

Análisis de Coyuntura Regulatoria (ACR) N°3

Una tarea pendiente: los desafíos regulatorios en el derecho a la salud

Los ciclos regulatorios son cada vez mas cortos. El mayor acceso y flujo del conocimiento, los nuevos estándares y crecientes exigencias de los organismos internacionales, la progresiva expansión de la cultura de derechos y el rol activo de los jueces, vuelven obsoletas – más tempranamente – las regulaciones sectoriales y sistémicas.

En Salud, el actual ciclo regulatorio iniciado en 2003 llega a su fin. La última gran reforma sanitaria se desarrolló entre los años 2003 – 2005 durante el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos. Tres fueron sus ejes principales: la modificación a las normas que regulan a la autoridad sanitaria enfocada en una nueva forma de gestión del sector público de salud; la creación del sistema de garantías explícitas en salud (GES), política de priorización sanitaria y la exigibilidad directa – por primera vez – del derecho a la protección de la salud; y una nueva regulación al sistema ISAPRE con la creación de la Superintendencia de Salud que buscó mayor transparencia y control del mundo privado de salud.

Estas regulaciones cumplieron con los objetivos por los cuales se crearon, como ocurrió con el AUGE – GES; pero dejaron al descubierto las falencias del Sector, como lo han sido mostrando los problemas de gestión en el sector público o el funcionamiento del sub-sistema privado con base a la exclusión (preexistencias) y discriminaciones por sexo y edad. Problemas de ese tipo, como todo sistema, acusan la llegada de un cambio de ciclo en el que emergen nuevas necesidades y desafíos.

Para aproximarnos al nuevo escenario hay que partir de dos puntos basales. El primero, que el sector salud es un sistema complejo. Funciona con una multiplicidad y continuas interacciones entre los sub-sistemas público y privado. Éstos son sub-sistemas que poseen vasos comunicantes, de modo toda modificación relevante en uno afecta directamente al otro. El segundo, es reconocer los contrastes sociales, económicos y de valoración ética en la que con distintos prismas político – ideológicos se sostiene la discusión a la hora de establecer prioridades y enfoques. Las preguntas y respuestas para los problemas de salud se ubican a lo largo de todo el eje mercado – Estado.

A partir de esto, se observan problemas y desafíos transversales para todo el sector salud, algunos de los cuales son los que se comentan a continuación, pudiendo diferenciarlos entre desafíos generales y particulares.

Desafíos generales

El primer asunto problemático general es la judicialización privada. Esto es sorprendente, pues mientras a nivel comparado la judicialización ocurre en el sector público por el acceso a medicamentos, en Chile se sitúan en los planes de salud privado. Post reforma a la salud del 2005 hemos sido testigos de la creciente judicialización del marco regulatorio de las ISAPRE, primero con relación a la tabla de factores, luego con el alza anual del precio de los planes de salud y más recientemente por la asociada al reajuste de la prima GES, que en el 2016 sembró las bases de lo que podría ocurrir este año 2019 cuando se dicte el nuevo decreto de Garantías Explícitas en

Salud, escenario que faculta a las aseguradoras privadas a reajustar el precio que cobran a sus afiliados por el Sistema GES.

La encrucijada está en transitar, desde una regla de mercado pura para la fijación de precios de los planes, a fórmulas que den cuenta que la salud privada es parte de la seguridad social, expresándose en polinomios o bandas de precio que equilibren el derecho la salud, el de no discriminación y la sostenibilidad financiera.

Pero este problema no sólo es privado. Un estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el año judicial 2018 afirmó que el 55% de las demandas por falta de servicio corresponden al sector salud. Junto a ello, en los últimos años apareció progresivamente un nuevo escenario de litigio con efectos severos de gasto en el sistema vinculado al derecho a la vida y la salud del paciente. Nos referimos al acceso a medicamentos y tratamientos de alto costo no cubierto por los instrumentos de política pública que el país se ha dado – GES y ley Ricarte Soto -. Este escenario judicial ha puesto en entredicho el diseño de política pública que busca equilibrar el derecho a la salud y la responsabilidad financiera. Las cortes han operado como último test de las políticas de salud y en favor de la tutela del derecho, esbozando, por primera vez, un incierto escenario judicial para el sector público en materia de acceso.

