

## II. EXTRANJERA

# LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA SANITARIO CANADIENSE Y EL DEBATE SOBRE LOS DERECHOS DE ACCESO EN QUEBEC

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ  
Doctora en Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN.—II. ALGUNAS NOTAS SOBRE *MEDICARE* EN CANADÁ.—III. EL FUNCIONAMIENTO TRADICIONAL DE LA *ASSURANCE-MALADIE* EN QUEBEC.—IV. EL CASO *CHAULLI* Y EL NACIMIENTO DE UN DERECHO A LA SANIDAD PRIVADA SÓLO LIMITADO POR LA CAPACIDAD FINANCIERA.—V. LA REACCIÓN PROVINCIAL A LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO *CHAULLI*.—VI. LAS REACCIONES EN EL RESTO DE CANADÁ.—VII. EL EPÍLOGO DEL CASO *CHAULLI*: HECHOS Y PERSPECTIVAS.—VIII. A MODO DE REFLEXIONES FINALES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

### RESUMEN

El trabajo analiza, a partir de una presentación general del sistema sanitario público canadiense, los efectos que sobre el mismo está suponiendo en la actualidad el pronunciamiento de 2005 de la Corte Suprema en el caso *Chaoulli c. Québec*, reconocida como la sentencia más importante en materia de derechos sanitarios en Canadá en la última década. En la medida en que este pronunciamiento ilustra el avance del sector privado en el ámbito de la salud, evidenciando que la prestación privada de los servicios sanitarios está llamada a incidir en la calidad de los mismos y en los derechos de los pacientes y usuarios, se propone como sustrato para el estudio comparado.

*Palabras clave:* sanidad; privatización; calidad del servicio público sanitario; derechos de los usuarios; copago.

### ABSTRACT

This paper analyzes, beginning with a general presentation of Canadian public healthcare system, the echoes of 2005 Supreme Court statement in *Chaoulli v. Québec*, considered to be the most important judgment regarding sanitary rights in Canada in recent times. This case illustrates the advance of private sector in health affairs, proving that private practice is called to affect public sanitary services quality and patients' rights; that is the reason why a compared study is hereby proposed.

*Key words:* healthcare system; public sanitary services quality; patients' rights; health taxes.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

En el mundo globalizado actual, es ya un lugar común afirmar que ningún sector, en ningún país, genera tanta polémica (mediática, sociológica, económica y jurídica) a su alrededor como el de las reformas sanitarias<sup>2</sup>. Así las cosas, parece normal que los tribunales<sup>3</sup> se ocupen también con profusión de estas cuestiones, sobre todo en su función de garantes de los derechos y libertades de los usuarios de tales servicios. Un ejemplo perfecto de esta tendencia puede verse en Canadá, donde diversas cuestiones relativas a la gestión de los efectivos médicos y a la reestructuración de las infraestructuras hospitalarias, por ejemplo, han sido debatidas en múltiples ocasiones ante distintas instancias jurisdiccionales<sup>4</sup>. Éste es el contexto en el que, en el año 2005, vio la luz el pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso *Chaoulli c. Québec*; una decisión que, bajo la bandera de la defensa de los derechos del paciente, hace tambalearse el régimen público y universal de asistencia sanitaria existente desde hace más de cuarenta años en esa provincia canadiense, y que está caracterizado por la garantía de la prestación y la financiación pública de los servicios sanitarios esenciales. Teniendo en cuenta, además, que la regulación de la provincia de Quebec en materia sanitaria es muy similar a la de otras provincias canadienses, no es de extrañar que se haya considerado el caso *Chaoulli* como el pronunciamiento más importante en materia de derechos sanitarios en Canadá en la última década<sup>5</sup>.

El caso *Chaoulli* ilustra a la perfección lo que una parte cualificada de la doctrina especialista ha denunciado como una creciente tendencia del Poder Judicial a intervenir en la orientación de las políticas públicas en materia de

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de investigación de referencia DER2008-01706 y título *Gestión privada de servicios públicos de salud: incidencia en la calidad prestacional y en los derechos de los usuarios y pacientes*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

<sup>2</sup> Baste citar, aunque sólo sea por su actualidad, la reforma de *Medicare* en Estados Unidos, o la producida a raíz de la aprobación de la Ley 2009-879 en Francia.

<sup>3</sup> A modo de aclaración y para facilitar su consulta por parte de los lectores españoles, salvo indicación contraria en las notas al pie, se citarán las referencias jurisprudenciales en su versión electrónica, tal y como pueden encontrarse en la base de datos [www.canlii.org](http://www.canlii.org), accesible de forma gratuita. Lamentablemente, para la consulta de algunas sentencias antiguas no queda otra opción que buscar en las recopilaciones anuales oficiales en papel o estar abonado a bases de datos específicas; en tales casos se indicará de forma expresa. Además, siempre que sea posible, para simplificar se citará sólo en francés.

<sup>4</sup> Por todos, *vid. R. c. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (CSC); *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes de l'Ontario*, 1990 CanLII 121 (CSC); *Rodríguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1993 CanLII 75 (CSC); *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1997 CanLII 327 (CSC); *Stein c. Tribunal administratif du Québec*, [1999] RJQ 2416 (CS), referencia correspondiente a la versión en papel; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78; *Cilinger c. Québec (Procureur général)*, 2004 CanLII 39136 (QC CA), o *Elder Advocates of Alberta Society v. Alberta*, 2009 ABCA 403.

<sup>5</sup> Cfr. C. FLOOD y S. XAVIER, «Health care rights in Canada: The Chaoulli legacy», en VV.AA., *International Health Law: solidarity and justice in health care*, Maklu, Antwerpen, 2008, pág. 97. El caso fue incluso objeto de crónica en *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 2, 2005, págs. 677-684.

salud<sup>6</sup>, pero sobre todo, y éste es el aspecto en el que se centrará el presente texto, sirve de excusa para poner de nuevo en la palestra el viejo debate sobre la incidencia de la prestación privada de los servicios sanitarios en la calidad de los mismos y en los derechos de los pacientes y usuarios.

## II. ALGUNAS NOTAS SOBRE *MEDICARE* EN CANADÁ

Con el nombre de *Medicare* (*Assurance-maladie*, en francés) se conoce de manera oficiosa el sistema sanitario público canadiense, un sistema universal financiado con fondos estatales que busca que los usuarios del mismo tengan un acceso razonable a los servicios hospitalarios y médicos esenciales sin tener que pagar directamente por ellos.

La distribución competencial en materia de salud<sup>7</sup> en Canadá determina que no exista un régimen sanitario federal único, sino que hay que contar con trece regímenes diversos: los correspondientes a las diez provincias y a los tres territorios que conforman la federación canadiense. Así, son los gobiernos provinciales y territoriales los responsables de la administración, la organización y la prestación de los servicios sanitarios<sup>8</sup>. Mientras tanto, la Administración federal carece de un título específico que le otorgue competencias en materia sanitaria<sup>9</sup>.

