. 1997, pp. 114-115.

[15] *Ibídem*, pp. 114-115. En el entendido del autor, su tesis supone una novedad frente a los enfoques utilitaristas y de bienestar "la métrica mental del deseo y su realización, y el cálculo de dolor-placer es engañosa (…) la medida de las privaciones de una persona puede estar camuflada en la métrica de utilidad (…) y esto es especialmente grave en el contexto de una diferencia arraigada de clase, género, casta o colectividad". Sen. *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza. Madrid. 2000, p. 19.

[16] *Ibídem*, p. 142.

de poder, pero deben asumir la protección de otros seres aún más vulnerables. Se encuentran relegadas y subordinadas a una esfera doméstica donde su existencia separada y distintiva es legitimada, no por razones de justicia, sino que por una estrecha visión de la vida familiar y el honor. Se encuentran también con que la esfera doméstica está inserta en una economía que está subordinada a distantes economías ricas. No sólo crían hijos en la pobreza sino que además se encargan de las cosechas y asumen los trabajos peor pagados y más inseguros, cuyos beneficios se alojan en el corazón de distantes fuerzas económicas. Esta segunda subordinación es legitimada por discursos que abogan por un orden económico internacional, pero sólo un régimen nacional de impuestos y políticas de bienestar[17].

Rawls responde con claridad a estas críticas en su último libro, *Justicia como equidad, una reformulación*. Se defiende sosteniendo que sus dos principios de justicia –con un índice de bienes primarios tal y como está especificado– tienen una 'considerable flexibilidad', y para demostrarlo distingue entre dos tipos de casos. El primer tipo concierne a las diferencias en el desarrollo y ejercicio de las dos facultades morales y en las dotaciones innatas que están 'por encima del mínimo esencial' requerido para considerar a alguien miembro plenamente cooperativo de la sociedad. Las diferencias en las facultades morales de los ciudadanos no originan, por sí solas, variaciones en la asignación de los bienes primarios sino que, antes bien, la estructura básica está pensada de tal forma que los ciudadanos dispongan de "medios generales de uso universal" para cultivar y educar sus capacidades básicas, y tengan una oportunidad equitativa de hacer buen uso de ellas, siempre que sus capacidades caigan dentro del espectro normal de capacidades[18]. El segundo tipo de casos trata las diferencias en las necesidades de asistencia médica de los ciudadanos cuando caen temporalmente 'por debajo del mínimo esencial' de capacidades para ser miembros normales y plenamente cooperativos de la sociedad. El supuesto base es que los ciudadanos sean miembros cooperativos durante toda una vida y que sólo, de vez en cuando, puedan estar seriamente enfermos o sufran graves accidentes.

Rawls concluye que para cubrir esas necesidades con los bienes primarios hay que considerar tres características de este índice: a) Primero, que los bienes primarios no quedan plenamente especificados –en detalle– en la posición original sino que ello ocurre en las etapas posteriores: constitucional, legislativa y judicial. b) Segundo, el índice de bienes primarios sería un índice de expectativas sobre esos bienes en el transcurso de "una vida completa", lo que permite que los dos principios den cabida a las diferencias de necesidades que surgen de la enfermedad y el accidente en el curso de toda una vida. c) Tercero, los bienes primarios de ingreso y riqueza no deben identificarse sólo con la renta personal y la riqueza privada, pues como ciudadanos "todos somos beneficiarios de derechos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la provisión de bienes públi-

[17] O'Neill, Onora. "Justice, Gender and International Boundaries", *The Quality of life.* Eds. Amartya Sen y Martha Nussbaum. Oxford University Press. 1993, pp. 303-323.

[18] *Ob. cit*. Rawls, 2002, pp. 226-227.

cos. Todas estas cosas pueden ser incluidas (si fuera necesario) en el índice de bienes primarios"[19].

