



ACADEMIA CHILENA
DE CIENCIAS SOCIALES
POLÍTICAS Y MORALES

Capítulo La Araucanía de Miembros Asociados

Quinta Sesión Pública

**I. Discurso de Presentación y Bienvenida:
Jorge Pinto Rodríguez**

**II. Discurso de Incorporación Plena:
Raúl Allard Soto**

Sala Multipropósito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales

Universidad de La Frontera

Temuco, jueves 16 de mayo 2024

DISCURSO DE PRESENTACIÓN Y BIENVENIDA DEL DR. RAUL ALLARD SOTO

Jorge Pinto Rodríguez

ES UN HONOR PARA MI PRESENTAR ESTA MAÑANA AL DR, RAUL ALLARD SOTO CON OCASIÓN DE DICTAR SU DISCURSO DE INCORPORACIÓN A LA ACADEMIA DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES EN EL CAPÍTULO CORRESPONDIENTE A LA ARAUCANÍA.

ES DIFÍCIL RESUMIR EN UN PAR DE CARILLAS LA NOTABLE TRAYECTORIA DE UN ABOGADO QUE SE HA DESEMPEÑANO EN VARIADOS PLANOS, PROPIOS DE UN INTELLECTUAL QUE DESBORDÓ LOS LÍMITES DE LA ACADEMIA Y QUE DAN CUENTA DE SU COMPROMISO CON EL PAÍS, LA REGIÓN Y CON LOS IDEALES QUE LO HAN ACOMPAÑADO DESDE QUE LLEGARA A TEMUCO.

EL DR. RAUL ALLARD CURSÓ BUENA PARTE DE SUS PRIMEROS ESTUDIOS EN MARYLAND, ESTADOS UNIDOS, DONDE VIVIÓ 9 AÑOS, ENTRE 1974 Y 1983. DE REGRESO A CHILE COMPLETÓ SU EDUCACIÓN SECUNDARIA E INGRESO A LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, INSTITUCIÓN EN LA CUAL OBTUVO, EN 1997, EL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Y ESE MISMO AÑO EL TITULO DE ABOGADO EN LA CORTE SUPREMA DE NUESTRO PAIS.

DOS AÑOS MÁS TARDE, EN 1999, CURSÓ UN DIPLOMADO EN GESTION EN SALUD AMBIENTAL EN LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE; PARA, OBTENER, POSTERIORMENTE, EL AÑO 2002, SU MAESTRÍA EN SALUD INTERNACIONAL EN LA ESCUELA DE SANIDAD DEL INSTITUTO CARLOS III DE MADRID. ESE MISMO AÑO ACCEDIO AL TITULO PROPIO DE PRIMER GRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, EN LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ, ESPAÑA. FINALMENTE, EN 2012, OBTUVO EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO EN LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

EN LOS AÑOS PREVIOS A LA OBTENCIÓN DE SU DOCTORADO, EL DR. ALLARD REALIZÓ UNA INTENSA LABOR EN UNIVERSIDADES DEL CENTRO DEL PAÍS, JUNTO CON ASUMIR RESPONSABILIDADES MUY IMPORTANTES EN EL SERVICIO PÚBLICO DE CHILE.

EN TAL SENTIDO, PODRÍAMOS MENCIONAR SU CARGO DE PROCURADOR DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES, ENTRE 1993 Y 1994, LA ASESORÍA JURÍDICA QUE PRESTÓ EN EL INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA DE CHILE, ENTRE 1999 Y 2005; Y LA

JEFATURA DEL DEPARTAMENTO JURÍDICO DEL CONSEJO NACIONAL DE LAS CULTURAS Y LAS ARTES, ENTRE 2005 Y 2009.

CON SU SÓLIDA FORMACIÓN DE ABOGADO VINCULADO A TEMAS DE LA CULTURA, LAS ARTES, LA SALUD Y LOS DERECHOS HUMANOS, EL DR. ALLARD SE INCORPORÓ A LA UNIVERSIDAD DE LA FRONTERA EL AÑO 2013, INSTITUCIÓN EN LA CUAL HA DESPLEGADO UNA INTENSA LABORAL TANTO EN LA ESCUELA DE DERECHO COMO EN LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA MISMA UNIVERSIDAD.