Ahora bien, resulta que para poder estar en condiciones de recibir financiación federal (*Canada Health Transfer/Transfert canadien en matière de santé*), cada sistema sanitario debe cumplir con unas exigencias mínimas enunciadas en una Ley marco federal<sup>10</sup>; ésta es la forma en que se consigue

<sup>6</sup> Cfr. C. MANFREDI y A. MAIONI, «L'Arrêt Chaoulli et la judiciarisation des politiques de santé», en VV.AA., *Le privé dans la santé. Les discours et les faits*, Les Presses de l'Université de Montréal, 2008, págs. 264-265. Sobre los riesgos de la revisión judicial de las políticas sanitarias resulta especialmente interesante la lectura de las reflexiones de D. GRESCHNER, «Charter challenges and evidence-based decision-making in the health care system: towards a symbiotic relationship», en VV.AA., *Just Medicare*, University of Toronto Press, Toronto, 2006, especialmente pág. 44.

<sup>7</sup> En realidad, no existe un ámbito bien delimitado de esta materia, que se considera una cuestión de contornos «amorfos» en la que puede incidirse, según las circunstancias del caso, tanto desde las instancias federales como provinciales (sobre las dimensiones constitucionales de la sanidad resulta de obligada consulta la obra de N. RIES, «Legal Foundations of Public Health in Canada», en VV.AA., *Public Health Law and Policy in Canada*, 2.ª ed., Lexis Nexis, Toronto, 2008, págs. 9 y ss.).

<sup>8</sup> Cfr. P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, vol. I, 3.ª ed., Carswell, Scarborough, 1992, págs. 6-16.

<sup>9</sup> Las únicas menciones constitucionales explícitas al gobierno federal en materia sanitaria se refieren a los hospitales de la marina y a las medidas de cuarentena; así como a la prestación de los servicios sanitarios a determinados grupos con quien tienen una vinculación especial (aborígenes, militares y veteranos, internos en instituciones penitenciarias, etc.).

<sup>10</sup> La *Canada Health Act*, RSC 1985, c. C-6/*Loi canadienne sur la santé*, LRC 1985, c. C-6, promulgada el 1 de abril de 1984, que vino a reagrupar y actualizar dos normas precedentes fundamentales: la *Hospital Insurance and Diagnostic Services Act/Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*, de 1957, y la *Medical Care Act/Loi sur les soins médicaux*, de 1966.

una cierta uniformidad en toda la nación<sup>11</sup>. Así, en la práctica, todos los sistemas sanitarios canadienses respetan una serie de principios básicos: gestión pública<sup>12</sup>, integridad<sup>13</sup>, universalidad<sup>14</sup>, portabilidad<sup>15</sup> y accesibilidad<sup>16</sup>. Lógicamente, eso sí, una vez transferidos los fondos, las provincias y los territorios tienen libertad de administrar los recursos de la manera más apropiada, según determine el Ministerio de Salud provincial o la autoridad territorial equivalente<sup>17</sup>.

Entre otras cosas, será cada provincia la que determine el listado de los servicios «médicamente necesarios» respecto de los cuales el sistema de salud universal financiado con fondos públicos garantiza la prestación y cobertura; debe señalarse que la mayor parte de los gobiernos provinciales ha establecido, además, la prohibición de contratar seguros privados para cubrir servicios que se encuentren dentro de los asegurados por los sistemas públicos<sup>18</sup>. Fuera de los servicios identificados como médicamente necesarios se abre la competencia con las aseguradoras privadas, que podrán ofertar libremente servicios complementarios<sup>19</sup>. En el sistema sanitario canadiense, por tanto, no se prohíben los servicios privados, simplemente se afirma su naturaleza distinta del sistema *Medicare*<sup>20</sup>.

<sup>11</sup> Sobre la técnica financiera como medida de coordinación territorial, *vid.* P. BLACHE, «Le pouvoir de dépenser au cœur de la crise constitutionnelle canadienne», *Revue générale de droit*, vol. 24, núm. 1, 1993, págs. 29-64.

<sup>12</sup> El régimen sanitario de una provincia debe ser administrado y operado sin ánimo de lucro por una autoridad pública responsable ante el gobierno provincial (art. 8 Ley federal).

<sup>13</sup> Todos los servicios sanitarios médicamente necesarios deben quedar cubiertos por el sistema (art. 9 Ley federal).

<sup>14</sup> Supone que el cien por cien de los asegurados de la provincia han de tener derecho a los servicios previstos por el sistema sanitario provincial, según modalidades uniformes (art. 10 Ley federal sobre salud).

<sup>15</sup> Los canadienses conservan su seguro cuando se mudan de una provincia a otra dentro de Canadá o cuando viajen dentro de Canadá o al extranjero (art. 11 Ley federal).

<sup>16</sup> El sistema debe dar, en condiciones y términos uniformes, acceso razonable a los servicios médicos y hospitalarios cubiertos sin barreras. No se permiten cobros adicionales por servicios asegurados y no se puede ser objeto de discriminación por motivos de ingresos, edad, condición de salud, etc. (art. 12 Ley federal). Existen, además, otras dos disposiciones de la Ley federal que impiden que las provincias puedan exigir un desembolso económico del paciente, haciendo especial referencia a la no admisibilidad general de la exigencia de cuotas o de pagos complementarios (arts. 18 y 19), lo que convierte el acceso gratuito a los servicios sanitarios cubiertos en un signo de identidad del sistema canadiense.

<sup>17</sup> Cfr. C. M. FLOOD, M. STABLE y C. TUOHY, «What is in and out of Medicare? Who decides?», en VV.AA., *Just Medicare, op. cit.*, pág. 17.

<sup>18</sup> Es el caso de Alberta, Columbia Británica, Isla del Príncipe Eduardo, Manitoba, Ontario y Quebec.

<sup>19</sup> Se calcula que el 30% de todos los cuidados sanitarios están en manos del sector privado, por no ser considerados «médicamente necesarios» (cfr. B. D. DICKENS, «The Chaoulli judgment: less than meets the eye – or more», en VV.AA., *Access to care, access to justice: the legal debate over private health in Canada*, Toronto University Press, Toronto, 2005, en concreto pág. 22). También se estima que el 65% de los canadienses tiene suscrito un seguro privado para cubrir al menos parte de los costes dentales y farmacológicos (cfr. T. S. JOST, «Chaoulli c. Quebec: Charter rights, private health insurance and the future of Canadian Medicare», *Health Affairs*, vol. 25, núm. 3, 2003, pág. 878). Con estas cifras es fácil hacerse una idea de la cota de mercado de la salud en que concurre el sector privado.

<sup>20</sup> Algo que necesariamente ha marcado siempre la posición del gobierno canadiense en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) y en las negociacio-

Por razones obvias, la puesta en marcha de un régimen público sanitario implica también la necesidad de reglamentar las posibilidades de la iniciativa privada en la materia, aunque sólo sea para delimitar los campos de acción respectivos. La forma concreta en que se establece esta reglamentación es también competencia de las provincias. Pues bien, como se verá a continuación, en Quebec se optó en su momento por eliminar toda pasarela de comunicación entre las redes públicas y las privadas, impidiendo, por ejemplo, las prácticas profesionales híbridas.