Así, la *Teoría de la Justicia* no sólo garantiza una prestación sanitaria mínima al momento de asegurar, junto con el primer principio de justicia, un "mínimo social" suficiente para hacer realidad el ejercicio de las libertades, sino que, además, en un segundo momento, el cuidado sanitario mínimo estaría apoyado por el conjunto de bienes primarios que se entregarían a todos por igual. Rawls insiste en que la provisión de asistencia médica, como ocurre con los bienes primarios en general, existe para satisfacer las necesidades y las exigencias de los ciudadanos libres e iguales. Dicha asistencia está comprendida entre los medios generales necesarios para asegurar la equitativa igualdad de oportunidades y la capacidad individual de sacar provecho de nuestros derechos y libertades básicos. "La fuerza de las exigencias de asistencia médica está ligada al mantenimiento de nuestra capacidad para ser miembro normal de la sociedad y al restablecimiento de esa capacidad cuando cae por debajo del mínimo requerido"[20].

Finalmente, ¿qué hacer con las personas que nacen con alguna discapacidad o que a consecuencia de un accidente sufren una invalidez que, durante toda su vida, les exigiría llevar una existencia 'más cara'? A estos casos, que Rawls llama "los casos difíciles", los deja sin respuesta y sobre ellos escribe: "No he considerado los casos más extremos, lo que no significa que niegue su importancia. Considero evidente (…) que tenemos un deber para con todos los seres humanos, por gravemente discapacitados que estén (…) yo no sé hasta dónde puede extenderse con éxito la justicia como equidad para que cubra los tipos más extremos de casos"[21].

2. El derecho al "mínimo sanitario decente"

Para decidir qué tipo de cuidado sanitario debe existir en una sociedad, quién debe tenerlo y cómo debe ser distribuida la carga de su financiamiento, se precisa una cierta concepción de la justicia predefinida, pues se están afectando cuestiones tan fundamentales como el nivel y la distribución del riesgo de caer enfermos, la posibilidad de ser curados y el grado en que otros puedan llegar a ayudarnos cuando empeoramos o nos volvemos disfuncionales[22]. En este contexto, Norman Daniels desarrolla una "teoría de la justicia sanitaria" que, sobre la base de la teoría de Rawls, reconozca que la sociedad tiene, por una parte, el deber para con sus miembros de proporcionarles una parte justa y adecuada del total de los recursos sociales relacionados con el bienestar y las necesidades y, por otra, que se debe garantizar una justa asignación de servicios sanitarios teniendo en cuenta las distintas necesidades.

[19] *Ibídem*, p. 228.

[20] *Ibídem*, pp. 230-231.

[21] *Ibídem*, p. 233.

[22] Daniels. *Just Health Care.* Cambridge University Press. 1985, p. 2.

¿Qué monto del total de los recursos sociales es adecuado para satisfacer las necesidades sanitarias? ¿Cuál es la cantidad 'justa' de servicios sanitarios para cada persona? "Decir que existe un derecho a la protección de la salud no responde estas preguntas sino que sólo nos obliga a enfrentarnos cara a cara con ellas"[23]. En este contexto, el autor configura la noción de *funcionamiento normal de la especie* para los efectos de determinar un mínimo sanitario. Si bien el rango normal de oportunidades en una sociedad dada es subjetivo, pues se relaciona con la formación del plan de vida razonable que una persona desea construir para sí misma y, por lo mismo, depende de las características de la sociedad de que se trate (de su desarrollo histórico, de su nivel material de bienestar y desarrollo tecnológico y de otras características culturales importantes), existe una cierta objetividad en el concepto de "funcionamiento normal de la especie" que nos proveería de un parámetro claro para identificar qué lo afecta en una persona dada.

Como el 'rango normal' está determinado en gran parte por las individuales capacidades y habilidades, Daniels aclara de inmediato –siguiendo a Rawls– que "la igualdad equitativa de oportunidades no requiere que todas las personas sean iguales. Requiere que las oportunidades sean iguales para quienes tienen habilidades y talentos similares". De modo que la teoría nos dice que "no debemos tratar de igualar las diferencias en este sentido, sino que basta con que se compense a los menos aventajados de otra forma"[24]. Así, la razón moral por la que el Estado debiera garantizar a todos un mínimo sanitario derivaría del hecho de que las desigualdades en el funcionamiento normal debido a enfermedades y discapacidades restringen las oportunidades individuales (relativas a cierta porción de rango normal de habilidades y talentos) que podrían estar al alcance de esa persona si estuviera sana.

