

SEMINARIO INTERNACIONAL

¿Cómo debe incorporar una nueva constitución el derecho a la salud?

Oportunidades y desafíos
del proceso constituyente

SYW

Libro recopilatorio del seminario internacional

¿Cómo debe incorporar una nueva constitución el derecho a la salud?

**Oportunidades y desafíos
del proceso constituyente**

Diciembre de 2020

ISBN: 978-956-404-591-7

INSTITUCIONES ORGANIZADORAS

Vicepresidencia del Senado
O' Neill Institute for National and Global Health Law -
Georgetown University
Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado
Sarmiento & Walker abogados.

COMPILACIÓN

Claudia Sarmiento Ramírez
Fernanda Umbach Montero
Pascual Cortés Carrasco

ACADÉMICOS Y ACADÉMICAS PARTICIPANTES

Víctor Abramovich, Lucas Sierra, Alejandra Zúñiga-Fajuri,
Christian Courtis, Roberto Gargarella, José Francisco García,
Silvia Serrano, Oscar Cabrera, Adila Hassim, Sergio Verdugo,
Rodrigo Uprimny, Rebecca Cook, Francisca Crispi, Constanza
Hube, Salvador Millaleo, Ramiro Ávila, Antonia Rivas.

AGRADECIMIENTOS

Este libro y el seminario en el cual se basa fueron fruto de un trabajo colaborativo en condiciones adversas. En medio de la pandemia del Covid-19 y en los albores del proceso constituyente chileno se pensó en crear un espacio de reflexión sobre uno de aquellos que podríamos denominar “grandes temas” que sin duda ocuparán a la convención constitucional: el derecho a la salud. La idea inicial pudo traducirse en un seminario de primer nivel gracias al trabajo comprometido de cuatro entidades: la Vicepresidencia del Senado, el O’Neill Institute for National and Global Health Law de la Universidad de Georgetown, la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, y Sarmiento & Walker abogados. Asimismo, muchas personas concretas estuvieron detrás de la materialización de este valioso encuentro. Cabe agradecer especialmente el respaldo brindado por la Senadora Adriana Muñoz, el Senador Rabindranath Quinteros Lara, la Senadora Carolina Goic y el Senador Alfonso De Urresti. También quisieramos agradecer a Óscar Cabrera y a todo el equipo del O’Neill Institute de la Universidad de Georgetown por su minucioso trabajo desde que la idea del seminario recién comenzaba a fraguarse. La labor de patrocinio y apoyo comunicacional brindado por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado también fue determinante para el éxito del seminario. Dirigimos nuestros agradecimientos especiales a la decana de dicha casa de estudios, la profesora Miriam Henríquez. Finalmente, agradecemos a todo el equipo de Sarmiento & Walker abogados, que colaboró permanentemente a lo largo de todo el proceso, desde la preparación del seminario hasta la confección de la presente publicación.

Claudia Sarmiento Ramírez
Fernanda Umbach Montero
Pascual Cortés Carrasco

Compiladores

Introducción

La presente publicación sistematiza las intervenciones de los y las ponentes del seminario “¿Cómo debe incorporar una nueva constitución el derecho a la salud?”, organizado por O’Neill Institute, la Universidad Alberto Hurtado, el Senado de la República de Chile y Sarmiento & Walker Abogados. Durante el 3 y el 4 de diciembre de 2020, y a través de medios telemáticos producto de la pandemia mundial que nos ha estado afectando, pudimos asistir a un debate del más alto estándar donde se analizaron distintas aristas del derecho a la salud y cómo éstas podrán, o no, estar presentes en el seno de la Convención Constitucional.

El seminario contó con la participación de las y los expositores Víctor Abramovich, Lucas Sierra, Alejandra Zúñiga-Fajuri, Christian Courtis, Roberto Gargarella, José Francisco García, Silvia Serrano Guzmán, Óscar Cabrera, Adila Hassim, Sergio Verdugo, Rodrigo Uprinsky, Rebecca Cook, Francisca Crispy, Constanza Hube, Salvador Millaleo, Ramiro Ávila y Antonia Rivas. Además, contó con las palabras de bienvenida del Senador Rabindranath Quinteros, la Senadora Carolina Goic, la Senadora Adriana Muñoz, el Senador Alfonso De Urresti, y la Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado Miriam Henríquez.

Cada uno(a) de estos(as) connotados(as) académicos(as) y profesionales respondió a la pregunta sobre qué incorporar en la nueva constitución en materia de salud, pero desde distintos puntos de inflexión: ¿cómo proteger el derecho a la salud en la nueva constitución? ¿Qué experiencias existen en otros países y en el continente? ¿Cuál es el rol de los tribunales de justicia en este ejercicio? Junto a

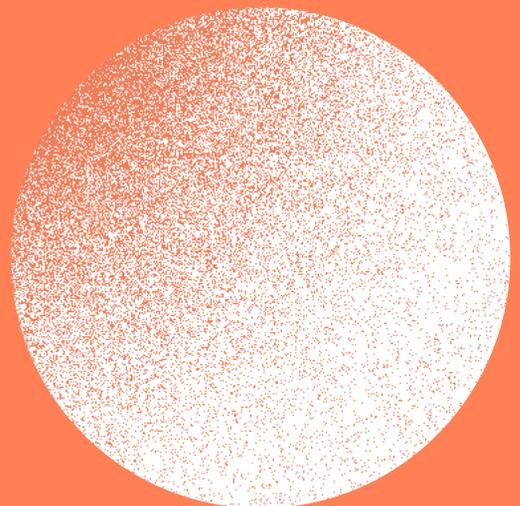
estas interrogantes generales se cubrieron también debates específicos en torno al estatus constitucional de los derechos sexuales y reproductivos y de los derechos de los pueblos originarios en relación con el derecho a la salud. Estos son los temas que animaron la discusión en los cinco paneles que conformaron el seminario. Los cinco capítulos que estructuran la presente publicación siguen, entonces, esa misma estructura. En lo que sigue rescatamos algunas de las principales ideas vertidas en cada panel.

El panel inaugural abordó la pregunta general por la consagración del derecho a la salud en la constitución política. El primer panelista, Víctor Abramovich, examinó los principales rasgos del derecho a la salud, a la luz de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, destacando dos ideas centrales: por una parte, la idea de la salud como bien público bajo responsabilidad del Estado, responsabilidad que incluye responder por la organización de la salud pública y privada por medio de tres funciones esenciales (de regulación, de monitoreo y fiscalización), y, por otra parte, la idea de la salud entendida como servicio de cobertura universal y enfoque diferenciado. Lucas Sierra, el segundo panelista, defendió la importancia de arribar a una consagración constitucional del derecho a la salud que evite desacoplar poder y responsabilidad fiscal. Para él, un mal diseño es aquel que desvincula ambas cuestiones, entregando poder, por ejemplo, a los jueces, de manera desacoplada de la responsabilidad fiscal. Además de esta consideración, la consagración constitucional del derecho a la salud debiera facilitar la construcción de un esquema de política pública cuyo objetivo

protección de los derechos sexuales y reproductivos no puede ser en ningún caso absoluta y debe equilibrarse con otros derechos fundamentales que reconoce la Constitución vigente, como lo es la libertad de enseñanza.

El quinto y último panel analizó el derecho a la salud de los pueblos indígenas. Salvador Millaleo, el primer expositor, comenzó apuntando que en esta discusión se debe reconocer una tensión epistemológica, entre la medicina occidental moderna, que asume una dicotomía entre lo normal (la salud) y lo patológico (la enfermedad), y los saberes indígenas que no ven tal dicotomía, sino que entienden la salud y la enfermedad como nociones plenamente relacionadas. Una nueva Constitución, para Salvador Millaleo, debiera reconocer la salud indígena y favorecer una conversación intercultural entre ésta y la medicina occidental, como elementos integrantes de un sistema de salud. A partir de esa base constitucional, el ordenamiento jurídico estará en mejor posición de resolver problemas como la falta de reconocimiento y protección del conocimiento médico indígena, la necesidad de financiamiento de prácticas médicas tradicionales, la discriminación hacia los practicantes indígenas y la amenaza creciente de los medios de sanción. Luego, Ramiro Ávila expuso algunos comentarios generales sobre el derecho a la salud, para luego centrar su atención en la noción de interculturalidad y translegalidad como claves para articular distintos sistemas jurídicos y distintos saberes –el occidental y el indígena– en materia de salud. Ramiro Ávila también destacó la importancia de estructurar una institucionalidad de protección de los derechos y ofreció algunas reflexiones a partir

del proceso constituyente ecuatoriano (2007-2008). Finalmente, Antonia Rivas recalcó que el derecho a la salud de los pueblos indígenas debe pensarse desde una perspectiva de interculturalidad, entendiendo ésta como un proyecto político que nos habla sobre la interacción entre culturas híbridas e interdependientes. Esta perspectiva intercultural será valiosa en la elaboración de una nueva constitución, no sólo respecto de las problemáticas propias de los pueblos indígenas, sino que también para nutrir nuestra forma de entender el Estado. Antonia Rivas sostuvo que, junto con consagrar la plurinacionalidad del Estado, el derecho a la autodeterminación y los derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas, se puede pensar en el derecho a la salud indígena, pero siempre considerando su conexión con otros derechos relevantes.



Expositores

CONSAGRACIÓN
DEL DERECHO A
LA SALUD EN LA
CONSTITUCIÓN
POLÍTICA

PANEL 1

Víctor Abramovich pág. 10

Lucas Sierra pág. 20

Alejandra Zúñiga-Fajuri pág. 28

Christian Curtis pág. 36

Roberto Gargarella pág. 49

José Francisco García pág. 56

Silvia Serrano Guzmán pág. 65

Óscar Cabrera pág. 76

Adila Hassim pág. 86

Sergio Verdugo pág. 93

Rodrigo Uprinmy pág. 103

Rebecca Cook pág. 112

Francisca Crispi pág. 125

Constanza Hube pág. 134

Salvador Millaleo pág. 145

Ramiro Ávila pág. 156

Antonia Rivas pág. 166

MECANISMOS DE
PROTECCIÓN:
NACIONALES E
INTERNACIONALES

PANEL 2

EXPERIENCIA
COMPARADA

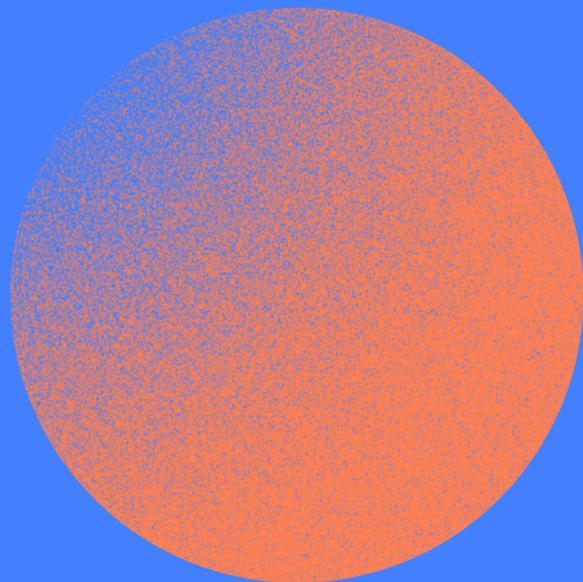
PANEL 3

DERECHOS
SEXUALES Y
REPRODUCTIVOS

PANEL 4

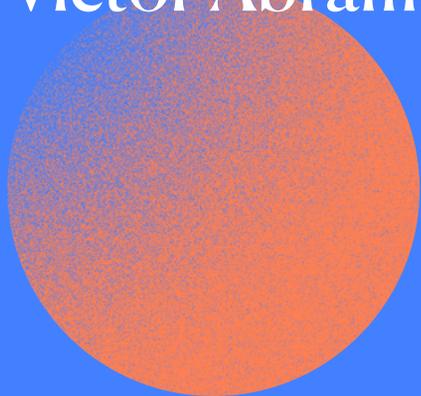
PUEBLOS
INDÍGENAS

PANEL 5



Consagración del derecho a la salud en la constitución política.

Víctor Abramovich



1



PANEL 1

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Maestría en derechos humanos de la Universidad Nacional de Lanús. Fue miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA entre 2006 y 2009

y Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas en Derechos Humanos del Mercosur entre 2010 y 2015. Se desempeña, desde 2015, como Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Bio

Mi intención es realizar un aporte muy puntual, que es describir algunos desarrollos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en lo sucesivo, “Sistema Interamericano”) de la Organización de Estados Americanos (en lo sucesivo, “OEA”) en relación con el derecho a la salud. Este sistema tiene un desarrollo incipiente en la materia, de alrededor de unos 10 casos en los últimos años. Si bien pueden parecer pocos casos, la verdad es que son importantes, por dos motivos principales. Por una parte, porque en otros sistemas regionales son escasos los organismos internacionales con competencia para resolver cuestiones de aplicación directa del derecho a la salud. Por otra parte, porque los estándares del Sistema Interamericano funcionan como guía de interpretación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos a nivel interno (en lo sucesivo “Convención Americana”).

En términos generales, en una primera etapa, el Sistema Interamericano consideró casos vinculados con el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida y a la integridad física. Más recientemente, se ha interpretado el derecho a la salud como un derecho social autónomo y justiciable. Esta última tendencia se ha desarrollado a partir del artículo 26 de la Convención Americana y la vinculación con la Carta de la OEA.

En los desarrollos del derecho a la salud, el Sistema Interamericano ha considerado tres dimensiones para dar cuenta del alcance de este derecho: (1) el derecho a la salud como una libertad negativa, es decir, como un derecho vinculado a la autonomía y a la no injerencia del Estado; (2) el derecho a la salud como derecho prestacional, esto es, el derecho de acceso a prestaciones concretas; y, (3) el derecho de acceso a acciones estatales de política pública, con sus respectivas regulaciones y fiscalización. En esta presentación voy a abordar fundamentalmente la cuestión referida a esta tercera dimensión, a saber, el derecho a acciones estatales.

En relación con las acciones estatales en materia de salud, hay dos ideas que quisiera enunciar para estructurar mis reflexiones. Considero que son dos claves desarrolladas desde el Sistema Interamericano y que son concordantes con el criterio de otros organismos de protección de derechos humanos de relevancia regional, como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y como la Organización Panamericana de la Salud (OPS), por ejemplo. La primera idea clave es aquella que nos indica que la salud es un bien público bajo responsabilidad de los Estados, y la segunda, es la idea del servicio de salud como un servicio que tiene que apuntar a la cobertura universal, pero al mismo tiempo incorporar enfoques diferenciados. La primera idea está vinculada fundamentalmente con las funciones y la responsabilidad de los Estados, en relación con la salud. La segunda idea vincula el derecho a la salud y los servicios de salud con los debates más amplios sobre igualdad, tanto igualdad de oportunidades como igualdad de posiciones.

La idea de la salud como un bien público, es un desarrollo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, "Corte IDH") realiza desde dos casos, Ximenes Lopes contra Brasil¹ y Gonzales Lluy contra Ecuador². En esos casos se discutía la posible responsabilización internacional de los Estados por deficiencias en prestaciones de salud realizadas por particulares. Lo que dice la Corte en esos precedentes es que la incorporación de prestadores particulares en los sistemas de salud no desvincula al Estado de su responsabilidad y que la salud es fundamentalmente un bien público que es objeto de protección del Estado. Cuando hablamos de responsabilidad del Estado, en relación con ese bien público que es la salud, la Corte Interamericana se refiere fundamentalmente a la función de rectoría que deben tener los Estados nacionales en relación con los sistemas de salud. Es decir, el Estado tiene una función de organización, de ordenamiento y de coordinación de los

1. Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia 4 de julio de 2006. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

2. Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

distintos subsectores –o incluso jurisdicciones– involucradas en la protección de la salud.

Esta conceptualización me parece interesante, porque lo vinculo también con una idea muy arraigada en los documentos, por ejemplo, de la Organización Panamericana de la Salud (“OPS”, en lo sucesivo). Dicha organización, en un documento reciente, de diciembre del 2019 sobre equidad en salud, aborda la cuestión de la salud como sistema público bajo responsabilidad del Estado. También examina cláusulas constitucionales en varios países de la región y reformas constitucionales relativamente recientes, que incorporan esta idea del sistema público de salud o el servicio público de salud. Por ejemplo, menciona la Constitución brasileña de 1988 que habla de un sistema único de salud bajo la responsabilidad del Estado; la Constitución boliviana de 2009 que tiene la misma configuración, es decir, sistema único de salud bajo responsabilidad del Estado; la Constitución colombiana del 1991 que, además de hablar del derecho a la salud, dice que el sistema de salud está organizado bajo la perspectiva del servicio público, lo cual también le da al Estado una función central de rectoría y de organización. El documento aborda incluso leyes y normas complementarias o reglamentarias de normas constitucionales que también tienen esa configuración. Por ejemplo, en Argentina, desde el año 1988, una ley crea un Sistema Nacional del Seguro de Salud, bajo la rectoría del Estado Federal, y en Uruguay, en 2007 se crea un Sistema Nacional Integrado de Salud, bajo la rectoría del Estado. ¿Qué quiero decir con esto? Me refiero a que se ha ido desarrollando la idea de un sistema público de salud que puede tener subsectores –por ejemplo, un sector subsector de gestión privada, un subsector de gestión pública, un subsector de gestión por instituciones de la Seguridad Social– pero que es un único sistema coordinado bajo la responsabilidad fundamental del Estado.

Otra cuestión relevante que me parece que surge de este concepto de la salud como bien público, o como servicio del sistema público, es la enumeración de funciones esenciales de los Estados en materia de salud pública. La OPS tiene un documento del año 2000 sobre once funciones esenciales de la salud pública. Algunos textos constitucionales, por ejemplo la Constitución colombiana, enumeran funciones esenciales. La Corte IDH, en estos precedentes que mencionaba, Ximenes Lopes y Gonzales Lluy, analiza tres funciones esenciales del Estado, la función de regular, la función de supervisar, y la función de fiscalizar.

Cuando la Corte aborda la *función de regular*, la relaciona con el deber de garantía de los Estados (esto es, el deber de organizar la estructura

del poder público para resguardar el ejercicio de los derechos y que está vinculado con otros deberes específicos), el deber de prevención de futuras violaciones (evitando la materialización de violaciones), y la obligación de protección (esto es, el deber del Estado de proteger frente a la acción de actores no estatales o de particulares). Cuando la Corte habla del deber de regulación en materia de salud se refiere no solo a la configuración normativa de derechos y obligaciones, sino también en un sentido más amplio, a la función de formular, organizar y conducir la política sanitaria, fijando reglas precisas –jurídicas, técnicas y administrativas– vinculadas al funcionamiento del servicio y al alcance de las prestaciones de salud, tanto públicas como privadas.

En un caso de la Corte IDH, I.V. con Bolivia³, parece interesante simplemente mencionar cómo aparece este deber de regulación. En este caso se discutía una práctica médica de esterilización forzosa en un hospital del sistema público de salud en Bolivia. Una mujer que había sufrido esa práctica sin su consentimiento, incluso cuando estaba en medio de una anestesia, inmediatamente después del parto. Se analiza la negligencia del servicio y del equipo médico, lo que de por sí ya determinaba la responsabilidad del Estado. Sin embargo, me parece interesante que la Corte decide no quedarse únicamente en la cuestión de la mala praxis médica o de la práctica médica de esterilización forzada, sino que analiza en qué medida esa práctica médica es parte de una deficiencia general en la manera que está organizado el servicio. Se analizó, en concreto, cuáles son los protocolos de actuación en relación con el consentimiento previo libre e informado y en especial el consentimiento previo libre e informado respecto de prácticas médicas vinculadas con la salud sexual y reproductiva. Se llega a la conclusión de que esas normativas eran ineficaces, ambiguas, abiertas, y permitían un margen de acción que generaba una práctica que no se daba sólo en este caso, sino quizá en varios casos más, de desplazar la voluntad de las mujeres en la aplicación de técnicas de esterilización.

Para la Corte IDH, esa deficiencia en la organización del servicio evidencia un incumplimiento del deber de regulación, vinculada a la obligación de garantía. A eso me refiero cuando hablo de la función de regulación: el Estado tiene la función de regular y el déficit en la regulación o la omisión en la regulación, incluso respecto del propio sistema público, pueden configurar una responsabilidad por incumplimiento del deber de garantía. Cabe decir que la Corte IDH también ha tendido a vincular la facultad de regulación con las obligaciones mínimas que establece el Comité de Derechos Económicos, Social y Culturales de Naciones

3. Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, I.V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_329_esp.pdf

Unidas (en adelante también, "Comité DESC"), en materia de salud. Otra cuestión que me parece muy relevante, cuando hablamos de deberes de regulación, es que nos estamos refiriendo a una función del Estado que implica fijar un marco de actuación de las entidades privadas que se involucran en los sistemas públicos de salud, bajo la idea de que no hay un sistema público y un sistema privado, sino que el sistema de salud es esencialmente público y puede tener un subsector de gestión privada sujeto a la facultad de regulación estatal. En esos dos casos que mencionaba, Ximenes Lopes y Gonzales Lluy también se toca este aspecto. En Ximenes Lopes estamos hablando de una institución privada que alojaba a personas con problemas de salud mental, donde habían procesos de internación psiquiátrica, pero que actuaba básicamente por delegación del sistema de salud público brasileño. En el caso Gonzales Lluy era una institución privada que gestionaba un banco de sangre, sobre todo en los albores de la epidemia del VIH/SIDA en Ecuador, con toda la connotación que tenía la gestión de ese tipo de institución y el efecto que podría tener sobre la reproducción de la epidemia. En ambos casos la Corte IDH consideró que el Estado era responsable del déficit de actuación de esas instituciones privadas por dos motivos: en primer lugar, por considerar que esas instituciones privadas estaban actuando en ejercicio de capacidades estatales, por delegación de funciones propias de la autoridad estatal; y, en segundo lugar, porque estaban actuando sujetas al marco de regulaciones y de fiscalización de la autoridad del Estado, de manera que el déficit regulatorio de fiscalización determinaba la posibilidad de atribuir responsabilidades al Estado.

Me parece interesante este concepto que he desarrollado de funciones de regulación e incluso la posibilidad de que este tipo de función esencial esté consagrada en una norma constitucional porque sabemos que uno de los grandes debates en los sistemas de salud que tienen subsectores o subsistemas de gestión privada es el alcance de las facultades regulatorias frente a lo que son las reglas de autonomía contractual y los contratos privados. Acá entra un poco en tensión la lógica comercial de la prestación del servicio e interés de lucro de las empresas involucradas, por ejemplo, empresas aseguradoras de servicio, con el orden público involucrado. Por eso la idea de la salud como bien público me parece que es determinante en la posibilidad de establecer esa función regulatoria.

Lo que observamos a nivel de los sistemas comparados, sobre todo cuando hablamos de los sistemas únicos y públicos de salud con la función de rectoría del Estado, es el desarrollo de una amplia legis-

lación reglamentaria que importa básicamente una limitación de la autonomía contractual. Hablamos de contratos, pero hablamos de contratos intervenidos donde el derecho social fundamental a la salud irradia en las relaciones entre particulares y configura una suerte de orden público indisponible. Esas regulaciones abordan problemáticas muy específicas, desde el alcance de las prestaciones, por ejemplo, estableciendo paquetes de prestaciones básicas, reglas en materia de rehabilitación de personas con discapacidad, condiciones a los límites de cobertura, reglas vinculadas con el precio de los servicios y con los mecanismos de actualización, modificaciones del precio de los servicios, reglas sobre períodos de carencia, preexistencias, objeción de conciencia. Incluso hay sistemas que proveen de pautas interpretativas, trayendo criterios del derecho del consumidor que llevan a considerar estos contratos como contratos de adhesión con cláusulas predisuestas donde una regla de interpretación básica es presuponer una asimetría de poder de negociación y de información. Esto último puede tener como consecuencia, por ejemplo, interpretar siempre en favor del adherente y nunca a favor del predisponente de esas de esas cláusulas, más allá de que también sea propio de la reglamentación legislativa aclarar la configuración de la salud como bien público, como sistema público bajo responsabilidad del Estado.

Hemos revisado con cierto detalle la función de regulación, pero como anticipaba, hay otras dos funciones identificadas por la Corte IDH: la *supervisión* y la fiscalización. Cuando se habla de supervisión se hace referencia, básicamente, al monitoreo a través de agencias competentes tanto de la situación de riesgo sanitario como de evaluación del propio sistema de salud, con sus distintos componentes. Para eso es muy importante el desarrollo que se plantea tanto desde el Sistema Interamericano como desde el Sistema de Naciones Unidas sobre obligaciones concretas de producción y disponibilidad de información pública, obligaciones de transparencia activa, y también obligaciones de participación social y comunitaria. Incluso cuando uno mira las funciones esenciales del Estado en materia de salud identificadas por la OPS, hay algunas vinculadas con la producción de información y con la apertura de espacios de participación, porque la información pública –pero también la consulta con las comunidades involucradas en las prestaciones de salud– es clave para poder tener un monitoreo de la eficacia, de la idoneidad y también de los problemas de implementación de las políticas sanitarias y el funcionamiento de los servicios.

La última cuestión, la *fiscalización*, está vinculada al establecimiento de mecanismos de responsabilización y de rendición de cuentas, me-

canismos administrativos, pero también mecanismos jurisdiccionales o garantías jurisdiccionales. El Sistema Interamericano tiene también una jurisprudencia interesante sobre tutela judicial efectiva y debido proceso en procedimientos judiciales, ya sean acciones de tutela o acciones de responsabilidad civil o penal, vinculada con la protección de la salud. Aquí se encuentra un desarrollo específico sobre la idea de ajustes razonables en los procedimientos vinculados, por ejemplo, con el acceso a prestaciones en materia de discapacidad.

De lo dicho hasta se puede concluir que hay tres funciones –la regulación, la supervisión y la fiscalización– que son funciones inherentes de esfera ampliada de responsabilidad del Estado. Esta esfera de responsabilidad está vinculada no sólo con los déficit de prestación del servicio como gestión del propio Estado, sino también con la gestión de los subsectores con los cuales el Estado ejerce esa función de rectoría, coordinación y regulación.

Junto con estas tres funciones esenciales a las que he hecho referencia, me interesa examinar la idea del servicio de salud como un servicio universal, pero al mismo tiempo con enfoques diferenciados. Acá me parece que también confluyen los sistemas de protección de Derechos Humanos con las organizaciones especializadas, por ejemplo, la CEPAL o la OPS, que en documentos muy recientes –incluso vinculados con el escenario post pandemia del COVID-19– plantean la necesidad de universalizar los servicios de salud y de seguridad social como estrategias para garantizar mejoras en términos de igualdad en un escenario de crisis social y de desigualdad como el que está viviendo toda la región, que se ha agravado como resultado de la pandemia.

Acá también la idea de cobertura universal y equitativa está muy vinculada con los conceptos de accesibilidad que desarrolla el Comité DESC, en particular el concepto de asequibilidad, esto es, la idea de que el costo económico no configure una barrera en el acceso a las prestaciones de salud. Y es un tema clave que tiene que ver con el reconocimiento del derecho a la salud como un derecho social y con el reconocimiento de una suerte de igualdad de posición. Dicha igualdad de posición implica evitar diferencias vinculadas con los ingresos o las condiciones de vida que afecten la condición misma de la ciudadanía social y tratar de construir sociedades más igualitarias, donde no solo esa movilidad social, sino también de las brechas, las distancias entre sectores sociales, sean lo más cortas posibles. Esta idea está detrás del fundamento mismo de la noción del derecho social y de pensar la salud y la Seguridad Social como derechos sociales.

La idea del sistema universal de salud se complementa también con la idea de enfoques diferenciados, es decir, plantear cobertura universal, pero al mismo tiempo dar cuenta de grupos en situación de mayor vulnerabilidad en el acceso a la salud y desarrollar políticas adecuadas vinculadas con la protección de esos grupos. Algunos ejemplos de ese enfoque diferenciado son que en algunos casos se analiza cómo ciertos grupos sufren distintos factores que agravan, que se engloban y afectan el acceso a las prestaciones de salud. Se habla, así, de discriminación múltiple o intersectorial. En otros casos, se analiza cómo hay injusticias de reconocimiento de estereotipos negativos que afectan el acceso a las prestaciones de salud como ocurrió en el caso I.V. con Bolivia. Allí aparecía la cuestión de estereotipos negativos de género y la configuración de prácticas de violencia de género. En otros casos se definen grupos que requieren protección especial, como ocurre con personas mayores. Es interesante, en este sentido, considerar que la Convención del OEA sobre personas mayores establece el concepto de prohibición de discriminación por edad en la vejez. También es importante tener en consideración que el Sistema Interamericano incorpora el concepto de discriminación indirecta, esto es, el análisis de prácticas políticas o reglas institucionales, incluso contractuales, que pueden ser en apariencia neutrales, pero que tienen como efecto o resultado un impacto gravoso desproporcionado sobre grupos en situación de desigualdad.

Para concluir, entonces, son dos las principales ideas que me parece especialmente importante tener en cuenta al pensar en el derecho a la salud. Por una parte, el sistema de salud como un sistema público bajo la responsabilidad del Estado que determina funciones y responsabilidades estatales. Por otra parte, tenemos la necesidad de articular y equilibrar la cobertura universal de salud con enfoques diferenciados para vincular adecuadamente esos servicios de salud con la igualdad de oportunidades pero también con la igualdad de posiciones.

La primera idea clave es aquella que nos indica que la salud es un bien público bajo responsabilidad de los Estados, y la segunda, es la idea del servicio de salud como un servicio que tiene que apuntar a la cobertura universal, pero al mismo tiempo incorporar enfoques diferenciados. La primera idea está vinculada fundamentalmente con las funciones y la responsabilidad de los Estados, en relación con la salud. La segunda idea vincula el derecho a la salud y los servicios de salud con los debates más amplios sobre igualdad, tanto igualdad de oportunidades como igualdad de posiciones.



Lucas Sierra



2



PANEL 1

La materia que convoca a este encuentro nos pone de lleno en lo que, probablemente, va a ser una de las cuestiones más debatidas en la deliberación constituyente que vamos a iniciar: la incorporación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo sucesivo, “DESC”) a una futura Constitución. El derecho a la salud es indiscutiblemente uno de ellos, junto con el derecho a la educación y, tal vez, el derecho a la vivienda, entre otros posibles. Todos tienen una característica común: pueden generar un intenso efecto redistributivo. Todos los derechos cuestan dinero, como todo o casi todo en la vida pública. Los derechos políticos y sociales tienen un costo y, también, un efecto redistributivo, pero los DESC, como bien lo saben mis colegas en este panel, tienen un efecto intensamente redistributivo y eso abre una serie de desafíos desde el punto de vista del diseño institucional y del orden de la comunidad política.