PRECISAMENTE, AL AÑO SIGUIENTE DE SU LLEGADA, EN 2014, ASUMIÓ LA DIRECCIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y EL AÑO 2016 LA DIRECCIÓN DE CALIDAD ACADÉMICA DE LA MISMA FACULTAD, DE LA CUAL LLEGÓ A SER SU VICEDECANO DURANTE EL DECANATO DE LA DRA. VALESKA GELDRES.

FINALMENTE, EL AÑO 2022, LE CORRESPONDIÓ EJERCER COMO EL PRIMER DELEGADO PRESIDENCIAL DE LA ARAUCANÍA AL ASUMIR LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA EL PRESIDENTE GABRIEL BORIC.

SUS NEXOS POLÍTICOS, QUE EJERCE CON GRAN RESPONSABILIDAD Y PRESCIDENCIA DE CUALQUIER TIPO DE INGERENCIA EN SU LABOR ACADÉMICA, LE PERMITIÓ OBTENER UNA ALTA VOTACIÓN EN LA ELECCIÓN EN LA ELECCIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL QUE REDACTÓ LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2023, A PESAR DE LO CUAL TUVO QUE CEDER EL CARGO A UNA DE LAS POSTULANTES DE SU LISTA PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS NORMAS DE IGUALDAD DE GENERO.

EN PLENA MADUREZ INTELECTUAL, CON UNA TRAYECTORIA QUE HE TRATADO DE RESUMIR ESTA MAÑANA, EL DR. RAÚL ALLARD SE INCORPORA AHORA A LA ACADEMIA DE CIENCIAS SOCIALES, POLÍTICAS Y MORALES DE CHILE EN CONDICIÓN DE CAPITULAR CON TODOS LOS DERECHOS PROPIOS DE SUS MIEMBROS.

AUNQUE NO ME CORRESPONDE DECIRLO, CREO INTERPRETAR A TODOS QUIENES NOS HEMOS UNIDO A ESTA INSTITUCIÓN: DR. RAUL ALLAR SOTO, ES HOY DÍA UN ORGULLO PARA NOSOTROS SER PARTE DEL GRUPO QUE LO ACOGE POR LOS MÉRITOS INCUESTIONABLES QUE HA DEMOSTRADO DURANTE TODA SU VIDA PÚBLICA Y ACADÉMICA.

MUCHAS GRACIAS

DISCURSO DE INCORPORACIÓN PLENA

UN SEGURO SOCIAL EN PENSIONES Y EN SALUD PARA CHILE: OBSTÁCULOS Y DESAFÍOS

RAÚL ALLARD SOTO¹

Quiero partir agradeciendo a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales y a la Directiva de su Capítulo Regional La Araucanía a través de don Heinrich von Baer, poder integrar esta importante instancia regional y nacional. También agradecer las gentiles palabras de presentación formuladas por don Jorge Pinto.

El propósito de la seguridad social consiste en asegurar el acceso de la población en su conjunto a la asistencia médica y a los recursos necesarios para contingencias de diversa índole, para enfrentar adecuadamente la vejez, el desempleo, la enfermedad, la invalidez, los accidentes del trabajo, la maternidad o la pérdida del sostén de la familia.

Esta conferencia inaugural se concentrará específicamente en dos ámbitos muy sensibles que agobian a nuestra población en Chile y les afecta su vida diaria: la atención de salud profundamente desequilibrada que aqueja la totalidad del sistema sanitario (FONASA seguro público/ISAPRES seguro privado)² y las bajas pensiones de vejez de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)³ o, en su defecto, el piso mínimo que debe garantizar el Estado a través de la pensión garantizada universal (PGU).

En pleno siglo XXI, Chile carece de un seguro social en ambos regímenes previsionales. Sin embargo, esto no siempre fue así. La Constitución Chilena de 1925 (en adelante “C’25”) previo al Golpe de Estado de 1973, contemplaba avances sustantivos en protección social que la colocaban en un lugar privilegiado de América Latina.