Luego, puesto que el cuidado sanitario es un bien de especial importancia que contribuye a alcanzar la igualdad de oportunidades y capacidades, existe la obligación de proveer 'a todos' de servicios médicos apropiados sobre la base de sus necesidades y no de la habilidad de pago[25]. Esto refuerza la justificación ética para el *acceso universal a los servicios sanitarios*. En general, la mayoría de las personas están de acuerdo en que la salud es un bien que debiera distribuirse de acuerdo a las necesidades sanitarias de las personas y no conforme a su capacidad de pago, por lo que casi todos los países desarrollados (y en vías de desarrollo) poseen sistemas universales o públicos de cuidado sanitario. Siguiendo a Rawls, Daniels argumenta que la sociedad es responsable de garantizar a todas las personas bienes básicos –los bienes primarios– necesarios para que cada cual pueda perseguir su propia concepción del bien. Pero debemos hacer a los individuos responsables de escoger su bien de manera que les sea posible y razonable su satisfacción bajo condiciones justas, por lo que para los propósitos de la equidad no habría injusticia alguna en no proveer a las personas de bienes para la satisfacción de preferencias extravagantes.

[23] *Ibídem*, pp. 8-9.

[24] *Ibídem*, p. 33.

[25] Daniels y Sabin, *Setting Limits Fairly*, Oxford University Press. 2000, p. 17.

Finalmente, ¿qué niveles de protección sanitaria son necesarios para asegurar la igualdad de oportunidades? En el entender de Daniels, las instituciones sanitarias preventivas son el primer paso en defensa de la concepción de persona idealizada de Rawls, pues actúan para minimizar los riesgos de desviación de una situación normal. Ahora, no todas las desviaciones de la normalidad pueden prevenirse, por lo que será necesaria una segunda capa o nivel de protección, a través de las instituciones correctoras de desviaciones. Estas se encargan de rehabilitar y restaurar el funcionamiento normal. De la misma forma, no todos los tratamientos pueden curar las enfermedades, por lo que pasamos al tercer nivel de protección para los crónicamente enfermos o para la tercera edad. Por último, la cuarta capa o nivel de protección se relacionaría con la entrega de servicios sanitarios a aquellos que de ninguna forma pueden cumplir con la idealización de Rawls (tratamiento sanitario para los enfermos terminales o para quienes están seriamente enfermos, física o mentalmente). Estos cuatro niveles, concluye, buscan mantener el normal funcionamiento, pues "es mejor prevenir que curar y curar que tener que compensar por la pérdida de funciones. Todas estas instituciones son necesarias si se quiere mantener la igualdad de oportunidades"[26].

Es importante recalcar que el cuidado sanitario tiene una función limitada que se relaciona con eliminar las diferencias debidas exclusivamente a la enfermedad o discapacidad, lo que significa que, si bien se trata de una necesidad expansiva y cara debido a los avances tecnológicos, de lo que se trata es de, primero, cubrir necesidades sanitarias básicas y, segundo, comprender que el equilibrio entre bienes sociales mínimos es un problema de todos los derechos básicos y que, si bien la cuestión de cómo lograr su satisfacción en una sociedad puede ser discutida, ello no significa que no se esté ante un derecho que debe ser satisfecho.

3. El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980

3.1. El derecho a cuidado sanitario antes del AUGE:

La Constitución chilena regula el derecho a la protección de la salud en el artículo 19 Nº 9, estableciendo para el Estado la obligación de resguardar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, así como la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Se dispone también que 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. Finalmente, se reconoce el derecho a elegir el sistema de salud, estatal o privado, al que acogerse. Este último derecho es el único que podría garantizarse por

[26] *Ob. cit*. Daniels, 1985, p. 47.

la vía judicial, a través del Recurso de Protección, contemplado en el artículo 20 de la Constitución. Desde el punto de vista constitucional, entonces, puede sostenerse que se contempla a la atención sanitaria sólo como un derecho negativo que implica la mera libertad de adquirir asistencia en el mercado de la protección de la salud, puesto que el único inciso que está garantizado judicialmente es aquel que reconoce el derecho a "elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado"[27]. Ello implica que el constituyente ha priorizado, sobre la consideración de la necesidad de atención médica, a la capacidad de pago como único fundamento para acceder a los recursos sanitarios, lo que, según vimos, contraría las pretensiones de equidad fundamentadas por el liberalismo igualitario.