La pregunta de este panel es ¿cómo se debe incorporar un derecho a la salud? Adelanto desde ya un intento de respuesta: a mi juicio, se debe incorporar de la manera en que se deben incorporar todos los DESC, esto es, de un modo que intente acoplar, o más bien, evite en la medida de lo posible desacoplar, poder y responsabilidad. Un mal diseño es uno que desacopla estas dos cuestiones entregando

poder, por ejemplo, a una Corte, a la judicatura, y desacoplando ese poder de la responsabilidad, típicamente de la responsabilidad fiscal. Además, tiene que incorporarse de una manera que no entorpezca, sino que facilite la posibilidad de que se vaya construyendo un esquema de política pública cuyo objetivo principal sea el acceso y cobertura universal de salud para todas las y los habitantes de la República. Este es un objetivo que la Organización Mundial de la Salud ha planteado como un desafío de cualquier sistema de salud: acceso y cobertura universal, definiéndolo como “el aseguramiento de que todas las personas reciban los servicios sanitarios que necesitan sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos.”⁴ También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1968, que ha sido suscrito por Chile, tiene un Art. 12° que, en un sentido parecido, establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, entre otros, “creando las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”⁵

Con todo, hay que tener presente el hecho de que no hay una relación necesaria entre, por una parte, la consagración constitucional de los derechos, en general, y de la salud, en particular; y, por la otra, el desarrollo, desempeño o eficiencia con que operan los sistemas que proveen las prestaciones que son objeto de tales derechos. Así, por ejemplo, en Holanda y el Reino Unido es poco o nada lo que constitucionalmente se dice respecto al derecho a la salud. Por otra parte, Brasil y Colombia, como ya nos contaba Víctor Abramovich, son exuberantes constitucionalmente en estas materias y sus rendimientos son bastante difíciles de ser comparados. Por esto, no basta la mera consagración de un derecho, por muy enjundiosa que sea, para la eficacia práctica o los resultados prácticos que el sistema institucional entrega a las personas en relación con esos derechos.

La situación en Chile respecto del desempeño del sistema de salud, según las estadísticas y los datos que nos entrega la OCDE, especialmente para los años 2019 y 2020, es, en general, algo mejor que la de los países de la región. Sin embargo, Chile está todavía lejos de alcanzar los niveles de acceso, cobertura y calidad de los países más desarrollados. Por ejemplo, Chile tiene un elevado gasto de bolsillo en salud (entendiendo por este gasto el que hacen las personas que no es cubierto por los sistemas previsionales de salud), llegando a un 34%, lo que es similar al promedio de América Latina y el Caribe, pero por sobre el promedio de la OCDE, que es 21%. Por otro lado, el

4. Definición disponible en: https://www.who.int/universal_health_coverage/es/.

5. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382>.

promedio de días de espera para cirugías no electivas en Chile es alto si se le compara con los países desarrollados de la OCDE. Todo esto limita el acceso oportuno a las acciones de salud, sean preventivas, curativas, paliativas, o de rehabilitación. Sin embargo, algo se ha ido avanzando en Chile en esta materia, y una prueba dura ha sido el comportamiento del sistema, en una cooperación público-privada, a propósito de la pandemia del COVID-19.

Ahora bien, ¿cómo se ha ido incorporando en Chile la salud como derecho? Los primeros antecedentes son del siglo XIX, cuando había una preocupación por la higiene, asociada a las municipalidades, una cuestión vinculada, pero distinta, a la salud como derecho. Nos vamos aproximando a esta última idea a partir de la Constitución de 1925, la cual, en su artículo 10, numeral 14, establecía la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a la de su familia. El mismo artículo entregaba a la ley esta organización, y después, en la misma disposición, establece que: “es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país”. Hay una gran preocupación por las condiciones higiénicas, algo que se entiende en el contexto de la época. En la parte final del mencionado artículo se consagraba la obligación del Estado de financiar al Servicio de Salud: “deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un Servicio Nacional de Salubridad.”

Luego, con las reformas constitucionales de los años 1970 a 1971, se van perfilando y enfatizando estas ideas, vinculadas al derecho a la seguridad social. Esto es importante porque hoy sigue de alguna manera así la regulación constitucional de la salud, es decir, vinculada a la seguridad social, algo que parece no es exclusivo de Chile, como nos contaba Víctor hace unos minutos.

Es interesante apuntar que en la Constitución vigente, que ha sido sometida a más de 50 procesos de reforma, el derecho a la protección de la salud no ha sido modificado, se trata de una de las pocas partes de la Constitución en que se mantiene el texto original de 1980. Respecto de esta misma Constitución, cabe también notar que la acción judicial que establece para garantizar el derecho a la salud está limitado a un aspecto muy puntual de éste, que es la libertad de elección entre un sistema de salud u otro, esto es lo único que cubre la acción cautelar en este punto, que en Chile se llama acción de

protección: sólo cautela la capacidad de elegir libremente entre un sistema estatal o uno privado de salud.

Como ya se mencionó, la salud sigue constitucionalmente vinculada al derecho a la seguridad social. El artículo 19, numeral 18, establece que “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos 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”. Con todo, la acción de protección no ampara dicho numeral. Probablemente, esto será un antecedente que se va a tener en cuenta en la deliberación constituyente.

Sin embargo, hay al menos dos sentencias importantes del Tribunal Constitucional chileno (que no es competente para conocer acciones de protección –lo es la judicatura ordinaria–, pero tiene amplia competencia de control de constitucionalidad), que vinculan ambos conceptos: salud y seguridad social. Una es de 2008 y la otra de 2010.⁶ Por ejemplo, el año 2010 el Tribunal Constitucional sostuvo:

(...) el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la protección de la salud (artículo 19, N°9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N°18).⁷

En el fallo de 2008, el Tribunal Constitucional señaló textualmente:

Que el legislador comprendió bien el vínculo de la seguridad social con el derecho a la protección de la salud, evidencia de lo cual es que, en el artículo 92 del DL. N° 3.500, de 1980, contempló la cotización del 7% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores para contribuir al financiamiento de las prestaciones exigidas para la satisfacción de uno y otro de esos atributos esenciales de la persona.⁸

Ahora bien, ¿cuáles son las cuestiones que yo creo relevantes respecto de la pregunta que convoca a este a este panel? ¿Cómo se debe consagrar el derecho a la salud en la futura Constitución? Bueno, creo que se debe hacer teniendo algunas cosas a la vista. Una, considerando la historia del desarrollo jurídico e institucional en torno a estas materias.

6. Se trata de la sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 1287 de 12 de diciembre de 2008 y de la sentencia Rol N° 1710, de 6 de agosto de 2010.

7. Considerando centésimo trigésimo primero de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710 de 2010.

8. Considerado vigésimo séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287 de 2008.

Se ha venido construyendo un edificio que tiene ciertas bases sólidas, sobre las cuales hay que seguir trabajando. Otra cuestión que es clave, y no solamente respecto de la salud, sino que respecto de todos los otros derechos que –como decía al principio– tienen o pueden tener un efecto altamente redistributivo, es el mecanismo de tutela que se les va a dar. Hay distintos ejemplos en el mundo. Uno puede ser el de la Constitución Suiza de 1999, que consagra los contenidos de estos derechos como objetivos de la política, es decir, como mandatos a los legisladores y no a los jueces. En el otro extremo podría estar el caso colombiano, cuya Constitución tiene en muchas partes referencias a la salud: a la salud general, a la salud de los jóvenes, a la recuperación de los adictos; es decir, hay una regulación constitucional exuberante de la salud. Su tutela se entrega a los jueces, quienes pueden apelar directamente al texto constitucional en esta tarea. Y hay un punto intermedio entre esos dos ejemplos, que a mí me parece especialmente interesante para el caso chileno. Es el caso de la Constitución española, que otorga acción judicial para la cautela de los DESC, pero limita la premisa normativa que los jueces pueden usar en estas decisiones a la ley y a los reglamentos, no a la Constitución directamente.

Creo que aquí hay una vía, una señal útil e interesante para la regulación de la salud y otros DESC en la futura Constitución, una vía que permite neutralizar o reducir el riesgo de desconexión entre poder y responsabilidad (fiscal), a lo que me referí al inicio de estas palabras. Un caso como el colombiano es bastante aleccionador en este sentido, al punto que tuvieron que incorporar a la Constitución cláusulas de responsabilidad fiscal y distintos mecanismos en concordancia con ese fin, alrededor de los años 2010-2011. Entonces, yo miraría el caso español.

Así, la mecánica procesal y orgánica que se defina en torno a los DESC, el derecho a la salud entre ellos, debería diseñarse de tal manera que el razonamiento jurisdiccional se base en las leyes y reglamentos, no en la Constitución directamente. La textura semántica tan abierta, que los preceptos constitucionales suelen tener, permite bastante discrecionalidad judicial. Esta discrecionalidad, como se viene diciendo, arriesga el peligro de desconectar poder y responsabilidad. Al remitir el razonamiento de adjudicación a la ley y a los reglamentos, además, se honra el principio democrático en el sentido de mantener este tipo de decisiones que, insisto, tienen un alto contenido redistributivo, en el parlamento, como máximo organismo representativo de la sociedad. Esto es, en el foro de la democracia y no en el espacio contra-mayoritario de los tribunales.

Ésta, diría yo, debería ser la forma de consagrar el derecho a la salud, poniendo cuidado, además, en que la Constitución no rigidiza la estructura del sistema de salud orgánicamente, como ocurre en algunos de los ejemplos que nos daba Víctor hace un minuto. La Constitución de establecer criterios generales, principios generales, una forma razonable de tutela y dejar que sea la legislación democrática y las autoridades que tienen responsabilidad democrática y política –y que se juegan esa responsabilidad cada ciclo electoral–, las que vayan dándole contenido y efectos al derecho a la salud, a la luz de las condiciones posibles y teniendo a la vista los costos alternativos que todas las decisiones envuelven.

¿Cómo se debe incorporar un derecho a la salud?

Adelanto desde ya un intento de respuesta: a mi juicio, se debe incorporar de la manera en que se deben incorporar todos los DESC, esto es, de un modo que intente acoplar, o más bien, evite en la medida de lo posible desacoplar, poder y responsabilidad.



Alejandra Zúñiga-Fajuri



3



PANEL 1

Doctora en Derecho. Académica de la Universidad de Valparaíso e investigadora del Centro de investigación de filosofía del derecho y derecho penal, de la Universidad de Valparaíso

(CIFDE-UV). Es autora de varios libros y artículos sobre justicia distributiva y bioética. Se desempeña también como investigadora responsable de varios proyectos Fondecyt y Anillo.

Bio

Quiero comenzar enunciando algunas premisas básicas sobre el derecho a cuidados sanitarios que son objeto de discusión el día de hoy. Primero, creo que para definir y dar contenido constitucional al derecho a cuidados sanitarios, debemos intentar responder al menos algunas preguntas previamente. ¿Qué clase de bien social es el cuidado sanitario? ¿Qué principios deberían gobernar su distribución? ¿Qué tipo de servicios de cuidados sanitarios deben existir en una sociedad? Y, ¿quién debe tener derecho a ellos y sobre qué base? Segundo, en principio la distribución del cuidado sanitario no debiera quedar en manos del mercado pues, en la medida en que se trata de un recurso que influye directamente en las oportunidades de las personas para desarrollar su propio plan de vida, su distribución, creo yo, debiera responder a criterios como el de necesidad, equidad, eficiencia y responsabilidad. Tercero, es importante tener presente que aún con las deficiencias que posee el actual texto constitucional, que no permite hacerlo justiciable como ya se ha dicho y además hace depender su provisión de la capacidad de pago en muchas instancias, lo cierto es que el derecho a cuidado sanitario ha tenido una evolución verdaderamente notable en la legislación chilena en los últimos 20 años. Esa evolución, según vamos a ver, se ha producido sin hacer ningún cambio en el texto de la Constitución, lo que por cierto no es una sorpresa si

se revisa el derecho comparado, puesto que, como se sabe, no existe una relación necesaria entre lo que dispone un texto constitucional y el grado efectivo de realización del derecho al cuidado sanitario en la práctica. Cuarto, lo anterior no significa evidentemente negar la importancia de que la nueva Constitución reconozca al cuidado sanitario como derecho y, por lo mismo, le asocie determinadas garantías de cumplimiento. Así, en principio, en tanto al derecho fundamental, la nueva Constitución debiera comprender al derecho al cuidado sanitario con ciertas garantías asociadas, fundamentalmente las garantías de acceso, calidad, oportunidad y cobertura financiera, que son las que actualmente están comprendidas en el sistema de Acceso Universal de Garantías Explícitas (AUGE). Dicho esto, quisiera avanzar en algunos aspectos posiblemente polémicos en relación con el contenido eventual de un derecho al cuidado sanitario.

Aunque parte de la doctrina y normativa comparada sigue refiriéndose al derecho a la salud lo cierto es que la literatura especializada advierte que el término adecuado es “derecho a la protección de la salud” o “derecho a cuidados sanitarios”, puesto que sólo así es posible diferenciarlos de los llamados determinantes sociales de la salud, de los cuales si bien el sistema sanitario forma parte, no se pueden considerar incluidos en el derecho. Dicho de otro modo, aunque las condiciones sanitarias subyacentes, como el acceso a agua potable, una nutrición adecuada, un medio ambiente de calidad y condiciones laborales adecuadas, son importantes determinantes sociales de la salud, ellos no pueden confundirse con el derecho a cuidado sanitario. Otra razón para afinar el concepto, es que hablar de un derecho a la salud a secas establecería un estándar imposible frente a la situación de personas tan gravemente discapacitadas o enfermas que ni el cuidado médico más dedicado podría ayudarles y menos aún lograr que volvieran a estar sanas.

El derecho a cuidado sanitario, por tanto, comprendería, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), fundamentalmente y estrictamente los servicios entregados por los profesionales de la salud en establecimientos sanitarios, o similares, destinados a mantener y restaurar el funcionamiento normal. Luego, es necesario tener presente que el derecho a la protección de la salud es un derecho social particular, como se había dicho hace un momento, en la medida que se trata de un derecho que frecuentemente confronta enfermedades, discapacidades y desórdenes que no pueden ser superados incluso invirtiendo el máximo esfuerzo y los mayores recursos. Por lo mismo es bueno tener presente que que ningún sistema sanitario del mundo ga-

rantiza acceso a todos los tratamientos y medicinas disponibles en el mercado de la salud puesto que es necesario racionalizar los recursos, por medio de distintos análisis costo-beneficio, a fin de no agotar todos los recursos del Estado en la satisfacción de un solo derecho. En esta línea, los sistemas sanitarios de los países pertenecientes a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) definen, de la misma forma en que lo hizo la reforma del AUGE en Chile, un mínimo sanitario que es garantizable por el Estado, y eventualmente por los seguros privados, a fin de cubrir suficientemente aquellas necesidades sanitarias que tienen un importante efecto en las oportunidades de las personas para realizar su propio plan de vida.

De este modo, vemos que las constituciones no detallan el contenido del derecho al cuidado sanitario, sino que disponen condiciones generales sobre su provisión, garantía y financiamiento, que es lo que compone el núcleo del derecho constitucional al cuidado sanitario. Deja entonces a la ley la tarea de especificar cuáles son las prioridades sanitarias y qué tipo de cobertura habrá de asignarse a cada una de ellas, que es en Chile lo que hacen las garantías explícitas en salud.

Luego, ¿qué contenido debería tener una futura Constitución chilena en materia de cuidado sanitario? Uno de los principios que toda Constitución debería establecer, a propósito de este derecho en mi opinión, es la garantía de que el mínimo sanitario tenga alguna forma de cobertura universal. Para ello, siguiendo las recomendaciones de la OMS, me atrevo a proponer que una nueva Constitución especifique que el derecho al cuidado sanitario habrá de financiarse con impuestos generales, a fin de garantizar la imprescindible solidaridad que requiere su carácter de derecho universal e igualitario.

Ahora, aunque sé que la discusión sobre los mecanismos de protección de derechos forma parte del siguiente panel, creo que el modo en que se define un derecho en la Constitución, un derecho especial como el derecho al cuidado sanitario, puede ayudar a la judicatura a elegir mejor qué caso particular es importante resolver y cuáles en cambio debiera dejar en manos de los otros poderes del Estado. Por eso el constituyente originario debiera tener presente, al momento de legislar, el modo en que los tribunales chilenos han interpretado el derecho a cuidados sanitarios y cuáles son los principales valores y principios que les han asociado. Como vimos, para legislar en torno al derecho a la protección de la salud tenemos que acordar previamente a quién vamos a garantizar el derecho y cómo vamos a determinar el contenido del derecho, es decir, tenemos que responder derecho

para quiénes y derecho a qué. Una Constitución debiera responder a la primera cuestión, el derecho para quiénes, honrando el principio de universalidad y disponiendo que el derecho al cuidado sanitario debe garantizarse a todos por igual y sin discriminación. En cuanto a la segunda pregunta, en cambio, derecho a qué, una Constitución no puede más que derivar su regulación a la ley, pues la determinación del mínimo sanitario requiere que la autoridad correspondiente desarrolle criterios complejos técnicos, sociales, económicos, epidemiológicos, etcétera, a fin de justificar adecuadamente a la ciudadanía la inclusión o exclusión de determinadas patologías, tratamientos y medicamentos, dentro de aquello que va a constituir el núcleo exigible de derecho al cuidado sanitario.

Por ello, una nueva Constitución bien podría señalar al menos lo siguiente, siguiendo aquí ejemplos de la Constitución española o la brasileña. Podría decir: “La Constitución reconoce a todas las personas el acceso universal e igualitario a cuidados sanitarios y su financiamiento solidario. La ley establecerá el contenido de este derecho”.

¿Qué casos podrían y cuáles no podrían entonces, en principio, ser resueltos por los jueces en base a una disposición como esta? Para esto es útil revisar dos casos, basados en juicios reales llevados ante la Corte Suprema.

En el primer caso, se recurre ante los tribunales ante la negativa de un hospital público a entregar un tratamiento médico que la guía clínica respectiva, de manera arbitraria –sin criterios epidemiológicos– había reservado sólo para personas mayores de 55 años. La Corte Suprema acoge el recurso sosteniendo que si bien es cierto que el tratamiento en cuestión se refiere a personas de 55 años o más, no por ello puede quedar sin recibir atención médica una persona por tener una edad inferior a la fijada. A quien ha intentado esta acción cautelar, dice la Corte, le asiste el derecho igualitario a acceder al tratamiento médico que le ha sido prescrito. Lo que ocurre entonces es que el Tribunal cuestiona la legitimidad y constitucionalidad de una norma que restringe arbitrariamente el acceso al mínimo sanitario en atención a un criterio sospechoso, como es el de la edad del paciente. Es decir, frente a la pregunta que nos hacíamos, derecho para quienes, la norma constitucional que proponemos avanzaría a una respuesta como la siguiente: derecho para todos, de modo que las limitaciones de acceso discriminatorias, como la edad del paciente, el sexo o su estado de salud, entre otras, no podrían ser utilizadas por el legislador como mecanismo de razonamiento sanitario legítimo. Ahora, qué pasa con

la segunda pregunta, derecho a que. Nuestra propuesta de redacción vincula la respuesta a esta pregunta a la ley de modo que, en principio, los tribunales no deberían pretender revisar el contenido mismo del mínimo sanitario definido por el legislador.

El segundo caso es uno donde se le pide al Estado –y esto ha pasado en todos los países– el financiamiento del medicamento más caro del mundo, obviamente medicamentos que no están incorporados en el mínimo sanitario. Los tribunales debieran rechazar ese recurso y la razón de esto es que es el poder legislativo quien tiene el deber de definir qué proporción de los recursos totales del Estado serán destinados a asistencia sanitaria, cómo se van a distribuir sus recursos, y lo más importante, qué enfermedades, minusvalías, formas de tratamiento deben tener prioridad, en resumen, qué es lo que va a constituir el mínimo sanitario. En Chile, la ley AUGE y la ley Ricarte Soto son en general las que definen qué patologías y tratamientos forman parte del mínimo sanitario, lo que se hace en base a criterios técnicos, científicos, epidemiológicos y costo efectivo.

Luego, una adecuada redacción constitucional podría también ayudar a encauzar el rol de los tribunales en la protección del derecho a cuidado sanitario, limitando su acción a resguardar su acceso igual, sin discriminación, dejando en principio la definición del contenido del derecho al legislador. Resumiendo, una nueva Constitución debiera cuidarse de usar un lenguaje que confunda el derecho a cuidado sanitario con los determinantes sociales de la salud, es decir, que confunda el derecho a cuidado sanitario con otros derechos sociales. Una nueva Constitución también debiera dejar al legislador la determinación del contenido del derecho permitiendo que los tribunales se ocupen sólo de resolver aquellos casos en los que se vulnera el principio de igualdad.

Según lo dicho, entonces, ¿qué elementos podemos proponer para una nueva propuesta de redacción constitucional? Primero, creo que la nueva Constitución debe reconocer el derecho a la protección de la salud en tanto derecho universal e igualitario, y se debe garantizar el acceso a un seguro universal de salud sin discriminación. Segundo, una nueva Constitución debe regular el funcionamiento de los servicios públicos o privados de salud y disponer que la ley va a garantizar prestaciones básicas, uniformes, de carácter universal, con las garantías acceso, oportunidad, calidad y cobertura financieras. Tercero, la nueva Constitución debiera atreverse a disponer que el financiamiento del derecho a cuidado sanitario debe ser solidario, incluso que puede hacerse por la vía de impuestos generales, como lo hace, por ejem-

plo, la Constitución en Brasil. Cuarto, se debiera también fortalecer la atención primaria en el marco de una red integral de protección y de atención con un enfoque familiar, intercultural, comunitario y preventivo. Quinto, las políticas públicas en salud también deberían considerar un enfoque de género y promover acciones especiales para la protección de la salud integral de las mujeres, niñas y adolescentes. Por último, respecto de la relación entre el sistema público y el sistema privado, la nueva Constitución podría señalar que los seguros privados, sea que sustituyan o complementen los servicios del sistema público, deberán organizarse en base a los mismos principios que rigen la Seguridad Social, como ocurre en la mayoría de los países de la OCDE, fundamentalmente en Europa. De esta forma, se debería establecer la obligación de garantizar inscripción abierta, cobertura vitalicia, calificación comunitaria de las primas de riesgo y un paquete mínimo estandarizado de prestaciones.

Una Constitución debiera responder a la primera cuestión, el derecho para quiénes, honrando el principio de universalidad y disponiendo que el derecho al cuidado sanitario debe garantizarse a todos por igual y sin discriminación. En cuanto a la segunda pregunta, en cambio, derecho a qué, una Constitución no puede más que derivar su regulación a la ley.



Christian Courtis



4



PANEL 1

Es funcionario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, donde ha trabajado en temas de derechos económicos, sociales y culturales, desarrollo sostenible y género, entre otros. Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y ha sido profesor visitante e invitado en universidades de América latina, Estados Unidos y España. Ha sido

consultor de la Organización Panamericana de la Salud, la CEPAL, la OIT, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y director del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra). Ha publicado libros y artículos sobre derechos humanos, teoría del derecho y teoría constitucional.

Antes de saltar directamente a cómo debería ser la regulación del derecho en la salud en la Constitución, me parece que hay algunas cuestiones de contexto que son importantes para encuadrar esa inclusión. Una primera, que es importante recordar, es la correlación de fuerzas. El plebiscito por el Apruebo fue un triunfo espectacular, pero me parece que hay una necesidad de sostener las reivindicaciones del movimiento que ha impulsado una reforma constitucional, dentro de las cuales el reclamo por el derecho a la salud –y de otros como educación, seguridad social y vivienda– es una premisa fundamental. Esto significa que la lucha no se ha acabado y que la composición de la Convención Constitucional es crucial. Por eso es necesario articular alianzas en torno a la centralidad de estos temas, los cuales serán discutidos una vez que se instale la Convención. La ambición con la que las fuerzas políticas intentan plasmar en el texto una definición sobre el derecho a la salud va a depender muchísimo de esa correlación de fuerzas.

Segunda cuestión, esto es un ejercicio de redacción constitucional, no la redacción de una ley nacional de salud, ni de un programa nacional o una estrategia nacional de salud. Esto significa alguna restricción vinculada con el hecho de que las cláusulas constitucionales tienden

a ser cortas y concisas. A esto cabe agregar una particular tradición chilena, que es la parquedad expresiva, la parquedad del lenguaje, particularmente en la cultura jurídica. Lo anterior, en la discusión constituyente, va a significar una tensión entre propuestas de una constitución que incluya cláusulas largas y detalladas, y el argumento, que va a venir probablemente de sectores conservadores, sobre la necesidad tener cláusulas cortas y muy concisas, dejando librada a la decisión del legislador ordinario el contenido de los derechos. Como trasfondo de esta discusión van a aparecer argumentos sobre la inconveniencia de constituciones reglamentaristas o dirigistas como las de Venezuela o Ecuador, y el señalamiento de que éstas no garantizan la estabilidad política. Teniendo en cuenta esa discusión y la correlación de fuerzas, sería importante ir a la Convención Constitucional con un texto ambicioso sobre el derecho a la salud, un texto maximalista, y tener claros los principios irrenunciables en esta materia, las líneas rojas por debajo de las cuales no se puede transigir. Esto requiere pensar en términos estratégicos llevando a la mesa una propuesta ambiciosa en esta materia y teniendo en mente los contenidos de esa propuesta que son innegociables.

Tercera cuestión, la regulación del derecho a la salud debe mantener un equilibrio con el de otras reivindicaciones que se quieran incluir en la Constitución. Sería raro tener una Constitución con un artículo de una oración sobre el derecho a la salud y con un artículo de 6 párrafos sobre el derecho a la vivienda. Por ello hay necesidad de un diálogo transversal con aquellas coaliciones que reivindican la inclusión en la constitución de otros derechos sociales, como educación, vivienda, seguridad o protección social que son otros tres derechos importantes que van a surgir en las propuestas. En ese diálogo con otras coaliciones es importante alguna coordinación relacionada con el estilo de cláusula que se quiere incluir en la Constitución en materia de derechos sociales, para garantizar un enfoque común y evitar repeticiones innecesarias.

La reglamentación del derecho a la salud no puede ser ajena a algunas cuestiones transversales que debe encarar la nueva constitución, para corregir problemas que tiene la constitución actual. La primera es la regulación general respecto de los derechos humanos y, en particular, de los derechos sociales. Aquí me parece que hay que subrayar la interdependencia e igual jerarquía de todos los derechos –económicos, sociales, culturales, civiles y políticos–, y la necesidad de no establecer distinciones en torno a la protección judicial de esos derechos, incluyendo el derecho a la salud.

La segunda son los mecanismos de seguimiento y rendición de cuentas, sobre los que podría ser interesante innovar, incluyendo en la constitución, por ejemplo, mecanismos de seguimiento a partir del uso de indicadores en términos de la progresividad de cumplimiento de esos derechos o garantías relacionadas con la previsión presupuestaria para implementarlos. Como dije, esto se relaciona no sólo con el derecho a la salud sino con otros derechos sociales.

La tercera cuestión dice relación con la necesidad de inclusión en la constitución de una clara cláusula antidiscriminatoria, que supere el texto actual. En Chile son particularmente importantes –basta ver las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos en la materia– las desigualdades y la discriminación en materia de género, pueblos indígenas, personas con discapacidad, migrantes, personas de edad y personas LGBTI. La inclusión de una cláusula de igualdad y no discriminación categórica, que se aplique transversalmente a todos los derechos, incluyendo el derecho a la salud, evita sobrecargar el artículo sobre el derecho a la salud con largas listas de sujetos que requieren especial protección.

El cuarto tema es la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, ya que el actual artículo 5º de la Constitución es insuficiente y ha generado interpretaciones contradictorias. Es necesario consagrar la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, y desarrollar la idea de un bloque de constitucionalidad que incluya tanto los derechos de fuente constitucional como los de fuentes de tratados internacionales. Eso tiene además la ventaja de armonizar ambas fuentes, incorporar al derecho interno los criterios de interpretación desarrollados por órganos internacionales de derechos humanos y evitar así la responsabilidad internacional del Estado.

El quinto tema importante a considerar, que tiene importantes repercusiones en materia de salud, de seguridad social, de vivienda, de derecho al trabajo, entre otros, en un país tan privatizado como Chile, es la invocabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Esto está relacionado también con otro de los temas de importante actualidad en la materia, que es el de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos –incluyendo el derecho a la salud– en marco de su actividad, así como las ideas de la función social de la propiedad y la subordinación de la libertad empresarial a fines sociales. Creo que estas cuestiones transversales ofrecen un marco importante para pensar la inclusión del derecho a la salud en la constitución.

Dicho esto, paso a la cuestión más específica sobre la inspiración que pueden ofrecer los textos y estándares internacionales de derechos humanos, particularmente los del sistema universal, para redactar la cláusula constitucional sobre derecho a la salud. Es importante subrayar que, aunque el primer impulso para buscar modelos de una cláusula sobre derecho a la salud sea el de mirar otras constituciones, su desarrollo por organismos y tratados internacionales ya es vinculante para Chile. Esto significa que traer esos estándares a la nueva constitución es un ejercicio de coherencia y armonización normativa. Sobre esto, algunas precisiones. Una primera fuente de inspiración son los propios textos internacionales de tratados y otros documentos internacionales de derechos humanos de carácter normativo. Chile es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 y la manera en que está consagrado el derecho a la salud en el artículo 12 de ese tratado ya ofrece una fuente directa de inspiración respecto de cuestiones que cosas que uno podría incorporar en una cláusula constitucional sobre ese derecho. De acuerdo con su consagración en el PIDESC, el derecho a la salud incluye tanto el acceso a servicios de salud como las acciones del Estado en relación con los factores determinantes de la salud. Creo que este es un punto importante y no hay por qué pasar por alto ninguno de esos dos aspectos. Aunque son conceptos diferentes, están interrelacionados, porque la falta de acción estatal respecto de los determinantes socioeconómicos de la salud impacta sobre los servicios de salud. El diseño de los servicios de salud está relacionado con la acción o inacción del Estado en materia de factores determinantes de la salud.

El derecho a la salud está consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del siguiente modo: Primero, se reconoce un derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Y segundo, se detallan medidas específicas que tienen que adoptar los Estados para lograr la efectividad del derecho, que incluyen acciones en materia de mortalidad infantil y materna, mejoramiento de los aspectos de higiene del trabajo y medio ambiente, prevención y tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas o profesionales, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. El orden de las medidas detalladas en el Pacto revela la prioridad de las acciones de prevención: el acceso a servicios de salud aparece en último lugar.

El Tratado Interamericano sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el llamado Protocolo de San Salvador –del que Chile aún

no es parte– también puede servir como fuente de inspiración para una cláusula constitucional. El Protocolo tiene como fuente directa el PIDESC, pero incluye en materia de derecho a la salud algunas otras medidas, que pueden ser entendidos como complementarias de lo que dice el Pacto Internacional. Entre las acciones que debe llevar a cabo el Estado para garantizar el derecho a la salud se incluyen, en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, la consideración de la salud como un bien público y, en ese sentido, la adopción de medidas en materia de atención primaria de salud –entendida como asistencia sanitaria a todos los individuos y familias de la comunidad–, la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los sujetos, a la jurisdicción del Estado en materia de protección de estos derechos, la inmunización contra las enfermedades infecciosas, la prevención y tratamiento de enfermedades endémicas, epidémicas o profesionales, educación de la población sobre prevención y tratamiento de problemas de salud, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que, por su condición de pobreza, sean más vulnerables.