Al abordar la protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, la “C’25” contemplaba el deber del Estado de velar por el fortalecimiento de la salud pública y de mantener un servicio nacional de salubridad en condiciones económicas adecuadas⁴. El quiebre del régimen constitucional a partir del 11 de septiembre de 1973 interrumpió el fortalecimiento de la salud pública que venía siendo impulsada de manera decidida en el país desde 1952 con la creación del

¹ ALLARD SOTO, Raúl. Profesor Asociado de la Universidad de La Frontera (2013-actualidad), Temuco, Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (1997). Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (2012) y Máster en Salud Internacional del Instituto de Salud Carlos III de Madrid (2002). Abogado del Instituto de Salud Pública de Chile (1998-2005), Jefe del Departamento Jurídico del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (2005-2009), Ex – Delegado Presidencial de la Región de La Araucanía (2022).

² ALLARD, Raúl; HENNIG, Monia; GALDAMEZ, Liliana (2016). El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario. *Estudios Constitucionales*. Vol. 14, n. 1, pp. 95-138.

³ ZAPATTA, Franyo (1997): *Mitos y Realidades del Sistema Privado de Fondos de Pensiones en Chile (AFP)* (Santiago, LOM Ediciones).

⁴ CHILE, *Constitución Política de la República de 1925*, Artículo 10 N°14 inciso final: “Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad”.

Servicio Nacional de Salud (SNS).

Asimismo, el Congreso Nacional, a través de la reforma constitucional conocida como el “estatuto de garantías constitucionales”, introdujo a inicios de 1971 por primera vez en nuestra historia constitucional, el derecho a la seguridad social. Ella contemplaba la obligación del Estado de adoptar todas las medidas tendientes a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional⁵.

De tal manera, si bien aún no había entrado en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶, Chile incorporó sus directrices a nivel constitucional y lo ratificó ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el 10 de febrero de 1972.

Ausencia de un seguro social en pensiones y en salud.

Chile carece de un seguro social que proteja a nuestras personas mayores cuando se pensionan de una AFP o reciben el piso mínimo garantizado por el Estado⁷. El 72% de las personas que jubilan reciben menos que el sueldo mínimo, uno (1) de cada cuatro (4) jubilados tiene una pensión contributiva financiada con sus ahorros. Además, nuestro país registra la tasa de natalidad más baja de América Latina (1,5 hijos) y se proyecta que para el año 2026, las personas mayores de sesenta (60) años superen el 20% de la población.

Esta realidad evidencia que el sistema de pensiones impuesto por la fuerza en 1980, en plena dictadura cívico-militar, basado en la capitalización individual –lo que cada trabajador/a logra reunir en su cuenta individual durante su vida laboral activa, mediando una cotización mensual obligatoria a una AFP privada con fines de lucro que cobra por su administración e inversión– no configura un seguro social.⁸

Un régimen previsional para la vejez requiere de un aporte tripartito del trabajador/a, del Estado y del empleador. No se funda en el solo aporte del trabajador/a ni en un piso mínimo garantizado por el Estado. Para ello, deben resolverse los evidentes problemas de cobertura y monto de las pensiones que engendra el sistema de capitalización individual, que se han intentado mitigar en democracia primero con el pilar solidario (PS), el 2008, y ahora último, a través de la pensión garantizada universal (PGU).

⁵ CHILE, Ley N° 17.398 (09/01/1971): *Modifica la Constitución Política de la República de Chile de 1925*: “Artículo 10 N° 16. “El derecho a la seguridad social. El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional (...)”.

⁶ El PIDESC fue aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión mediante la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976, transcurridos tres meses a partir de la fecha en que fue depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de la ONU.

⁷ ALLARD, Raúl. *El Desconcierto*, “Chile merece un seguro social en pensiones y en salud”, 17 de abril de 2024. Disponible en: <https://eldesconcierto.cl/2024/04/17/chile-merece-un-seguro-social-en-pensiones-y-en-salud>.

⁸ ALLARD, Raúl. *El Desconcierto*, “Reforma de pensiones: Más vale tarde que nunca”, 04 de marzo de 2024. Disponible en: <https://eldesconcierto.cl/2024/03/04/reforma-de-pensiones-mas-vale-tarde-que-nunca>.

Por su parte, en el caso de los seguros de salud, estos no integran un sistema de seguridad social regido por los principios de universalidad, libre movilidad, no selección por ingreso, exclusiones por preexistencias o carencias y cobertura vitalicia⁹.