Así, antes de la Reforma del AUGE, las normas que reglamentaban y desarrollaban el derecho a la protección de la salud reconocido constitucionalmente, garantizaban la entrega de prestaciones mínimas en forma exclusiva para salvaguardar la vida. El caso paradigmático en este sentido lo constituye la Ley Nº 18.469 que "Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud" y su modificación por la Ley Nº 19.650, el año 1999, que estableció para todos los centros médicos del país la prohibición de exigir dinero, cheques u otros instrumentos financieros para avalar el pago o condicionar de cualquier otra forma una atención médica de urgencia[28]. Para los demás casos, la regla era la prestación del servicio de forma limitada, de modo que las omisiones o negativas del Estado a entregar atención médica no se estimaban, por los tribunales, arbitrarias o ilegales puesto que la ley habría condicionado fuertemente el otorgamiento de las prestaciones de salud. En efecto "la Ley Nº 18.469, que regula el derecho constitucional a la protección a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, señala en su artículo 11 que las prestaciones comprendidas en el régimen 'se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, *con los recursos físicos y humanos de que dispongan*'"[29]. Luego, se entiende que se trata de un derecho que no poseería contenido constitucional propio y definido, que carece de garantías y que tiene una restrictiva regulación legal.

Debido a lo anterior, se produjeron tres importantes consecuencias, dos estrictamente judiciales y una que podríamos denominar socio-política. En primer lugar, se presentaron numerosos recursos de protección destinados a exigir –por mor del principio de aplicación directa de los derechos fundamentales– la garantía del derecho a la protección de la salud contemplado en el inciso primero del artículo 19 Nº 9 que, como se explicó, reconoce a todas las personas, sin más, "el derecho a la protección de la

[27] Artículo 19 Nº 9 inciso final y artículo 20 de la Constitución Política de 1980.

[28] La modificación legal a la Ley Nº 18. 469 dispone que en los casos de urgencias médicas "se prohíbe a los prestadores exigir a los beneficiarios de esta ley, dinero, cheques u otros instrumentos financieros para garantizar el pago o condicionar de cualquier otra forma dicha atención".

[29] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago –confirmada por la Corte Suprema– de seis de noviembre del año 2000. En Zúñiga Fajuri, Alejandra (2002): "El interés público del derecho a la vida", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Nº 14. *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Felipe González (ed.), Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Destacado agregado.

salud". Como se sabe, el principio de aplicación directa de los derechos fundamentales implica, por una parte, que su eficacia y aplicación es independiente de la existencia o no de una ley que los regule. Por otra parte, que son derechos que deben ser reconocidos de oficio por parte de los servidores públicos, en especial, los jueces. En el Estado Constitucional, los derechos son atribuciones, facultades o potestades independientes de la legislación común, puesto que adquieren valor jurídico de la propia Constitución y los instrumentos internacionales. Por ello, son perfectamente aplicables de modo directo, aun sin la existencia de normas inferiores que los regulen y desarrollen. Así, se hace necesario distinguir entre "la ley como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley"[30].

La segunda consecuencia judicial que se pudo observar se generó al aumentar la interposición de demandas en busca del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, ya no de modo directo sino que por medio de considerar, por ejemplo, su estrecha relación con el derecho a la vida o el de igualdad ante la ley, que sí estarían garantizados por el recurso de protección[31]. El mandato constitucional obligaría a los tribunales a desarrollar una interpretación jurisprudencial que haga reconocible y exigible este derecho por medio de una definición amplia del mismo, dándole un contenido constitucional propio o, al menos, un reconocimiento indirecto[32].