### III. EL FUNCIONAMIENTO TRADICIONAL DE LA ASSURANCE-MALADIE EN QUEBEC

En Quebec, el marco jurídico fundamental en materia de servicios públicos de salud estaba tradicionalmente construido alrededor de dos preceptos básicos<sup>21</sup>. Por un lado, el artículo 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* (LRQ, c. A-28), que desde 1964 prohibía tajantemente repercutir en los pacientes los costes de los servicios hospitalarios asegurados por el régimen sanitario público; por otro, el artículo 15 de la *Loi sur l'assurance maladie* (LRQ, c. A-29), que desde 1970 impedía la existencia de contratos de seguros privados para cubrir cuidados ya ofertados por el sistema público.

Los profesionales sanitarios podían, en Quebec como en el resto de Canadá, decidir ejercer su profesión de forma ajena al sistema público y facturar así directamente el coste total de sus servicios al cliente, con libertad absoluta para fijar sus tarifas, en una práctica puramente liberal de la medicina<sup>22</sup>. La práctica privada no se prohibía; sin embargo, de hecho, se dificultaba considerablemente<sup>23</sup>, puesto que tales profesionales de práctica privada no podrían operar en los hospitales del sistema público y, en todo caso, nunca podría existir un seguro privado que cubriese servicios incluidos en el catálogo público, de forma que los costes para el usuario eran tremenda-

---

nes del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo (al respecto, *vid.* M. CRAWFORD, «Interactions: Trade policy and health-care reform after Chaoulli v. Quebec», *Healthcare Policy*, vol. 1, núm. 2, 2006, en particular pág. 93).

<sup>21</sup> Para una reconstrucción histórica de los orígenes del sistema sanitario estatal en Quebec pueden verse las reflexiones de P. BERGERON y E. GAGNON, «La prise en charge étatique de la santé au Québec: émergence et transformations», en VV.AA., *Le système de santé au Québec. Organisations, acteurs et enjeux*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2003, págs. 7-33.

<sup>22</sup> Frente a ello están los profesionales sanitarios que operan en el régimen público, de acuerdo con unas condiciones de trabajo que son pactadas periódicamente entre el Ministerio y ciertas asociaciones profesionales representativas (médicos generalistas, médicos especialistas, optometristas y cirujanos-dentistas). Estos profesionales pueden elegir, a su vez, entre ser remunerados por sus servicios por la Administración sanitaria directamente (*professionnel participant*) o de forma diferida por el paciente una vez que éste reciba la financiación pública (*professionnel désengagé*), pero siempre con el límite de las tarifas pactadas en las convenciones precitadas.

<sup>23</sup> *Vid.* el análisis de C. FLOOD y T. ARCHIBALD, «The illegality of private health care in Canada», *Canadian Medical Association Journal*, vol. 164, núm. 6, 2001, págs. 825-830.

mente altos. No es de extrañar, pues, que la opción por la medicina privada fuese marginal entre los facultativos quebequenses<sup>24</sup>.

Todo ello se había establecido con el objetivo de proteger un sistema sanitario público universal, financiado a cargo de la fiscalidad pública y disociado por tanto del consumo. Lo que se pretendía, en definitiva, era instaurar un servicio público fuerte cuyas coberturas no dependiesen de la capacidad de pago de los usuarios. Para ello era necesario canalizar todo lo posible los recursos humanos y financieros disponibles hacia el sistema público. La gran preocupación, al mismo tiempo, era velar por la equidad en el acceso a los cuidados y evitar un sistema de «dos velocidades» que permitiese a las clases más acomodadas recibir mejor atención sanitaria por el simple hecho de poder pagarla.

#### IV. EL CASO *CHAULLI* Y EL NACIMIENTO DE UN DERECHO A LA SANIDAD PRIVADA SÓLO LIMITADO POR LA CAPACIDAD FINANCIERA

En el contexto descrito en el epígrafe precedente, dos ciudadanos (paciente y doctor) unieron sus fuerzas en 1997 para contestar la constitucionalidad del sistema sanitario quebequense ante la sala de lo civil de la Corte Superior de Quebec. El paciente era George Zeliotis, un jubilado que desde 1994 había experimentado dolores recurrentes de cadera y que hubo de esperar hasta 1997 para ser operado por la sanidad pública. El señor Zeliotis hubiera estado dispuesto a costearse a título particular un seguro que cubriese la operación, pero ello no era posible por pertenecer la misma al listado de cuidados médicamente necesarios de la provincia. En paladín de los intereses de los profesionales sanitarios se erigió Jacques Chaoulli, un mediático galeno de familia formado en Francia dispuesto a combatir el control estatal sobre los servicios sanitarios, y que sostenía con tenacidad las bondades de un mercado libre de sanidad privada paralelo a los servicios públicos.

La cuestión en torno a la cual se construyó la causa ante la Corte Superior de Quebec era determinar si los retrasos debidos a las listas de espera de *Medicare* y la prohibición de suscribir seguros privados para los tratamientos cubiertos por el sistema público vulneraban los derechos fundamentales a la vida, la libertad y la seguridad personal. La sentencia, desestimatoria, fue hecha pública el 25 de febrero de 2000<sup>25</sup>. En ella, la jueza Piché consideró probado que establecer un derecho de acceso a servicios sanitarios privados en paralelo con el sistema público tendría repercusiones para el conjunto de la población porque pondría en peligro la integridad, el buen funcionamiento e incluso la viabilidad del sistema público (par. 263), y declaró que el sistema

<sup>24</sup> M.-C. PRÉMONT, «Le système de santé québécois et l'intervention de la Cour Suprême du Canada fondée sur les droits de la personne», en VV.AA., *Le privé dans la santé...*, op. cit., pág. 282.

<sup>25</sup> *Chaoulli c. Québec (Procureure générale)*, [2000] RJQ 786 (CS), referencia en papel (disponible en línea, previo abono, en la base de datos [www.soquij.qc.ca](http://www.soquij.qc.ca) con la referencia AZ-50069925).

provincial de salud existente no contravenía los derechos fundamentales a la vida, la libertad ni la seguridad de las personas pues, aunque pudiera dar lugar a ciertas amenazas de peligro sobre derechos individuales, éstas quedaban justificadas por los principios de justicia fundamental que salvaguardan los derechos del resto de la población (par. 310). La jueza termina reconociendo que el sistema público de salud quebequense requiere de modificaciones, pero que tales reflexiones competen a las instancias políticas y no al ámbito jurídico (par. 315).

La decisión de la Corte Superior de Quebec fue recurrida ante la Corte de Apelación, que, reunida en Montreal el 22 de abril de 2002, ratificó la sentencia de instancia<sup>26</sup>, entendiendo de nuevo que el sistema sanitario público de la provincia no hacía sino reflejar una opción legítima de la sociedad primando los intereses colectivos en materia sanitaria sobre los individuales, y sin que hubiese quedado probado en ningún momento que la prohibición de suscribir seguros privados para los servicios prestados por el sistema público supusiera un peligro real e inminente para la vida de las personas<sup>27</sup>.

En apariencia inmunes al varapalo, los recurrentes continuaron en su lucha presentando el caso ante la Corte Suprema de Canadá, quien, en ajustadísima mayoría<sup>28</sup>, decidió invalidar la prohibición provincial de suscribir seguros privados para los cuidados médicos ofertados por el sistema público sanitario en una controvertida decisión hecha pública el 9 de junio de 2005<sup>29</sup>.