Hay otros tratados internacionales de los que Chile es parte que incluyen cláusulas vinculadas con el derecho a la salud. De estos, hay algunos que simplemente hacen una mención sobre la aplicación del principio de no discriminación al derecho a la salud. Es el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Por otro lado, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –conocida por su acrónimo en inglés, CEDAW– incluye, además de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de género, al derecho a la salud y algunas consideraciones complementarias sobre salud materna y reproductiva. La Convención sobre los Derechos del Niño es más detallada y tiene provisiones más específicas –algunas vinculadas directamente con la salud de niños y niñas, y otras más universales–, por ejemplo, el subrayado de la prioridad de atención primaria en salud. La Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad también tiene algunas consideraciones particulares relacionadas tanto con la no discriminación por motivos de discapacidad en materia de salud, con requisitos especiales relativos a la inclusión de las personas con discapacidad y la adecuación de los sistemas salud a las necesidades de personas con discapacidad.

La cláusula más extensa relativa al derecho a la salud referida a un grupo particular es la de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que

prohíbe la discriminación en materia de salud por razones de edad e incluye también algunas necesidades específicas de ese grupo, como los cuidados paliativos. También es importante recordar que el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas del que Chile es parte, incluye una cláusula específica en materia de salud. Esta cláusula es particularmente relevante en relación con el necesario abordaje intercultural de los sistemas de salud estatales cuando presten servicios a pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros. Dicha cláusula del Convenio 169 también exige la participación, en la gestión del sistema de salud, de los propios pueblos y comunidades indígenas.

Si uno mira este conjunto de disposiciones sobre el derecho a la salud en instrumentos referidos a los derechos humanos de grupos específicos, hay algunos componentes no discriminatorios importantes, hay algunas necesidades específicas de cada grupo y también algunos contenidos más universales, como la prioridad de la atención primaria de salud. La atención particular sobre ciertos grupos –como la niñez y las personas de edad– está relacionada con la idea de la adecuación de las acciones y los servicios de salud al ciclo de vida. El componente anti discriminatorio en relación con el género, la discapacidad, la población indígena y otros factores – como la posición socioeconómica– es particularmente importante en el contexto chileno.

En resumen, la consagración del derecho a la salud en tratados internacionales de derechos humanos –la mayoría de los cuales Chile ha ratificado, con excepción del Protocolo de San Salvador– ofrece elementos relevantes que pueden ser tomados en cuenta como modelo para redactar la cláusula constitucional referida al derecho a la salud.

Más allá del texto de los instrumentos que mencioné, hay también una interpretación realizada por los respectivos órganos internacionales encargados de la supervisión de su cumplimiento. En relación al derecho a la salud, varios órganos de tratados han producido guías interpretativas, que también son importantes para pensar cuál debería ser el alcance de este derecho en una nueva constitución. El documento más importante en esta área sigue siendo la Observación 14 del Comité DESC sobre el derecho a la salud, adoptada en el año 2000. Este documento es un intento de sistematizar el contenido del derecho a la salud, y ofrece algunos elementos importantes para pensar qué aspectos incluir en una cláusula constitucional, y cómo debe interpretarse el alcance del derecho. En este sentido, el Comité señala que el derecho a la salud incluye tanto libertades como ac-

ceso a prestaciones. Entre esas libertades, la más importante es la del consentimiento informado y no la libertad de elegir el sistema de salud al que uno desee acogerse a la que se refiere el último párrafo del artículo 19 inciso 9 de la Constitución chilena actual.

En cuanto al contenido del derecho, éste comprendería, de acuerdo al Comité, tanto el acceso a servicios de salud como la obligación del Estado de adoptar medidas respecto a los factores económicos determinantes de la salud que incluyen, entre otros, alimentación, agua, vivienda, educación, salud laboral y medioambiental. Esta idea subraya la interdependencia del derecho a la salud con otros derechos: vida, integridad física, condiciones dignas y equitativas de trabajo, alimentación, vivienda, agua, educación, seguridad social y algunos derechos civiles como el no ser sometido a torturas, el derecho a la vida privada, el derecho a la autonomía personal y el acceso a la información. Otro componente importante que señala el Comité es el de la no discriminación en materia de salud en relación con grupos que pueden estar en situación de desventaja. En la Observación General se subraya la necesidad de adoptar medidas que tengan en consideración las necesidades de salud y la discriminación en los servicios de salud contra mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad y pueblos indígenas. En otras Observaciones Generales, en particular la Observación General N° 20 sobre la no discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales, se incluyen otros factores, como la orientación sexual e identidad de género, y la posición socioeconómica.

El Comité emplea habitualmente, y aplica en la Observación General N° 14 que habla del derecho a la salud, una clasificación tripartita de obligaciones, que es útil para entender la variedad de los deberes estatales en la materia. De acuerdo con esa clasificación, el estado tiene: 1) obligaciones de respeto, es decir el Estado debe abstenerse de violar el derecho por su acción; 2) obligaciones de protección, es decir, el Estado debe prevenir y ofrecer mecanismos de reparación ante la posible afectación del derecho por terceros, particularmente –aunque no únicamente– por prestadores privados del servicio de salud, regulando, supervisando y fiscalizando su conducta; y 3) obligaciones de satisfacción o cumplimiento, es decir, obligaciones positivas para facilitar, promover y proveer el acceso a servicios de salud y a otras acciones destinadas a la realización del derecho a la salud.

El Comité ha identificado algunos rasgos definitorios del derecho a la salud que han sido utilizados, por ejemplo, por la Corte Intera-

americana de Derechos Humanos. Estos son la disponibilidad de los bienes, servicios e instalaciones de salud, su accesibilidad (que incluye la no discriminación, la accesibilidad física y económica, y el acceso a la información), la aceptabilidad de esos servicios en términos de cumplimiento de normas de ética médica, la consideración de las necesidades de grupos específicos, y la calidad de los bienes, servicios e instalaciones de salud.

Otro concepto que emplea el Comité en la Observación General N° 14, y en las referidas a otros derechos del Pacto, es la idea de que el derecho a la salud incluye ciertas obligaciones mínimas esenciales sin las cuales el derecho perdería todo significado. Esto significa un límite al poder de configuración y a la deferencia de la norma constitucional hacia el legislador. Esa deferencia está justificada cuando se trata del desarrollo de los contenidos técnicos del derecho, pero no puede constituir un cheque en blanco para que el legislador decida sin ningún parámetro cuál es el contenido de los bienes y servicios de salud que están a disposición de la población o qué acciones debe tomar el Estado en relación con los factores determinantes de la salud. Entre esas obligaciones mínimas esenciales, el Comité incluye, por ejemplo, el acceso a medicinas consideradas esenciales, la distribución equitativa y no discriminatoria del acceso a instalaciones, bienes y servicios de salud y la necesidad de adoptar medidas relativas a los factores socioeconómicos determinantes de la salud. La Observación General N° 14 es del año 2000, y creo que se ha quedado corta en relación al consenso internacional que se generó posteriormente, que es la idea de la garantía de acceso universal a las prestaciones de por los menos un paquete básico de salud definido a nivel nacional.

Además de la Observación General N° 14 del Comité DESC, hay otras observaciones generales que son útiles para identificar elementos del derecho a la salud que pueden servir de modelo para redactar la cláusula constitucional. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó otra Observación General, la número 22 sobre salud sexual y reproductiva. La CEDAW tiene una recomendación general, la N° 24 sobre mujer y salud, que incluye un análisis relevante sobre salud y discriminación por razones de género. El Comité de los Derechos del Niño también tiene dos documentos relevantes: la Observación General N° 4 sobre salud y desarrollo de los adolescentes y la Observación N° 15 sobre el derecho a la salud de los niños, donde se desarrollan las obligaciones vinculadas con las cláusulas sobre derecho a la salud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en línea similar a la Observación General N° 14 del Comité DESC. Esos

documentos ofrecen elementos suficientes para pensar qué cosas podría incluir la futura cláusula constitucional.

A esto yo le agregaría la adopción en el 2012 de la recomendación 202 de la OIT sobre pisos de protección social. La idea de la recomendación 202 es la creación de un paquete de protección social definido a nivel nacional, que incluya entre sus componentes un ingreso para grupos en situación de vulnerabilidad, y el acceso a un conjunto de bienes y servicios esenciales de salud definidos a nivel nacional, incluida la atención de la maternidad, que cumpla con los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en línea con los rasgos definitorios del derecho a la salud propuestos por el Comité DESC.

Resulta también de interés señalar que, en el marco de sus competencias de supervisión del cumplimiento de los tratados internacionales, algunos de los órganos internacionales de derechos humanos han efectuado pronunciamientos específicos sobre Chile en materia del derecho a la salud, que también pueden servir como guía para identificar contenidos de la futura cláusula constitucional en la materia. Así, por ejemplo, el Comité DESC, en sus observaciones finales a los informes periódicos presentados por Chile, ha señalado temas de preocupación en la materia. Ya desde el primer informe periódico enviado por Chile, examinado en 1988, y aunque el Comité reconocía que el Gobierno había tomado medidas para mejorar los servicios de salud, algunos de sus miembros observaron que la tendencia a la privatización en este sector parecía haber hecho los servicios de salud demasiado costosos para una parte de la población. En las observaciones finales del Comité del año 2015 hay una mención bastante más clara. Al Comité le preocupa que, pese a la reforma de salud con el fin de mejorar el acceso a la salud, la accesibilidad al servicio básico es limitada, particularmente para los grupos marginados y desfavorecidos con bajos ingresos económicos. El Comité recomienda al Estado asignar recursos suficientes y continuos para asegurar la accesibilidad, disponibilidad, asequibilidad y calidad de atención de salud, prestando atención a los grupos marginados.

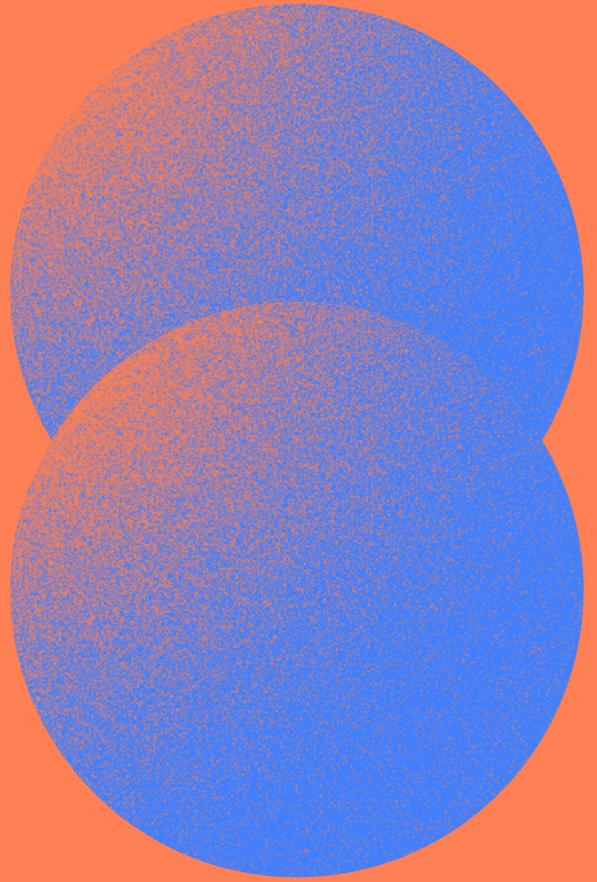
Otros mecanismos internacionales que han visitado Chile, como el Grupo de Trabajo sobre Discriminación contra la Mujer en la Ley y en la Práctica, han señalado la desigualdad y las demoras en el acceso a servicios de salud por parte de mujeres en situación de vulnerabilidad. Los Relatores Especiales sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, Educación y Vivienda han expresado preocupación por el deficiente

tratamiento de los derechos sociales en la actual constitución, y han recomendado adoptar medidas para garantizar la plena justiciabilidad de esos derechos.

El último punto que quería abordar es que los contenidos del derecho a la salud incluidos en textos y desarrollados por órganos internacionales de derechos humanos son convergentes con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, sobre cuyo seguimiento Chile se ha mostrado muy orgulloso a nivel internacional. El Objetivo N° 3, que es el de “garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades”, incluye algunas metas específicas relacionadas con resultados de política pública en materia de salud, por ejemplo, reducir la mortalidad materna, poner fin a muertes evitables, poner fin a epidemias, reducir la mortalidad prematura debida a enfermedades transmisibles. Pero hay dos metas que son particularmente relevantes en términos de contenido del derecho a la salud. La primera es la garantía del acceso universal a servicios de salud sexual y reproductiva (meta 3.7). Y la segunda, el logro de la cobertura sanitaria universal, incluida la protección contra riesgos financieros al acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas asequibles y de calidad para todos (meta 3.8). Aunque no se trata de un instrumento jurídicamente vinculante, de todos modos refleja un consenso político universal en relación con objetivos y metas en materia de salud, y es ilustrativo respecto de cuáles son las aspiraciones de los países que forman la comunidad internacional en esa materia. Tales consensos son también útiles para delinear el contenido mínimo del derecho de salud, y constituyen una fuente de inspiración importante para proponer el contenido de la futura cláusula constitucional sobre la materia.

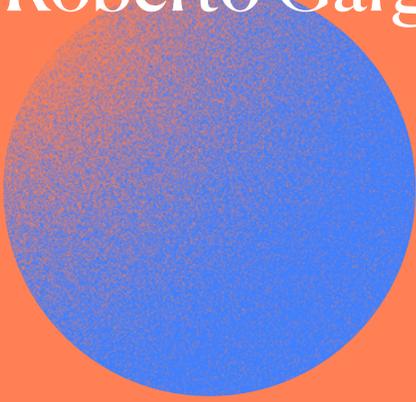
Es importante subrayar que, aunque el primer impulso para buscar modelos de una cláusula sobre derecho a la salud sea el de mirar otras constituciones, su desarrollo por organismos y tratados internacionales ya es vinculante para Chile. Esto significa que traer esos estándares a la nueva constitución es un ejercicio de coherencia y armonización normativa.





Mecanismos de protección: nacionales e internacionales.

Roberto Gargarella



1



PANEL 2

Abogado y sociólogo de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho de la misma universidad y de la Universidad de Chicago. Realizó estudios postdoctorales en el Balliol College de la Universidad de Oxford. Es profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Universi-

dad Torcuato Di Tella y de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Ha sido profesor o investigador visitante en distintas universidades europeas y norteamericanas. Es autor y editor de una influyente bibliografía en teoría constitucional y filosofía política.

Bio

La reforma que viene en Chile debe incorporar un listado expreso de derechos para ir en dirección acorde al desarrollo constitucional latinoamericano, es decir, constituciones densas, robustas en materia de derechos económicos, sociales, culturales, multiculturales, derechos humanos.

Lo importante, en el marco de las culturas jurídicas latinoamericanas formalistas y legalistas, es hacer explícito el compromiso constitucional con ciertos valores y con ciertos derechos porque en una comunidad formalista se utiliza la excusa de que lo que no está explícito no existe. En el derecho norteamericano, la derecha jurídica ha defendido la idea de una constitución seca en materia de derechos, esto es, una constitución que no incluya compromisos positivos. Conjuntamente, han sostenido que no se puede exigir lo que no se dice en el texto constitucional. Frente a esto, para quitarle la excusa a los jueces de fallar restringidamente, es importante hacer explícito ese compromiso.

¿Cómo hacerlo? Hay distintos modos. Las constituciones latinoamericanas han sido extraordinariamente verborágicas, han puesto constituciones en un punto barrocas, en términos de los derechos que han incorporado. En Argentina, por ejemplo, cuando se hizo la

reforma le dieron estatus constitucional a casi todos los derechos que se han firmado en algún punto del mundo. Aquello es problemático, con menos basta. En este sentido, el acento debe estar en no perder la lección que nuestros grandes juristas, que nos antecedieron en el siglo XIX, supieron reconocer y legarnos, y que nosotros hemos olvidado. Esto es, la capacidad de ir por la organización del poder para ver de qué modo hacer posibles los derechos que les interesaba defender. Poniendo esto de un modo burdo, a Andrés Bello, José María Samper y Alberdi les importaba muy especialmente la protección de la propiedad privada y la protección de los contratos. Ellos no inundaron la constitución de esos derechos (aunque sí hicieron compromisos explícitos en el texto constitucional), sino que fueron a ver cómo debe ajustarse la organización del poder para ponerla al servicio de estos derechos para que no solo no los bloquee, sino que los haga posibles.

El gran error del constitucionalismo latinoamericano del siglo XX ha sido el de concentrar toda la atención en cómo incorporar más derechos, dejando intacta, y sin ajustar de modo acorde la organización del poder. Eso ha sido, entre otras cosas, muy funcional al poder. Es la operación, que una comparativista contemporánea, Rosalind Dixon, llama “los derechos como soborno”. Ella señala que el poder ha entregado derechos como soborno para mantenerse en el poder o para reforzarse. Yo lo traduzco en términos de la metáfora de “la sala de máquinas”, que se refiere a la parte orgánica de la constitución, donde reside el núcleo de la organización del poder.

Lo que ocurrió en México en 1917, fue el punto de partida de este modo de pensar sobre la incorporación de derechos sociales que en ese caso es graficado con el líder político del momento, Venustiano Carranza, quien anuncia que la idea era que el pueblo pusiera cualquier derecho que quisiera en la nueva Constitución. Este anuncio viene de la mano de la idea de no afectar el poder del líder político, porque se estaba en tiempos de desorden social y se necesitaba que el poder ejecutivo tuviera las herramientas para el orden y la coerción. Lo anterior es un resumen sobre el modo en que los latinoamericanos trabajaron la idea de los derechos constitucionales en el siglo XX, desobedeciendo el consejo de los antecesores del siglo XIX que, aún siendo conservadores, entendieron muy bien que debían hacer, como por ejemplo, atarle las manos al congreso para hacer posible la protección del derecho a la propiedad y así evitar que haya expropiaciones.

Luego de encaminarse en materia de derechos sociales, Chile debería evitar el error que todos los demás países latinoamericanos cometie-

ron y retomar aquellas viejas lecciones del primer constitucionalismo latinoamericano, viendo cómo ajustarlo.

Dicho esto, lo que hay que hacer al respecto no es obvio, pero en todo caso sí es central porque el abandono ha servido no solamente para esta operación de soborno de la que hablábamos, sino para inclusive poner en riesgo, o directamente someter a pena de muerte a los derechos que se creaban, o ahogar con una mano los derechos que se anunciaban con la otra. En los ejemplos más recientes del constitucionalismo latinoamericano del último tramo del siglo XX, si Correa en Ecuador o Evo Morales en Bolivia fortalecen su poder a la vez que incorporan nuevos derechos, lo que ocurre es que dichos derechos van a pasar a depender de la capacidad que tiene el centro del poder ejecutivo para operar. Entonces si el presidente tiene ganas, tiene recursos o si no le molesta la activación de ciertos derechos, va a darles curso, y si no va a vetarlos. Un ejemplo de lo anterior es el derecho del *sumak kawsay* (buen vivir). El poder concentrado, no solamente el Poder Ejecutivo, sino también el Poder Judicial, terminó socavando y desvirtuando el valor de ese derecho. Si alguna vez el *sumak kawsay* tenía que tener sentido fue cuando, por ejemplo, en Ecuador o en Bolivia se discutía qué hacer con el fracking (fracturación hidráulica, para la producción de gas o petróleo). El Tribunal Pluriconstitucional dijo que era más importante el desarrollo, es decir, en un choque de derechos, se va a privilegiar el derecho al desarrollo. O sea, el único momento donde el *sumak kawsay* pudo tener sentido fue desvirtuado. Creo que la democratización que se hace desde la sección de los derechos y el componente social que le va a dar la Constitución chilena desde la sección de derechos debe ser acompañada por una reforma de reducción del poder concentrado, cómo no se ha hecho en todos los demás países de América Latina, y un real empoderamiento ciudadano.

¿De qué modo? El primer paso sería facilitar el acceso ciudadano a la justicia y a la política. Nuestras culturas jurídicas en Chile y Argentina, por ejemplo, han mantenido formas de acceso a la justicia muy restrictivas, con lo cual se ha afectado aquello que se prometía con la otra mano. La Constitución argentina es muy generosa en materia de derechos sociales, pero cuando los ciudadanos tienen que entrar en la justicia se exigen muchas formalidades. Ahí hay una tuerca que desajustar para cambiar el mecanismo de acceso a la justicia. La organización general de concentración del poder lo que hace es reproducir y reforzar las desigualdades que tenemos desde el primer minuto. En estructuras de políticas sociales desiguales la Constitución tiende a reflejar esas desigualdades y a reforzar esas desigualdades,

entonces en la medida en que la estructura constitucional refuerce esa desigualdad, se reproduzca esa desigualdad en la organización interna, mala va a ser la suerte de los derechos sociales.

Entonces, cómo hacemos desde la organización del poder para empoderar a los ciudadanos. Mejores formas de acceso a la justicia, mejores formas de acceso a la política, mejores formas de control ciudadano consistente a lo largo del tiempo de la política. Debemos romper con la idea de que la participación política es igual a una consulta pública. La participación y el control ciudadano tiene que ver con una actividad que se hace todos los días. El empoderamiento ciudadano no es equivalente a que un día nos expresemos por sí o por no respecto de una política pública compleja, llena de matices.

La dirección de los mecanismos imaginables de protección tiene que ser el resultado de una conversación entre iguales, esto es para mí el ideal regulativo. ¿De qué modo una constitución nos ayuda a desarrollar cotidianamente, no excepcionalmente, no en el momento milagroso, la conversación entre iguales? Yo resistiría la sugerencia de descansar en la virtud de los jueces, que ha sido lo que ha facilitado el desarrollo de derechos como el derecho a la salud en Colombia. Yo creo que ahí se han combinado algunos mecanismos, como el fácil acceso a la justicia –lo que me parece es una reforma importante– con algunos desarrollos que se han debido a la virtud de ciertos jueces. El problema es que, como decía Madison, un sistema institucional bueno no puede descansar en la suerte de contar con buenos jueces porque los van a reemplazar el día de mañana si los ven como amenazantes. Eso es lo que ha ocurrido en Colombia, en que la primera camada de jueces en el Tribunal Constitucional ha sido reemplazada por jueces conservadores. El punto es cuál es la manera institucional de asegurar ciertos resultados.

En esto insisto, yo creo que el desarrollo es la conversación entre iguales en casos como el derecho a la salud, en particular, porque necesitamos fijar prioridades, necesitamos distinguirlos de otros derechos. Necesitamos, dentro del derecho a la salud, ver qué cosa priorizamos y de qué modo, y sobre las cosas en que tenemos desacuerdo, tenemos que conversar. Lo que hasta hoy tenemos, y que la estructura constitucional favorece, es la imposición, ya sea de la política partidaria, cada vez más desprendida de la ciudadanía, más alejada de la ciudadanía, o la imposición judicial. Entonces a veces hay una imposición judicial virtuosa y la aplaudimos, pero ese no es el camino, porque eso es estar esperando el comportamiento angelical de

algunos jueces. Lo que tenemos que hacer es arrastrar la Constitución a la discusión entre iguales y esto es separarse tanto de la espera del milagro del caudillo bien intencionado como de la justicia virtuosa. Esos son mundos imaginables, posibles, pero no esperables como alternativas estables en el tiempo. Para que sean alternativas estables en el tiempo tenemos que pensar en estructuras nuevas, estructuras que nos ayuden a que los problemas cada vez más estén bajo control ciudadano. Por supuesto que hay muchas cosas para decir sobre cuáles son los detalles. La buena noticia es que hay muchas alternativas que se han ido abriendo en América Latina que nos acercan a esto, aún en Chile. Hay caminos asequibles e imaginables. He sugerido algunos, pero en todo caso dejo por ahora cuál creo que es la orientación, que es también un modo de decir que no se haga lo que yo creo que va a ser la inclinación, la tendencia que van a tener muchos constituyentes en materia de salud. Hay mucho que es mejor no hacer, mejor no recaer en los viejos errores, hay caminos alternativos a recorrer que son mucho más promisorios.

Lo importante, en el marco de las culturas jurídicas latinoamericanas formalistas y legalistas, es hacer explícito el compromiso constitucional con ciertos valores y con ciertos derechos porque en una comunidad formalista se utiliza la excusa de que lo que no está explícito no existe.



José Francisco García



2



PANEL 2

Abogado y Magíster en Derecho Público de la Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Chicago. Ha sido académico visitante en la Facultad

de Derecho de la Universidad de Oxford. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile, en pregrado y en el LL.M de la misma casa de estudios.

Bio

Voy a centrar mis reflexiones en cuatro ideas. La primera se vincula a examinar la práctica constitucional del derecho a la protección de la salud en la carta vigente. La segunda dice relación con los modelos alternativos en materia de consagración de derechos sociales y cuáles son las consecuencias institucionales y jurídicas de las mismas. Tercero, algo que me interesa especialmente, los desafíos técnicos que enfrentamos en materia de regulación de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, “DESC”) y, en la especie, también aplicable al derecho a la salud. Finalmente, a pesar de que a ratos el debate sobre la regulación y exigibilidad de los DESC parece polarizado, veo una convergencia esperanzadora respecto de lo que puede venir en el futuro sobre cómo regular y proteger el derecho a la salud en la nueva Constitución.

LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Para nadie es un misterio que la configuración original del derecho a la protección de la salud en la Constitución vigente es deficitaria; en lo técnico es extremadamente deficitaria. Se trata de una cuestión que alcanza, en general, a todos los derechos económicos y socia-

les consagrados en la Carta. No se trata de un problema limitado a la subregulación que tienen, esta idea original de la mayoría de los comisionados de la CENC de que en realidad no son derechos fundamentales, sino meras declaraciones programáticas, aspiraciones sociales. El problema es también uno técnico: la pobreza en la manera en que se regula (o no se regula más bien) el contenido esencial, el supuesto de hecho, los límites, y eso va a ser parte importante del desarrollo inicial de este derecho y los DESC en general. Por supuesto, la única regla que es relevante, y hay una posición iusfundamental de libertad, es la regla de libertad de elección del sistema de salud que está en el corazón de la idea de subsidiariedad (o al menos de la interpretación que sobre ella será hegemónica de parte de los constitucionalistas cercanos a la dictadura en la CENC y sus discípulos posteriores, asociándose a su dimensión negativa), y además la única regla garantizada por tutela, por amparo judicial directo, que en Chile es el recurso de protección.

Esta configuración deficitaria inicial, será objeto de una evolución dogmática y jurisprudencial más sofisticada en democracia. El maestro de Roberto (Gargarella), Carlos Nino, hablaría de una “reconstrucción radical” de la práctica constitucional. Esta reconstrucción de la práctica constitucional chilena se da por tres vías.

Primero, la jurisprudencia judicial fue afinando el contenido esencial del derecho, las reglas antidiscriminación, razonando el balance entre el derecho a la salud y los recursos económicos involucrados, la relación (ponderación) con el derecho a la vida y con otros derechos también, entre otros. Ello se pudo observar, por ejemplo, en los casos iniciales de VIH/SIDA o más recientemente en las sentencias por enfermedades catastróficas. Esos fueron pasos fundamentales de los últimos 20 a 30 años.

Luego, en segundo lugar, la jurisprudencia constitucional, quizá de manera paradigmática en STC Rol N° 976, de 2008, denominada usualmente por la doctrina *Isapre I*, revoluciona el entendimiento que tenemos del derecho de protección a la salud en particular, y los DESC en general. La sentencia los trata como derechos fundamentales equivalentes a los derechos civiles y políticos en su naturaleza jurídica, tan tarde como en el 2008, pero mejor tarde que nunca. También la sentencia consagra el efecto horizontal de los derechos fundamentales, las limitaciones ius fundamentales a las reglas contractuales, en fin, ahí hay un desarrollo que después se va consolidando.

En tercer lugar, y en paralelo, por supuesto, encontramos un desarrollo legislativo importante y administrativo y de políticas públicas con resultados mixtos. Del lado de los déficits, podemos destacar una organización institucional regulatoria deficitaria, límites al esquema de FONASA, un esquema que permite excesos de autorregulación a las ISAPRES, por ejemplo. El más notorio es el aumento unilateral de precios que termina litigándose a nivel de tribunales superiores de justicia vía protección, incluyendo varias decenas de inaplicabilidades en el Tribunal Constitucional. Incluso llevó a una de las pocas sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el TC. Si seguimos con los déficits encontramos el estatus de los prestadores públicos, las abultadas listas de espera asociadas a la falta de especialistas, la percepción de inseguridad acerca de la cobertura y protección del esquema FONASA, entre otros. Por el lado de las fortalezas, podemos destacar, por ejemplo, el modelo GES, que ha demostrado ser un camino interesante de garantizar mínimos exigentes. La ley Ricarte Soto, más recientemente, ha tratado de enfrentar los problemas de los tratamientos de alto costo. En las encuestas de opinión pública hay una percepción más bien positiva sobre el bajo costo de las atenciones, la gratuidad del sistema para buena parte de las atenciones. Y, en general, esta reconstrucción radical con resultados mixtos, aún deficitaria en democracia, tiene alguna convergencia con los estándares internacionales de derechos humanos.

MODELOS ALTERNATIVOS DE CONSAGRACIÓN DE DESC, Y EL DERECHO A LA SALUD

Sobre la base de la práctica constitucional y sus déficits, ¿cuáles son los modelos conceptuales que hoy día se ponen sobre la mesa para enfrentar la consagración constitucional de los DESC, y en particular el derecho a la salud?

La respuesta automática que se tiende a entregar en esta materia en el debate constitucional es la consagración de los DESC en la Constitución como derechos públicos subjetivos con tutela reforzada, entendida como tutela judicial directa mediante un recurso de protección o equivalente amparo judicial. Se trata de un enfoque clásico de derechos fundamentales latinoamericano, y también una cierta lectura del constitucionalismo europeo. Este enfoque, vale la pena resaltar, paradójicamente logra la convergencia entre los sectores más conservadores y buena parte de los sectores progresistas. Un buen ejemplo es la propuesta que hace la ex presidenta Bachelet

en su proyecto de nueva Constitución, y la manera en que regula el derecho a la salud. Se propone un esquema clásico de consagración de un derecho público subjetivo, alexyano, y sin perjuicio de mandatos al Estado y otros detalles, con el nuevo recurso de protección que planteaba la ex presidenta Bachelet en el artículo 20 de su proyecto. Y esto es interesante, insisto, porque hay una convergencia entre el enfoque clásico de los sectores conservadores y buena parte de los sectores progresistas. Para los sectores conservadores es imperativo mantener la garantía judicial de los derechos civiles y políticos, entendidos como derechos públicos subjetivos, especialmente en el ámbito de la constitución económica, mediante el recurso de protección.