Finalmente, la mencionada interpretación del derecho a la protección de la salud tuvo consecuencias de tipo sociopolíticas pues, sin duda, se transformó en uno de los factores que influyeron en forma determinante a la consolidación de los pobres y preocupantes resultados que Chile presentaba al año 2000 en la materia, según los datos de la Organización Mundial de la Salud. Ellos revelaban la existencia de serios problemas de discriminación y equidad asociados a los altos índices de desigualdad tanto en el acceso a los servicios básicos como en los deficientes resultados de los indicadores nacionales que se expresan, entre otros, en diferencias significativas en la esperanza de vida y en la discapacidad. En efecto, en los ranking de desarrollo humano –en lo que dice relación con la "equidad del sistema sanitario"– Chile aparecía con una de *las peores evaluaciones del mundo*. Dicha valoración toma en consideración tanto la carga financiera que representa

[30] Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 47.

[31] Del análisis de las sentencias que analizan el derecho a la protección de la salud y el derecho a la vida se puede observar una jurisprudencia, por cierto, desordenada y, muchas veces, incoherente, cuestión que no se justifica sólo –y a veces, de ningún modo– por el involucramiento de grandes recursos. Más bien los fallos parecen concentrarse en quienes son los sujetos obligados por la prohibición de violentar el derecho a la protección de la salud pues, cuando el ente involucrado es un particular o, incluso, el propio paciente, se estima en general que se está violando el derecho a la vida, derecho que se considera de carácter "absoluto". Si, en cambio, el ente recurrido por el recurso de protección es el Estado, entonces la jurisprudencia opta por considerar que sólo se está ante la violación del derecho a la protección de la salud el cual, como se señaló, no tiene mecanismos de garantía constitucional. Ob. cit. Zúñiga F., Alejandra (2002).

[32] Sobre las estrategias judiciales que se han desarrollado en la jurisprudencia comparada para hacer justiciables, por la vía de la demanda directa o indirecta, los derechos sociales, véase Abramovich y Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

la salud para las familias como también la desigualdad en la calidad y oportunidad de respuesta que ofrece el sistema[33].

3.2. El derecho a la protección de la salud después de la Reforma AUGE:

La Ley AUGE, Nº 19.966 (promulgada el 25 de agosto de 2004), estableció un Régimen de Garantías en Salud que pretendía asegurar que "*toda persona* residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, pueda contar con un mecanismo de protección social que le dé *acceso universal* a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones de enfermedad"[34]. Hasta ese momento Chile era uno de los países de América que menos gastaba en salud (sólo U$ 642 per cápita, es decir, un 5,8 del PIB), lo que, comparado con países como España, con un gasto per cápita de U$ 1.640, explica gran parte de las falencias que motivaron dicha reforma[35]. Pero ¿qué implicancias tiene el AUGE desde el punto de vista constitucional?

Es necesario comenzar aclarando que cuando se habla de cuidado sanitario se requiere especificar dos cosas: acceso para quién y acceso a qué. La primera pregunta suele tener una respuesta inmediata, pues se defiende –siguiendo la teoría de Rawls– el principio que declara que 'todo el que tenga una necesidad médica debe ser atendido', lo que supone no permitir que características moralmente irrelevantes, como el sexo, la raza, la edad o la capacidad de pago, determinen que sólo algunos tengan derecho a atención sanitaria. Así, según el llamado "argumento de la función" habría que concluir que, puesto que: a) la función de los servicios médicos es la atención de las necesidades médicas, b) el único argumento racional para distribuir un bien que tiene como función satisfacer unas ciertas necesidades, es en proporción a esas necesidades y c) por tanto, el único argumento racional para distribuir los servicios médicos es constatar la existencia de una necesidad médica o de un cierto "estatus sanitario"[36].

Ahora, como no todos los servicios sanitarios son igualmente importantes (una parte salva vidas mientras que otra sólo mejora la calidad de vida) parece legítimo preguntarse: ¿Debe garantizarse el acceso a todos los servicios ofrecidos por la medicina? ¿Basta con sólo garantizar un mínimo sanitario? ¿Qué necesidades debemos cubrir cuando no podemos cubrirlas todas? Una respuesta posible y justa (avalada por la OMS y por los mejores sistemas sanitarios del mundo) es la que entrega el actual Sistema Nacional

[33] En lo que respecta a la distribución de la carga financiera en salud, Chile estaba ubicado en el lugar 168 de entre 191 países considerados. *Informe sobre la Salud en el Mundo 2000: Mejorar el desempeño de los sistemas de salud.* OMS. Ginebra. 2000.