La sentencia del caso *Chaoulli* ofrece toda una rica gama de matices para el análisis; útiles para el contexto español tanto desde el punto de vista del Derecho constitucional comparado<sup>30</sup> como desde la filosofía de los derechos fundamentales<sup>31</sup>. Aquí interesa, sin embargo, desde una perspectiva limitada a la validación o no del sistema público sanitario provincial. En este sen-

<sup>26</sup> *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2002 CanLII 33075 (QC CA).

<sup>27</sup> Es más, dos de los tres jueces de la Corte consideraron que la naturaleza del derecho individual que podría verse conculcado con la regulación legal vigente era económica; en sí mismo, por tanto, no fundamental (cfr. par. 25 y 66).

<sup>28</sup> De los siete miembros del Tribunal, cuatro consideraron que el régimen provincial del sistema público sanitario en Quebec vulneraba los derechos fundamentales consagrados en la Carta quebequense de derechos y libertades, pero sólo tres consideraron que también fueran contrarios a los preceptos constitucionales de la Carta canadiense. Frente a ellos, los otros tres jueces estimaron que no vulneraba ni unas disposiciones fundamentales ni las otras. Este aspecto es básico para comprender los efectos del fallo de la Corte Suprema en el caso *Chaoulli*, que en puridad sólo es aplicable a Quebec y que no comporta sanción de inconstitucionalidad en sentido estricto, sino la declaración de una violación de los derechos contenidos en la Carta provincial, la cual tiene un valor «quasi constitucional».

<sup>29</sup> *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35.

<sup>30</sup> La categórica oposición de las posturas sostenidas por los distintos magistrados es inusualmente manifiesta, lo que nos hace evocar fracturas bien conocidas en otras instancias decisorias españolas.

<sup>31</sup> Canadá no tiene positivizado un derecho constitucional explícito en materia sanitaria (tampoco Quebec), lo que ha hecho que las decisiones tengan que pivotar alrededor de la idea de «garantía de acceso a los servicios sanitarios», tal y como viene configurada por las condiciones fijadas en la Ley federal sobre salud (cfr. *supra*, notas 12 a 16), y en analizar cómo un acceso deficiente a tales servicios podría repercutir sobre otros derechos sí configurados de forma expresa como fundamentales.

tido, la cuestión formulada ante la Corte Suprema era sencilla: ¿suponen las disposiciones provinciales que prohíben a los residentes de Quebec suscribir seguros que les permitan obtener del sector privado servicios de salud ya dispensados por el sistema público (obligándoles por tanto a soportar las largas listas de espera que en él existen) un atentado contra el derecho fundamental a la vida y la integridad de las personas? En caso afirmativo, ¿es este atentado justificable de acuerdo con las correspondientes disposiciones constitucionales federales y *quasi* constitucionales provinciales?

La conclusión de la mayoría de la Corte fue que el artículo 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* y el artículo 15 de la *Loi sur l'assurance maladie* eran incompatibles con la Carta quebequense de derechos y libertades porque los retrasos debidos a las listas de espera aumentan el riesgo de mortalidad de los pacientes y/o la gravedad de sus heridas (par. 38-43, 112 y 123), al menos para ciertas personas y en ciertas circunstancias (par. 200), y este atentado no resulta justificable. Según la posición mayoritaria del tribunal, por mucho que se quiera proteger la integridad del sistema sanitario público en la provincia, las prohibiciones de los artículos citados no resultan proporcionadas (par. 49-58; 68; 83-84), llegando incluso a ser caracterizadas de arbitrarias (par. 126-131; 139 y 149-150).

A partir de esta decisión de la Corte Suprema, Quebec tendría que modificar sus estrategias legislativas en materia de salud, presagiándose con facilidad una potente ampliación de la presencia del sector privado en el ámbito sanitario, no sólo en la provincia, sino en todo Canadá, tanto por las reacciones políticas generadas como por los anuncios de otros procesos judiciales inminentes destinados a ampliar geográfica y jurídicamente el tenor del caso *Chaoulli*<sup>32</sup>. De hecho, incluso podría decirse que el impacto de la decisión de la Corte Suprema en este caso fue mayor en el resto de provincias canadienses que en Quebec; no en vano, se ha dicho que la *distinct society* quebequense no estaba en general tan identificada con la marca «sanidad pública» como seña de identidad como el resto de canadienses. Así, en palabras de los profesores GAUDREAU-DESBIENS y PANACCIO: *public health care [...] may be a hallmark of Canadian identity [...] but it is not a founding stone of Quebec identity*<sup>33</sup>.

En mitad de la vorágine y de las críticas feroces que suscitó de forma inmediata la mencionada decisión<sup>34</sup>, algunas voces moderadas se alzaron para tranquilizar a las masas afirmando que el caso *Chaoulli* produciría un impacto mínimo sobre los derechos de los usuarios y pacientes de los servicios públicos de salud<sup>35</sup>: de un lado, porque siempre existía la posibilidad de que el go-

<sup>32</sup> Cfr. MANFREDI y MAIONI, *op. cit.*, pág. 277.

<sup>33</sup> J.-F. DESBIENS y C.-M. PANACCIO, «Chaoulli and Quebec's Charter of Human Rights and Freedoms: the ambiguities of distinctness», en VV.AA., *Access to care...*, *op. cit.*, pág. 47.

<sup>34</sup> De ellas da buena cuenta el profesor Peter RUSSELL en su artículo «Chaoulli: the political versus the legal life of a judicial decision», publicado en VV.AA., *Access to care...*, *op. cit.*, págs. 5 y ss.

<sup>35</sup> Por todos puede verse el trabajo de J.-P. MÉNARD, «L'impact du jugement Chaoulli sur les droits des usagers du système de santé», contenido en VV.AA., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2006)*, Service de la formation permanente - Barreau du Québec, Montreal, 2006, págs. 675-692.



bierno provincial decidiese mantener la regulación existente del sistema público a pesar de la contradicción con la Carta (cláusula derogatoria *nonobstant*<sup>36</sup>); de otro, porque la Corte no había impuesto de manera expresa la obligación de establecer un sistema sanitario privado y, dado que éste en la actualidad tenía una cota de mercado marginal, sin medidas de fomento no crecería<sup>37</sup>.

Tales visiones apaciguadoras<sup>38</sup> sobre las consecuencias del pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso *Chaoulli* tuvieron poco calado entre la población, y el tiempo no tardó en demostrar que ésta no se equivocaba. En efecto, la aplicación de la cláusula derogatoria no parecía plausible, dado que en el fondo las posturas de la escueta mayoría de la Corte Suprema en el caso *Chaoulli* se hacían eco de una serie de ideas de fondo que también albergaba el gobierno provincial, quien había intentado ya emprender, de forma infructuosa hasta el momento en el ámbito sanitario, varias reformas privatizadoras<sup>39</sup>. Por fin, en febrero de 2006, el gobierno quebequense anunciaría una serie de modificaciones legislativas en materia sanitaria que suponían abrir de forma definitiva la puerta al establecimiento de centros sanitarios privados, materializando el riesgo de trasvase de recursos, y la consiguiente debilitación del sector público.