En el debate constitucional en los últimos años, esto es, desde que el proceso constituyente de la presidenta Bachelet se instaló con fuerza hacia finales de la campaña presidencial de 2013 y luego al comenzar su mandato el 2014, han surgido diversos modelos alternativos al esquema clásico antes referido. Un primer modelo, es el enfoque del minimalismo constitucional, que ha propuesto el modelo de objetivos sociales de la Constitución Suiza de 1999. Por otro lado, algunos sectores socialcristianos han puesto sobre la mesa el modelo de metas solidarias de la Ley Fundamental alemana. Luego, desde el mundo progresista, se ha propuesto la idea del régimen de lo público, crítico además del modelo de derecho público subjetivo alexyano. En materia del derecho a la salud la profesora Constanza Salgado ha hecho el aporte más significativo para explicar este modelo. De manera más reciente Rosalind Dixon y Sergio Verdugo han propuesto un modelo híbrido, legislativo-judicial, en que se establece en el texto constitucional un plazo de desarrollo legislativo de algunos DESC en específico, incluyendo el derecho a la salud, sobre la base de ciertos estándares o valores constitucionales, como dignidad humana, libertad, igualdad, responsabilidad fiscal o presupuestaria, y luego de un plazo de 3 años, si no se ha adoptado legislación que cumpla con los estándares en esas áreas, puede la corte constitucional entrar a “policar” y establecer medidas reparatorias que permitan el acceso a esos estándares a través de resoluciones judiciales que van a establecer metas de política pública. Además, proponen un sistema de revisión cada 10 años.

Ahora bien, los distintos modelos conceptuales que hay sobre la mesa nos obligan a pensar las consecuencias institucionales y jurídicas que se generan. Me parece que eso también está en parte ya planteado por Roberto, por lo que seré breve. En síntesis, los distintos modelos analizados proponen diferentes equilibrios entre el principio de derechos humanos y el principio democrático, que está a la base de

una constitución comprometida con una democracia constitucional. En otras palabras, los modelos generan diferentes grados de tensión respecto del principio de separación de funciones, la intervención del proceso político democrático en la definición de las políticas sociales en contextos de pluralismo, las capacidades institucionales y técnicas respecto de qué actor se encuentra en mejor posición de ofrecer esa evaluación y el *accountability* ciudadano ante ello, y, en fin, los roles institucionales que se entregan a los jueces en esta materia, especialmente para evitar el activismo judicial.

DIMENSIÓN TÉCNICA DE LA ESTRUCTURA DE LOS DESC EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

En este punto de la presentación necesito detenerme un momento en una cuestión técnica que me preocupa de sobremano y es quizás el ámbito donde los constitucionalistas, la dogmática, debe hacer un aporte. No es posible, creo, una reconstrucción radical –si volvemos a Nino– de nuestra práctica constitucional si no nos tomamos seriamente los distintos aspectos que conforman la tipicidad o la estructura ius fundamental. En esto tenemos un desafío como comunidad política y nosotros como comunidad académica. No quiero hacer un *checklist* extenso, pero quiero poner sobre la mesa algunas de las cuestiones que me preocupan y que creo que tenemos que pensar bien.

Primero, deliberar en torno a la naturaleza jurídica de los derechos sociales, asociado a los modelos conceptuales que examinaba antes, la identificación del derecho y tomarnos en serio las consecuencias de consagrar el derecho a la salud, o el derecho a la protección a la salud, o el derecho al cuidado sanitario. Esta identificación no es neutral. En el mismo sentido, no es lo mismo el derecho a la vivienda, que el derecho a la vivienda digna o adecuada, que el derecho a vivir en una vivienda adecuada. Asimismo, el debate de las titularidades va a ser fundamental. La determinación del contenido esencial del derecho. Los supuestos de hecho es un tema técnico, pero de gran relevancia. Los límites internos y externos. Los deberes, es decir, mandatos al Estado, a los poderes públicos y al legislador con claridad, los negativos y los positivos. Las consecuencias de la inconstitucionalidad por omisión. La eficacia vertical u horizontal. La provisión o la participación privada, con o sin libertad de elección. Regulación en la constitución o delegación a la ley. El rol de los principios interpretativos. Por ejemplo, si hay una cláusula de Estado Social de Derecho, cuál va a ser su impacto. La aplicación del principio de progresividad (o la no regresividad).

Y si lo anterior no fuera suficiente tenemos aspectos complementarios y transversales adicionales. Por ejemplo, la manera en que incorporamos y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos. Desde la perspectiva orgánica, por ejemplo, pensando en la Constitución uruguaya, ¿vamos a tener cláusulas de habilitación, diseño institucional, estándares a los reguladores y a los entes públicos y autónomos en la nueva Constitución? Las reglas de coordinación entre la exigibilidad de los DESC y los mandatos de responsabilidad fiscal o la ley de presupuesto, entre otros.

Dejo planteado este tema porque son las preguntas a las que tenemos que técnicamente poner especial énfasis a la hora de pensar los DESC en la nueva Constitución.

REFLEXIÓN FINAL: CONVERGENCIAS ESPERANZADORAS

En los últimos años hemos llegado a ciertas convergencias esperanzadoras que pueden romper los moldes ideológicos estrechos que a veces terminan entrampándonos en estas materias. Y mi optimismo no es voluntarista. Echo mano a los resultados de los informes de la Comisión Asesora Presidencial para el Nuevo Modelo de Marco Jurídico para el Sistema de Salud del 2014 de la presidenta Bachelet, el recientemente presentado conjunto de propuestas de una reforma integral de salud liderado por el Centro de Estudios Públicos, por un grupo transversal, o el último proyecto de ley que presentó el Gobierno del presidente Piñera en enero de este año, que modifica FONASA y establece un plan de salud universal.

Y ¿por qué veo estas convergencias esperanzadoras en nivel legislativo y de política pública? Porque creo que estas propuestas técnicas, legislativas y académicas conversan bien con la manera en que podemos pensar la consagración del derecho a la salud en la nueva Constitución.

Primero, hay un cambio de paradigma evidente de abandono de la subsidiariedad, al menos en la interpretación puramente negativa o abstencionista del Estado. Por lo demás, estas propuestas no se embarcan en un modelo de estatalidad, con un asegurador único estatal.

Segundo, se apunta a un plan de salud universal, no importando si los aseguradores son públicos o privados, un enfoque matizado desde los principios de seguridad social. Se trata de una convergencia importante. Tercero, el fortalecimiento de FONASA, por supuesto. Ello incluye una

mayor participación de las organizaciones civiles o ciudadanos en los gobiernos corporativos de FONASA. Y reglas fuertes de independencia técnica, rendición de cuentas, transparencia, uso de la evidencia para tener los esquemas específicos de plan de salud universal, para establecer las tarifas, los indicadores de eficiencia. Creo que ahí hay una cuestión orgánica que discutir.

Cuarto, garantizar acceso, calidad y oportunidad en la lógica del GES.

Quinto, el fortalecimiento del regulador. Es muy probable que la Superintendencia va a ser abandonada como modelo de agencia regulatoria. Creo que el modelo de agencia regulatoria independiente está afortunadamente tomando fuerza en nuestro sistema de reguladores sectoriales. Este modelo entrega, por un lado, más independencia técnica y funcional, y autonomía de la política, pero, por otro lado, permite entregar, en mejores condiciones institucionales, potestades regulatorias y sancionatorias más intensas que las que tienen las actuales superintendencias.

Finalmente, aunque con diversas intensidades, la participación de privados, probablemente siguiendo esquemas como los de Bélgica y Australia, quizá con mecanismos matizados en donde actúa la sociedad civil prohibiendo el lucro.

Espero que estas cuatro ideas o reflexiones ayuden a pensar las distintas dimensiones del debate sobre la consagración y la protección del derecho a la salud a la nueva Constitución.

En los últimos años hemos llegado a ciertas convergencias esperanzadoras que pueden romper los moldes ideológicos estrechos que a veces terminan entrampándonos en estas materias. Y mi optimismo no es voluntarista. Echo mano a los resultados de los informes de la Comisión Asesora Presidencial para el Nuevo Modelo de Marco Jurídico para el Sistema de Salud del 2014 de la presidenta Bachelet, el recientemente presentado conjunto de propuestas de una reforma integral de salud liderado por el Centro de Estudios Públicos, por un grupo transversal, o el último proyecto de ley que presentó el Gobierno del presidente Piñera en enero de este año, que modifica FONASA y establece un plan de salud universal.



Silvia Serrano



3



PANEL 2

Abogada colombiana, Máster en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Actualmente se desempeña como Directora Asocia- da de Iniciativa del O'Neill Institute

for National and Global Health Law de la Universidad de Georgetown, donde también es Profesora Adjunta. Anteriormente se desempeñó como Coordinadora de la Sección de Casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Bio

Voy a dar una mirada a los mecanismos de protección del derecho a la salud desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, dividiendo la presentación en dos grandes temas. Primero voy a comentar sobre las implicaciones del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el ámbito regional, en la consagración y alcance de la protección del derecho a la salud a nivel nacional. En segundo lugar, voy a hablar de otros temas que podrían favorecer la efectividad de los mecanismos nacionales de protección a ese derecho, de los mecanismos internacionales ya existentes y particularmente el diálogo constructivo entre ambas vías.

Estos dos temas los voy a abordar partiendo de la premisa de que el proceso constituyente se va a tomar en serio las obligaciones internacionales que ya ha asumido Chile, y esto significa por una parte que el derecho internacional de los derechos humanos oriente, en la medida de lo posible, los debates para que la nueva Constitución ofrezca y favorezca, el efecto útil de los derechos y mecanismos de protección que el Estado ya está obligado a garantizar; y por otra parte, que se aproveche la oportunidad para corregir enfoques de la Constitución actual o del diseño actual que pueden ser incompatibles con esas obligaciones.

En el primer tema, que es el de las implicancias del derecho internacional de los derechos humanos para la consagración y alcance de los mecanismos nacionales de protección al derecho a la salud, primero quiero hacer un breve panorama, no muy detallado, de las obligaciones internacionales que ya asumió Chile en los tratados internacionales de los cuales ya es parte. Luego quisiera evaluar qué implicaciones tienen esas obligaciones ya asumidas en el proceso constituyente para el diseño de los mecanismos de protección y algunas consideraciones sobre el alcance que deberían tener esos mecanismos.

Chile está obligado por los siguientes tratados internacionales de derechos humanos que protegen de manera más o menos detallada el derecho a la salud.

En el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (CDPD), y la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias. Chile está obligado por todos estos instrumentos y sobre la mayoría de ellos también ha aceptado los respectivos mecanismos de comunicaciones individuales, con excepción del PIDESC, cuyo protocolo facultativo ojalá se ratifique pronto para ampliar el espectro de los mecanismos de protección de los derechos sociales a nivel internacional para las personas bajo la jurisdicción del Estado de Chile. Pero que no haya ratificado el protocolo facultativo no significa que Chile no esté obligado por el PIDESC, sólo significa que por el momento no se ha aceptado la competencia del Comité respectivo para conocer casos individuales.

En el ámbito regional, el Estado de Chile está obligado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), con reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) desde 1990, y por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores que incluye dos artículos relevantes, uno sobre el consentimiento informado y otro sobre el derecho a la salud de personas mayores en un sentido más integral. En este punto sobre el sistema regional, es importante aclarar que la no ratificación hasta el momento del Protocolo de San Salvador, es decir, del protocolo adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales, no significa que el Estado de Chile no tiene obligaciones en el marco interamericano en materia

de derechos sociales, incluyendo el derecho a la salud, tanto por vía de conexidad como por vía autónoma, bajo la CADH. Más adelante abordaré cómo Chile ya ha sido responsabilizado internacionalmente por violaciones al derecho a la salud, incluyendo en algunos de los casos la responsabilidad por las deficiencias de los mecanismos de protección a nivel nacional.

Con este panorama muy breve de las obligaciones ya asumidas por el Estado de Chile que deben orientar o ser un punto de partida del proceso constituyente, voy a pasar a comentar qué implican estas obligaciones internacionales en términos de los mecanismos de protección de los derechos sociales, incluyendo el derecho a la salud.

En el ámbito universal, el PIDESC, en su artículo 2.1, habla de la naturaleza de las obligaciones de los Estados partes. Este artículo ha sido interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Comité DESC”) en el sentido de incluir, dentro de las medidas que deben adoptar los Estados, la de proveer los mecanismos para la justiciabilidad de los derechos. Esto no es una novedad. Ya estaba planteado de manera más general en la Observación General N° 3 de 1990, y más concretamente, en la Observación General N° 9 de 1997. Incluso en el marco del sistema de comunicaciones individuales, en algunos de los casos, particularmente sobre derecho a la vivienda, se ha declarado responsable internacionalmente a los Estados por no contar con recursos judiciales efectivos para la protección de derechos sociales. Entonces este tema de la justiciabilidad no es una novedad, es algo que ya venía en desarrollo fuerte en el sistema universal desde hace décadas. Los demás tratados en el ámbito universal de los que Chile es parte y ya mencioné, también contemplan disposiciones sobre el derecho a la salud que incluyen dentro de las obligaciones de los Estados la de contar con recursos efectivos.

Ahora voy a pasar a las implicaciones en el ámbito regional. La CADH tiene al menos 3 disposiciones relevantes. La más sustantiva, el artículo 26 que, con una redacción no muy afortunada, que ha dado lugar a múltiples debates sobre su alcance, hace referencia explícita a una serie de obligaciones de los Estados en materia de DESC y que en los últimos años ha sido interpretada por la Corte IDH en el sentido de incluir el derecho a la salud. Uno puede debatir sobre la manera en que la Corte ha fundamentado algunos de los contenidos justiciables, pero lo cierto es que hay consenso sobre que el derecho a la salud es uno de los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH. La

otra disposición relevante es el artículo 25, que obliga a los Estados parte a proveer recursos judiciales efectivos frente a violaciones de los derechos previstos en la Convención, el derecho a la salud incluido, y los derechos previstos en la Constitución y en la ley. Y el artículo 2, que obliga a los Estados a adecuar todo su ordenamiento jurídico interno, de la Constitución para abajo, a las disposiciones de la CADH. Esta obligación de adecuar todo el ordenamiento jurídico interno es una obligación independiente de la jerarquía que se le quiera dar a los tratados internacionales de derechos humanos. De hecho, Chile es uno de los casos emblemáticos de órdenes del sistema interamericano de cambios constitucionales, no obstante, la Constitución actual le da una jerarquía de ley a los tratados internacionales.

También respecto de la obligación de proveer recursos efectivos para las violaciones de los derechos protegidos por la Convención, incluido el derecho a la salud, Chile ha sido protagonista de varios de los desarrollos relevantes sobre estos puntos. En el caso Poblete Vilches, la Corte IDH determinó la protección del derecho a la salud autónomamente bajo el artículo 26 y analizó los mecanismos judiciales activados. Hay un caso más reciente, el caso de Martina Vera Rojas. En este momento el caso está decidido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") y en litigio en la Corte IDH, en la declaratoria de responsabilidad internacional, entre otros temas, por la falta de supervisión y fiscalización adecuada del comportamiento de una ISAPRE respecto de un tratamiento de una enfermedad catastrófica, y por la limitación constitucional de la justiciabilidad del derecho a la salud bajo los artículos 25 y 2 de la CADH.

En casos de otros países sobre el derecho a la salud, la Corte IDH ha evaluado diferentes mecanismos civiles, penales, administrativos y constitucionales de amparo, respecto de distintos componentes del derecho a la salud en cuanto a su idoneidad y su efectividad, pero no hay duda ni debate sobre que los Estados parte de la CADH, como Chile, están obligados a brindar esos mecanismos de protección. Estos casos, en los que se han evaluado mecanismos judiciales de protección del derecho a la salud (tanto civiles, penales, administrativos y constitucionales de amparo), se incorpora un abanico muy grande de componentes o dimensiones del derecho a la salud que van más allá de la dimensión de libertad actualmente justiciable en Chile. Me refiero aquí a temas como consentimiento informado; mecanismos de protección respecto a casos vinculados al acceso de bienes y servicios de salud, como es el tratamiento integral para personas con VIH o tratamientos para enfermedades crónicas como diabetes; o disponi-

bilidad suficiente de medios para terapia intensiva en escenarios de emergencia. Otros casos en los que se han evaluado los mecanismos nacionales de protección tienen que ver con la mala praxis médica, componentes de calidad y aceptabilidad de bienes y servicios de salud, o temas de no discriminación en la atención en salud. Además, en algunos de estos casos, los mecanismos de protección a nivel nacional se evaluaron respecto de su capacidad de proteger frente a acciones u omisiones de actores privados, tanto prestadores directos que hayan incurrido en violaciones del derecho a la salud como otros actores que puedan incidir, como por ejemplo, bancos de sangre. Actualmente se discute ante la Corte IDH el rol de los mecanismos nacionales de protección frente a la discrecionalidad de las ISAPRES. Todo esto lo menciono para reiterar que el abanico de componentes respecto de los que el Estado está obligado a brindar mecanismos de protección en materia del derecho a la salud es bastante amplio en la jurisprudencia interamericana y está ya muy superada la idea que el derecho a la salud no es justiciable.

Antes de pasar a algunos matices sobre el alcance de esta obligación de justiciabilidad, quisiera brevemente contar los detalles de los casos de Chile en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre derecho a la salud, porque muestran escenarios de responsabilidad internacional por violación a este derecho y falta de mecanismos adecuados de protección, uno en el ámbito público y otro en el ámbito privado. El caso del sistema público, ya lo mencionaba antes, es el caso Poblete Vílches, que trata del tema de consentimiento informado, pero fundamentalmente aborda un problema de disponibilidad de bienes y servicios de salud de emergencia, incluyendo disponibilidad suficiente de camas en Unidades de Cuidados Intensivos (UCI), y la ausencia de una política integral en materia de salud y de personas mayores. Esto ocurrió en el sistema público, donde la persona falleció en un contexto de falta de disponibilidad de los medios atención de terapia intensiva. El otro caso, decidido por la CIDH –actualmente en litigio en la Corte IDH, y que probablemente tendrá sentencia en paralelo al proceso constituyente– tiene más que ver con el sistema privado, vinculado a cómo en un primer momento la Superintendencia de Salud no brindó un mecanismo idóneo o adecuado de supervisión y fiscalización de una ISAPRE en la determinación del alcance de una de las coberturas. Es decir, el caso examina un tema contractual y la falta de protección por la vía del recurso de protección frente a esta situación, tratándose además de una niña en situación de vulnerabilidad con discapacidad. Es muy importante estar atentas a este caso, porque una de las pretensiones que está en debate en la Corte IDH es justamente la adecuación

del ordenamiento interno en cuanto a la limitación constitucional de la justiciabilidad del derecho a la salud. Entiendo que, por la vía de interpretación, como comentaba José Francisco y también como se comentaba en esta mañana, se ha ampliado un poco esta limitación que está en la Constitución sobre la justiciabilidad únicamente en la libertad de elegir el sistema. Sin embargo, para evitar la necesidad de hacer malabares interpretativos, lo ideal es que la nueva Constitución elimine la limitación actual a la justiciabilidad.

Voy a hacer unos comentarios breves sobre cuál es el alcance de esa justiciabilidad y sus matices. Voy a abordar dos matices que habitualmente se plantean como obstáculos para la justiciabilidad del derecho a la salud. Uno es el condicionante de la realización progresiva, que modula las obligaciones de los Estados en materia de derechos sociales en general, incluyendo el derecho a la salud; y otro es un tema que se plantea de manera recurrente, y es la cuestión de las competencias y el alcance del rol de los jueces, esto es, que no es el rol del poder judicial inmiscuirse en asuntos que corresponden a los poderes ejecutivo y legislativo. Estos dos temas, como obstáculo a la justiciabilidad o como aparentes tensiones con una idea de justiciabilidad, están superados en otros países, pero compartiré algunas reflexiones.

Sobre la cuestión de competencia, sólo quiero mencionar que la experiencia comparada muestra que la justiciabilidad no necesariamente es incompatible con formas y metodologías de adjudicación y revisión judicial, que sean capaces de balancear una deferencia al legislador o al ejecutivo en sus competencias, como juicios de proporcionalidad, con distintos niveles o intensidades de escrutinio, que reconozcan ese margen pero que no dejen al derecho carente de toda protección judicial.

Me voy a detener un poco más en el tema del condicionante de la realización progresiva y qué significa en términos de justiciabilidad desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Sobre todo, quisiera desmitificar la idea de que la modulación de la obligación bajo la idea de realización progresiva es realmente un obstáculo a la justiciabilidad.

Para reflexionar sobre esto, lo primero que hay que aclarar siempre es ¿qué es lo que está realmente sujeto a realización progresiva? Lo que está sujeto a realización progresiva es la plena efectividad de los derechos sociales y siempre y cuando esa plena efectividad esté condicionada a los recursos disponibles. ¿Qué significa esto? Significa al menos tres cosas sobre las cuales ya hay bastante desarrollo,

tanto en el sistema universal como en el interamericano. Primero, que hay unas obligaciones exigibles de manera inmediata, y por tanto el condicionante de realización progresiva no puede presentarse como obstáculo absoluto para la justiciabilidad del derecho. Dentro de estas obligaciones exigibles de manera inmediata está la obligación de no discriminación, la exigencia de unos pisos mínimos de satisfacción del derecho, contenidos del derecho que no dependen de recursos como obligaciones vinculadas a la regulación, a la supervisión, a la fiscalización, u otros componentes de libertad. Al menos estos componentes deben ser justiciables por mandato del derecho internacional de los derechos humanos.

Lo segundo que implica es que aún dentro del condicionante de realización progresiva, deben existir mecanismos de rendición de cuentas sobre el progreso, ahí está la idea de pasos deliberados y que dar esos pasos es exigible de manera inmediata. Además, implica que el condicionante de realización progresiva no sea una excusa para no avanzar. Y sobre este punto solo quiero dejar la idea de la importancia de una regulación específica o un mandato al legislador o que la Constitución viabilice mecanismos sostenibles de rendición de cuentas sobre el progreso mediante sistemas, por ejemplo, de indicadores. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos tiene unas guías en materias de indicadores de progreso, que incluyen el derecho a la salud. La CIDH y el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador también tienen aportes sobre esto.

Y lo tercero que se desprende de la idea de realización progresiva, es que en todo caso hay una obligación correlativa o una prohibición correlativa de regresividad del nivel de protección alcanzado, salvo algunos supuestos particulares, en los que con un estándar alto de escrutinio los Estados puedan justificar medidas regresivas. Esta obligación de no regresividad también ha sido considerada como una obligación justiciable.

Para terminar, quiero dejar mencionados algunos temas que pueden favorecer y que me parece importante que los tome en cuenta la nueva Constitución que podrían favorecer la efectividad de los mecanismos nacionales de protección de los derechos sociales, incluyendo el derecho a la salud, así como el diálogo constructivo entre ambos sistemas.

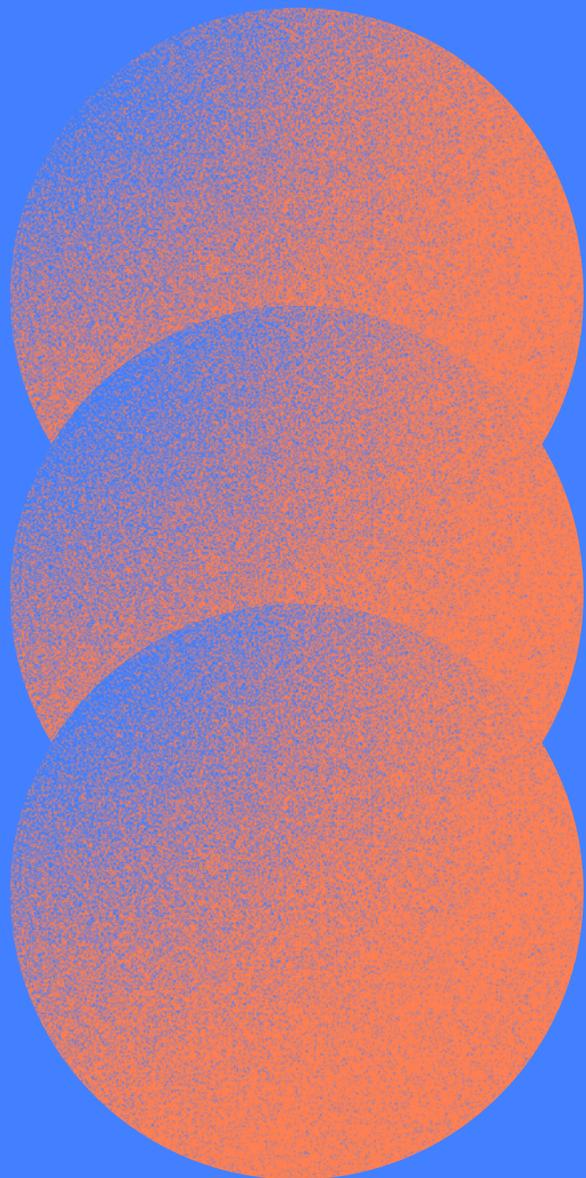
Uno es el tema de cómo se va a incorporar la cláusula de no discriminación. Lo ideal sería que la Constitución incorpore explícitamente la dimensión sustantiva o material del principio de igualdad y no

discriminación, para que no haya que hacer malabares interpretativos para derivar de la Constitución unas obligaciones positivas respecto de ciertos grupos desaventajados o en necesidad de protección que va más allá de la igualdad formal. Así, la Constitución debería indicar claramente que el principio de igualdad y no discriminación no implica únicamente obligaciones negativas, sino que también obligaciones positivas. Del mismo modo, sería pertinente incluir la prohibición de discriminación indirecta por impacto diferenciado, la idea de la necesidad de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a situaciones de discriminación estructural y la idea de interseccionalidad, solo por mencionar algunos de los elementos importantes para considerar si se quiere avanzar con un texto constitucional que reconozca la igualdad sustantiva. Otro tema que es importante que se considere, porque puede favorecer la efectividad de los mecanismos nacionales e internacionales de protección, es el tema de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, como ya lo mencionaba José Francisco. Darles jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos puede ser una herramienta útil de diálogo entre mecanismos nacionales e internacionales de protección. Finalmente, agregaría la constitucionalización del control de convencionalidad como parámetro de interpretación para los jueces nacionales.

En casos de otros países sobre el derecho a la salud, la Corte IDH ha evaluado diferentes mecanismos civiles, penales, administrativos y constitucionales de amparo, respecto de distintos componentes del derecho a la salud en cuanto a su idoneidad y su efectividad, pero no hay duda ni debate sobre que los Estados parte de la CADH, como Chile, están obligados a brindar esos mecanismos de protección. Estos casos, en los que se han evaluado mecanismos judiciales de protección del derecho a la salud (tanto civiles, penales, administrativos y constitucionales de amparo), se incorpora un abanico muy grande de componentes o dimensiones del derecho a la salud que van más allá de la dimensión de libertad actualmente justiciable en Chile.

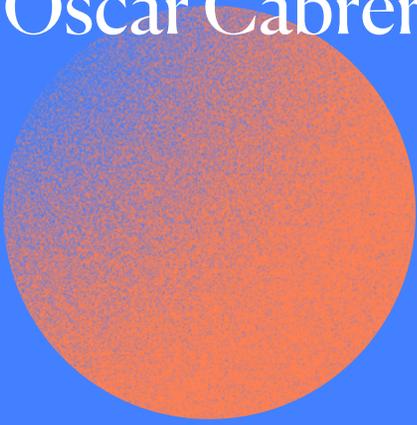


PANEL 3



Experiencia
comparada.

Óscar Cabrera



1



PANEL 3

Abogado y master en Health Law and Policy de la Universidad de Toronto. Es el Director del Programa Healthy Families Initiative del O'Neill Institute for National and Global Health Law. También es profesor visitante en la facultad

de derecho de la Universidad de Georgetown. Ha trabajado en proyectos con la Organización Mundial de la Salud, los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades y la Campaña para Niños Libres de Tabaco.

Bio

La materia que convoca a este encuentro nos pone de lleno en lo que, probablemente, va a ser una de las cuestiones más debatidas en la deliberación constituyente que vamos a iniciar: la incorporación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo sucesivo, “DESC”) a una futura Constitución. El derecho a la salud es indiscutiblemente uno de ellos, junto con el derecho a la educación y, tal vez, el derecho a la vivienda, entre otros posibles. Todos tienen una característica común: pueden generar un intenso efecto redistributivo. Todos los derechos cuestan dinero, como todo o casi todo en la vida pública. Los derechos políticos y sociales tienen un costo y, también, un efecto redistributivo, pero los DESC, como bien lo saben mis colegas en este panel, tienen un efecto intensamente redistributivo y eso abre una serie de desafíos desde el punto de vista del diseño institucional y del orden de la comunidad política.

SALUD COMO BIEN SOCIAL

El punto de partida, entonces, tiene que ver con el contenido del derecho a la salud. Qué entendemos por “derecho a la salud” y la posibilidad de conceptualizar la salud como un bien social que debe ser protegido. Ello permitirá articular e hilvanar de forma más clara las

obligaciones del Estado que se derivan de la necesidad de proteger dicho bien.

Los debates en torno al derecho a la salud se pueden catalogar dentro de dos enfoques. El primero, relacionado a la *dimensión prestacional* del derecho a la salud, que se enfoca en las obligaciones del Estado en materia de salud conectadas con garantizar el acceso a bienes y servicios médicos. Esto incluye discusiones en torno a cómo debe estructurarse el sistema de salud, si debe ser un sistema público, privado o un modelo híbrido. El segundo enfoque, por su parte, es el de la *dimensión preventiva* del derecho a la salud. Este enfoque, que es generalmente ignorado en los debates legales, se enfoca en entender el rol del Estado en materia de salud no solo como una obligación que se cumple con la mera provisión de bienes y servicios, sino que también comprende el deber de prevenir y controlar el desarrollo y propagación de las enfermedades en sociedad y, en general, el deber de garantizar las condiciones en sociedad para que las personas puedan vivir una vida saludable⁹.

Entonces, si conectamos estas dos dimensiones con nuestro punto de partida, podemos notar que entender la salud como un bien que queremos proteger en la sociedad, nos obliga, necesariamente, a enfocarnos también en los determinantes de la salud, es decir, en aquellos factores que tienen un impacto y determinan nuestra salud. Así, por supuesto que hay factores físicos o genéticos que tienen un impacto en el goce de la salud; no obstante, concebir la salud como un bien social nos permite incluir en la ecuación factores de tipo social que tienen que ver con las circunstancias en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen¹⁰. Dentro de este contexto, si verdaderamente queremos garantizar un goce efectivo de la salud, es necesario tener en cuenta esta configuración un poco más amplia y cómo ello tiene un impacto en la forma en que concebimos las obligaciones del Estado en lo relativo a la salud.

DIMENSIÓN PREVENTIVA VS DIMENSIÓN PRESTACIONAL

Normalmente, quienes trabajamos en temas de derecho a la salud dedicamos nuestros esfuerzos a articular estas dos dimensiones, la prestacional y la preventiva, como parte de una concepción amplia de lo que es el derecho a la salud, y las obligaciones que tienen los Estados en para garantizar dicho derecho.

En el contexto global actual, uno de los temas centrales que ha quedado de relieve como resultado de la pandemia del COVID-19 es la

9. Ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU698/17 (28 de noviembre de 2017) (enfaticando la necesidad de distinguir las dimensiones prestacionales y preventivas del derecho a la salud, indicando además que “la faceta prestacional de los derechos, aunque necesaria, constituye siempre un remedio parcial frente a problemáticas profundas y de gran calado, que requieren soluciones de orden estructural”).