Mientras el seguro público, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) se encuentra crónicamente sub-financiado para atender más de 16 millones de personas (53 % son mujeres), los seguros privados (ISAPRES) seleccionan y suscriben contratos de salud con un segmento minoritario de la población (2 millones 700 mil personas), de mayores ingresos socioeconómicos y menores riesgos sanitarios, comprometiendo la viabilidad del sistema sanitario en su conjunto.

De esta manera se estructura un sistema “dual” de salud que favorece a conglomerados y holdings empresariales privados, en desmedro de la viabilidad financiera y competitiva del sector público, generando que el Estado cubre a los pobres mientras que quienes tienen condiciones financieras en la práctica son direccionados para seguros privados¹⁰. El Estado subsidiario se arraiga fuertemente en el individualismo, tanto a la hora de reconocer el derecho a la salud como al momento de garantizarlo, en que el Estado asume lo sobrante, aquello que no resulta atractivo o rentable para el sector privado¹¹.

A diferencia del sistema privado que discrimina por condición de salud y por la aplicación de tablas de factores de edad y sexo que procede a reajustar de manera unilateral, la incorporación al sistema público es automático y de carácter solidario. Las prestaciones no están relacionadas con los aportes individuales de los afiliados y se otorgan sin discriminación, permitiendo la incorporación de cualquier persona, perciba o no ingresos, esté sana o enferma, sea mujer u hombre, joven o anciano/a¹².

Los beneficiarios del sistema público se clasifican en los grupos A, B, C y D, según su nivel de ingreso y acceden a un Plan Único de Salud independiente del aporte y condiciones de salud de los cotizantes, teniendo derecho a recibir las prestaciones médicas del régimen general de garantías en salud. Solo en los últimos dos años (2022-2023), más de quinientos noventa y cinco mil usuarios han emigrado desde las ISAPRES a FONASA.

¿Cómo se establecieron ambos regímenes previsionales?

Por la fuerza, con el congreso nacional clausurado y los partidos políticos abolidos. Ambos regímenes previsionales –salud y pensiones– comparten el mismo origen autoritario: el decreto ley 3.500, de 1980¹³. Este texto se impuso por la Junta Militar mientras Sergio de Castro dirigía el Ministerio de Hacienda y José Piñera el Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

⁹ ZÚÑIGA, Alejandra. Propuesta para la reforma definitiva del sistema privado de salud chileno. *Rev Med Chile* 2014; 142: 501-5.

¹⁰ GOMEZ-TEMPORAO y FARIA (2014), p. 742.

¹¹ ALLARD, Raúl; HENNIG, Monia; GALDAMEZ, Liliana (2016). El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario. *Estudios Constitucionales*. Vol. 14, n. 1, pp. 95-138.

¹² NANCUANTE, Ulises; ROMERO, Andrés; y SOTOMAYOR, Roberto (2012): *Régimen Jurídico de la Salud* (Santiago, Legal Publishing Chile), pp. 251-299.

¹³ CHILE, Decreto Ley 3.500 (13/11/1980): *Establece Nuevo Sistema de Pensiones*.

Junto con la cotización obligatoria en una AFP privada^{14, 15}, dispuso por primera vez en Chile que la cotización obligatoria de salud pudiera ser entregada a una entidad o institución aseguradora que no perteneciera al sistema público¹⁶. De esta manera queda preparada la ruta para que aseguradoras privadas con fines de lucro denominadas Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) administren las cotizaciones de salud de sus afiliados. Poco después, las ISAPRES son creadas en forma complementaria¹⁷ a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 (en adelante “C’80”), en marzo de 1981, texto que constitucionaliza la ‘libertad de elección en salud’¹⁸.

Del mismo modo, la “C’80” constituyó el marco jurídico propicio para un Estado mínimo garante de la iniciativa privada de sociedades anónimas encargadas de administrar los fondos de pensiones, impuesto solo unos meses antes por el decreto ley 3.500. Al abordar el derecho a la seguridad social¹⁹, las AFP’s quedan amparadas constitucionalmente y el Estado pasa a ser garante de prestaciones otorgadas exclusivamente por entidades privadas con fines de lucro.

El quiebre constitucional que provoca el golpe de Estado se desarrolla con las más graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos en Chile^{20, 21}, un franco retroceso en derechos políticos, económicos y sociales en relación a las Constituciones anteriores²² y un total desconocimiento del derecho internacional.