#### V. LA REACCIÓN PROVINCIAL A LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO *CHAULLI*

Al conocer el pronunciamiento de la Corte Suprema, el gobierno quebequense solicitó de inmediato un plazo de carencia de dieciocho meses para analizar la situación y poder responder de forma serena y global. Finalmente, y pese a la oposición de Chaoulli y Zeliotis, la Corte acordó conceder a la provincia una prórroga de doce meses<sup>40</sup>.

En febrero de 2006, el gobierno provincial presentaría un Libro Blanco en materia de reformas sanitarias titulado *Garantir l'accès: un défi d'équité, d'efficacité et de qualité*, que se discutiría en comisión parlamentaria hasta el mes de junio<sup>41</sup>. Por fin, el 15 de junio de 2006 se presentaría un proyecto de

<sup>36</sup> Artículo 52 de la Carta quebequense de derechos y libertades (*Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c. C-12).

<sup>37</sup> *Without a flourishing private sector the right to purchase private insurance is meaningless*, en palabras de C. M. FLOOD y T. SULLIVAN, recogidas en «Supreme disagreement: the highest court affirms an empty right», *Canadian Medical Association Journal*, vol. 2, núm. 173, 2005, pág. 143.

<sup>38</sup> Otros ejemplos sobre este tipo de reacción moderada pueden encontrarse en la crónica de GAUDREAU-DESBIENS y PANACCIO, *op. cit.*, en concreto págs. 45 y 46.

<sup>39</sup> Cfr. MANFREDI y MAIONI, *op. cit.*, pág. 275.

<sup>40</sup> La suspensión temporal de efectos del juicio de la Corte Suprema se acordó de forma lacónica y sin motivación; para un análisis crítico de este hecho, *vid.* D. PINARD, «Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne par la Cour Suprême du Canada: l'arrêt Chaoulli», *Revue du Barreau*, 2006, págs. 449 y 450.

<sup>41</sup> Disponible en línea: [www.msssa4.msss.gouv.qc.ca](http://www.msssa4.msss.gouv.qc.ca).

Ley de modificación de varias disposiciones en la materia (conocido como proyecto de Ley 33)<sup>42</sup>.

La *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives* sería finalmente adoptada el 13 de diciembre de 2006, si bien su entrada en vigor fue progresiva y sus disposiciones no entraron plenamente en vigor hasta el 1 de enero de 2008. Conforme a ella, la prohibición de contratar seguros de asistencia privados para obtener cuidados garantizados por el sistema sanitario público se mantiene, salvo para tres tipos concretos de intervenciones (rodilla, cadera y cataratas); si bien este listado es susceptible de ser ampliado por vía reglamentaria<sup>43</sup>. Tal ampliación, sin embargo, requerirá una serie de cautelas importantes, lo que indica el carácter altamente político y controvertido de la materia<sup>44</sup>.

De otra parte, conforme a la nueva normativa, para ciertos cuidados también será posible acudir de forma subvencionada a hospitales privados con ánimo de lucro (los llamados «centros médicos especializados»<sup>45</sup>), lo que ha sido visto como un paquete de medidas de fomento de la privatización sanitaria<sup>46</sup>. Estos cuidados también son las intervenciones de rodilla, cadera y cataratas, más los que se señalen por vía reglamentaria. Debe señalarse que, a diferencia de la ampliación de los cuidados esenciales abiertos a la cobertura privada, la ampliación del catálogo de intervenciones susceptibles de realizarse por el sector privado no precisa de cautelas procedimentales especiales<sup>47</sup>, y de hecho ya se ha producido<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Para un completo análisis de estas medidas, *vid.* M.-C. PRÉMONT, «La garantie d'accès aux services de santé: analyse de la proposition québécoise», *Les Cahiers de Droit*, vol. 47, núm. 3, 2008, págs. 539-580.

<sup>43</sup> Cfr. el nuevo artículo 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, LRQ, c. A-28, y el artículo 15.1 de la *Loi sur l'assurance maladie*, LRQ, c. A-29.

<sup>44</sup> El segundo párrafo del artículo 15.1 de la *Loi sur l'assurance maladie* establece que el gobierno sólo podrá dictar el reglamento por el que se amplíen los cuidados médicos esenciales cubiertos por el sistema público que admiten también quedar cubiertos por un seguro privado después de un estudio y discusión previos del proyecto por parte de una Comisión de la Asamblea Nacional. Este procedimiento, excepcional, subraya el carácter altamente político y controvertido de las decisiones que incumbe a la ampliación del ámbito abierto a los seguros médicos privados. Y es que, como es lógico, contratar un seguro privado adicional para cubrir un servicio ya garantizado por el sistema público, y aceptar el desembolso de su coste, sólo tendrá sentido para un usuario si le va a dar acceso, de una u otra forma, a un servicio de calidad superior (inmediatez en la atención, tecnología de la que se dispone, prestigio de los profesionales, etc.).

<sup>45</sup> *Vid.* nuevo artículo 333.1 y siguientes de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, LRQ, c. S-4.2.

<sup>46</sup> PRÉMONT, «Le système de santé québécois...», *op. cit.*, pág. 296.

<sup>47</sup> Debe señalarse, no obstante, que esto no quiere decir que la cuestión sea pacífica. Lejos de ello, también existen controversias a este respecto; de hecho, la potestad reglamentaria para adoptar el Decreto que ampliara el catálogo de intervenciones que pueden ofertar los centros médicos especializados fue inicialmente conferida al ministro de la Sanidad, pero en 2009 se transfirió al gobierno (art. 1 de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les centres médicaux spécialisés et les laboratoires d'imagerie médicale générale*, 2009, c. 29, que modifica el art. 333.1 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*).

<sup>48</sup> En efecto, el 9 de julio de 2008 se publicó en la *Gazette Officielle* el *Arrêté* 2008-28 del ministro de Sanidad y Servicios Sociales, de 18 de junio de 2008, por el que se aprueba el *Règlement sur les traitements médicaux spécialisés dispensés dans un centre médical spécialisé*. El

Además de posibilitar (e incitar) la creación de hospitales puramente privados, la reforma también prevé la creación de hospitales privados de financiación pública (las llamadas «clínicas médicas asociadas»<sup>49</sup>), que celebrarán con los establecimientos públicos acuerdos de colaboración quinquenales, siendo el Estado el que se ocupa en este supuesto de cargar con los costes del servicio sanitario ofrecido a los pacientes<sup>50</sup>.