10. Ver “Determinantes sociales de la salud”. Organización Mundial de la Salud (OMS). Recuperado de: https://www.who.int/social_determinants/es/; y Comité DESC (2000). “Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Doc. ONU E/C.12/2000/4, párr. 4.

necesidad de pensar la salud desde una perspectiva preventiva que incluya los componentes poblacionales y colectivos. Al hablar de la dimensión preventiva del derecho a la salud, me refiero a la obligación que tiene el Estado de crear condiciones en sociedad para que la gente pueda desarrollar vidas saludables¹¹.

En tal sentido, si bien hoy en día Chile no cuenta con una Constitución garantista en temas de derechos sociales, Chile sí ha estado a la vanguardia en lo que respecta a la adopción de medidas legislativas de prevención. Sin ir más lejos, la ley chilena de etiquetados de alimentos para promover la alimentación saludable es todavía uno de los modelos pioneros en el mundo y uno de los ejemplos que muchos países han tratado de seguir. Esa ley es una norma que se conecta específicamente con un factor de riesgo para la salud, las dietas malsanas, y que estructura un modelo de prevención al facilitar que las personas consumidoras tengan un mayor acceso a información adecuada. Así, la norma busca crear actitudes más saludables con el objetivo de disminuir la prevalencia en la sociedad de enfermedades crónicas relacionadas con el consumo de dietas no saludables, como la obesidad o las enfermedades cardiovasculares. En definitiva, una medida de este tipo contribuye a una mejor garantía y al cumplimiento y goce efectivo del derecho a la salud¹².

La pandemia ha demostrado, también, que nuestros sistemas de salud no son capaces de lidiar con un aumento drástico de prevalencia de enfermedad. Esta situación, nos lleva a concluir que, por más que se siga invirtiendo en el sistema de salud, de seguros, y en la prestación de servicios, el sistema en sí mismo no puede atender este tipo de exigencias. Con lo cual, aunque sea desde una perspectiva pragmática, se torna necesario pasar de un enfoque prestacional hacia un enfoque orientado a prevenir las condiciones que generan enfermedad. De lo contrario, el modelo prestacional obligará al sistema a estar siempre detrás de las necesidades cambiantes que existen en cada contexto.

Adicionalmente, existen otras razones para adoptar el enfoque de dimensión preventiva del derecho a la salud. Por ejemplo, una de las principales críticas de la dimensión prestacional del derecho a la salud se relaciona con los costos de garantizar este derecho. Cuando nos referimos a prestación de servicios, los costos pueden ser muy elevados y continuar creciendo a medida que la prevalencia de enfermedad aumente. En ese contexto, aplica también el principio de cumplimiento progresivo de obligaciones derivadas del derecho a la salud (como de otros derechos sociales), debido a su conexión con la disponibilidad de recursos económicos¹³.

11. Gostin, L. (2016). *Public Health Law*. Oakland: University of California Press, p. 13.

12. Ver Global Center for Legal Innovation on Food Environments y O'Neill Institute for National and Global Health Law (2021). "Etiquetado frontal de advertencia. Cumplimiento con obligaciones de derechos humanos y compatibilidad con otros marcos jurídicos internacionales", p. 5. Disponible en: <https://oneill.law.georgetown.edu/areas/global-center-for-legal-innovation-on-food-environments/>.

13. Comité DESC (2000). "Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud". Doc. ONU E/C.12/2000/4, párrs. 30-32.

14. Para un análisis detallado de los costos de distintas intervenciones preventivas, ver OMS (2014). *The case for Investing in Public Health*. Ginebra: OMS.

15. Ver, por ejemplo, Comité DESC (2000). “Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Doc. ONU E/C.12/2000/4, párr. 44 inciso (c).

16. Ver en este sentido Pūras, D., Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2020). *Statement by the UN Special Rapporteur on the right to health on the adoption of front-of-package warning labelling to tackle NCDs*. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26130&LangID=E>, traducción no oficial disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/10/Traduccion-etiquetado-frontal-ONU-1.pdf>.

Pero lo mismo no necesariamente ocurre cuando nos enfocamos en la dimensión de prevención. Muchas veces, las medidas específicas asociadas con prevención no requieren un costo significativo o amplio para el Estado¹⁴. Por ejemplo, la ley de etiquetado que se mencionó anteriormente, o las leyes que restringen el consumo de tabaco en lugares cerrados públicos, no necesariamente acarrear un gasto significativo por parte del Estado. Estos son ejemplos de normativas que contribuyen a la protección de la salud como bien social y que no generan costos elevados, más allá del costo de inspección o implementación de las medidas. Es decir, no son costos directos derivados de la intervención. Incluso, en muchos casos, algunas de las medidas de prevención en salud generan ganancias financieras directas e inmediatas para el Estado. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hablamos de impuestos sobre productos que pueden afectar la salud, tales como los impuestos a productos de tabaco o a las bebidas azucaradas.

Al no implicar ningún costo para el Estado, uno podría pensar en este tipo de medidas de prevención como medidas que no se encuentran sujetas al cumplimiento progresivo, en tanto no dependen de los recursos disponibles, sino que son obligaciones de cumplimiento inmediato que los Estados tienen que empezar a adoptar y cumplir sin dilaciones¹⁵. Entender el derecho a la salud en su dimensión preventiva nos permite, entonces, dilucidar que este derecho podría ser entendido como un derecho regulatorio, que genera en cabeza del Estado las obligaciones de regular y crear condiciones para que la gente pueda desarrollar vidas saludables¹⁶.

Por supuesto que esto conlleva ciertos desafíos y nos obliga a repensar la forma en que concebimos el rol del Estado ante la salud. Así, considerar que el Estado tiene que adoptar medidas tendientes a promover las circunstancias que nos ayuden a vivir vidas saludables implica abandonar la lógica de mercado y la concepción de regulación mínima, en tanto puede ocurrir que el propio mercado tenga un interés en que haya más personas enfermas en sociedad, porque eso genera más intereses económicos que se pueden aprovechar. Entonces, lo que ocurre normalmente es que puede haber una incompatibilidad entre los intereses económicos y el interés de la sociedad y del Estado en proteger la salud como un bien social.

JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD – DIMENSIÓN PRESTACIONAL

Otro de los debates relevantes en materia de derecho a la salud tiene que ver con su justiciabilidad en casos de acceso a bienes y servicios de salud.

En algunos países, el litigio ha sido utilizado para lograr acceso a medicamentos o a servicios médicos, lo cual puede tener un impacto en el diseño de políticas públicas y, a su vez, puede crear o exacerbar inequidades.

Quienes son muy críticos de la justiciabilidad en temas de acceso a bienes y servicios de salud advierten que, por ejemplo, los litigios pueden utilizarse para tratar de acceder a servicios que originalmente no fueron incluidos en el diseño de una política pública. Esa dimensión es importante, y creo que es fundamental analizar el componente específico de acceso a los sistemas de salud. En mi opinión, las instancias de justiciabilidad del acceso a la salud –como los casos de las *tutelas* en Colombia, los *mandados de segurança* en Brasil, o los *amparos* en Argentina– demuestran la existencia de patrones de inequidad en el sistema en sí mismo. Es decir, el litigio en sí mismo no es el problema, sino que la judicialización es la manifestación o el reflejo de otros tipos de problemas estructurales. En ese contexto, el poder judicial intenta suplir fallas estructurales de los sistemas de salud¹⁷.

Otros académicos y académicas critican la justiciabilidad sobre la base de la división de poderes y el hecho de que el poder judicial carece de la capacidad técnica para evaluar el diseño de las políticas públicas o reformar el sistema de salud¹⁸. Asimismo, hay quienes argumentan que el tipo de justiciabilidad que hemos visto muy presente en nuestra región ha causado o perpetuado las inequidades¹⁹. Todos estos son temas importantes que hay que evaluar.

MODELOS CONSTITUCIONALES: JUSTICIABILIDAD DIRECTA E INDIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD

Más allá de estas críticas a la justiciabilidad, que no abordaré en detalle ya que han sido objeto de distintos debates académicos, quisiera hacer mención al tema de la justiciabilidad directa y justiciabilidad indirecta.

La justiciabilidad directa del derecho a la salud implica la posibilidad de acudir a un tribunal para que resuelva una pretensión basada en la violación del derecho a la salud como derecho autónomo. Este tipo de justiciabilidad se presenta, en general, en los casos en los que existe una consagración expresa del derecho a la salud como derecho fundamental en sí mismo. En cambio, el concepto de justiciabilidad indirecta se refiere al uso de otros derechos conexos (como

17. Para una descripción de este fenómeno en Brasil, ver Motta Ferraz, O. L. (2013). "Brasil: desigualdades en salud, derechos y tribunales. El impacto social de la judicialización de la salud" en Yamin, A. y Gloppen, S. (Coord.) *La lucha por los derechos de la salud*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

18. Lamprea E. (2017). "The Judicialization of health care: a global south perspective". *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* Vol. 13(1): pp. 431-49.

19. Yamin, A. E. (2014). "Promoting equity in health: what role for courts?" *Health Human Rights* Vol. 16 (2).

la vida o la integridad física) para adjudicar pretensiones referentes al derecho a la salud.

Algunos países han modificado su visión sobre la justiciabilidad. En Colombia, por ejemplo, la naturaleza jurídica del derecho a la salud ha sido ampliamente discutida para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela²⁰. En la actualidad, y a partir de la sentencia T-760 de 2008, Colombia recepta la justiciabilidad directa del derecho a la salud, reconocido como un derecho fundamental autónomo. Sin embargo, los tribunales colombianos por mucho tiempo examinaron la justiciabilidad de este derecho de forma indirecta, por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida digna y la integridad personal²¹.

Otros países mantienen la justiciabilidad indirecta como método para proteger el derecho a la salud a través de una interpretación amplia de otros derechos. Un ejemplo típico es el caso de India, cuya constitución no reconoce expresamente el derecho fundamental a la salud. Sin embargo, el artículo 21 de la Constitución de la India garantiza el derecho fundamental a la vida y la libertad personal. Así, los tribunales han interpretado estos derechos de una manera expansiva para incorporar componentes específicos de derecho a la salud. En efecto, en numerosos casos, la Corte Suprema de India ha sostenido que el derecho a la salud y a la atención médica son derechos fundamentales comprendidos en el artículo 21, ya que la salud es esencial para la vida digna²².

Similarmente, la Ley Fundamental Alemana no incluye un derecho a la salud o ninguna otra disposición relativa a los derechos sociales y económicos. Sin embargo, Alemania tiene uno de los niveles más altos de gasto público per cápita en salud²³. Esto se debe a que la Corte Constitucional ha entendido que el Estado está obligado a brindar atención médica sobre la base del derecho a la dignidad humana, cuya inviolabilidad se encuentra reconocida en el artículo 1 de la Ley Fundamental²⁴.

MODELOS CONSTITUCIONALES COMPARADOS Y EL DERECHO A LA SALUD

Como señalaba inicialmente, el actual proceso constituyente chileno ha capturado la atención de muchas personas en todo el mundo. Es un proceso constituyente importante que surge de un clamor popular que, a su vez, responde a este cambio específico en temas de garantías y derechos.

20. Gañán Ruiz, J. L. (2011). "De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia". *Estudios de Derecho*, Vol. 68 No. 151, p. 190.

21. Id.

22. Parmar, S. y Wahi, N. (2013). "India: ciudadanos, tribunales y el derecho a la salud" en Yamin, A. y Gloppen, S. (Coord.) *La lucha por los derechos de la salud*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 199.

23. Kinney, E. y Clark, B. A. (2004). "Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World", *Cornell International Law Journal* Vol. 37, p. 295.

24. Ver Ettelt, S. (2020). "Access to treatment and the constitutional right to health in Germany: a triumph of hope over evidence?". *Health Econ Policy Law* Vol. 15(1); "Fundamental Social Rights in Europe". Parlamento Europeo. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/104/part3_en.htm#2.14.

En el marco de este proceso, resulta interesante analizar cuáles son los distintos modelos de consagración del derecho a la salud. Ello no sólo implica evaluar la redacción de los textos constitucionales, sino también el modo en que los tribunales han interpretado el contenido del derecho a la salud que responda a los avances de interpretación normativa y a las necesidades del contexto actual.

Por ejemplo, en lo que respecta a la recepción del derecho a la salud en diferentes modelos constitucionales, quisiera destacar el análisis de Matthew Kavanagh (2017), quien extrajo conclusiones sobre la constitucionalización del derecho a la salud a partir de un análisis empírico de una serie de constituciones en distintas partes del mundo. En su análisis, Kavanagh determinó que más de la mitad de los países del mundo tienen algún grado de reconocimiento del derecho a la salud y a la atención médica en sus constituciones nacionales, ya sea a través de una consagración constitucional directa o a través de la interpretación de los tribunales²⁵. Según Kavanagh, la evidencia empírica también indica que existe una clara tendencia hacia una mayor protección constitucional de los derechos de salud a lo largo del tiempo²⁶.

Pero una de las contribuciones más importantes de Kavanagh es la relación entre la consagración constitucional del derecho a la salud y el bienestar social. Según el autor, la constitucionalización de la salud crea un contexto institucional que es más propicio para la salud y la equidad en salud²⁷. Ello en tanto expande los espacios de formulación de políticas públicas y cambia los términos del debate de maneras que pueden ser particularmente positivas para un conjunto de discusiones complejas sobre recursos, regulación y acceso. La evidencia empírica confirma esto: según los datos, los países con derecho a la salud tienen un índice de mortalidad más baja y obtienen mejores puntajes en el índice de acceso y calidad de la atención médica²⁸.

En la práctica, los diseños constitucionales para proteger la salud difieren tanto en su especificidad como en su enfoque. Algunos garantizan el acceso a medidas de salud específicas en un lenguaje detallado, mientras que otros expresan el derecho a la salud en términos amplios. En líneas generales, el derecho a la salud se ha conceptualizado de tres maneras: (i) como un derecho a la salud pública; (ii) como un derecho a la atención médica; y (iii) como un derecho a la salud más general²⁹. Algunas constituciones receptan las tres categorías al mismo tiempo, como el caso de la Constitución de Ecuador de 2008.

25. Kavanagh, M. (2017). *Constitutionalizing Health: Rights, Democracy And The Political Economy Of Health Policy*. University of Pennsylvania, p. 4.

26. Id.

27. Id., p. 68.

28. Id., p. 64.

29. Para una descripción detallada de las tres maneras, ver Heymann, J., Cassola, A. et al. (2013) "Constitutional rights to health, public health and medical care: the status of health protections in 191 countries". *Global Public Health* Vol. 8 (6).

Como se explicó anteriormente, a pesar de la recepción expresa de este derecho en diferentes marcos constitucionales, la realidad es que en muchos países han tenido que reevaluar su marco constitucional de derecho a la salud. En algunos casos, han sido los tribunales quienes han elaborado más en detalle el contenido de la salud, ampliando o aclarando su alcance.

Un ejemplo interesante en este sentido es el del Tribunal Constitucional peruano. En el caso de los *5,000 Ciudadanos Contra El Artículo 3º De La Ley N.º 28705*, este tribunal contempló la dimensión prestacional del derecho a la salud como una obligación del Estado de adoptar medidas tendientes a la reducción de enfermedades crónicas relacionadas con el consumo de tabaco. En el caso, el Tribunal Constitucional hizo una conexión específica entre el control de tabaco, los derechos fundamentales, y la idea de violación por omisión; es decir, la violación de derechos fundamentales como resultado de omisiones estatales en la implementación de medidas específicas de control al tabaco. El Tribunal concluyó que una norma que prohibía por completo fumar en determinados lugares públicos era constitucional, en tanto la prohibición de fumar era el medio ideal para reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo del tabaco³⁰.

Otros tribunales han desarrollado la dimensión preventiva del derecho a la salud. Por ejemplo, en el caso *Philip Morris vs Uruguay*, un tribunal arbitral en el marco del CIADI resaltó la responsabilidad de los Estados de adoptar medidas de salud pública. El tribunal enfatizó que los Estados tienen un deber de proteger la salud pública, y que esa obligación debe primar por sobre los intereses privados. En esa línea, el tribunal advirtió que los actores privados que fabrican productos que tienen un impacto negativo en salud deben acostumbrarse a que el entorno regulatorio seguirá siendo más restrictivo³¹.

Los debates que se encontraban presentes en estos casos pueden tener profundas implicancias en el contexto chileno, donde ha existido la idea de una Constitución económica que sólo protege libertades. Sin embargo, en el marco del nuevo proceso constituyente democrático, es necesario ampliar el alcance de la discusión, y comenzar a pensar en una constitución que incorpore al derecho a la salud tanto en su dimensión prestacional como preventiva, y que entienda a la salud como un bien social que debe ser protegido.

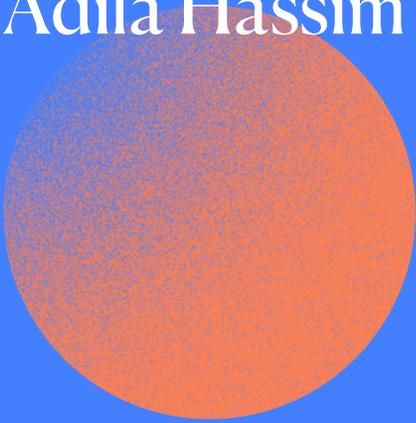
30. *5,000 Ciudadanos Contra El Artículo 3º De La Ley N.º 28705*, EXP. N.º 00032-2010-PI/TC, Tribunal Constitucional del Perú (2011), §2.

31. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7595.pdf>.

Ha existido la idea de una Constitución económica que sólo protege libertades. Sin embargo, en el marco del nuevo proceso constituyente democrático, es necesario ampliar el alcance de la discusión, y comenzar a pensar en una constitución que incorpore al derecho a la salud tanto en su dimensión prestacional como preventiva, y que entienda a la salud como un bien social que debe ser protegido.



Adila Hassim



2



PANEL 3

Abogada del Colegio de Abogados de Johannesburgo, master en derecho y doctora en derecho de la Universidad de Notre Dame. Es ex miembro fundadora de Section 27, una organización dedicada a pro-

mover el acceso a los servicios de salud y a la educación en Sudáfrica. Tiene una vasta experiencia de práctica legal en derecho constitucional, derecho administrativo y derecho de la salud.

Bio

Chile se está embarcando en lo que creo que es un camino revolucionario, ya que delibera sobre el contenido de una nueva Constitución. Es muy emocionante y trae buenos recuerdos del proceso de elaboración de la Constitución en Sudáfrica. Al igual que en Sudáfrica, en Chile el proceso promete la transición hacia un modelo de gobierno que se basa en valores de libertad, igualdad y dignidad. No hay duda de que el camino por delante será difícil. Esperemos que el debate ofrezca asistencia a la asamblea constitucional que redactará la Constitución. Cuando lo hagan, se deberá tener en cuenta que para que una Constitución se base verdaderamente en la justicia y en la erradicación de la desigualdad, deberá contener la protección de los derechos sociales, incluido el derecho a la salud.

Como sabrán, la Constitución de Sudáfrica primero contenía la carta de derechos de la Constitución de 1993. Esa Constitución fue referida como una constitución provisional que fue preparada en gran medida por los negociadores políticos de la época anterior a las primeras elecciones democráticas de 1994. Después de 1994, el primer parlamento elegido democráticamente se convirtió en la asamblea que redactó la Constitución final. La Constitución provisional no incluía los derechos sociales, la última sí. Surgió después

de un debate bastante feroz dentro del parlamento, pero también en la opinión pública. En efecto, la participación del público fue sumamente importante. Hubo cientos de miles de presentaciones hechas a la asamblea no sólo como organizaciones formales, asociaciones, sindicatos, movimientos laborales, sino también sólo personas comunes y corrientes que tenían interés en la ley que iba a ser el plan para la nueva Sudáfrica. Al final de todo esto tenemos una Constitución con derechos sociales.

Describiré el derecho a la salud, cómo se formula en la Constitución de Sudáfrica y cómo ha sido interpretado y aplicado por la Corte Constitucional, pero también me referiré a disposiciones relacionadas de la Constitución. Considero que esto es importante porque creo que el derecho a la salud no puede verse de forma aislada. No sólo en el sentido de lo que es determinante de la salud –qué otros derechos y condiciones son esenciales para ella–, sino también porque hay otras disposiciones que forman una matriz que es necesaria para la aplicación del derecho a la salud. Las características de la Constitución de Sudáfrica que constituyen esta matriz en general son: 1) la Constitución impone obligaciones positivas al Estado; 2) impone obligaciones positivas en algunos casos, pero principalmente obligaciones negativas a las partes privadas (la carta de derechos es vinculante para los particulares); y 3) el derecho a la igualdad se articula ampliamente no sólo como un derecho independiente, sino como un valor fundamental de la Constitución. Además, las disposiciones de la Constitución que se ocupan de la legitimación son vitales. Esto es importante porque es un concepto muy amplio de quién puede venir y acercarse a la Corte para obtener protección. Puede ser cualquier persona que actúe por su propio interés o en interés de un grupo o clase de personas o de interés público. Comencemos con el artículo 27 de la Constitución, que protege el derecho a la salud:

“1. Toda persona tiene derecho a tener acceso a servicios de atención médica, incluida la atención de salud reproductiva; 2. El Estado debe adoptar medidas legislativas y de otro aspecto razonables, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de cada uno de estos derechos; 3. A nadie se le puede negar el tratamiento médico de emergencia.”

Lo primero es que todo el mundo tiene derecho a los servicios. Esto es importante, porque uno de los debates es hasta qué punto los no ciudadanos pueden exigir servicios de salud y qué tipo de servicios

de salud pueden exigir. Lo que tenemos en este momento es que al menos en relación con los métodos de prevención, por ejemplo, con la tuberculosis –una de las mayores causas de muerte en Sudáfrica– incluso si no eres ciudadano tienes derecho a medicamentos y servicios de salud contra dicha enfermedad porque es necesario proteger la salud de toda la población. Por lo tanto, hay algunos servicios de salud muy básicos extendidos a los no ciudadanos y los servicios de emergencia están incluidos en eso. Aún no ha sido probado en los tribunales. Hubo un caso en el que se aprobó la concesión de subvenciones sociales en virtud del derecho a la seguridad social en el artículo 27 de la Constitución. Un grupo de residentes permanentes presentó una impugnación ante el Tribunal Constitucional exigiendo el derecho a subvenciones de ayuda social. El tribunal determinó que el derecho se extendía a los residentes permanentes en ese caso.

Otra característica del derecho a la salud es la referencia a la atención de la salud reproductiva. Los servicios de salud reproductiva se incluyen específicamente en el derecho a la salud como resultado de un movimiento para reformar las leyes de salud reproductiva, en particular la elección de la interrupción del embarazo. Al incluirlo en la Constitución, se allanó el camino para que la legislatura y los activistas hicieran el cambio importante a la legislación sobre el aborto.

La siguiente parte importante de la fraseología del derecho es el “Estado”. El Estado debe tomar todas estas medidas. El deber principal está en el Estado. ¿Cuál es el deber del Estado? Se articula en el punto 27(2). Es bastante complicado y en realidad puede parecer limitado. Es una manera de decir que el derecho no es capaz de cumplirse inmediatamente. Por lo tanto, la preocupación inicial era que fuese aspiracional, en el sentido de que el Estado no tendría que hacer mucho para hacer efectivo el derecho.

Era importante a través de litigios dar contenido a lo que estas palabras significan en la Constitución. El primer caso que invocó la Sección 27, *Soobramoney vs. El Ministerio de Salud, KwaZulu-Natal*, fue un caso presentado por un hombre que sufría de enfermedad renal que se acercó al tribunal porque necesitaba acceso a diálisis renal y no podía costearlo. Pidió que se le proporcionara a expensas del Estado. Si no lo conseguía, moriría. Presentó el caso en términos de la sección 27(3) (a nadie se le puede negar el tratamiento médico de emergencia), no en la sección 27(1). El resultado fue que el tribunal no le concedió la reparación porque, de acuerdo a la sentencia, lo solicitado no constituía un “tratamiento médico de emergencia”.

Murió poco después de que se dictara el fallo. El tribunal estaba muy atento a las consecuencias de la sentencia y parte del problema fue cómo se enmarcó el caso cuando llegó al tribunal. Realmente no nos ayudó, en momentos en que estábamos tratando de dar sentido a la disposición.

Un antecedente jurisprudencial importante, posterior a Soobramoney, fue el caso Ministerio de Salud vs. Campaña de Acción para el Tratamiento (TAC), que expuso lo que se requiere del gobierno respecto del derecho a la salud. El caso comenzó a dar algún contenido y se basó, en parte, en un caso decidido poco antes sobre el derecho a la vivienda en el artículo 26 –con fraseología similar– (Gobierno de la República de Sudáfrica vs. Grootboom). El tribunal estaba recurriendo a esa decisión anterior y comenzó a desglosar qué factores requiere la razonabilidad: 1) para que una ley o un plan de gobierno sea razonable debe ser integral, coordinada con una clara asignación de tareas y responsabilidades; 2) se debe analizar si el plan es capaz de facilitar la realización del derecho (expresión de racionalidad, si los medios utilizados pueden alcanzar el objetivo); 3) el plan debe ser equilibrado y flexible y debe prever necesidades a corto, medio y largo plazo (muy importante porque estableció que si bien el derecho no puede realizarse inmediatamente, eso no significa que no haya medidas que deban tomarse inmediatamente); 4) el plan debe incluir un componente para hacer frente a la necesidad urgente de aquellos en situaciones desesperadas; 5) si el plan se aplica razonablemente (puede adoptar una ley o política, pero debe ser capaz de aplicarse razonablemente y teniendo debidamente en cuenta la urgencia de las situaciones que se pretende abordar); 6) debe haber una comunicación adecuada del plan a todas las partes interesadas. En relación a los “recursos disponibles”, el tribunal dejó claro que el Gobierno no puede simplemente decir “no tenemos el dinero”; el Gobierno debe acudir a los tribunales para justificar por qué no hay recursos suficientes para una reclamación particular de un demandante. Una vez más, los “recursos disponibles”, la “razonabilidad” y la “realización progresiva” fue lo que el tribunal examinó en esta resolución.

El caso TAC –en el que las mujeres embarazadas buscaban acceso a nevirapina para evitar la transmisión del VIH a un niño a través del parto– sigue siendo un caso modelo para otros litigios de derechos sociales en Sudáfrica. El tribunal ordenó al Gobierno que proporcionara el medicamento. En ese momento, era 2002, había un puñado de mujeres embarazadas, 100 más o menos, que estaban teniendo acceso a la medicina, había o personas que tenían acceso a antirretrovirales

a través del Estado. Ahora, como resultado de la sentencia, hay más de 5 millones de personas en antirretrovirales.

Antes se ha señalado que la Constitución de Sudáfrica ha incluido el derecho a la salud, pero que también ha consagrado una matriz de principios y disposiciones relevantes. Un aspecto a destacar es el concepto de deberes que la Constitución prevé. Aquello especifica que el Estado está obligado a respetar, proteger, promover y cumplir con los derechos en la carta de derechos. Esencialmente, dice que no sólo hay obligaciones negativas de abstenerse de infringir los derechos, sino que deben adoptarse medidas positivas para promover los derechos. Luego está el artículo 8 de la Constitución que dice que la carta de derechos vincula a los privados, y luego la Sección 9 que contiene en detalle el derecho a la igualdad. Esta matriz ha hecho posible que las partes acudan a los tribunales para exigir su derecho a acceder a medicamentos esenciales incluso contra las compañías farmacéuticas, lo que también es muy importante para garantizar la correcta aplicación y distribución crítica de los servicios de salud, no sólo de los medicamentos. El tribunal ha impuesto estos derechos a los particulares de diversas maneras, pero lo más importante es que reconoce que el Estado tiene el deber de regular el sector privado. Por último, el tribunal ha declarado que cuando un particular o empresa se adjudica un contrato para la prestación de servicios sanitarios o sociales, entonces actúan en lugar del Estado y están obligados por todas las disposiciones de la Constitución para garantizar el cumplimiento del derecho. Eso ha significado que la forma en que el sector privado interactúa con el Estado en los servicios de salud se ha vuelto bastante compleja e interesante. Estos son ejemplos de la reivindicación del derecho. Como he dicho, es algo atribuible a la inclusión del derecho en la Constitución y a la matriz de disposiciones.

Por último, hay dos cosas que van más allá de incluir el derecho en la Constitución: la primera, tener un poder judicial independiente, y la segunda, tener una ciudadanía activa. Estos derechos y la aplicación de los mismos, responsabilizando al Gobierno, sólo es posible cuando hay un movimiento activo de la sociedad civil y cuando los movimientos sociales presentan reclamos legales y cumplen una función de monitoreo cuando logran una orden judicial, para su implementación. Asegurar la protección adecuada del derecho a la salud en la Constitución es obviamente imperativo, pero no se traduce en un cambio real sin estos otros factores.

La Constitución de Sudáfrica ha incluido el derecho a la salud, pero que también ha consagrado una matriz de principios y disposiciones relevantes. Un aspecto a destacar es el concepto de deberes que la Constitución prevé. Aquello especifica que el Estado está obligado a respetar, proteger, promover y cumplir con los derechos en la carta de derechos. Esencialmente, dice que no sólo hay obligaciones negativas de abstenerse de infringir los derechos, sino que deben adoptarse medidas positivas para promover los derechos. Luego está el artículo 8 de la Constitución que dice que la carta de derechos vincula a los privados, y luego la Sección 9 que contiene en detalle el derecho a la igualdad. Esta matriz ha hecho posible que las partes acudan a los tribunales para exigir su derecho a acceder a medicamentos esenciales incluso contra las compañías farmacéuticas.



Sergio Verdugo



3



PANEL 3

Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Master en Derecho de la Universidad

de Berkeley y Doctor en Derecho de la New York University. Es profesor asociado de la Universidad del Desarrollo y editor del *International Journal of Constitutional Law*.



Existe una demanda social relevante para incorporar y regular, a lo menos simbólicamente, el derecho a la salud dentro de la Constitución. Esto es algo que no podemos negar. Las encuestas son contundentes: el 70% de los que votaron apruebo lo hicieron para mejorar las pensiones, la salud y la educación, según datos de la CADEM. MORI sugiere que una de las prioridades de un 57% de los encuestados para la nueva Constitución, es la salud. Entonces, hay una demanda para hacer algo en términos constitucionales.

El derecho comparado nos da alternativas interesantes que pueden ser útiles para diseñar normas constitucionales que respondan a dicha demanda. No obstante, se da una paradoja, porque obviamente que los instrumentos constitucionales no son suficientes para satisfacer demandas sociales asociadas a la salud. Se requiere de regulaciones subconstitucionales, presupuesto e infraestructura. La paradoja lleva a pensar que puede haber una sobre-expectativa en las posibilidades que una regulación constitucional autosuficiente puede ofrecer. Por eso, tenemos que aceptar que reconocer derechos es insuficiente para satisfacer esta expectativa.