La “C’80” no reconoce los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile sino hasta 1989, cuando la dictadura cívico-militar y la naciente oposición política convienen una modificación constitucional²³ para mitigar algunas de sus más evidentes deficiencias democráticas. Entre ellas, el agregado al inciso segundo del artículo 5°: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, *así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”.

De tal manera, el atropello sistemático a los derechos humanos implicó la transgresión de los principios más elementales del derecho internacional. Ningún Estado puede invocar en sus relaciones internacionales las disposiciones de su derecho interno, ni aun las de su derecho

¹⁴ ORENSTEIN, Mitchell (2008). *Privatizing Pensions. The Transnational Campaign for Social Security Reform* (Princeton and Oxford, Princeton University Press), p. 32.

¹⁵ SOLIMANO, Andrés (2017). *Pensiones a la chilena* (Santiago de Chile, Catalonia), p.49.

¹⁶ CHILE, Decreto Ley 3.626 (21/02/1981): *Introduce Modificaciones a los Decretos Leyes N°s 3500, de 1980; y 824, de 1974*. Establece en su numeral 46°, que se agreguen al artículo 84 del Decreto Ley 3.500 los siguientes incisos: “No obstante lo establecido en el inciso anterior, los trabajadores podrán aportar dicha cotización a alguna institución o entidad que otorgue al trabajador las prestaciones y beneficios de salud. Las instituciones o entidades referidas en el inciso anterior, deberán registrarse en el Fondo Nacional de Salud. (...)”.

¹⁷ CHILE, Ministerio de Salud, Decreto con Fuerza de Ley N°3 (19/05/1981), Fija normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, por Instituciones de Salud Previsional.

¹⁸ CHILE, *Constitución Política de la República 1980*, Artículo 19 N°9 inciso final: “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

¹⁹ CHILE, *Constitución Política de la República 1980*, Artículo 19 N°18 inciso tercero: “La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”.

²⁰ GALDAMEZ, Liliana (2011): *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia).

²¹ GUERRERO, Manuel (2023): *Sociología de la Masacre* (Santiago, Paidós).

²² CUMPLIDO, Francisco (2003): “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, *Revista Ius et Praxis*, N°1, p. 367.

²³ CHILE, Ley N°18.825 (17/08/1989): *Modifica la Constitución Política de la República de Chile*.

constitucional para dejar de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional²⁴, incorporado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁵.

En el caso del PIDESC, éste fue ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972, asumiendo nuestro país la responsabilidad internacional de dar cumplimiento a sus disposiciones en el ámbito interno desde que entró en vigor el 3 de enero de 1976. Sin embargo, la dictadura cívico-militar postergó su promulgación y publicación hasta 1989²⁶ afectando severamente la protección de los derechos humanos ante los tribunales nacionales durante todo ese período. En este contexto fueron impuestos ambos regímenes previsionales.

La vuelta a la democracia y un dispositivo jurídico privilegiado.

El modelo constitucional de Estado subsidiario le brinda a las ISAPRES y las AFP's un dispositivo jurídico privilegiado para enfrentar la vuelta a la democracia, al consagrar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos individuales²⁷ y no como derechos colectivos, muy diferente a su tratamiento en la "C'25".

Las reformas autoritarias en salud y en pensiones, en lo sustancial, continúan intactas hasta el día de hoy. ¿Por qué se ha tornado tan compleja la incorporación de modificaciones sustantivas al sistema de salud y de pensiones en democracia? Para empezar, ambas contaron con "amarres" legales de última hora de parte de la dictadura cívico-militar.

Dos días antes del cambio de mando y reapertura del Congreso Nacional, la Junta de Gobierno reforzó el sistema dual de salud con la regulación definitiva del sistema privado conocida como la "Ley de ISAPRES"²⁸, mientras que en pensiones²⁹, al imponer las leyes orgánicas constitucionales de las Fuerzas Armadas³⁰ y de Carabineros de Chile³¹, excluyó a sus instituciones del sistema de capitalización individual que el resto de la población debe padecer. En su lugar, mantienen su propio sistema previsional fundado en los principios de solidaridad y de protección social tan vavuleados con motivo de la implementación del decreto ley 3.500.