[34] Mensaje presidencial Nº 1-347 del Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud de 22 de mayo de 2002. Nº Boletín: 2947-11. Destacado agregado.

[35] Con todo, es de destacar que en el último tiempo, y a pesar de la Reforma AUGE, Chile ha vuelto a *disminuir* el gasto en salud de 6,2%, registrado en 2006, a sólo el 5,3% del PIB, según el último "Reporte de Estadísticas Sanitarias 2009" publicado por la Organización Mundial de la Salud (*Estadísticas Sanitarias Mundiales 2009.* Ginebra. OMS, 2009).

[36] Daniels, Norman. *Just Health Care*, Cambridge University Press, New York, 1985, pp. 11-12.

de Salud que, con la reforma del AUGE, garantiza la cobertura de un cierto número de patologías (definidas como prioridades sanitarias al ser los problemas de salud que causan mayor mortalidad y morbilidad en Chile) de modo *universal*, esto es, dispone un Régimen de Garantías en Salud que asegura a toda persona residente en el territorio nacional (independiente de su edad, sexo, educación, etnia o ingresos) mecanismos de protección social que le dan acceso a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones de enfermedad.

En lo fundamental, la Reforma a la salud iniciada con la ley AUGE pretendió exigir a los prestadores públicos (Fondo Nacional de Salud) y privados (Instituciones de Salud Previsional) planes de salud construidos sobre la base de ciertas prioridades sanitarias con las siguientes garantías explícitas: a) Garantía de acceso, conforme a la cual todos los individuos deberán recibir atención y ser parte de una red de salud en su lugar de residencia; b) Garantía de oportunidad, según la cual habrá un límite máximo de tiempo preestablecido para asegurar tanto la primera atención de las personas, como la atención posdiagnóstico; c) Garantía de calidad, que asegura que las prestaciones seguirán patrones de exigencia técnica preestablecidos y construidos a partir de pruebas de evidencia médica, y d) Garantía de cobertura financiera, en virtud de la cual el pago de las prestaciones no será un obstáculo para recibir los servicios asociados al sistema AUGE. Además, dispone financiamiento fiscal para la atención de salud de los carentes de ingresos o indigentes y establece la obligatoriedad de cotizar para salud de los trabajadores independientes.

Esto significa que hoy, con la Reforma AUGE, es posible reconocer en la norma constitucional que se refiere al derecho a la protección de la salud, un contenido específico y mínimo, proporcionado por la nueva ley, la cual contempla *garantías explícitas* para un conjunto priorizado de prestaciones de salud en términos de acceso, calidad, oportunidad y costo. Se establece un estándar mínimo para la atención de salud de las enfermedades prioritarias –con un tiempo máximo para recibir atención y un desembolso financiero acotado para los pacientes– que *constituye el núcleo del derecho constitucional a la salud reconocido por la Carta Fundamental.* Dicho de otro modo, en cumplimiento con la obligación que se genera como contrapartida al derecho establecido en el artículo 19 Nº 9 de la Constitución –que, como se sabe, no sólo implica deberes para los jueces, sino que también para el Poder Legislativo– hoy los prestadores del servicio en cuestión (operadores públicos y privados) deben ofrecer a todos sus beneficiarios un "plan de salud mínimo" construido sobre la base de ciertas prioridades sanitarias. Todas ellas con garantías explícitas cuya infracción puede denunciarse por la vía del reclamo ante la Superintendencia de Salud.

El núcleo básico del derecho a la protección de la salud, entonces, se garantiza hoy –como reza el enunciado del art. 19– "a todas las personas", lo que significa de entrada que se aseguran sin discriminación y en condiciones de igualdad. La reforma, como su propio nombre lo indicaba, garantizaría el "Acceso *Universal* a Garantías Explícitas" (AUGE), esto es, a ciertas prestaciones específicas que vendrían a definir el mínimo sanitario decente al que tendrían derecho quienes se encontraran frente a una de las necesidades sanitarias estimadas prioritarias. Luego, es posible señalar que, a consecuencia

de esta reforma legal, hoy existe un derecho a la protección de la salud constitucional y legalmente determinado.