Lo primero es identificar cuál es el problema real, por qué las personas creen que el sistema de salud debe ser modificado, y llegar a un

diagnóstico. El real problema, a mi juicio, tiene que ver con la inercia legislativa. Han pasado muchos años y seguimos teniendo una estructura donde el 18% de la población accede a un sistema de seguro privado administrado por las ISAPRES. Ese porcentaje minoritario de la población tiene acceso a un buen (aunque costoso) sistema de salud. Paralelamente, existe un sistema de salud público con bastantes problemas donde una gran mayoría de la población tiene acceso en condiciones desiguales.

¿Por qué se produce esta inercia legislativa en esta área en específico? Obviamente uno puede decir que ha habido reformas en algunas áreas, como el plan AUGE impulsado bajo el Gobierno del presidente Lagos. También podría decirse que, por ejemplo, se han reducido significativamente las tasas de mortalidad infantil. Ha habido avances, pero los mismos han tenido lugar mediante reformas que no han sido realmente estructurales. Ejemplos como la ley de etiquetado de alimentos, se limitan a cuestiones bien específicas que, aunque útiles, están lejos de responder a las demandas sociales. Hay algunos estudios al respecto. Por ejemplo está el artículo de Pablo Villalobos Distrans, publicado en el *Health Systems & Reform*, que tomó como caso de estudio dos comités técnicos que participaron en Chile proponiendo recomendaciones. Dicho estudio concluía que existen diferencias ideológicas acerca de cómo hacer estas reformas, lo que explica parcialmente la inercia legislativa. Existe, entonces, una mayoría *negativa* que se opone a las reformas pero no existe una mayoría *positiva* que sea capaz de aprobar una reforma. La existencia de períodos de gobierno cortos de 4 años, sin reelección se suma a un sistema democrático competitivo que hace probable la alternancia en el poder. Lo anterior hace que existan pocos incentivos para colaborar con proyectos de largo plazo entre el Gobierno saliente y el Gobierno entrante.

Entonces, es importante tener presente que aquí hay condiciones relevantes que no tienen que ver directamente con la protección del derecho a la salud en la Constitución, sino que con el diseño del sistema político, que han impedido avanzar en reformas estructurales. Es por esto que se da la paradoja de que para poder responder bien a la inercia legislativa no es suficiente atacar el problema de la perspectiva de los derechos sino que también hay que abordarlo desde la perspectiva de la distribución del poder, construyendo incentivos institucionales que estimulen la formación de mayorías positivas y acuerdos políticos más eficaces. Si tenemos una democracia competitiva con alta rotación en el poder, un Gobierno de derecha, otro de izquierda, luego otro de derecha y uno de izquierda (como ha ocurrido

en los últimos 4 períodos presidenciales), con gobiernos de duración breve, sin reelección, no es esperable encontrar colaboración política para dar solución a problemas estructurales. La última gran reforma estructural que se hizo en democracia, que fue el plan AUGE, que se hizo en un contexto distinto, con un periodo más largo, de 6 años, y la probabilidad de que un gobierno del mismo partido político de esa época continuara.

Entonces, ¿cómo arreglar el problema de la inercia legislativa?

Para corregirla, desde la perspectiva del sistema de gobierno, la Constitución sí puede dar herramientas útiles. Para eso, yo creo que hay dos cuestiones que tenemos que abordar: primero, la forma de gobierno, y segundo el modo de hacer que el sistema político converse bien con el avance del derecho a la protección de la salud, incluyendo, por cierto, el rol de los jueces al respecto.

Pero cuando diseñemos estos arreglos institucionales, tenemos que tener presentes algunos riesgos asociados a la constitucionalización de este problema. Aquí Óscar ya mencionaba algunos datos, pero los datos que estoy tomando yo son de otra fuente, son del trabajo de Adam Chilton y Mila Versteeg, que muestran que, hasta el año 2016, el 71% de las Constituciones ya tenía este derecho a la protección a la salud, pero mucho antes, en 1946, solo el 25% de las Constituciones la tenía. El derecho a la salud, entonces, es un derecho de moda que ha migrado, que las nuevas constituciones han incorporado de forma progresiva. Otro dato interesante es que, analizando 186 Constituciones, en un periodo de entre 1995 y el 2014, los autores intentan verificar cuál es el impacto de la incorporación de este derecho a dichas constituciones en las políticas de salud posteriores. En otras palabras, qué efectos concretos produce la constitucionalización del derecho a la salud. Ellos lo hicieron tomando en consideración el gasto público, buscando la correlación entre cuánto gastan los países versus cómo están reconocidos sus derechos constitucionalmente. Lo que encontraron fue que muchos países sin el derecho a la protección de la salud incrementaron más sus gastos. Los países con esos derechos tenían solamente, como porcentaje del producto del gasto de salud, un 3,48% en promedio y los países que no habían constitucionalizado el derecho tenían un promedio de 4,23%. Si no se consideran aquellos países que solo tienen directivas de política social no justiciables y solamente se dejan aquellos países que tienen derechos sociales fuertes justiciables, entonces las cifras se invierten un poco, pero es una inversión muy modesta. También, el incremento del gasto después de

incorporar el derecho en 5 años en este tipo de estos países es poco significativo. Los autores también especificaron algunas áreas donde el gasto se producía y no notaron diferencias significativas. Ni en la expectativa de vida de la población, ni en el número de médicos, ni en el total de camas en hospitales, hubo diferencias muy relevantes.

¿Qué conclusión podemos sacar de estos datos? No podemos suponer causalidad, por supuesto. Hay muchas variables que nos impiden identificar relación causal entre el reconocimiento de un derecho constitucional y su impacto en el gasto. Pero sí nos permite afirmar que los reconocimientos constitucionales son medidas insuficientes, y que la idea de que las regulaciones constitucionales dependen de regulaciones subconstitucionales, infraestructura y presupuesto, tiene mucho sentido.

Existen otros riesgos posibles en la constitucionalización del derecho a la salud. En el trabajo de Rosalind Dixon, donde se desarrolla la idea de los derechos como sobornos, la retórica de la protección de los derechos sociales al interior de los procesos constituyentes puede servir como intercambio en una transacción donde líderes políticos con tendencias no democráticas puedan maximizar sus cuotas de poder y eventualmente poder avanzar en una agenda hegemónica, a cambio de reconocimientos constitucionales de poco impacto real. Rosalind Dixon ve evidencia de este riesgo en los procesos constituyentes que tuvieron lugar en Fiji y Ecuador. Es probable que el proceso constituyente chileno pueda contener las tentaciones del soborno, ya que el sistema chileno es razonablemente competitivo. Me puedo equivocar, pero creo que hay pocas posibilidades.

Otro riesgo de constitucionalizar el derecho a la salud tiene que ver con la posibilidad de que se genere regresividad en la justiciabilidad de estos derechos. Aquí la evidencia comparada es mixta. Hay estudios, tomando los casos de Brasil y Colombia, que muestran que la regresividad se asocia a los costos del sistema judicial, el que está financiado por todas las personas mediante impuestos, pero que termina beneficiando a las clases más ricas o a un segmento acomodado de las clases medias. Ello puede darse porque las clases más bajas no tienen acceso al sistema, no tienen suficiente información, no tienen los medios, y esto tiene que ver con el hecho de que la justiciabilidad de los derechos, en gran medida, se asocia a una forma individualista en que operan las acciones judiciales. También hay evidencia en Chile de esto. Podemos tomar los casos de las ISAPRES, que probablemente representan un porcentaje altísimo de la judicialización del derecho a

la salud en Chile. Esto nos muestra que la judicialización del derecho a la salud ha podido beneficiar al 18% de los afiliados a las ISAPRES que presentaron recursos de protección. No benefician al porcentaje restante, que son quienes no presentan las acciones y a quienes no están afiliados a dicho sistema (clases medias y bajas).

Existen soluciones que se han propuesto para reducir estos riesgos. Hay quienes piensan, por ejemplo, que hay que bajar las barreras de entrada para acceder a las cortes, fomentar la judicialización, darle dinero a abogados o a ONGs que representan a personas que no tienen los medios. Otros creen que las cortes deben dictar sentencias mucho más estructurales, es decir, abandonar la perspectiva individualista, imponiendo reformas relevantes a partir de sentencias judiciales. Si las Cortes miran los derechos fundamentales desde una perspectiva individualista, su capacidad para empujar cambios estructurales obviamente se reduce, y en este sentido la evidencia de Colombia parece ser interesante. Pero los resultados son mixtos y este tipo de recetas tienen costos democráticos relevantes que hay que analizar, especialmente cuando uno está construyendo un régimen político nuevo. Si uno mira las recomendaciones que autores como Stephen Holmes y Cass Sunstein le daban a países de Europa del Este después de la caída del muro de Berlín, cuando ellos estaban construyendo sus nuevas constituciones, una de las principales recetas era aclarar que la responsabilidad para avanzar en este tipo de derechos debía residir en el parlamento. Era necesario construir una cultura democrática representativa y la judicialización de este tipo de derechos podría eventualmente conducir a un resultado contraproducente con dicho objetivo.

Otro tema tiene que ver con no utilizar la Constitución para imponer un modelo de política pública donde hay desacuerdos razonables acerca de cómo esa política pública tiene que ser construida. Nosotros tenemos un debate en torno a si queremos políticas más universales o políticas más focalizadas, si queremos que el financiamiento provenga de fuentes locales o fuentes nacionales, si queremos que los privados tengan un rol central o no, si queremos mantener el sistema de seguro individual de salud, si queremos modificarlo o complementarlo con otros mecanismos que introduzcan niveles de solidaridad superiores en el sistema. Hay distintas alternativas de política pública, y los constitucionalistas como yo no somos expertos en dichas alternativas. No obstante, somos capaces de identificar la existencia de desacuerdos razonables dentro de los límites de la democracia y, cuando ello ocurre, podemos sugerir que la nueva constitución no

intente constitucionalizar políticas públicas que puedan petrificarse, tratando de resolver este desacuerdo excluyendo constitucionalmente las posiciones legítimas de personas que ofrecen opciones razonables diferentes. Ello haría menos relevantes las elecciones el día de mañana, devaluando el derecho de sufragio y generando tensión en la nueva constitución. Por ello es mejor entender que las constituciones deben ser proyectos inacabados. Pero reconciliar esta idea con el problema de que la Constitución sí tiene que hacer algo respecto del derecho a la salud, obviamente que es algo que no es tan fácil de resolver. Es por eso que, con Rosalind Dixon hemos estado trabajando en una propuesta que trata de reconciliar la necesidad de generar cambios con la necesidad de evitar los costos probables de decisiones constitucionales inconvenientes.

Lo primero es un nuevo diseño para el sistema político que asume que hoy día tenemos un problema. Tenemos –ya se ha dicho– un período de gobierno de 4 años sin reelección y una democracia muy competitiva. La democracia competitiva es algo deseable, es algo que debiera ser celebrado, pero también trae problemas porque hace más difícil generar pactos entre la administración saliente y la administración entrante, de modo de hacer sustentables y factibles acuerdos políticos amplios que permitan implementar reformas estructurales.

Asociado a lo anterior, tenemos el problema de la fecha de la elección de los parlamentarios. Los parlamentarios son elegidos de forma simultánea con la primera vuelta para elegir al Presidente de la República, no con la segunda. En consecuencia, hay incentivos para generar acuerdos electorales de corto plazo, pero no hay estímulos para generar pactos sustentables y confiables de gobernabilidad. Esto es algo que obviamente hay que revisar. Los presidentes no tienen necesidad de formar coaliciones ganadoras que sean mayoritarias porque les basta, en la lógica de la primera vuelta, obtener la minoría más alta para pasar a segunda vuelta. En la segunda vuelta, una vez ya elegido el Congreso, ya es demasiado tarde para formar pactos de coalición. Esto se suma a la existencia de un modelo presidencial combinado con un sistema electoral proporcional para elegir el parlamento, que fomenta la fragmentación, haciendo muy difícil formar mayorías *positivas*. Aquí es importante distinguir entre lo que son las mayorías negativas y las mayorías positivas. Las mayorías negativas son aquellas que se oponen a un programa, pero que no necesariamente ofrecen una alternativa, y las mayorías positivas son lo contrario, aquellas que se forman para construir algo, para construir una propuesta nueva, para avanzar en una reforma estructural.

El sistema electoral que tenemos hoy día, sumado a estas otras condiciones, genera incentivos para aquellas mayorías negativas, pero no genera incentivos para que haya mayorías positivas, por eso es que hay que revisar o el régimen de gobierno o el sistema electoral, o ambos. Tenemos que revisar las 3 dimensiones del sistema político (régimen de gobierno, sistema de partidos y sistema electoral) y ofrecer reglas que hagan consistentes estas tres dimensiones. Hoy existe una presión importante porque estos derechos queden sin satisfacción en la práctica y las batallas tienden a trasladarse a tribunales, pero los tribunales tienen pocas (y limitadas) herramientas para ofrecer soluciones estructurales.

Después tenemos que responder a la demanda por los derechos. La Constitución puede cumplir un rol más que simbólico, tiene que ofrecer un camino, tiene que orientar, tiene que guiar acerca de cómo estos derechos van a ser implementados a nivel subconstitucional. Por eso, la Constitución debe reconocer estos derechos, pero debe hacerlo siguiendo un modelo que con Rosalind Dixon llamamos modelo de constitucionalismo débil/fuerte. Es un modelo que funciona como *débil* (donde los jueces tienen funciones limitadas y carecen de la última palabra) pero que se puede transformar en fuerte (para generar cambios legislativos), y que después se puede volver débil nuevamente, dependiendo de las condiciones y los avances que haga el parlamento. Es un sistema de plazos que aspira a darle el protagonismo al parlamento.

¿En qué consiste el modelo débil? Consiste en que el rol de los jueces va a ser modesto, los jueces van a tener por función identificar los *puntos ciegos* de la legislación. Una vez que identifiquen los puntos ciegos, tiene que haber un camino para que dicha información llegue al Parlamento o al Gobierno, dependiendo del régimen político que tengamos. Además, los jueces van a tener el poder para hacer *enforcement* de la legislación, una vez que exista dicha legislación. Uno podría eventualmente discutir la posibilidad de bajar las barreras de entrada para las demandas individuales y las soluciones estructurales que vengan desde los tribunales no van a operar desde este modelo, salvo que el modelo se transforme, después de vencido el plazo que se le va a asignar al parlamento para legislar en el programa, en un modelo fuerte. ¿En qué consiste el constitucionalismo fuerte? Los jueces antes tenían la prohibición de invalidar las leyes, pero ahora van a tener la posibilidad de empezar a invalidarlas y empezar a llenar los vacíos y omisiones legislativas que existan para poder responder a la inercia legislativa existente. El parlamento sigue teniendo las funciones para legislar y el sistema de plazos sigue vigente de forma simultánea.

Si vencido el plazo no se entregan soluciones estructurales, entonces el rol de los jueces va a tener que ver con interrumpir la inercia legislativa, y ¿cómo se interrumpe la inercia legislativa? Dictando sentencias con un mecanismo de constitucionalismo fuerte. Esto va acompañado de un mandato al legislador para legislar al respecto y ese mandato al legislador va acompañado con la idea del constitucionalismo político en el periodo que funcione como constitucionalismo débil. Esto requiere, por ejemplo, la creación de una comisión parlamentaria permanente que esté vigilando de qué manera se están implementado las políticas públicas, un plazo para legislar, plazos para revisar la legislación de manera periódica. Uno podría pensar en plazos que estén asociados a los nuevos ciclos electorales, y una obligación de justificar las políticas públicas y las leyes que se dicten con informes de constitucionalidad, de manera de asegurar que cuando se esté legislando y diseñando políticas públicas se esté identificando el modo como el derecho constitucional y los derechos fundamentales han sido aplicados en la práctica. Estos informes de constitucionalidad obviamente deben reconocer e identificar la jurisprudencia que ya ha denunciado los puntos ciegos de la legislación que se han visto.

Esta propuesta está inspirada en una combinación de ideas que han sido experimentadas en países de la ex commonwealth británica, Canadá, el Reino Unido después del Human Rights Act, Nueva Zelanda, el Estado de Victoria en Australia y el Estado del Capitolio también en Australia. Se trata de países que siguen un modelo de constitucionalismo débil, aunque no necesariamente para derechos sociales. Ellos además entregan la obligación de dar informes a una suerte de *Attorney General*. Nosotros podríamos hacer un vínculo entre el Ministro de Salud y el Ministro de Justicia, aunque esto debería estar sujeto a la forma de política que vamos a tener

Lo importante es que quienes tengan la principal responsabilidad y la visibilidad del debate público se focalice en un Congreso o en un Gobierno, o en ambos, que funcione con incentivos correctos para formar coaliciones mayoritarias. Esto va acompañado de la idea, ya explicada, según la cual el sistema de constitucionalismo débil, en caso de fracasar –es decir, no se cumple el plazo–, va a pasar a transformarse en un constitucionalismo fuerte. Ahora, el objetivo es que ese constitucionalismo fuerte funcione como disuasión para que los políticos se pongan de acuerdo antes de que se cumpla el plazo. El ideal es que la transformación nunca se produzca. Si la reforma va acompañada con una corrección al sistema político, lo más probable es que estos problemas efectivamente se puedan resolver antes y el constitucionalismo fuerte sea innecesario.

¿Qué conclusión podemos sacar de estos datos? No podemos suponer causalidad, por supuesto. Hay muchas variables que nos impiden identificar relación causal entre el reconocimiento de un derecho constitucional y su impacto en el gasto. Pero sí nos permite afirmar que los reconocimientos constitucionales son medidas insuficientes, y que la idea de que las regulaciones constitucionales dependen de regulaciones subconstitucionales, infraestructura y presupuesto, tiene mucho sentido.



Rodrigo Uprinsky



4



PANEL 3

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Socioeconomía del Desarrollo de la Universidad París I y Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie. Fue profesor y ahora es profesor emérito de la Universidad Nacional de Colombia, y ha sido profesor visitante en varias universidades. Se ha desempeñado como Magistrado auxiliar y magistrado encargado

de la Corte Constitucional Colombiana. Es miembro de la Comisión Internacional de Juristas y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. También ha sido consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en temas de violencia, participación ciudadana, resolución de conflictos y justicia. Fue cofundador y director de la organización colombiana Dejusticia.

Quisiera empezar señalando desde dónde hablo. Yo he estado en el ámbito del derecho constitucional, y específicamente colombiano, a través de mi trabajo en la Corte Constitucional y como profesor. En segundo lugar, también he estado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en mi trabajo en el Comité, y por eso quiero hablar desde las dos perspectivas.

Mi visión es similar a la de Óscar Cabrera y a la de Sergio Verdugo, en el sentido de que Chile tiene la oportunidad de aprovechar en esta nueva Constitución los avances y las dificultades que se han constatado en los constitucionalismos recientes, y los avances y las dificultades del derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, Chile tiene que aprovechar estos 30 años de constitucionalismo latinoamericano para ver qué vale la pena recoger de otros países y qué no. Del mismo modo, tiene que aprovechar, en el tema de derechos sociales, los desarrollos de los últimos 30 años del derecho internacional de los derechos humanos en este campo para ver qué recepciona y qué no.

Intentaré defender una cierta tesis. La tesis es que creo que Chile debería ir en la línea –por las características de su Constitución actual, pero también por las demandas ciudadanas asociadas a este proceso

constituyente– de hacer una constitucionalización del derecho a la salud como derecho, una constitucionalización robusta, que sea armónica con el derecho internacional de los derechos humanos. No una copia, por cierto, pero que haya una cierta armonía, como lo ha señalado Silvia Serrano. Creo que ahí hay un buen punto para que no haya disociación de obligaciones constitucionales y obligaciones internacionales del Estado chileno, con grados adecuados de justiciabilidad. Por eso hablo de grados adecuados, para acoger las ideas de Sergio de que puede haber algunas formas de justiciabilidad problemáticas y otras más apropiadas, pero con grados de justiciabilidad. Para desarrollar esta tesis voy a plantear o abordar cuatro puntos. Primero, algo muy elemental de derecho comparado para defender la constitucionalización del derecho a la salud como tal y no simplemente como principio. Segundo, en cuanto a su contenido, la búsqueda de armonización con el derecho internacional y por qué. Tercero, reconocer las formas de justiciabilidad y los debates que ha habido ahí. Y cuarto, a partir de la experiencia colombiana, hacer algunas ideas y propuestas.

En cuanto a lo primero, cuando uno mira la recepción constitucional del derecho a la salud –de eso hablaron bastante Óscar Cabrera y Sergio Verdugo– uno constata que ha crecido en los últimos 30 años. Hay modelos distintos: hay modelos que no lo reconocen; modelos que lo reconocen, pero como un principio directivo, no justiciable, pero de todos modos importante; y Estados que lo reconocen como un derecho justiciable, pudiendo hacerse distinciones de formas de justiciabilidad. No creo que sea lo mismo la justiciabilidad del derecho a la salud en Colombia que en Sudáfrica, o la justiciabilidad del derecho a la salud en Colombia que en India. Tienen lógicas y características a veces diversas.

¿Por qué uno defendería la justiciabilidad? Sergio Verdugo hizo referencia a un estudio estadístico que puede ser significativo. Sin embargo, yo creo que en un estudio cualitativo, si uno toma, dentro de los países desarrollados, un país que no reconoce el derecho a la salud, con cierta fobia hacia el derecho a la salud, y lo compara con esos países desarrollados que lo reconocen o que sin reconocerlo exhiben un pacto social a favor de él, uno vería los resultados diferenciados. Es el caso de Estados Unidos frente al caso de otros países desarrollados. Estados Unidos tiene el más alto gasto de salud en el mundo, tanto per cápita como porcentaje del PIB, es más o menos 17% del PIB. Eso es enorme, más o menos 10.000 dólares anuales por persona, mucho más alto que los países de la OCDE. Sin embargo, si uno mira sus

resultados en salud, tanto en el goce de derechos como en el acceso está peor que la mayoría de los países de la OCDE. Si uno lo compara con España, que tiene un gasto muy menor, pero tiene un derecho constitucionalizado como principio directivo, no como un derecho justiciable, los resultados en términos de esperanza de vida son muchos mejores en España que en Estados Unidos. Los resultados en términos de acceso también son superiores en España que en Estados Unidos, a pesar de tener el primero un menor gasto. Creo que eso no es indiferente con que en Estados Unidos el derecho a la salud no tenga un rango constitucional, por dos razones. Por una parte, porque eso no convierte a la salud en una preocupación de política central de todos los gobiernos, sino que se vuelve un tema dirigido entre partidos, y por otra parte, porque cuando se toman medidas a favor de la salud hay que ponderarlas con los otros derechos sí constitucionalizados. Ustedes recordarán todo el plan de Estados Unidos, el Obamacare, y la discusión sobre si era constitucional o no. Si el derecho a la salud hubiera estado constitucionalizado, no habría existido toda esa discusión. Siempre se piensa que la constitucionalización del derecho a la salud es para establecer prohibiciones o para fijar mandatos, pero también es para establecer autorizaciones, cosas que los Estados pueden hacer porque existe el derecho a la salud. Eso creo que no es un tema menor y funciona como un argumento muy fuerte en favor de constitucionalizar el derecho a la salud.

Si se acepta la idea de constitucionalizar el derecho a la salud cabe luego preguntarse: ¿constitucionalizarlo cómo?, ¿simplemente como un principio directivo hacia el legislador y que una vez desarrollado por el legislador pueda ser aplicado por los jueces, pero solo como norma de rango legal? También surge la pregunta sobre si acaso, además de reconocerse como derecho, debe reconocerse su justiciabilidad. Hay varios argumentos a favor de un derecho justiciable, algo sobre lo que volveré más adelante. Christian Curtis ha dado un ejemplo que es bueno, que ilustra por qué la ausencia de justiciabilidad hace que ciertos aspectos de las políticas de salud adoptadas por los órganos políticos queden excluidos de cualquier control judicial. El ejemplo es la exclusión de los migrantes de los servicios de salud –o de componentes muy fuertes de los servicios de salud– en España, sin que esto pueda ser cuestionado a nivel judicial, precisamente porque no se considera un derecho fundamental amparable. Las formas de la justiciabilidad uno puede discutir las, si es mejor una justiciabilidad de constitucionalismo fuerte o una justiciabilidad más de constitucionalismo débil, pero debe haber una justiciabilidad. Ese sería el primer punto de mi presentación.

El segundo punto es por qué adoptar una consagración del derecho a la salud compatible con el derecho internacional, es decir, que recoja desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente los desarrollos hechos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, Comité “DESC”). Creo esto es deseable para Chile por dos razones. Primero, porque ahí hay desarrollos que valen la pena intrínsecamente, conceptualmente. Estos son los desarrollos sobre los tipos de obligaciones y sobre el contenido del derecho: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, etcétera. Se trata de desarrollos conceptuales que valen la pena, que han generado consensos académicos. Segundo, porque es bueno que Chile armonice sus obligaciones.

Uno de los desarrollos recientes de América Latina en este campo ha sido esa apertura al derecho internacional de los derechos humanos por distintas vías. Hay constitucionalización directa de los tratados como en Argentina o figuras como el bloque de constitucionalidad en Colombia. A pesar de las diferencias, es común un esfuerzo por armonizar las obligaciones constitucionales con las obligaciones de derechos humanos. En ese sentido, creo que vale la pena que Chile recoja en su Constitución un derecho robusto y justiciable, que refleje los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos. Esto no quiere decir que sea absolutamente vicario de ese desarrollo y sometido a él. Los estados tienen derecho a hacer un diálogo crítico con el derecho internacional de los derechos humanos. Lo que me parece importante es que haya una apertura y un diálogo. Se trata de una recomendación doble: recoger los desarrollos de figuras de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos que se han dado en América Latina, y, específicamente, en el derecho a la salud.

El tercer punto que quisiera abordar es sugerir formas de justiciabilidad. Aquí quisiera indicar que esos desarrollos en el derecho internacional, a diferencia del derecho constitucional, enfatizan mucho la dimensión preventiva. Los desarrollos del Comité DESC en la Observación General N° 14, claro que tocan el tema de la atención sanitaria, pero no se centran en él, se centran mucho en los factores sociales determinantes de la salud, los deberes preventivos del Estado, las obligaciones de planes de salud, los deberes de inmunización, entre otros. El COVID-19 nos ha mostrado la centralidad de estas cuestiones, es decir, la centralidad de salud pública y no únicamente la atención sanitaria individualizada. El énfasis hecho por Óscar Cabrera yo lo comparto, y eso estaría ligado a lo que señaló la profesora Hassim,

esto es, que en Sudáfrica también hay una cierta armonización entre esos desarrollos del Comité DESC y sus desarrollos.

Hay formas de justiciabilidad, si se quiere, más propias de un constitucionalismo fuerte, como la posibilidad de aplicación directa del derecho a la salud, incluso contra los planes gubernamentales, o declarando inconstitucionales ciertas decisiones públicas de salud por parte del Tribunal Constitucional. También hay formas de constitucionalismo suave o débil. Sería la posibilidad de que los jueces le reclamen a los órganos legislativos sus tareas, pero sin decirles cómo cumplirlas, y luego establezcan mecanismos de supervisión en ciertos casos de incumplimiento.

¿Cuál de esas formas es la mejor? Acá entro en el cuarto y último punto. En el caso colombiano, la justiciabilidad de la salud ha sido muy intensa. Ofrezco solo un dato: de acuerdo a una medición de 14 meses de lo que nosotros llamamos la acción de tutela, que son las acciones de amparo, que se pueden presentar ante cualquier juez –algunas son revisadas por la Corte Constitucional, por una especie de *certiorari*–, se presentaron, más o menos unas 800.000 tutelas. De esas 800.000, más o menos unas 200.000 fueron por salud. Entonces ahí hay una litigiosidad y constitucionalización muy fuerte de los reclamos de atención sanitaria. La mayoría de esas tutelas de salud por atención sanitaria no son por falta de medidas preventivas, esas son absolutamente excepcionales. ¿Qué tan bueno o qué tan malo es eso? Con una colega, Juanita Durán, hicimos un estudio empírico y conceptual sobre el debate de si eso era regresivo o no, es decir, si la judicialización era regresiva o no. Los resultados, como bien dijo Sergio, son mixtos. La judicialización de casos individuales, en donde se logra atención sanitaria, incluso modificando los planes de salud tiende a ser regresiva. No es tan regresiva como en Brasil, ni como en Colombia hace 10 años cuando habíamos hecho otro estudio. Se ha reducido, pero tiende a ser regresiva. Es menos regresiva que en Brasil porque el acceso a la justicia constitucional en Colombia es muy fácil, la tutela la puede presentar cualquier ciudadano, incluso verbalmente.

Ahí hay una cierta regresividad y se generan distorsiones. No soy fanático de la tutela en casos individuales de salud que puedan alterar el sistema de salud. Al respecto yo sería más partidario de que en esos casos las acciones constitucionales de protección se mantengan para lo que ya esté definido por los programas de salud cuando hayan incumplimientos –sería una cuestión casi de derecho administrativo– o cuando haya casos claros de discriminación en esas regulaciones y en

esos servicios. Lo que nosotros vimos es que en Colombia cuando esos casos generan reacciones estructurales por parte del Estado –ya sea porque directamente las autoridades regulatorias reaccionan ante el alud de tutelas y toman decisiones más estructurales, o ya sea cuando los jueces ordenan eso– se ofrecen remedios que son más racionales y más igualitarios, es decir, tienen un efecto redistributivo.

Hay dos casos muy claros en Colombia. El primero, cuando la Corte se metió a proteger a la población desplazada, que estaba privada de casi todos sus derechos, entre ellos el derecho a la salud, y ordenó al Estado tomar medidas para garantizar el derecho a la salud de la población desplazada. Eso tuvo un obvio efecto redistributivo, porque era una medida estructural. El derecho a la salud de esa población creció, su aseguramiento creció fuertemente. También tuvo un efecto redistributivo porque era sobre los desplazados que son los más vulnerables dentro de los vulnerables. El segundo caso tuvo lugar cuando en Colombia había una distinción entre el plan de salud que era para el régimen contributivo, es decir, los trabajadores que contribuyen a su plan de salud por medio de cotizaciones junto con sus empleadores, y el régimen subsidiado que era para quienes no tenían esa posibilidad, que accedían a un plan distinto. El plan era más robusto para el plan contributivo, y menos robusto para el subsidiado. La Corte después dijo que eso era inconstitucional, el plan de salud debe ser el mismo, y que progresivamente avancemos a eso. El efecto de este fallo fue claramente redistributivo porque mejoró el acceso a la salud de la población que estaba en el régimen contributivo.