Un día antes de entregar el poder³² la Junta de Gobierno creó la acción de amparo económico destinada a cautelar exclusivamente el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica del artículo 19 N°21 de la C'80, que cubre tanto la 'libertad de emprendimiento' del inciso primero como el 'principio de subsidiariedad' del inciso segundo, en el marco del orden público económico. Con ello, el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica asume un rol preponderante, si se tiene en cuenta que a su respecto también procede el recurso de

²⁴ VARGAS, Edmundo (2022). *Derecho Internacional Público*. Editorial El Jurista, 2ª edición actualizada, P. 190

²⁵ Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (27/01/1980), Artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)".

²⁶ En el caso del PIDESC se promulga por el Decreto 326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989.

²⁷ ALLARD, HENNIG y GALDAMEZ (2016).

²⁸ CHILE, Ley N°18.933 (09/03/1990): *Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta Normas para el Otorgamiento de Prestaciones por Isapre y Deroga Decreto con Fuerza de Ley N°3, de Salud, de 1981*.

²⁹ ZAPATTA (1997), pp. 26-27 y 129-154.

³⁰ CHILE, Ley N°18.948 (27/02/1990): *Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas*.

³¹ CHILE, Ley N°18.961 (07/03/1990): *Ley Orgánica Constitucional de Carabineros*.

³² CHILE, Ley N°18.971 (10/03/1990): *Que Establece el Recurso Especial que Indica*.

protección, constituyendo una herramienta jurídica adicional a disposición de las ISAPRES y las AFP's.

En el caso de las ISAPRES, este dispositivo jurídico privilegiado parte con la consagración constitucional de la '*libertad de elección en salud*'³³ y su protección reforzada en el artículo 20 ante cualquier acción u omisión arbitraria o ilegal que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de su derecho. Esta es la única norma en toda la "C'80" en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales garantizada constitucionalmente ante los tribunales superiores de justicia.

Han existido avances en incorporar elementos de universalidad como el Plan AUGE³⁴ –Acceso Universal con Garantías Explícitas–, del 2004, que creó un Régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES) de prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud, que tanto FONASA como las ISAPRES deben asegurar a sus beneficiarios y que hoy ascienden a ochenta y siete patologías. Asimismo, el "copago cero" aprobado en este Gobierno en la modalidad institucional de FONASA, extendió este beneficio a los grupos C y D equiparando a los cuatro grupos (A, B, C y D). De esta manera se fortalece la universalidad al interior del subsistema público de salud, no así del sistema sanitario en su conjunto.

La falta de solidaridad inherente al sistema dual de salud intentó ser paliada a través de un fondo de compensación solidario contemplado como pieza fundamental del Plan AUGE, en el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos, que incluía a FONASA y a las ISAPRES. Con ello, se pretendía compensar a aquella aseguradora –FONASA– que tuviera mayor riesgo de que sus beneficiarios padecieran alguna patología contenida en las Garantías Explícitas en Salud (GES). Sin embargo, ante el rechazo de la oposición de la época, el fondo solidario fue eliminado del proyecto de ley durante su tramitación legislativa por temor a que se cayera el plan AUGE³⁵.

En el caso de las AFP's el dispositivo jurídico lo encabeza la obligación del Estado de '*garantizar el acceso de prestaciones básicas uniformes a través de instituciones públicas o privadas*'³⁶. Su relevancia se acrecienta al quedar marginado previamente el Estado de la participación directa de las AFP's en el decreto ley 3.500. Para dar respuesta a los problemas de cobertura y monto de las pensiones, el primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet introdujo una de las reformas más importantes de política social desde la vuelta a la democracia que consiste en un pilar solidario de transferencias de ingresos que complementa los pagos realizados por el sistema de pensiones³⁷.

Con todo, como constata Humberto Nogueira Alcalá "es evidente que el sistema de pensiones del Decreto Ley N°3.500 de 1980 no constituye un seguro social como establece el artículo 9 del PIDESC³⁸, el cual se encuentra incumplido por el ordenamiento jurídico chileno, con la consiguiente vulneración del tratado como norma de aplicación preferente ante el D.L. 3.500 de 1980 y las posibles responsabilidades internacionales (...)"³⁹.

³³ CHILE, Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N°9 inciso 5°.