Con todo, si bien la Reforma ha proporcionado, al fin, un contenido específico y claramente identificable al derecho en comento, no puedo obviar el hecho de que al momento de especificarse las condiciones y requisitos para ser beneficiario del sistema, por medio de los reglamentos y Guías Clínicas respectivas de cada una de las patologías AUGE, la igualdad y universalidad prometida por la Reforma se fue disolviendo. En efecto, si bien la estructura GES (Garantías explícitas en salud) apuntaba eficazmente a la reducción de barreras financieras insalvables para la mayor parte de la población, al momento de su implementación afloraron serios problemas derivados de la incorporación de técnicas de racionamiento sanitario de "costo-beneficio" propios de la economía de la salud, como por ejemplo, la exclusión de pacientes por su edad o su lugar de residencia que son claramente incompatibles con las obligaciones Constitucionales e internacionales del Estado de Chile[37].

Luego, aun cuando se trata de una Reforma que tiene importantes consecuencias para el derecho garantizado por la Constitución, se trata de una legislación que mantuvo vigente un sistema sanitario de tipo pluralista o mixto de consecuencias financieras claramente regresivas, pues las diferencias de atención entre quienes poseen y no poseen recursos todavía es muy importante. Las restricciones dispuestas por el sistema de prioridades sanitarias, sumado a los altos costos de la medicina privada, no permiten solucionar los problemas de equidad existentes. Para ello, era necesario ampliar la Reforma y aprobar el primer proyecto AUGE que se presentó en el Congreso y que pretendía establecer un Fondo Solidario de Salud que accediera a traspasar recursos del sistema privado al sistema público de salud, logrando un efecto similar al de los sistemas sanitarios públicos universales y gratuitos, como el sistema canadiense o el sistema inglés[38].

Conclusión

La propuesta igualitaria de John Rawls defiende la redistribución de los recursos y la consecuente mantención de un sistema de bienes básicos para todos los ciudadanos –entre los que se incluirían garantías mínimas de cuidado sanitario–, pues ello sería una de las principales obligaciones de un Estado justo. Como las diferencias entre las personas, en capacidades y talentos, son enormes y junto a las actuales instituciones sociales confabulan para mantener e incluso aumentar las enormes desigualdades de bienestar y libertad, la justicia exige que los 'talentos' –o más bien, lo que se obtiene de ellos– pasen a ser un acervo común de la sociedad. Al contrario de lo postulado por los libertaristas, Rawls considera que la redistribución social, mediante este mecanismo, es

[37] Véase Zúñiga F. Alejandra. "Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: Dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos". Revista *Acta Bioethica* de la OPS/OMS. En prensa.

[38] Zúñiga F. Alejandra. "Los Sistemas Sanitarios y el AUGE". Revista *Acta Bioethica* de la OPS/OMS. Vol. 13, no. 2, noviembre 2007.

crucial si no se quiere "afirmar la arbitrariedad de la naturaleza". Pues la arbitrariedad en la distribución de las dotaciones innatas no es más, en su opinión, que una perogrullada moral: "¿Quién la negaría? ¿Realmente piensa la gente que (moralmente) se merecen haber nacido más dotados que otros? ¿Acaso piensa la gente que se merece (moralmente) haber nacido hombre en vez de mujer o viceversa? ¿Piensan que se merecen haber nacido en una familia adinerada en vez de en una familia pobre? No"[39].