Por último, la Ley también prevé que el sector público sanitario pueda derivar pacientes al sector privado, cuando su espera para ser atendidos en el sistema público sea irrazonablemente larga, y ello para respetar la «garantía de acceso» de los usuarios a los servicios sanitarios<sup>51</sup>. Así, queda de manifiesto que no se está trabajando de forma seria para implementar la gestión y la gobernanza del sistema público, las listas de espera pública simplemente disminuirán de forma artificiosa porque se derivarán pacientes hacia los canales privados:

*the Supreme Court has so far failed [...] to engage with the issue of the processes and principles that should guide decision making **within** public Medicare. In Chaoulli, the Court facilitated private alternatives for the dissatisfied, but did not insist on better decision-making within public Medicare for **all** Canadians<sup>52</sup>.*

Por todo ello, la doctrina ha señalado que esta reforma crea una dinámica que incita la fuga de los recursos hacia el sistema privado indirectamente financiado también con fondos públicos<sup>53</sup>. De forma paradójica, acaba resultando que la única forma de frenar esta tendencia quizás esté en fomentar la práctica profesional híbrida público-privada de los profesionales sanitarios<sup>54</sup>,

---

Reglamento no entró en vigor de forma efectiva hasta el 31 de marzo de 2010 (cfr. *Arrêté* de 12 de diciembre de 2008, que aplazó su entrada en vigor en primer lugar hasta el 30 de septiembre de 2009, y *Décret* 1029-2009, de 23 de septiembre, que lo pospuso de nuevo hasta el 31 de marzo del año siguiente).

<sup>49</sup> *Vid.* nuevo artículo 349.1 y siguientes de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*.

<sup>50</sup> Conforme a lo establecido en el nuevo artículo 349.5 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*.

<sup>51</sup> La idea de la «garantía de acceso» es, en el fondo, la gran bandera de esta reforma sanitaria quebequense. En teoría, este derecho de acceso garantiza a los pacientes y usuarios que recibirán la atención especializada médicamente necesaria que precisen dentro de un plazo de tiempo «razonable» desde el punto de vista clínico (variable que es controlada y fijada por el Ministerio competente). Y si el sistema público no está en condiciones de ofrecer tal servicio dentro del plazo señalado, el sector privado (incluso de fuera de la provincia) puede ser llamado a colaborar de forma complementaria. Ello exige, entre otras cosas, la puesta en marcha de mecanismos centralizados y uniformes de gestión y control de las listas de espera de todos los centros hospitalarios (*vid.* nuevos artículos 185.1 y 431.2 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*).

<sup>52</sup> C. M. FLOOD y M. ZIMMERMAN, «Judicious choices: Health care resource decisions and the Supreme Court of Canada», en VV.AA., *Health Law at the Supreme Court of Canada*, Irwin Law, Toronto, 2007, pág. 27 (el énfasis es del original).

<sup>53</sup> PRÉMONT, «La garantie d'accès...», *op. cit.*, págs. 579 y 580.

<sup>54</sup> PRÉMONT, «Le système de santé québécois...», *op. cit.*, pág. 297.

poniendo así fin a uno de los estandartes señeros del sistema sanitario en esta provincia.

## VI. LAS REACCIONES EN EL RESTO DE CANADÁ

El pronunciamiento del caso *Chaoulli* ha iniciado una cadena de recursos en cascada que podrían poner en jaque el sistema sanitario público en todo Canadá<sup>55</sup>. Las provincias de Alberta y Ontario fueron las primeras en acoger iniciativas para conseguir ampliar el ámbito geográfico y jurídico de aplicación del fallo del caso *Chaoulli*, pero el fenómeno se contagia a un ritmo vertiginoso.

William Murray, residente en Calgary, tenía 57 años cuando se le diagnosticó artritis severa en la cadera izquierda, dolencia para la que el sistema sanitario público ofrecía un tratamiento tradicional con prótesis. Asesorado por sus médicos, el Sr. Murray solicitó que se le aplicase otro procedimiento menos invasivo, pero este tratamiento no fue autorizado por la Administración por razones de edad<sup>56</sup>. Convencido de todas formas de que el tratamiento menos invasivo era la opción médica más adecuada, el Sr. Murray consiguió que se le practicase en el sector privado, con un coste de más de veintidós mil dólares. En agosto de 2006, y tras conocer el fallo de la Corte Suprema en el caso *Chaoulli*, presentó acciones judiciales<sup>57</sup> solicitando el reembolso de los gastos y que se declarase inconstitucional, entre otras cosas, el monopolio público *de facto* que la legislación provincial, equivalente a la quebequense, creaba en relación con los servicios sanitarios esenciales<sup>58</sup>.

En septiembre de 2007, D. Lindsay McCreith y D.<sup>a</sup> Shona Holmes unieron sus fuerzas para contestar la validez constitucional de la regulación sanitaria pública en Ontario, que consideran arbitraria e injusta<sup>59</sup>. Como en Quebec y en Alberta, en Ontario también se prohíbe contratar seguros privados para cubrir servicios sanitarios cubiertos por el sistema público (*Ontario Health Insurance Plan*)<sup>60</sup>. Pero la normativa de esta provincia va aún un poco más lejos, porque establece que, como regla general, los facultativos,

<sup>55</sup> Cfr. C. M. FLOOD y S. XAVIER, «Health care rights in Canada: the Chaoulli legacy», *International Journal of Law and Medicine*, 2008.

<sup>56</sup> Sólo los pacientes de menos de 55 años podían tener acceso al tratamiento alternativo, según la política fijada por las autoridades sanitarias (en concreto, por *Calgary Health Region*).

<sup>57</sup> *Murray v. Alberta (Calgary Health Region)*, 2007 ABQB 231.

<sup>58</sup> La *Alberta Health Care Insurance Act*, RSA 2000, c. A-20, y la *Health Care Protection Act*, RSA 2000, c. H-1, prohíben contratar seguros médicos privados para cubrir prestaciones ofertadas por el sistema público como médicamente necesarias, por lo que acudir al sector privado para recibir estos cuidados se vuelve muy costoso.

<sup>59</sup> Cfr. *McCreith & Holmes v. Government of Ontario* (accesible a través de [http://www.law.utoronto.ca/healthlaw/docs/case\\_McCreith.pdf](http://www.law.utoronto.ca/healthlaw/docs/case_McCreith.pdf)). Al Sr. McCreith se le diagnosticó en 2006 un tumor cerebral; ante la perspectiva de tener que esperar meses para ser sometido a una resonancia y posterior operación, optó por acudir al sector privado estadounidense. A la Sra. Holmes le ocurrió algo similar; en ambos casos el sistema sanitario público se negó a reembolsarles los gastos en que habían incurrido.

<sup>60</sup> *Health Insurance Act*, RSO 1990, c. H-6.

cuando practican servicios de los considerados médicamente necesarios, sólo puedan cobrar de la Administración, lo que hace más evidente y abierto el planteamiento de un monopolio público de los servicios sanitarios esenciales<sup>61</sup>.

En la Columbia Británica, por último, también ha saltado a la palestra de forma reciente la posible inconstitucionalidad de la normativa provincial en materia sanitaria con ocasión de ciertas demandas cruzadas entre pacientes y clínicas privadas acerca de presuntos cargos indebidos y abusivos por servicios cubiertos por el sistema público, algo que atenta contra la normativa federal y provincial<sup>62</sup>. En concreto, a finales de 2009, la Corte Suprema de la Columbia Británica estableció la necesidad de dar continuidad a la acción presentada por un conjunto de clínicas privadas para que se considerase si existía vulneración del derecho constitucional a la vida, la libertad y la seguridad de las personas y, en caso afirmativo, para que se estudiase si la misma era justificable según los criterios de la Carta canadiense de derechos y libertades<sup>63</sup>.