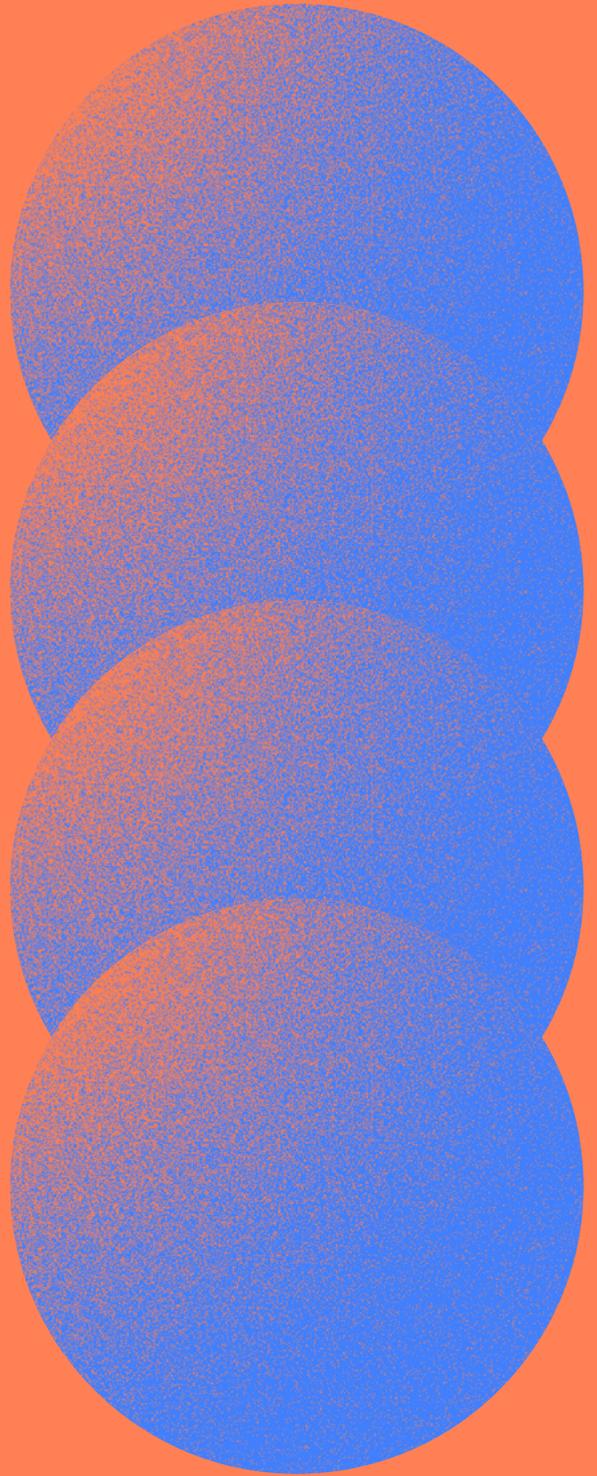
Esa es la dinámica. Para temas generales sería partidario de formas de constitucionalismo, de justiciabilidad, más suave. Se deben mantener formas de constitucionalidad más duras en temas que tengan que ver con problemas de discriminación y desigualdad así como temas de falta de atención individualizada con planes de salud definidos. Creo que Chile podría avanzar en esa dirección.

Chile tiene la oportunidad de aprender de los aciertos y errores de 30 años de constitucionalismo social que ha tenido muchos avances, pero también muchos desarrollos que son discutibles.

Ustedes recordarán todo el plan de Estados Unidos, el Obamacare, y la discusión sobre si era constitucional o no. Si el derecho a la salud hubiera estado constitucionalizado, no habría existido toda esa discusión. Siempre se piensa que la constitucionalización del derecho a la salud es para establecer prohibiciones o para fijar mandatos, pero también es para establecer autorizaciones, cosas que los Estados pueden hacer porque existe el derecho a la salud. Eso creo que no es un tema menor y funciona como un argumento muy fuerte en favor de constitucionalizar el derecho a la salud.



PANEL 4



Derechos sexuales y reproductivos.

Rebecca Cook



1



PANEL 4

Profesora emérita y co-directora del Programa de Derecho de la Salud Reproductiva y Sexual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto.

El propósito de esta presentación es plantear algunas preguntas estratégicas sobre cómo Chile quiere proteger los derechos sexuales y reproductivos en su próxima constitución.

¿QUÉ LÍNEA DE BASE DE COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS QUIERE UTILIZAR CHILE EN SU PRÓXIMA CONSTITUCIÓN?

Los derechos sexuales y reproductivos son un término amplio que abarca las capacidades relativas a la autonomía e identidad y los derechos a los servicios de salud necesarios para ejercer esa autonomía. Comprender la salud sexual y reproductiva se solapa con la comprensión del derecho a la salud en el sentido de que ambos se utilizan para impugnar “lo que a menudo se acepta como natural, ya sea en patrones de salud o en cuanto a los problemas de salud o categorías de normalidad y desviación”³². Las intervenciones para garantizar los derechos sexuales y reproductivos van desde las reivindicaciones individuales sobre orientación sexual e identidad de género, hasta las afirmaciones de las personas femeninas en relación con el acceso al aborto. Las intervenciones también incluyen afirmaciones de acción

32. Yamin, A (2020) “The Right to Health” en: Dugard, J. Porter, B., Ikawa, D. y Chenwi, L. (eds.), *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. Elgar, p. 161; Véase también, Fredman, S. (2018) *Comparative Human Rights Law*. Oxford: OUP, pp. 232-264.

colectiva para proporcionar servicios de salud reproductiva sexual, incluyendo acciones para la prevención y tratamiento del cáncer de cuello uterino o las reclamaciones de parejas infértiles para acceder al tratamiento de fertilidad.

Al determinar cómo incorporar los derechos sexuales y reproductivos en su nueva constitución, Chile podría querer considerar la disposición constitucional africana de 1996:

“Toda persona tiene derecho a la integridad corporal y psicológica, que incluye el derecho (a) a tomar decisiones relativas a la reproducción [y] b) a la seguridad y al control de su cuerpo” sección 12(2)).

El artículo 27 de la Constitución garantiza además el acceso a la atención de salud reproductiva como parte del derecho de acceso a los servicios de atención de la salud.

El enfoque sudafricano podría compararse con la comprensión del derecho a la salud sexual y reproductiva que figura en la Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Comité DESC”) N° 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “PIDESC”)³³:

“5. El derecho a la salud sexual y reproductiva implica un conjunto de libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva. Entre los derechos cabe mencionar el acceso sin trabas a toda una serie de establecimientos, bienes, servicios e información relativos a la salud, que asegure a todas las personas el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en virtud del artículo 12 del Pacto.

6. La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo,

33. E/C.12/GC/22, 2 Mayo 2016.

se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo.”

En este contexto cabe preguntar qué dimensiones de la salud sexual y reproductiva, como sus dimensiones clínicas o de sistemas de salud o sus determinantes subyacentes³⁴, quiere incluir Chile. Es lo que se desarrolla en la siguiente sección de esta presentación.

¿QUÉ FORMAS DE RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL PARA LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS QUIERE DESARROLLAR CHILE EN SU PRÓXIMA CONSTITUCIÓN?

Al considerar las respuestas a esta pregunta, una consideración general es qué enfoque sitúa mejor los derechos sexuales y reproductivos como un componente de la ciudadanía democrática. ¿Qué enfoque asegurará mejor los derechos sexuales y reproductivos como componente inherente de la ciudadanía y no como elemento subsidiario que se pasa por alto, como cuando ciertas personas son tratadas instrumentalmente como madres y no como ciudadanas?³⁵ ¿Logrará mejor este objetivo una disposición independiente que proteja los derechos sexuales y reproductivos o logrará este objetivo un enfoque de protección de los derechos sexuales y reproductivos como componente de otros derechos?

La protección efectiva de los derechos sexuales y reproductivos implica tanto la elección reproductiva (es decir, la libertad de no interferir en nuestras propias decisiones de nuestra propia sexualidad) como la justicia sexual y reproductiva (es decir, los derechos justos y equitativos a los servicios necesarios para proteger la elección sexual y reproductiva). Los orígenes históricos de los derechos sexuales y reproductivos se han basado en la libertad de elección que se han garantizado mediante la aplicación de una variedad de derechos constitucionales, entre ellos:

- Derecho a la seguridad de la persona.
- Derecho a la integridad y a la dignidad.
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad o de los derechos de autonomía.

34. Cook, R., Dickens, B., Fathalla, M. (2003) *Salud Reproductiva y Derechos Humanos: Integración de la medicina, la ética y el derecho*. Bogotá: Profamilia, pp. 211-214.

35. Para ver el debate de los enfoques de otros países, véase Albertyn, C. (2019) *Abortion, Reproductive Rights and the Possibilities of Reproductive Justice in South Africa*, *University of Oxford Human Rights Hub Journal*, Vol 1: pp. 87-119; Jain, D. y Shah, P. (2020) *Reimagining Reproductive Rights Jurisprudence in India: Reflections on the Recent Decisions on Privacy and Gender Equality from the Supreme Court of India*, *Columbia Journal of Gender and Law* 39(2): pp. 1-53.

36. Dickens, B. (2014) "The Right to Conscience" en: Cook, R. Erdman, J. y Dickens, B (eds) *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pp. 210-238.

37. Enright, M. (2017) "McGee v. Attorney General [1974] IR 284 (Ir.);" en: Enright, M., McCandless, J. y O'Donoghue, A. (eds) *Northern/Irish Feminist Judgments: Judges' Troubles and the Gendered Politics of Identity*. Oxford: Hart, p. 112.

38. Cloatre, E. y Enright, M. "Commentary on McGee v. Attorney General," en: Enright, M. McCandless, J. y O'Donoghue, A., op. cit., p. 95, citando a Ferriter, D. (2009) *Occasions of Sin: Sex and Society in Modern Ireland*. London: Profile Books, p. 188.

39. Fredman, S. (2018) *Comparative Human Rights Law*. Oxford: OUP, pp. 206-219.

40. *Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v Brazil*, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008, Communication No.17/2008, August 10, 2011.

41. Undurraga, V. (2014) "Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law" en: Cook, R. Erdman, J. y Dickens, B. (eds) *Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pp. 77-97.

- Derecho a la privacidad o a la vida privada.
- Derecho a estar libre de tortura y trato inhumano y degradante.
- Derecho a la información.
- Derecho de conciencia.
- Derecho a la vida.

Cada uno de estos derechos ha evolucionado de una manera contextualmente específica. Por ejemplo, en algunos países, el derecho de conciencia ha evolucionado como derecho a objetar por motivos de conciencia, lo que a menudo deja desatendido el derecho de compromiso de conciencia (*right of conscientious commitment*)³⁶. Dado el componente de género que ha marcado esta evolución a través de decisiones judiciales, algunos fallos constitucionales han sido reescritos para otorgar a las mujeres su derecho de conciencia³⁷, es decir, su derecho a llamar a sus almas propias³⁸.

Los países también toman diferentes enfoques para el diseño y la interpretación del derecho a la vida³⁹. Algunos interpretan este derecho de manera estrecha como una libertad, otros han aplicado este derecho para acceder a servicios de salud necesarios para proteger la vida. Algunos limitan la protección de este derecho a las personas nacidas, otros protegen la vida prenatal de manera coherente con el derecho a la vida de las mujeres embarazadas, por ejemplo, mejorando el acceso de los subgrupos marginados de mujeres a la atención obstétrica de emergencia⁴⁰. Si las restricciones sobre el derecho a la vida de las mujeres embarazadas deben justificarse en virtud de la nueva constitución, ¿se van a justificar por medios que sean proporcionados y eficaces al objetivo de proteger la vida prenatal?⁴¹

El enfoque más reciente de los derechos sexuales y reproductivos se ha centrado en la igualdad sustantiva, la justicia y su naturaleza más colectiva para garantizar el disfrute igualitario del derecho, especialmente por parte de los subgrupos marginados. El modelo de justicia ha hecho hincapié en los derechos constitucionales como derechos a los servicios de salud colectiva, entre ellos:

- Derecho a la no discriminación y a la igualdad sustantiva
- Derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos
- Derecho a la igualdad en el ejercicio de la salud sexual y reproductiva
- Derecho a la educación.

El derecho a la salud se identifica de diversas maneras al asegurar el acceso de un individuo a determinados tratamientos, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva. A veces, los tribunales no tienen en cuenta las dimensiones interseccionales y de género del acceso⁴². Eso puede variar dependiendo de si se requieren obligaciones positivas para garantizar un acceso equitativo a los servicios esenciales de salud de todas las personas⁴³.

Un ejemplo de la importancia de comprender las dimensiones interseccionales y de discriminación de género del acceso a los servicios de atención de la salud es la decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC)*⁴⁴, al que también hiciera referencia Adila Hassim. Catherine Albertyn explica que la decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC)*⁴⁵, es encomiable por encontrar una violación del derecho a la salud cuando ordenó al Gobierno que proporcionara terapia antirretroviral a mujeres embarazadas en hospitales públicos para reducir el riesgo de transmisión perinatal del VIH/SIDA a los recién nacidos⁴⁶. Sin embargo, no consideró la discriminación interseccional en el ejercicio de la “autonomía reproductiva y el albedrío de las mujeres pobres y negras seropositivas, como base constitucional para acceder a este tratamiento”⁴⁷. Es decir, al pronunciarse únicamente por motivos de salud y no por discriminación, objetivó a las mujeres como madres y subordinó su igualdad de derechos como ciudadanas para tener hijos sanos. Catherine Albertyn insta a:

- “Una comprensión sustantiva y positiva de la autonomía reproductiva de la mujer en contextos particulares”.
- Una comprensión de la libertad como inextricablemente relacionada con la igualdad sustantiva que “enfatiche las condiciones desiguales en las que se ejerce la autonomía reproductiva”.
- Una comprensión de los derechos socioeconómicos, especialmente el derecho a la salud, que afirma la autonomía decisoria y aborda “las inequidades que dan forma al acceso de las mujeres a los servicios de salud reproductiva”.
- “Análisis sustantivo, contextual e interseccional de todos los derechos (...) que coloque a las mujeres desaventajadas en el centro”.
- Recursos que reconozcan las obligaciones negativas y positivas del gobierno para facilitar los derechos reproductivos y desarrollar las condiciones legales,

42. Atrey, S. (2019) *Intersectional Discrimination*. Oxford, OUP, pp. 77, 139.

43. Fredman, S. (2018) *op. cit.*, pp. 206-219. 253-261.

44. 2001 (5) SA 721 (South African Constitutional Court).

45. 2001 (5) SA 721 (South African Constitutional Court).

46. Albertyn (2019) *op. cit.*, pp. 97-104.

47. *Id.*, p. 112.

sociales y económicas que permitan tanto la elección reproductiva como la justicia reproductiva.⁴⁸

Ejemplos de la importancia de la justicia reproductiva y la estructuración de los sistemas de salud que garantizan colectivamente un acceso equitativo a los servicios esenciales de atención de la salud a todas las personas, especialmente a las marginadas, figuran en las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) en la *Federación Internacional de Planificación Familiar – Red Europea v. Italy*⁴⁹ (IPPF EN) y el Centro Europeo de Derechos de los Romaníes *v. Bulgaria*⁵⁰ (ERRC) en el marco de la Carta Social Europea revisada.

Karin Lukas y Colm Ó Cinnéide explican que el ECSR adoptó en *IPPF EN* un análisis interseccional multifacético que requiere la consideración del estado socioeconómico, el estado de salud, la ubicación geográfica y otros factores desfavorecidos, incluido el género. El acceso formal a los servicios legales de aborto no era suficiente a los efectos de la Carta Social Europea. Para garantizar la conformidad con la Carta, corresponde al Estado demostrar que el acceso es igualmente eficaz en todo el país, con medidas positivas adoptadas para eliminar los obstáculos al tratamiento en forma de proveedores que se oponen a prestar servicios de aborto por motivos de conciencia. Como resultado, el acceso igual y eficaz a los servicios de salud reproductiva es una función no sólo de elección individual, sino también de un sistema de atención de la salud que funciona para garantizar un acceso equitativo.

Lukas y Cinnéide explican que en el ERRC las mujeres romaníes no se beneficiaron de un acceso adecuado a la atención sanitaria con respecto a los servicios de maternidad en Bulgaria. El ECSR decidió que este acceso inadecuado constituía una discriminación indirecta por motivos de raza/etnicidad, condición social y género en violación de la cláusula de no discriminación (artículo E) de la Carta revisada, adoptada junto con el derecho a acceder a la atención sanitaria (artículo 11§1). Explicaron que “el Comité llegó a la conclusión de que el elevado número de romaníes que no tenían seguro médico, sumado a la falta de instalaciones médicas en zonas con altos niveles de población romaní, los niveles reducidos de tratamiento para las mujeres no aseguradas que acceden a los servicios de maternidad, y el carácter inadecuado de las iniciativas de salud pública de divulgación, crearon una situación en la que un grupo claramente vulnerable –las mujeres romaníes que necesitan acceder a los servicios de maternidad– estaba expuesto a un trato discriminatorio.”

48. *Id.*, p. 103.

49. *International Planned Parenthood Federation – European Network (IPPF EN) v. Italy*, Complaint No. 87/2012, European Committee on Social Rights (10 September 2013).

50. *European Roma Rights Centre (ERRC) v Bulgaria*, Complaint No. 15/2017, European Committee on Social Rights (5 December 2018).

Las decisiones del *IPPF EN* y de la *ERRC* muestran cómo el ECSR se involucró profundamente con los contextos nacionales que configuran el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no sólo como una cuestión de elección individual, sino más bien una de justicia reproductiva que requiere una acción colectiva del Estado. También identifican patrones claros de discriminación interseccional basados en el impacto superpuesto de las diferentes desigualdades que generan desventajas específicas para los subgrupos de mujeres. Este compromiso es especialmente importante en el caso de los derechos sociales y económicos, en los que “los derechos sociales surgieron para remediar, en diversos grados y de diversas maneras, las consecuencias perjudiciales de la actividad económica centrada en el mercado”⁵¹. ¿Podría decirse lo mismo de los derechos sexuales y reproductivos en Chile? Además de las fuerzas centrales del mercado, ¿cuáles son otras fuerzas compensatorias, como las normas restrictivas de género⁵², que limitan el derecho sexual y reproductivo en Chile? ¿Cómo podría diseñarse este derecho para dirigirse a esas fuerzas?

Chile querrá considerar muchas cuestiones al diseñar una disposición constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Así, por ejemplo, deberá tomar posición respecto de las medidas especiales temporales o las medidas afirmativas para lograr la igualdad, la discriminación directa e indirecta, la discriminación interseccional y sobre si acaso la enumeración de motivos prohibidos es necesaria.

Con respecto a la enumeración de motivos prohibidos, ¿quiere la nueva Constitución centrarse en las prácticas de discriminación o necesita identificar los motivos prohibidos de discriminación, tal vez como indicadores indirectos de esas prácticas? Se han elaborado motivos prohibidos de discriminación en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, incluidos motivos inmutables como el sexo, la raza, la orientación sexual y motivos mutables como la identidad de género, la edad, el estado de embarazo, incluido el estado de la enfermedad, incluido el estado del VIH y los motivos potencialmente mutables, como la infertilidad o la pobreza. Los motivos de discriminación en la salud sexual y reproductiva surgen y pueden cambiar, por lo que la cuestión que debe abordarse es: ¿es necesario elaborar los motivos prohibidos de discriminación es más justo centrarse en prácticas injustas o de negación de la dignidad?

Podría valer la pena considerar por qué Sophia Moreau cuestionó la utilidad de los motivos prohibidos:

51. Rittich, K. (2007) “Social Rights and Social Policy-Transformations on the International Landscape” en: Barak-Erez, D. y Gross, A. (eds) *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Hart, p. 110.

52. Heise, L. *et al* (2019) Gender inequality and restrictive gender norms: framing the challenges to health, *The Lancet*, 393, 2440-2454 (Gender Equality, Norms and Health 1 of 5).

“(…) cuando la injusticia de la discriminación se deriva de la subordinación injusta, entonces es discutible que nuestras listas de motivos prohibidos deben incluir otros rasgos – rasgos que no se añaden comúnmente a tales listas”⁵³ como el estado de salud, o, por ejemplo, la condición de VIH.

En este sentido, Moreau observa que: “Ciertamente lo que importa es simplemente si una práctica discriminatoria particular niega a alguien una libertad deliberativa a la que tiene derecho. ¿Es necesario preguntarse, además, si la práctica los ha tratado de manera diferente sobre la base de algún motivo prohibido reconocido?”⁵⁴ Moreau explica que los motivos prohibidos pueden desempeñar un papel heurístico cuando “nos indican quiénes son las personas más propensas, como resultado de la falta de un cierto recurso u oportunidad, a no ser iguales –o vistas como tales– en su sociedad. También nos señalan algunas de las razones por las que la falta de estos recursos u oportunidades tendrán un impacto distintivo en la posición social de estas personas en particular”⁵⁵. Cuando existen estas razones para otros rasgos objetivos, se podría sugerir que ellos también sean añadidos a la lista de motivos prohibidos.

Al decidir cómo diseñar los derechos sexuales y reproductivos en su próxima constitución, Chile tendrá que decidir hasta qué punto quiere incorporar significados que han evolucionado en otras constituciones y sistemas regionales e internacionales de derechos humanos de los que es parte, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵⁶.

¿QUÉ TIPOS DE MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA QUIERE DESARROLLAR CHILE EN SU PRÓXIMA CONSTITUCIÓN?

Los mecanismos de protección pueden entenderse, en términos generales, como diferentes tipos de recursos judiciales para la protección de los derechos constitucionales. En Chile, los mecanismos incluyen el recurso de protección, un mecanismo ordinario de orden judicial similar al amparo en otras jurisdicciones. Al considerar qué tipos de mecanismos quisiera adoptar Chile, además del recurso de protección, se podría considerar primero cuáles son sus criterios para el diseño de estos mecanismos de protección. Cabe preguntarse entonces:

- Qué tan transformadora en la orientación quiere Chile que sean estos mecanismos? ¿Quiere Chile que estos

53. Moreau, S. (2020) *Faces of Inequality-A Theory of Wrongful Discrimination*. Oxford: OUP, pp. 74-75.

54. *id.* pp. 108-109.

55. *id.*, p. 149.

56. Undurraga, V. y Cook, R. (2021) “Article 12 [Health]” en: Freeman, M., Chinkin, C. y Rudolf, B. (eds.) *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*. OUP, 2ed., de próxima publicación; Cook, R. y Howard, S. (2007) *Accommodating Women’s Differences under the Women’s Anti-discrimination Convention*, *Emory Law Journal* 56(4): pp. 1040-1091.

57. Klare, K. (2014) "Critical Perspectives on Social and Economic Rights, Democracy and Separation of Powers" en: Alviar García, H., Klare, K y Williams, L. (eds.) *Socio-economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*. London: Routledge, 2014, p. 3.

58. Id.

59. Protocolo adicional de reclamaciones colectivas de 1995 a la Carta Social Europea.

60. Consejo de Europa, *Carta Social Europea (revisada)*, 3 de mayo de 1996, ETS 163.

61. Lukas, K. y Ó Cinnéide, C. (2021) "Gender Equality within the Framework of the European Social Charter" en: Cook, R. (ed.) *Frontiers of Gender Equality*, de próxima publicación.

mecanismos se diseñen para reestructurar los sistemas de salud de manera más justa y digna, o Chile quiere diseñarlos para poner un semblante de derechos humanos sobre el status quo de salud sexual y reproductiva existente?⁵⁷

- ¿Quiere Chile que estos mecanismos se involucren con patrones integrados de desigualdad estructural o que se preocupen por aliviar a quienes están peor situados en la sociedad?⁵⁸
- ¿Quiere Chile desarrollar un mecanismo de protección orientado a las víctimas o a la estructura, o ambos? Los mecanismos de protección judicial para proteger las infracciones procesales o la negación injusta en el acceso a los servicios de atención de la salud, aunque loables, a menudo son largos, engorrosos y costosos. Para subsanar estas deficiencias, Chile podría considerar a un defensor de la salud o a relatores de salud que a menudo pueden ser más receptivos que los tribunales.

Al evaluar el tipo de mecanismo para garantizar la naturaleza equitativa y digna de la prestación de atención de salud, podría ser apropiado para la nueva constitución considerar un innovador procedimiento de quejas colectivas⁵⁹ establecido en virtud de la Carta Social Europea⁶⁰. Lukas y Ó Cinnéide muestran en *IPPF EN* y *ERRC* cómo este procedimiento pasa de ser un modo de reparación individual centrado en las víctimas, común en virtud de muchas constituciones y tratados de derechos humanos, a un procedimiento que se centra en supuestos fracasos estructurales en la protección estatal de los derechos económicos y sociales⁶¹.

Lukas y Ó Cinnéide explican que este procedimiento de reclamación colectiva requiere que las ONG y los órganos representativos actúen como reclamantes. Detalló que "las quejas colectivas se tramitan a través de un procedimiento cuasi-judicial, con la organización reclamante y el Estado Parte presentando extensos argumentos escritos en un proceso contradictorio ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR) llegando a una decisión sobre el fondo de la reclamación". Explican que este procedimiento transfiere el enfoque de la situación específica de las personas vulnerables "a la existencia de supuestas fallas estructurales en la forma en que los Estados aplican sus compromisos del CES", lo que requiere medidas positivas para hacerles frente.

Algunos de los siguientes indicadores pueden mostrar errores estructurales:

- Indicadores del estado de salud (por ejemplo, la tasa de reducción de la mortalidad materna en una comunidad indígena).
- Indicadores de los servicios de salud (por ejemplo, el porcentaje de mujeres embarazadas cubiertas por los servicios esenciales de maternidad).
- Indicadores de dignidad sanitaria (por ejemplo, porcentaje de pacientes que están satisfechos con el tratamiento de atención médica que han recibido, porcentaje de centros de salud con facturas de derechos de pacientes en funcionamiento o porcentaje de pacientes que han podido ejercer su autonomía reproductiva).
- Indicadores de políticas de salud (por ejemplo, porcentaje de mujeres y subgrupos de personas desfavorecidas que participan en el desarrollo de políticas y derechos sexuales y reproductivos, o disponibilidad de procedimientos de apelación eficaces para la denegación de servicios o el trato que niega la dignidad).

¿QUÉ TIPOS DE MODELOS DE IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA QUIERE DESARROLLAR CHILE EN SU PRÓXIMA CONSTITUCIÓN?

Qué criterios quiere incluir Chile en su nueva constitución para lograr un desarrollo racional de las políticas de salud sexual y reproductiva y la aplicación de los derechos sexuales y reproductivos?

Los Ministerios de Salud han sido diseñados para desarrollar y ofrecer servicios de atención médica basados en evidencia. Sólo en el último tiempo, los Ministerios de Salud han tenido que pensar en garantizar un acceso equitativo a los servicios de salud. Este impulso hacia la equidad sanitaria ha sido instigado por una variedad de factores, incluyendo mejores datos epidemiológicos relacionados con el estado de salud; los servicios de salud y la dignidad de salud y las decisiones judiciales que requieren que los centros de atención médica y los médicos den razones para la denegación de servicios; y, el derecho a apelar contra la denegación de servicios. Los tribunales están bien equipados para abordar las dimensiones procesales de los servicios de

salud, como la falta de procedimientos de apelación para la denegación de información o los servicios esenciales. Sin embargo, los tribunales tienden a carecer de experiencia en la materia para abordar el diseño de políticas de salud y los sistemas e instituciones de salud.

Con la esperanza de abordar la falta de experiencia en la materia, algunas constituciones permiten:

- Que los tribunales den un tiempo determinado a los legisladores para diseñar un enfoque para remediar la violación constitucional. Si el legislador no ha promulgado una ley para remediar la situación en el período de tiempo especificado, entonces la cuestión volverá a los tribunales.
- Delegar poderes a los organismos públicos para la aplicación de los derechos, incluida una comisión de derechos humanos independiente, una comisión de género⁶² o incluso posiblemente una comisión de salud. El desafío consiste en diseñar dichas comisiones de manera independiente y de manera que les permita aplicar la experiencia al diseño e implementación de políticas.

No hay respuestas fáciles a ninguna de estas cuestiones estratégicas, pero este momento constitucional en Chile brinda una oportunidad importante para abordar cómo los derechos sexuales y reproductivos pueden ser diseñados como un componente integral de la ciudadanía democrática.

62. Ver, por ejemplo, Ley de enmienda de la Constitución de Zimbabwe (núm. 20), 2013 (22 de mayo de 2013), sección 246.

Los derechos sexuales y reproductivos son un término amplio que abarca las capacidades relativas a la autonomía e identidad y los derechos a los servicios de salud necesarios para ejercer esa autonomía. Comprender la salud sexual y reproductiva se solapa con la comprensión del derecho a la salud en el sentido de que ambos se utilizan para impugnar “lo que a menudo se acepta como natural, ya sea en patrones de salud o en cuanto a los problemas de salud o categorías de normalidad y desviación”. Las intervenciones para garantizar los derechos sexuales y reproductivos van desde las reivindicaciones individuales sobre orientación sexual e identidad de género, hasta las afirmaciones de las personas femeninas en relación con el acceso al aborto. Las intervenciones también incluyen afirmaciones de acción colectiva para proporcionar servicios de salud reproductiva sexual, incluyendo acciones para la prevención y tratamiento del cáncer de cuello uterino o las reclamaciones de parejas infértiles para acceder al tratamiento de fertilidad.



Francisca Crispi



2



PANEL 4

Mi objetivo es entregar una mirada de los derechos sexuales y reproductivos desde el mundo médico. El debate debe incorporar todas las miradas involucradas, incluyendo a quienes hemos visto en nuestra práctica clínica en el sistema de salud, como personal sanitario, las implicancias que tiene la Constitución actual en la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. La apertura a una nueva Constitución nos genera esperanza de que ésta contemple los derechos sexuales y reproductivos con mayor fuerza.

¿Cómo vinculamos el derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos? Sabemos que la sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano, y si bien por mucho tiempo la sexualidad se consideró algo privado, de la esfera netamente personal, con el tiempo se ha ido transformando el paradigma y hoy sabemos que la sexualidad se construye a través de la interacción del individuo con las estructuras sociales, las cuales están marcadas fuertemente por las dinámicas de poder y las relaciones de poder del género. Sabemos también que el desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, personal y social, por lo tanto, el desarrollo y la posibilidad de los individuos de desarrollar su sexualidad es un componente esencial de la salud y del derecho a la salud. Por otro

lado, es un componente crucial en el desarrollo de la sexualidad la igualdad entre los géneros.

¿Qué son los derechos sexuales y reproductivos? Como marco conceptual, es posible señalar que estos incluyen el derecho de todas las personas a desarrollar su sexualidad libres de discriminación y violencia. Al mismo tiempo, estos no se pueden ejercer si es que no existe un estándar de salud en cuanto al acceso a servicios de salud sexual y reproductiva. Sabemos que, desde una perspectiva histórica, los derechos sexuales y reproductivos no se han respetado espontáneamente en las sociedades, sino que es necesaria una posición activa de los Estados y de las comunidades para que estos se hagan efectivos. Así, se ha establecido desde distintas organizaciones internacionales que, para asegurar el desarrollo de una sexualidad saludable en los seres humanos y en las comunidades, tenemos que reconocer, promover y respetar los derechos sexuales y reproductivos.