Las instituciones sociales básicas –las que se encargan de distribuir los beneficios y cargas derivados de la cooperación social– deberían funcionar asegurando un principio de igualdad equitativa de oportunidades que compense a los menos aventajados. Las desigualdades sociales sólo serán permitidas en cuanto redunden en su mayor beneficio al generar Estados más eficientes, más ricos y con más recursos para 'redistribuir'. En este artículo he intentado leer la teoría de Rawls como una que garantiza un cuidado sanitario básico. Ello se logró, fundamentalmente, de dos maneras. Primero, de forma indirecta, al considerar que un mínimo social básico –dentro del que es posible incluir un mínimo de protección sanitaria– es una 'esencia constitucional'. Entre esas esencias se incluirían los 'medios adecuados de uso universal' para que las personas puedan utilizar efectivamente sus libertades y oportunidades. De este modo, el primer principio de justicia iría precedido de un principio léxicamente anterior que exige que queden satisfechas las necesidades básicas, al menos en la medida en que su satisfacción es una condición necesaria para que los ciudadanos entiendan y sean capaces de ejercer fructíferamente los derechos y libertades básicos. En segundo lugar, la teoría de Rawls garantizaría el derecho al cuidado sanitario al estimar que una interpretación suficientemente flexible de su idea de 'bienes primarios' permite concluir que, ante discapacidades que impidan a los sujetos participar como miembros permanentes de la sociedad, los bienes primarios deberían incluir un nivel de cuidado sanitario capaz de recomponer su funcionamiento normal.

Sobre esta base, se analizó el modo en que nuestra Constitución y legislación común adhiere a los postulados del liberalismo igualitario apuntando a garantizar, de modo universal, un mínimo sanitario decente. Se concluyó que la norma constitucional que reconoce el derecho a la protección de la salud poseería hoy un nuevo contenido pues, cumpliendo con las obligaciones que se generan como contrapartida al derecho establecido en el artículo 19 Nº 9 de la Constitución, el Poder Legislativo, por medio de la Reforma AUGE, al fin ha especificado tanto el núcleo del derecho (el "mínimo sanitario decente" conformado por las enfermedades GES vigentes) como sus garantías asociadas.

Antes del AUGE la norma constitucional era vista como meramente programática al no disponer de un contenido claramente definido ni de mecanismo alguno de protección. Puesto que la ley que regulaba el derecho constitucional a la protección a la salud disponía que toda necesidad sanitaria se atendería "con los recursos físicos y humanos de que se dispongan", se dejaba sin contenido específico al derecho y, en consecuencia, sin mecanismos judiciales o extrajudiciales de garantía. Hoy, en cambio,

[39] *Ob. cit*. Rawls, 2002, p. 110.

es posible sostener que las GES –garantías explícitas de acceso, calidad, oportunidad y costo– para el conjunto priorizado de prestaciones sanitarias predefinidas, constituyen el núcleo del derecho constitucional a la salud reconocido por la Carta Fundamental, el cual podría hacerse exigible ante las autoridades pertinentes, en cumplimiento, no de la sola ley AUGE, sino que de la norma y mandato constitucional.

Bibliografía

Abramovich y Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

Buchanan y Hessler. "Specifying the Content of the Human Right to Health Care", *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care*. Eds. Rhodes, Battin y Silvers. Oxford University Press, Oxford, 2002.

Daniels y Sabin, *Setting Limits Fairly*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Daniels, Norman, *Just Health Care*, Cambridge University Press, New York, 1985.

Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy, an Introduction.* Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2002.

O'Neill, Onora. "Justice, Gender and International Boundaries", *The Quality of life.* Eds. Amartya Sen y Martha Nussbaum, Oxford University Press, Oxford, 1993.

Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre la Salud en el Mundo 2000: Mejorar el desempeño de los sistemas de salud.* OMS, Ginebra, 2000.

Organización Mundial de la Salud. *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2009.* OMS, Ginebra, 2009.

Rawls, John. *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1971.

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

Rawls, John. *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

Sen, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona, 1997.

Sen, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza, Madrid, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

Zúñiga, Alejandra. "El interés público del derecho a la vida", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Nº 14. *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Felipe González (ed.), Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 2002.

Zúñiga, Alejandra. "Justicia y racionamiento sanitario en el Plan AUGE: Dilemas bioéticos asociados a la distribución de recursos escasos". Revista *Acta Bioethica* de la OPS/OMS. En prensa

Zúñiga, Alejandra. "Los Sistemas Sanitarios y el AUGE". Revista *Acta Bioethica* de la OPS/OMS. Vol.13, no. 2, Noviembre 2007.