Todos estos litigios, y los que ya se anuncian en otras provincias, se apoyan sobre los mismos argumentos discutidos por la Corte Suprema de Canadá en el caso *Chaoulli*. La ajustadísima mayoría del fallo y la renovación parcial de los miembros de la Corte hacen imposible, sin embargo, pronosticar la suerte de estas otras causas. El hecho de que el voto que rompió la igualdad en la Corte en 2005 evitara de forma expresa manifestarse sobre la violación de la Carta federal, ateniéndose sólo a la Carta provincial y remarcando que las disposiciones de ambas Cartas son susceptibles de producir efectos acumulativos pero, aun con muchos puntos en común, no contienen reglas idénticas (par. 26-32), no invita, en nuestra opinión, a apostar por una extensión automática del fallo de *Chaoulli*. Este parecer, no obstante, no es ni mucho menos pacífico<sup>64</sup>.

## VII. EL EPÍLOGO DEL CASO *CHAULLI*: HECHOS Y PERSPECTIVAS

A finales de marzo de 2010, en la presentación pública del presupuesto provincial, se anunciaba en Quebec la adopción de dos medidas notablemente controvertidas en materia financiero-sanitaria<sup>65</sup>: la primera era el establecimiento de una contribución anual uniforme, conocida como impuesto sanitario (*impôt santé*), de carácter no progresivo<sup>66</sup>; la segunda, la previsión de cobrar una «franquicia» por cada visita a los

<sup>61</sup> *Commitment to the Future of Medicare Act*, 2004, SO 2004, c. 5.

<sup>62</sup> *Medicare Protection Act*, RSBC 1996, c. 286.

<sup>63</sup> Cfr. *Schooff v. British Columbia (Medical Services Commission)*, 2009 BCSC 1596.

<sup>64</sup> Por todas las opiniones discordantes puede verse la autorizadísima visión de M. R. V. STORROW, P. W. HOGG y A. D'ELIA, «Commentary: bans on private medical insurance likely violate Charter», *The Lawyers Weekly*, vol. 25, núm. 13, 2005.

<sup>65</sup> *Budget 2010-11, vers un système de santé plus performant et mieux financé* (disponible en línea: [www.budget.finances.gouv.qc.ca](http://www.budget.finances.gouv.qc.ca)).

<sup>66</sup> El montante de este impuesto se prevé de 25 dólares por adulto en 2010, aumentando hasta 100 dólares en 2011 y llegando a los 200 en 2012.

servicios médicos (*ticket orienteur* o *franchise santé*), que debería buscar la reeducación de los usuarios para evitar la sobrecarga y saturación de los servicios de urgencia, por ejemplo<sup>67</sup>.

El 12 de junio fue sancionado el conocido como proyecto de Ley 100, convirtiéndose en la *Loi mettant en œuvre certaines dispositions du discours sur le budget du 30 mars 2010 et visant le retour à l'équilibre budgétaire en 2013-2014 et la réduction de la dette*. Su artículo 32 introduce la «contribución sanitaria»<sup>68</sup> como una suerte de *poll tax* que deberá servir para financiar el *Fonds de financement des établissements de santé et de services sociaux*<sup>69</sup>.

La franquicia, sin embargo, no fue positivizada en esta ocasión, habiendo de esperar mejor ocasión ante las agrias diatribas que ha merecido su mero anuncio. Las críticas más sólidas se centran en su posible incompatibilidad con la Ley marco federal en materia sanitaria, que, recordemos, establece la necesidad de respetar el principio de accesibilidad y prohíbe de manera expresa el giro de cargos complementarios como condición para que un sistema sanitario público provincial pueda recibir financiación federal. Un empecinamiento del gobierno quebequense en la imposición de esta franquicia haría peligrar la financiación sanitaria federal; algo cuanto menos paradójico en esta época de recortes presupuestarios en que nos encontramos, por mucho que desde las posiciones más radicales de defensa de la identidad quebequense pudiera aplaudirse una reducción de las injerencias federales en las políticas provinciales<sup>70</sup>.

Acérrimos ataques contra la franquicia se han vertido también desde la perspectiva de la igualdad de género. Así, el *Conseil du Statut de la Femme* ha manifestado pública y repetidamente que, en la medida en que las especificidades biológicas ligadas al sexo imponen que las mujeres sean las principales usuarias de los servicios de atención sanitaria, la previsión de la franquicia sanitaria exacerba las desigualdades de género<sup>71</sup>.

Finalmente, la idea de imponer la franquicia en materia de salud también ha generado oposición desde el punto de vista de los derechos de los usuarios,

<sup>67</sup> Las condiciones y modalidades de esta franquicia aún no han sido detalladas, aunque sí se ha anunciado que debería satisfacerse de forma acumulada con el pago del impuesto sobre la renta de las personas físicas, y que podría incorporar elementos de progresividad.

<sup>68</sup> Vid. el nuevo artículo 37.16 y siguientes de la *Loi sur la Régie de l'assurance maladie du Québec*, LRQ, c. R-5.

<sup>69</sup> Vid. el nuevo artículo 11.2 y siguientes de la *Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux*, LRQ, c. M-19.2.

<sup>70</sup> Las reivindicaciones de la autonomía quebequense impregnan también esta materia. Así, en abril de este año el único diputado del partido *Québec Solidaire* presentó un proyecto de Ley (núm. 395) sobre accesibilidad y universalidad de los servicios sanitarios en Quebec que busca introducir la prohibición expresa de la franquicia sanitaria en la Carta provincial de derechos y libertades, estableciendo un derecho pleno a la salud que no admitiría cobros ligados a la utilización de los servicios médicos u hospitalarios públicos. Este proyecto es ambicioso, puesto que de progresar supondría el reconocimiento de un derecho *quasi* constitucional a la salud; su aprobación supondría también frenar la viabilidad de la tan traída y llevada franquicia mediante una norma provincial y no federal, y ello no es cuestión baladí desde el punto de vista sociológico.

<sup>71</sup> Cfr. *Info-CSF. Bulletin d'information électronique*, vol. 14, núm. 3, 2010, pág. 2 (disponible en línea: [www.csf.gouv.qc.ca](http://www.csf.gouv.qc.ca)).

sobre todo por la preocupación sobre los daños colaterales de su efecto disuasorio en los pacientes con menos recursos económicos<sup>72</sup>.

### VIII. A MODO DE REFLEXIONES FINALES

El interés del estudio comparado de las últimas reformas sanitarias en Canadá para el sistema español parece a simple vista muy limitado dada la diversidad de los contenidos asociables a este derecho y las peculiaridades del marco jurídico-constitucional de cada país. En efecto, y al contrario de lo que ocurre en Canadá, en nuestro sistema la percepción general es que el derecho a la salud juega un papel muy discreto en la jurisprudencia constitucional<sup>73</sup>.