³⁴ CHILE, Ley N°19.966 (03/09/2004): *Que Establece un Régimen de Garantías en Salud*.

³⁵ ALLARD, HENNIG y GALDAMEZ (2016), p.112.

³⁶ CHILE, Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N°18 inciso 3°.

³⁷ LARRAÑAGA y CONTRERAS (2015), p.160.

³⁸ PIDESC Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 9: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

³⁹ NOGUEIRA (2009), p. 466.

Además de todo lo anterior, el amplio control preventivo del Tribunal Constitucional⁴⁰ tanto de carácter obligatorio como de carácter facultativo facilita la mantención del statu quo, de presentarse proyectos de ley que pretendan introducir cambios sustantivos al sistema de salud y al sistema de pensiones.

En definitiva, las reformas propuestas en el Congreso Nacional resultan permanentemente bloqueadas, dañando la legitimidad del sistema político. Ni siquiera se ha otorgado solución legislativa a la sentencia del Tribunal Constitucional del 9 de agosto de 2010, que declaró inconstitucional el artículo 38 Ter de la Ley de ISAPRES, por vulnerar conjuntamente el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social. Por el contrario, ¿qué ha ocurrido desde entonces? Lo mismo de siempre. La persistente y reiterada práctica de las ISAPRES de reajustar unilateralmente los precios de los contratos de salud, debido a factores de edad y sexo de los usuarios.

¿Es posible avanzar en soluciones?

Ambos regímenes previsionales plantean serios motivos de preocupación e incumplen el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Hoy, con los frenos y contrapesos propios de un sistema democrático y la aplicación del derecho internacional, no habría sido posible su establecimiento.

En el caso de las pensiones, se encuentra configurado en calidad de seguro individual para la vejez. En el caso de los seguros de salud no integran un sistema de seguridad social regido por los principios de universalidad, libre movilidad, no selección por ingreso, exclusiones por preexistencias o carencias y cobertura vitalicia. Constituye un deber democrático mínimo avanzar en soluciones en aras del bien común en los dos regímenes previsionales.

El proyecto gubernamental de reforma de pensiones mantiene la capitalización individual y al mismo tiempo *crea un seguro social* para mejorar las pensiones de las personas mayores. Para ello contempla un 6% de cotización adicional de cargo del empleador, y que la mitad de esa cotización adicional (3%) permita a quienes conformamos la fuerza laboral activa participar en la generación de los recursos que permita cumplir dicha finalidad (solidaridad intergeneracional). Si por el contrario toda la cotización adicional del empleador se destina íntegramente a la cuenta individual de cada trabajador(a), las personas mayores pensionadas no verán mejorada el monto de su pensión. Del mismo modo, propone aumentar el monto de la PGU a \$250.000, condicional a la verificación de un nivel mínimo de recaudación tributaria y con gradualidad.

En salud, en Estados Unidos de Norteamérica fue posible regular el sistema privado el año 2010, a través de la reforma sanitaria “The Patient Protection and Affordable Care Act”, más conocida como “ObamaCare”⁴¹, en cambio en nuestro país sigue siendo obstruida. En su forma reestructurada, nadie puede ser rechazado por un seguro de salud, dejando de ser un producto diseñado para preservar la rentabilidad a través de un proceso de selección adversa sin frenos, a una industria regulada, cuya fuerza y estabilidad a largo plazo se consideran esenciales para el interés público.

⁴⁰ CHILE, Constitución Política de la República, Capítulo VIII “Tribunal Constitucional”, artículos 92-94.

⁴¹ ALLARD, Raúl (2019). Repercusiones de “ObamaCare” para la reforma sanitaria en Chile. *Rev Med Chile*, 147: 103-106.

En Chile implicaría la transformación del sistema actual de seguros de salud en un sistema de seguridad social regido por los principios de universalidad, libre movilidad, no selección por ingreso, exclusiones por preexistencias o carencias y cobertura vitalicia. En definitiva, la distribución de los recursos a lo largo de la vida de las personas constituye el propósito de un seguro social en salud y su redistribución desde las familias que no han incurrido en los riesgos asegurados hacia aquellas que sí han incurrido en ellos, en aras del interés general y colectivo de la población.

Muchas gracias por la atención y agradecer a todas(os) por su presencia el día de hoy.