Ligado a este último punto existe también un diagnóstico transversal respecto al problema regulatorio de los medicamentos, pero no hay consenso sobre las causas del problema de fondo ni cómo abordarlas, siendo éste el costo y su impacto directo en el gasto de bolsillo de las personas. No se ha podido desarrollar una Política Nacional de Fármacos, y las sucesivas leyes que se han aprobado, y que se siguen discutiendo en el Congreso, no parecen resolver el problema de raíz. Subsisten problemas de acceso, con alta concentración de la distribución, e insuficiencia de la Red Pública para satisfacer la demanda que enfrenta. De todas las medidas que se han planteado, hay por lo menos tres de enorme impacto regulatorio: el financiamiento por parte de los seguros de una cartera de productos farmacéuticos de uso ambulatorio (esquema GES actual en algunas patologías); la fijación de precios; y el licenciamiento obligatorio de algunos medicamentos que hayan sido declarados como de interés para la salud pública.

Otro asunto complejo es la obtención, tenencia, propiedad, uso, conservación y custodia de las bases de datos de salud. Un tema de fondo es el equilibrio entre la necesidad y posibilidad de utilizar la enorme cantidad de información de salud de las personas tanto para ver patrones de uso y consumo, proyectar demanda futura de servicios de salud, estado de salud, etc., con el deber de confidencialidad, la protección de datos y demás derechos de los pacientes. El Sistema de Salud tiene una larga tradición registral, por lo que cuenta con valiosas bases de datos, aunque muchas veces desagregadas y con distintos grados de detalle. Esto abre infinitas aplicaciones para las políticas públicas, pero también para el comercio y, en forma aparejada, riesgos de nuevas formas de discriminación laboral, social o cultural. El desafío principal es sin duda el de el mejoramiento en los niveles de protección de datos.

Desafíos particulares

Uno es la objeción de conciencia (OC). El TC en el año 2017 admitió el derecho a la OC individual e institucional a partir del proyecto de ley sobre aborto en 3 causales; siendo la OC institucional objeto de múltiples críticas desde el mundo de la salud y de organizaciones de mujeres. La OC es

un instituto tomado de los movimientos que rechazaban la conscripción obligatoria y que se ha extendido a otras libertades civiles. Desde los movimientos antivacunas hasta las aplicaciones de la ingeniería genética, pasando por las iniciativas destinadas a permitir la eutanasia, nos plantean la pregunta abierta acerca de la realización de este derecho en tales ámbitos, y la manera en que podría fraguar un equilibrio entre la conciencia individual, los objetivos de salud pública y los derechos fundamentales involucrados.

Un segundo tema concreto es la estandarización de los conocimientos médicos. Se cumplen 11 años de la instauración del EUNACOM para ejercer la profesión médica en el sector público, sistema que ya está desbordado por las altas tasas de reprobación y la necesidad del sector público de contratar médicos. Esto ha conllevado a obviar tal examen y proceder a la contratación con la sola aprobación de la autoridad sanitaria (SEREMI). La tolerancia con su reprobación quedan en lo público y particularmente en la atención primaria municipal; y su restricción de su efecto revalidatorio en el sector privado, ha instaurando dos tipos de medicinas, con calidades distintas, según el tipo de sector.

Finalmente, con la ley de urgencia se viene planteando una situación que debe ser abordada, en relación con el financiamiento público de la atención hospitalaria privada de beneficiarios del sistema público, posterior a la estabilización clínica del riesgo vital. Son evidentes las implicancias de gasto/endeudamiento para el Estado que el sostenimiento de esa situación trae; así como las de oportunidad en el acceso a salud en juego y, de algún modo, las relaciones de los subsistemas público y privado en Salud. La posición comunicada por FONASA en enero de 2019 en orden a acotar su responsabilidad por cobertura de atención sólo hasta el momento de la estabilización clínica del paciente tiene ese mismo efecto financiero y de gasto, tanto en el de los presupuestos propios de los establecimientos de salud públicos como en los traspasos de recursos públicos desde FONASA a los establecimientos privados por los diferenciales de costo por atención y tratamientos post estabilización clínica.

De esta forma, nos encontramos ante un escenario que requiere de decisiones de política pública de carácter sistémico y urgentes, que no sólo se restrinjan al sub-sistema privado que es la reforma anunciada desde hace años. Salud es un sector regulado que alcanza la seguridad social, la inversión pública y privada, el avance tecnológico, el desarrollo de mercado, de fiscalización, o de todas ellas juntas y al mismo tiempo; lo que da una idea de irradiaciones de las cuestiones sanitarias, caracterizadas por una amplísima variedad de especificidades. Salud es la gran reforma pendiente.

Nota: Documento elaborado a partir del examen jurídico y de escenarios legislativos, políticos y sociales que inciden en los principales asuntos regulatorios. Se apoya en consultas a expertos en los temas mencionados, pero lo dicho es responsabilidad de los socios de AJP Abogados.

Eduardo Álvarez Reyes
Tomás Jordán Díaz
Sebastián Pavlovic Jeldres

Abril 2019