En Canadá, como hemos visto, no existe derecho constitucional alguno a la protección de la salud, siendo un derecho de configuración legal, vago, y cuyos elementos esenciales no se definen de forma subjetiva, sino como condiciones objetivas de idoneidad para una subvención económica. Pero aun así, y quizás precisamente por esa carencia de positivización, se han desarrollado válidos mecanismos de sustitución y referencia (tales como la construcción de un derecho de «garantía de acceso» a los servicios sanitarios y la relación con otros derechos fundamentales como la vida y la integridad de las personas) que sí han permitido llegar a enjuiciar la validez constitucional de las políticas públicas en materia sanitaria. Mientras tanto, y aunque España cuenta a priori con una configuración más halagüeña del derecho a la protección de la salud<sup>74</sup>, hasta el momento tal derecho no ha tenido virtualidad alguna como verdadero parámetro de control de la acción legislativa, quizás porque no está configurado como un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, sino como un principio rector de la política social y económica, o quizás, como apunta el profesor PEMÁN GAVÍN, porque el sistema considera que ya se ha alcanzado de forma satisfactoria el núcleo esencial de este derecho, de manera que su defensa se encomienda a las instancias administrativas y a la jurisdicción ordinaria pero no llega a debatirse desde el punto de vista constitucional<sup>75</sup>.

A pesar de esta conclusión general, también es cierto que la identidad de fondo de muchas de las problemáticas que se suscitan en relación con la sa-

<sup>72</sup> En tal sentido se pronunció el *Commissaire à la santé et au bien-être* con ocasión de la presentación del *Rapport d'appréciation de la performance du système de santé et de services sociaux 2010*, en mayo de este año (cfr. reportaje publicado en el diario *Le Devoir* el 14 de mayo de 2010, hemeroteca accesible en línea previo pago: [www.ledevoir.com](http://www.ledevoir.com)).

<sup>73</sup> Al respecto debe verse J. PEMÁN GAVÍN, «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud», *Derecho y Salud*, vol. 16, 2008, págs. 29-62.

<sup>74</sup> Huelga la referencia al artículo 43.1 de la Constitución española de 1978.

<sup>75</sup> Según este autor, el papel que desempeña el derecho a la salud en la orientación positiva de la acción de los poderes públicos se encuentra en relación con el grado de eficiencia del sistema sanitario nacional. Así, en los países pobres el derecho a la salud es más un objetivo social y político que una realidad jurídicamente operativa, y en los países desarrollados su contenido constitucional está siempre garantizado. Sólo en situaciones intermedias existe un escenario propicio para que el derecho a la salud juegue un papel relevante ante la justicia constitucional (*vid. op. cit.*, págs. 48-49).

lud en Canadá y en España, y la similitud de las condiciones socioeconómicas, acercan ambos contextos de forma considerable, lo que justifica el interés de un estudio como el aquí propuesto. Así, en España las últimas reformas legislativas también evidencian un progresivo fenómeno privatizador de los modelos de gestión de servicios sanitarios, lo que suscita inquietud social sobre la extensión y calidad de las prestaciones sanitarias y sobre los derechos y garantías que se deberían ofrecer efectivamente a los pacientes y usuarios<sup>76</sup>. Además, como en Quebec, por ejemplo, impera en los últimos tiempos en nuestro país una preocupación creciente en torno a las listas de espera<sup>77</sup>. De la misma forma, el contexto económico global y las restricciones presupuestarias han llevado también a que resuenen en nuestro país ecos sobre las presuntas bondades del «copago» en la atención médica y hospitalaria para la sostenibilidad y racionalización del sistema público. Desde este punto de vista, sin duda, lo andado del otro lado del océano podrá servirnos de inspiración, escarmiento y, en todo caso, esperamos, como fuente de reflexión.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- BLACHE, P.: «Le pouvoir de dépenser au cœur de la crise constitutionnelle canadienne», *Revue générale de droit*, vol. 24, núm. 1, 1993, págs. 29-64.
- CRAWFORD, M.: «Interactions: Trade policy and healthcare reform after Chaoulli v. Quebec», *Healthcare Policy*, vol. 1, núm. 2, 2006, págs. 90-102.
- FLOOD, C., y ARCHIBALD, T.: «The illegality of private health care in Canada», *Canadian Medical Association Journal*, vol. 164, núm. 6, 2001, págs. 825-830.
- FLOOD, C. M., y SULLIVAN, T.: «Supreme disagreement: the highest court affirms an empty right», *Canadian Medical Association Journal*, vol. 2, núm. 173, 2005, págs. 142-143.
- FLOOD, C. M., y XAVIER, S.: «Health care rights in Canada: the Chaoulli legacy», *International Journal of Law and Medicine*, 2008.
- HOGG, P. W.: *Constitutional Law of Canada*, vol. I, 3.<sup>a</sup> ed., Carswell, Scarborough, 1992.
- JOST, T. S.: «Chaoulli c. Quebec: Charter rights, private health insurance and the future of Canadian Medicare», *Health Affairs*, vol. 25, núm. 3, 2003, págs. 878-879.
- MÉNARD, J.-P.: «L'impact du jugement Chaoulli sur les droits des usagers du système de santé», contenido en VV.AA., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2006)*, Service de la formation permanente - Barreau du Québec, Montreal, 2006, págs. 675-692.
- PEMÁN GAVÍN, J.: «Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud», *Derecho y Salud*, vol. 16, 2008, págs. 29-62.

<sup>76</sup> Vid. L. TOLIVAR ALAS, «Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de los servicios sanitarios», *Derecho y Salud*, vol. 15, 2007, págs. 43-62.

<sup>77</sup> En tal clave deben entenderse disposiciones como el Decreto 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi; el Decreto 25/2006, de 31 de marzo, por el que se desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia; la Ley 7/2006, de 15 de junio, de garantías de tiempos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada en el sistema sanitario público de Cantabria; el Decreto 83/2006, de 22 de septiembre, sobre garantías de los plazos máximos de respuesta en la atención sanitaria especializada programada y no urgente en el Servicio de Salud de las Illes Balears, o la Ley Foral 14/2008, de 2 de julio, de garantías de espera en atención especializada de Navarra.



- PINARD, D.: «Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne par la Cour Suprême du Canada: l'arrêt Chaoulli», *Revue du Barreau*, 2006, págs. 421-453.
- PRÉMONT, M.-C.: «La garantie d'accès aux services de santé: analyse de la proposition québécoise», *Les Cahiers de Droit*, vol. 47, núm. 3, 2008, págs. 539-580.
- STORROW, M. R. V.; HOGG, P. W., y D'ELIA, A.: «Commentary: bans on private medical insurance likely violate Charter», *The Lawyers Weekly*, vol. 25, núm. 13, 2005.
- TOLIVAR ALAS, L.: «Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de los servicios sanitarios», *Derecho y Salud*, vol. 15, 2007, págs. 43-62.
- VV.AA.: *Access to care, access to justice: the legal debate over private health in Canada*, Toronto University Press, Toronto, 2005.
- *International Health Law: solidarity and justice in health care*, Maklu, Antwerpen, 2008.
- *Health Law at the Supreme Court of Canada*, Irwin Law, Toronto, 2007.
- *Just Medicare*, University of Toronto Press, Toronto, 2006
- *Le privé dans la santé. Les discours et les faits*, Les Presses de l'Université de Montréal, 2008.
- *Le système de santé au Québec. Organisations, acteurs et enjeux*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2003.
- *Public Health Law and Policy in Canada*, 2.<sup>a</sup> ed., Lexis Nexis, Toronto, 2008.