Hay algunos componentes mínimos para que las personas tengan las condiciones para poder vivir su sexualidad y desarrollar su sexualidad con libertad y autonomía. Por ejemplo, debemos reconocer, respetar y proteger la autonomía y libertad individual en esta esfera más íntima que es la sexualidad, ya que para su desarrollo en plenitud, ésta no debe tener ninguna coerción o discriminación. Por otro lado, también tenemos condiciones de posibilidad que son estructurales, como ocurre con la educación. De ahí se sigue que la educación sexual integral es un componente clave, ya que si no recibo la información necesaria para poder entender la fisiología de la sexualidad, lo que yo necesito para cuidarme y desarrollar una sexualidad responsable desde una base científica, es muy difícil que pueda desarrollar una sexualidad plena e integral. Al mismo tiempo está, como bien decía la profesora Cook, la seguridad social y el sistema de salud. Si es que no existe un sistema de salud que sea efectivo en la cobertura y entrega de servicios –como por ejemplo, de anticoncepción, de protección a la maternidad para mantener los niveles de mortalidad materna lo más bajo posibles, prestaciones para la población trans, condiciones seguras de aborto– es imposible que se respeten los derechos sexuales y reproductivos de manera efectiva.

En cuanto a algunos impactos de la vulneración de derechos sexuales y reproductivos, por una parte, tenemos el sufrimiento que provoca a las personas el no poder desarrollar su sexualidad libremente, que es un sufrimiento que sabemos que tiene implicancias tan concretas como un tasa de suicidio en la diversidad sexual mucho más alta que el resto

de la población. También podemos medir otros indicadores como traumatismos físicos y psicológicos, aumento de las infecciones de transmisión sexual, embarazos no deseados, abortos inseguros, mayor mortalidad materna, violencia sexual, el tráfico sexual e infantil, etcétera.

¿Qué dice nuestra Constitución actualmente sobre derechos sexuales y reproductivos? Explícitamente nada, no se reconocen los derechos sexuales y reproductivos en forma concreta, pero hay algunos artículos que tienen relación con los derechos sexuales y reproductivos de manera indirecta. La primera es que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. También nuestra Constitución refiere a que el Estado debe contribuir las condiciones sociales que permitan a cada uno de los integrantes de la comunidad su mayor realización espiritual y material posible, que es algo que podríamos decir que tiene que ver con los derechos sexuales y reproductivos, indirectamente. Hay algunos artículos que son más conflictivos en términos de los derechos sexuales y reproductivos, y ahí, como decía la profesora Cook, nuestra Constitución sólo protege la vida del que está por nacer, pero no hay un reconocimiento de los derechos de la madre. Sabemos que hemos tenido una de las leyes más prohibitivas en materia de aborto. Hasta el 2017 estaba prohibido el aborto en cualquier circunstancia, incluyendo el riesgo de vida materna. La Constitución también señala que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Y el artículo 9 contempla la protección a la salud, sin embargo, en éste predomina por sobre el derecho a la salud el derecho individual a elegir el sistema de salud al cual la persona “desea” acogerse. Esta supuesta libertad de elección entre los seguros de salud, provoca una división de la población entre el seguro público y privado, la cual está totalmente desregulada y genera, finalmente, la coexistencia de un sistema público desfinanciado con un sistema privado que concentra a las personas con mayor poder económico y con un nivel de acceso mucho mayor.

Por otra parte, en cuanto a educación, la Constitución actualmente refiere que los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, lo que puede entrar en conflicto con la educación sexual integral. Es decir, puede producir el efecto de no privilegiar que todas las personas y todos los niños, niñas y niños puedan acceder a una educación sexual integral, independiente de las creencias de sus establecimientos educacionales o de sus familias.

¿Qué sucede en la práctica? Entiendo que no todos los países tienen Constituciones tan explícitas en términos de los derechos sexuales y

reproductivos, y esto no significa que en estos se respeten y promuevan efectivamente. Sin embargo, la situación es diferente en el contexto chileno, ya sabemos que en el país existe una vulneración de los derechos sexuales y reproductivos que es constante en el tiempo. Además, hay instancias en que la Constitución ha jugado un rol en contra de las mujeres concretamente, por ejemplo, como cuando el Tribunal Constitucional acogió la objeción de conciencia institucional en el caso de la ley de interrupción voluntaria de aborto en tres causales. Ahí, se privilegió la libertad de conciencia de las instituciones para poder ser objetoras por sobre el derecho de las mujeres a acceder a las prestaciones. Este es un ejemplo sobre cómo la Constitución muchas veces nos ha jugado en contra en las discusiones de cómo promover derechos sociales como el derecho a la salud, y en este caso los derechos sexuales y reproductivos. También hay casos específicos en los cuales vemos cómo se vulneran derechos sexuales y reproductivos, donde se evidencia la inexistencia de un marco normativo que sustente la autonomía de las mujeres y la no discriminación. Tenemos el caso de Lorenza Cayuhan, por ejemplo, que es una mujer privada de libertad que la hicieron parir engrillada hace 3 años y aún no ha visto justicia su caso. También tenemos el caso del acceso a las prestaciones de salud para las personas trans, en el sector público. Desde el Departamento de Género del Colegio Médico hicimos un catastro sobre los policlínicos que entregan prestaciones para población trans para su transición y son muy pocos, están muy concentrados en la zona centro y eso obliga a la población trans a acceder al sistema privado en condiciones que, por el pago que tienen que hacer, exponen su salud fuertemente. Eso también es una vulneración a los derechos sexuales y reproductivos de esa población y sería deseable que en esta discusión constitucional podamos privilegiar su acceso a la salud y sus derechos sexuales y reproductivos. Por otro lado, tenemos una estructura del sistema de salud que vulnera fuertemente a las mujeres. Sabemos que en todo este tiempo –con excepción de una circular reciente por lo que no voy a hablar de ella ya que no sabemos sus efectos– las mujeres han pagado más en el sector privado por los planes de ISAPRE del seguro de salud privado, lo que evidentemente es discriminatorio.

En este contexto, con una educación que es vista como responsabilidad de los padres, y con una ley al respecto muy incompleta, no sorprende que tengamos problemas tan concretos como el aumento de VIH. Chile ha destacado a nivel internacional por un aumento de los casos de que es impresionante, incluso en comparación a los países de Latinoamérica. Durante los últimos años el aumento es de un 34%

de casos nuevos, lo que es muchísimo. ¿Cómo no ligar este aumento en el VIH con la falta de educación sexual integral y una política de Estado pro derechos sexuales y reproductivos?

Si pensamos cómo avanzar en esta materia, a propósito de la redacción de una nueva Constitución, es importante comenzar reconociendo los tratados internacionales a los cuales Chile adscribe, como, por ejemplo, la CEDAW. También creo que es fundamental que en la nueva Constitución se plasme la igualdad de género y la protección contra la discriminación basada en género, orientación sexual y embarazo. Luego, explícitamente me gustaría una Constitución que incluya los derechos sexuales y reproductivos, que incluya el derecho a la libertad sexual, el derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexual de los cuerpos, el derecho a la privacidad sexual, el derecho al placer sexual, a la expresión sexual, a la información basada en el conocimiento científico, que promueva la educación sexual integral explícitamente, y la atención de la salud sexual.

Hay áreas claves que tenemos que considerar en el debate constitucional. Un área, a la que ya se ha hecho referencia, es la educación sexual integral. Sabemos que en Chile solo a partir del año 2010 hay una ley que estipula que los establecimientos de educación de enseñanza media deben incluir un programa de educación sexual según sus principios y valores. Creo que esto es una vulneración de la niñez muy fuerte, ya que le negamos la información científica, la información basada en evidencia para que puedan desarrollar su sexualidad de manera libre, que puedan desarrollar su sexualidad de manera responsable. Finalmente, el Estado de Chile, con esta legislación que descansa en el arbitrio de cada institución –y sabemos que hay instituciones muy conservadoras que son reacias a la información científica– les niega a los niños, niñas y niños la capacidad de cuidarse y desarrollar su sexualidad de manera plena y responsable.

Luego en términos de aborto –algo de esto también ya se ha adelantado– sabemos que tenemos una de las legislaciones más restrictivas a nivel mundial. Recién el 2017 se aprueba la ley de interrupción voluntaria en tres causales. Lo preocupante es que la ley no se cumple aún a cabalidad. Ha existido un cumplimiento muy parcial de la ley, con niveles de objeción tanto a nivel de profesionales como a nivel de instituciones que son altísimos. También sabemos que en relación a lo que proyectamos que iban a ser los números de la ley de interrupción voluntaria, estamos cumpliendo alrededor de un 27% de los casos en los cuales las mujeres tienen el acceso a decidir.

Claramente, esto es mi visión personal y desde el Colegio Médico no hay una posición con respecto al aborto libre. No obstante, sí creo firmemente que no tener derecho al aborto viola el derecho a la igualdad ya que las mujeres no están en igualdad de condiciones y a veces tienen que parir en casos que los anticonceptivos fallan. Acabamos de tener un ejemplo que materializa ese argumento, ya que el ISP tuvo un error en la rotulación de los anticonceptivos, provocando que 29 mujeres denunciaran haber quedado embarazadas producto de este error de la rotulación de los anticonceptivos que se entregaban en consultorios de Chile. Frente a ese error: ¿qué hacemos con una legislación que no permite el aborto?, ¿qué hacemos ante esas fallas? ¿se obliga a la mujer que estaba tomando anticonceptivos a cambiar su proyecto de vida en una condición que es totalmente inequitativa, desigual con los hombres, por un error de una entidad estatal? Son errores que pueden pasar, sabemos que los anticonceptivos fallan, y además sabemos que las mujeres abortan igual, aunque sea legal o no sea legal, eso la OMS lo ha planteado. El problema es que cuando prohibimos el aborto lo que hacemos es generar más abortos inseguros y poner en riesgo la vida de las mujeres.

El acceso a la salud también tiene mucho que ver con los derechos sexuales y reproductivos. Nuestro sistema actual se basa en el modelo de la Constitución de 1980, que como se ha dicho, establece que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al cual desea acogerse, sea éste estatal o privado. Eso genera un sistema dual en el cual la población se divide entre la población que puede pagar, en el sistema de ISAPRE, y la población que no puede pagar, en el sistema de FONASA, con una total desregulación de los mecanismos de cambio entre ambos seguros, provocando que los seguros privados puedan seleccionar a las personas sin riesgo de enfermar. A la vez, existe una distribución de los recursos tan inequitativa, que el acceso a la salud pública está muy mermado por la insuficiencia de recursos y por condiciones que son muy adversas. Aquí podría mencionarse tan solo un ejemplo, aunque podría hablarse mucho sobre las inequidades del sistema de salud chileno: el gasto per cápita en salud es un 64% mayor en los seguros privados que en FONASA, aún considerando que en el primer sistema se concentran las personas con menor riesgo de enfermar y con mayor nivel educacional. Esto provoca una distribución de los profesionales que es totalmente inequitativa entre ambos sistemas y explica las listas de espera en el sector público. Es imposible tener salud sexual y reproductiva si es que no tenemos las condiciones básicas, como es un sistema de salud que funcione para todas las personas, independiente de su capacidad de pago.

Algunas reflexiones finales. En Chile, la Constitución omite los derechos sexuales y reproductivos y contiene algunos artículos que entran en conflicto con éstos. El proceso constitucional es muy esperanzador y una alternativa interesante para construir una nueva carta fundamental, que consagre explícitamente estos derechos y promueva las condiciones para hacerlos efectivos. También es muy importante la participación en este proceso. Es fundamental una discusión ciudadana genuina, en la cual se planteen cuáles son las barreras que estamos teniendo hoy en día para que las mujeres y las diversidades sexuales ejerzan sus derechos sexuales y reproductivos. Finalmente, creo que la paridad del proceso y el estado del movimiento feminista, entrega una condición previa de legitimidad a esta nueva Constitución con derechos sociales fortalecidos.

En cuanto a algunos impactos de la vulneración de derechos sexuales y reproductivos, por una parte, tenemos el sufrimiento que provoca a las personas el no poder desarrollar su sexualidad libremente, que es un sufrimiento que sabemos que tiene implicancias tan concretas como un tasa de suicidio en la diversidad sexual mucho más alta que el resto de la población. También podemos medir otros indicadores como traumatismos físicos y psicológicos, aumento de las infecciones de transmisión sexual, embarazos no deseados, abortos inseguros, mayor mortalidad materna, violencia sexual, el tráfico sexual e infantil, etcétera.



Constanza Hube



3



PANEL 4

Abogada, Licenciada en Derecho y Magíster en Derecho Público, mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es también Máster en Derecho de la New York University. Actualmente es Directora del Foro Cons-

titucional UC y Subdirectora del Departamento de Derecho Público en la PUC, donde se desempeña además como profesora de Derecho Constitucional. Elegida convencional de la Convención Constituyente por votación popular.

Bio

Si bien el principal objetivo de este panel tiene que ver con los derechos sexuales y reproductivos, me parece importante partir un paso más atrás con la consagración –o mejor dicho– con la manera en que se debiera consagrar el derecho a la protección de la salud. Voy a tratar de ir de lo macro a lo micro, mirando los derechos sexuales como lo más específico de lo que aquí se discutirá. Respecto a eso, me parece importante comenzar aclarando algunos elementos, en especial, qué se protege, qué es lo que se consagra en la Constitución vigente.

En la Constitución chilena se consagra el derecho a la protección de la salud, no el derecho a la salud. Puede parecer una cuestión semántica o no muy relevante, pero lo cierto es que la garantía del derecho a la protección de la salud –y no el derecho a la salud, como se titula este seminario– se debe a dos razones principales. La primera, porque se trata de una obligación de medios y no de resultados. El cumplimiento del derecho a la protección a la salud no supone garantizar que todos vamos a estar sanos o que cada uno de los enfermos va a poder mejorar respecto de sus enfermedades, sino de hacer lo posible y lo correspondiente de acuerdo con la ciencia. La segunda razón es que se trata de una obligación que depende de los medios disponibles, tanto en la sociedad como en la persona misma. Esto ya

lo adelantaba Francisca respecto de que existen aseguradores públicos y aseguradores privados, prestadores públicos y privados. Pero esa es básicamente la razón de por qué no se resguarda el derecho a la salud propiamente tal, y sí se resguarda el derecho a la protección de la salud. Se trata de una obligación de medios y no de resultados, y se trata de una obligación que depende de los medios disponibles. Eso como primer elemento.

Como segundo elemento –y ya voy a ir generando la conexión con el objetivo de este panel– es que el derecho a la protección a la salud es concebido como un derecho social o un derecho de segunda generación. ¿Qué significa eso? Que tiene por objeto de protección la igual dignidad de todas las personas, posibilitando un ejercicio material de los derechos de primera generación o también llamados libertades clásicas, y una auténtica igualdad de oportunidades. ¿Qué es lo que diferencia a los derechos sociales de las libertades clásicas? Los derechos sociales suponen prestaciones materiales para su goce y ejercicio. Esto bien lo decía la profesora Rebecca Cook respecto del índice de dignidad en términos de la salud que se presta. También lo decía Francisca Crispi al señalar que el derecho a la protección de la salud supone una prestación material para su goce y ejercicio. Estas prestaciones se otorgan y son exigibles de acuerdo a las condiciones que están fijadas en la ley, la cual dispone –obviamente en base a los recursos disponibles– qué tipos de prestaciones, es decir, bienes o servicios se van a poder otorgar. Por lo tanto, la configuración de ese derecho que está consagrado en la Constitución depende finalmente de la deliberación política, es la política, la llamada articular la multiplicidad de las demandas sociales por la disponibilidad de los recursos fiscales. Quien toma esas decisiones finalmente, en el caso de Chile, es el Presidente con el Congreso a través de leyes o a través de políticas públicas que se implementan por medio de decretos u otros actos administrativos. Lo anterior me parece importante para una discusión que tiene que ver con si incorporamos o no nuevos derechos en un nuevo texto constitucional. Es probable que los derechos que hoy están reconocidos se vean recogidos en la nueva Constitución. La discusión se centrará en cómo se regulan y en si sumamos nuevos derechos ¿Por qué es importante esto? Porque los derechos que se resguarden en la próxima Constitución deberían, a mi juicio, ser considerados como derechos propiamente tales, no como meras aspiraciones, declaraciones de principio o declaraciones de propósito.

Un punto de conflicto permanente que hemos tenido en relación a los derechos sociales que están en la Constitución es su justiciabili-

dad, y específicamente el hecho de que no se pueda interponer un recurso de protección o alguna acción judicial para hacer efectivos estos derechos sociales. Los derechos sociales en la Constitución no están resguardados por el recurso de protección, y por lo tanto, en caso de incumplimiento, no pueden ser objeto de una acción de este tipo, al menos no de manera directa. Se interponen de todos modos utilizando derechos de primera generación como sería el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y psíquica, pero en términos normativos no está considerado. Ese ha sido un punto permanente de discusión que yo creo que la doctrina y la jurisprudencia ya lo ha ido abordando y ha considerado que estos derechos sociales no son meras declaraciones, no son meras aspiraciones, sino que son derechos propiamente tales, pero no son justiciables.

Me parece que de incorporarse nuevos derechos sociales –nuevos versus los que ya están considerados hoy– en la nueva Constitución, es importante despejar de qué manera éstos serán exigibles y justiciables para evitar su precarización. ¿Por qué lo digo? Porque si finalmente terminamos sumando todas las aspiraciones, todos los derechos o propósitos de carácter legal al texto constitucional, la Constitución va a terminar siendo lo que el profesor Sunstein califica como un “mero pedazo de papel”. Vamos a tener una Constitución muy amplia que va a resguardar muchos derechos, pero que en términos de la expectativa que se va a generar en la ciudadanía será una expectativa que no se va a poder cumplir.

Es por lo anterior que se debe evaluar con cuidado qué derechos sociales queremos incorporar en la Constitución, teniendo en mente al menos tres criterios o estándares. Lo primero, su contenido prestacional, esto es, que el derecho social finalmente implica, o necesariamente considera, un contenido prestacional. En la actualidad, el derecho a la educación es una perfecta expresión de eso. A medida que se han ido teniendo recursos disponibles se ha ido aumentando la obligatoriedad de determinados niveles educacionales. Primero partimos con educación básica, luego con educación media, luego con el segundo nivel de transición en materia de educación preescolar, y así se han ido aumentando los contenidos prestacionales del derecho. Me parece que eso tiene que estar bastante claro en la Constitución.

Lo segundo, los deberes del Estado, y lo tercero, su exigibilidad. ¿Cómo se va a hacer exigible este derecho?, ¿Implica que se deberá resguardar los derechos sociales vía recurso de protección? A mi juicio no, ya que es importante proteger el principio de la separación de poderes del

Estado y evitar que sean los jueces quienes adopten decisiones que sean propias de la política pública como sería el contenido prestacional de los derechos sociales. No obstante, sí es razonable exigirle al legislador que consagre una acción para hacerlas exigibles. No me parece que se tenga que establecer una acción judicial en la Constitución para resguardar los derechos sociales, o mejor dicho, el contenido prestacional que deriva de los derechos sociales, pero sí me parece que comprometido el derecho, comprometido que va a tener contenido prestacional y que ese contenido se expresará en la ley, esa misma ley se haga cargo y establezca la manera en que el derecho se va a hacer exigible, ya sea que se presten a través de instituciones públicas o a través de instituciones privadas.

Luego del contexto presentado, podemos pasar ahora a preguntarnos: ¿qué se consagra hoy en materia de derecho a la protección a la salud en la Constitución chilena? Y ¿qué pasa con los derechos sexuales y reproductivos? Como sabemos, –y también lo dijo Francisca Crispi en este panel– este derecho está estructurado en dos partes: por una parte, el derecho a la protección a la salud como un derecho social que considera su núcleo esencial y considera los deberes del Estado, y por otra parte, un derecho de primera generación o libertad clásica, que sería el derecho a elegir el asegurador o el prestador, que puede ser público o privado. Es decir, tiene un doble componente, lo cual me parece que es un punto que complementa lo ya dicho por Francisca Crispi. Ella hizo referencia solo a la segunda parte, pero la realidad es que también en la primera parte hay un resguardo al derecho a la protección de la salud, hay un deber del Estado de tener que promover las acciones de salud y hacerse cargo de las acciones de salud, como sería la recuperación, la rehabilitación, la promoción, la prevención. Hay entonces un deber del Estado que obviamente uno lo podría vincular directamente con lo que serían los derechos sexuales y reproductivos. Como concreción de este derecho, encontramos una serie de cuerpos legales que contienen lo que yo señalaba anteriormente, es decir, que contienen las prestaciones mínimas, como serían las garantías explícitas de salud, y cómo sería también la llamada ley Ricarte Soto, que se relaciona con las enfermedades raras, con las enfermedades que tienen una cobertura especial por esta ley, producto de que no entran dentro del pool general, como serían las que están en la ley GES. Otra norma relevante y que vale la pena mencionar es la ley de derechos y deberes de los pacientes.

Tenemos una regulación en materia de derechos sexuales y reproductivos. Algo dijo Francisca Crispi al respecto, en el sentido de que

se trataría de derechos que no están debidamente resguardados y que están en tensión con disposiciones constitucionales vigentes. Me parece que es importante considerar la existencia de algunos derechos que tienen consagración constitucional y que se relacionan con esto. Me refiero a la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación arbitraria. A nivel legal tenemos una ley que establece medidas contra la discriminación y una ley respecto a la fijación de normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de fertilidad. En este último caso se resguarda como derecho el hecho de recibir educación, información y orientación en materia de regulación de fertilidad en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial. Por tanto, hay cierto resguardo en términos constitucionales y hay resguardos en materia legal. Me parece que es importante tener el cuadro completo. Añadiría respecto del supuesto choque entre los derechos sexuales y reproductivos y la protección de la vida del que está por nacer, que no es la Constitución la que protege la vida del que está por nacer. Si la Constitución hubiera establecido eso de manera explícita probablemente la discusión en el TC respecto de la ley de aborto en tres causales habría sido distinta. Lo que señala la Constitución es que la ley protege la vida del que está por nacer, delegándole al legislador esa determinación. Efectivamente, el Tribunal se pronunció acerca de la objeción de conciencia y ahí podemos entrar en otra discusión que tiene que ver con el avance en materia de educación sexual, respetando otros derechos fundamentales. Antes de eso, no obstante, quisiera referirme a qué ocurre en el derecho comparado respecto de los derechos sexuales y reproductivos.

La profesora Cook hacía referencia a algunas consideraciones, pero que no van en la línea de establecer un catálogo largo o amplio en términos de lo que serían los distintos derechos sexuales y reproductivos sino que más bien el foco estaría puesto en una consagración amplia, siguiendo el modelo de algunas Constituciones. En general, no hay muchos precedentes respecto de este tema. Uno puede encontrar la Constitución boliviana, por ejemplo, que establece diversos artículos relacionados con los derechos sexuales y reproductivos y la garantía a vivir vidas libres de violencia. En Paraguay uno puede encontrar el derecho relativo a la reproducción y no así derechos vinculados a la sexualidad. Cuba también tiene una cierta referencia, pero en general no es que estemos fuera de lo que serían los estándares en materia de derecho comparado en términos de establecer de manera explícita en la Constitución derechos sexuales y reproductivos. Me parece importante tener esto en consideración en el momento de entrar a

discutir la incorporación de nuevos derechos. No se trata de temas ideológicos sino que más bien se trata de ver que efectivamente los derechos sean considerados como tales, como facultades inherentes a la persona humana, y que sean exigibles, que tengan un contenido prestacional, para no generar una expectativa donde todo tipo de aspiración se puede considerar como derecho. En ese sentido, lo peor que nos podría pasar, creo yo, y esto lo digo en términos generales, sería que terminemos banalizando los derechos fundamentales.

Hay temas respecto a los cuales es importante avanzar. Yo creo que la violencia integral contra la mujer es un tema que ha estado en el tapete tanto en el Gobierno anterior como en este. Hay 13 países de América Latina que ya cuentan con una ley de violencia integral –México, Argentina, Brasil, entre otros– cumpliendo de esta manera con estándares de recomendaciones internacionales en la materia, establecidos como bien decía Francisca Crispi, por la CEDAW o por la Convención de Belém do Pará. Por lo tanto, me parece que sería interesante avanzar en esa línea. Hay un proyecto de ley sobre este tema que es bastante amplio, que está discutiéndose en el Congreso pero que no ha tenido mucho avance. Hay un tema también relacionado con el deber del Estado de promover todo lo que significaría la erradicación de la violencia, los abusos y la discriminación contra la mujer. Obviamente que eso no es una materia que se va a discutir con esta Constitución, probablemente, pero es un proyecto de reforma constitucional que se podría incluir dentro del debate constitucional en la Convención. Y respecto de la educación sexual, efectivamente Francisca Crispi citó un elemento que está en la ley N° 20.418, pero lo mira señalando que estos programas se van a dar en la medida en que se cumpla con los principios y valores por parte de los prestadores de educación formal que pueden ser algunos más conservadores, otros más liberales, etcétera. Desde mi punto de vista, aquí es más importante tener en cuenta que los derechos fundamentales no son absolutos y por lo tanto, muchas veces van a existir ciertos choques de derechos. Hay veces que existen choques aparentes y por tanto lo que se hace es una ponderación. Aquí ocurre que hay otro derecho fundamental que tiene que ver con la libertad de enseñanza y el derecho y deber preferente de los padres de educar a sus hijos. Yo creo que lo peor que podría pasar respecto de este punto es que exista una sola manera de ver la educación sexual, una sola manera en que esto se termina transmitiendo, porque eso me parece que lleva a un monopolio respecto de la manera en que se entrega la información o el conocimiento. No me parece que eso sea procedente desde un punto de vista de derechos fundamentales, es decir, desde un punto de vista constitucional.

Solamente para cerrar, hay dos temas que no puedo dejar pasar. El primero se relaciona con el debate en torno a la objeción de conciencia y cómo ésta terminó siendo regulada en Chile por el Tribunal Constitucional. Yo sé que Francisca Crispi no lo ha planteado así, pero me parece importante para la discusión que viene en la Convención Constitucional, ser muy responsables respecto de algunas afirmaciones. Respecto del Tribunal Constitucional, se ha dicho que éste habría “afectado a las mujeres”, por medio de su decisión sobre la objeción de conciencia. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional tomó una decisión respecto de la objeción de conciencia, equilibrando determinados derechos fundamentales. Uno podrá estar de acuerdo o en desacuerdo, pero así funcionan los tribunales. Hay ocasiones en que uno está en desacuerdo, pero no es que haya existido dolo por parte del TC de querer afectar a las mujeres respecto de este punto. Me tocó justamente alegar esta causa, y fue una causa que se ganó no por poco, se ganó por 8 contra 2 votos.

Lo segundo se relaciona con la idea de que la salud se encuentra desregulada en Chile. La salud no se encuentra desregulada en Chile, tenemos una Superintendencia de Salud y una serie de circulares, decretos, una cantidad enorme de regulación respecto de esta materia que precisamente se preocupa de que no existan abusos por parte de los prestadores y privados. Lamentablemente, hay veces que esa misma vara no se ocupa para los prestadores públicos y yo creo que es algo en lo que podemos avanzar. De hecho, yo creo que uno de los grandes temas –un tema que por lo menos que a mí me tiene muy motivada con la Convención Constitucional– es tener que promover eso, esto es, que la prestación de servicios público sea de calidad, en la línea de lo que señalaba la profesora Cook respecto del índice de dignidad en materia de salud. Yo creo que ese es un tema central, y no solamente respecto de las prestaciones de salud en términos de los derechos sexuales y reproductivos sino que respecto de todo tipo de prestaciones de salud.

Por último, ¿podría ser el proceso constituyente una oportunidad para hacerse cargo de muchos de los desafíos que tenemos en las materias que estamos discutiendo? A mi juicio, teniendo en consideración los elementos planteados, y teniendo en cuenta que los derechos fundamentales nuevos debieran cumplir con ciertos estándares para que no los confundamos con aspiraciones, sí es importante que estas temáticas sean discutidas en la Convención Constitucional. Yo creo que al incorporar la perspectiva de género al crear políticas públicas, me parece importante hablar del desarrollo integral respecto de los

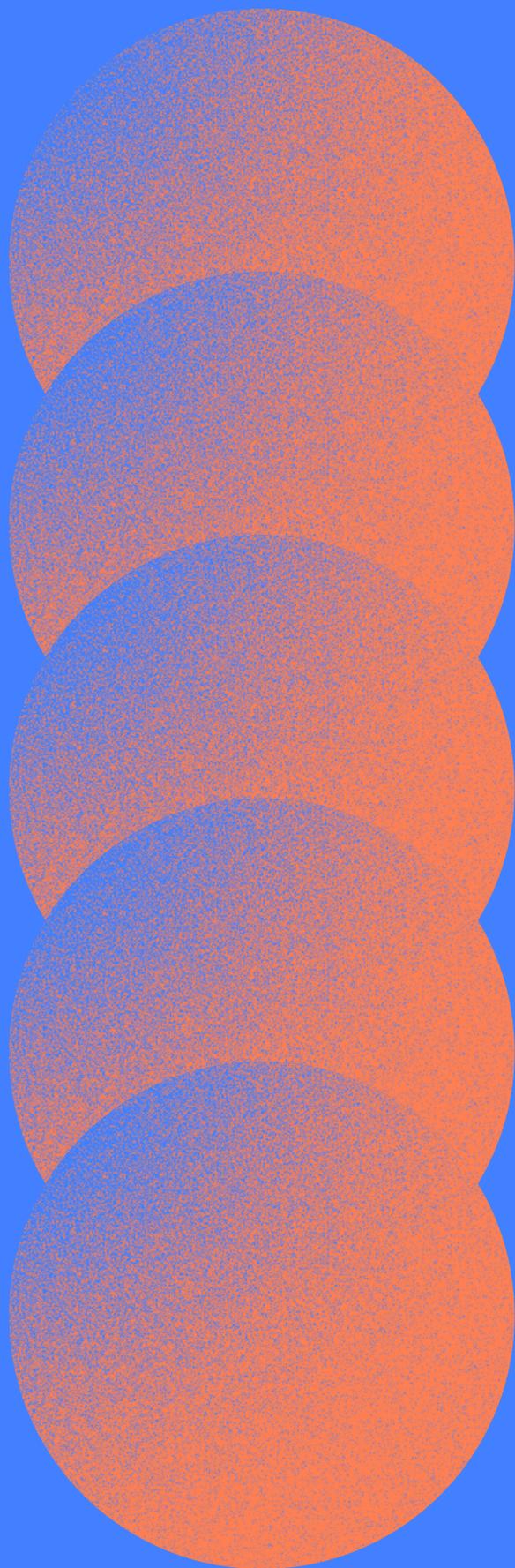
hombres y respecto de las mujeres. Tenemos varios desafíos por delante, pero gran parte de esos desafíos tienen que ver con las políticas públicas, no creo que tengan tanto que ver con temas constitucionales. Así ocurre con la discriminación en materia laboral –que es un gran tema que afecta la autonomía que tienen las mujeres– o la violencia, en general. Son cuestiones que no dependen necesariamente de lo que la Constitución diga. Si no le “ponemos el cascabel al gato” en términos de lo que es la concreción de la erradicación de la violencia a través de las leyes, a través de las políticas públicas, a través de lo que significa el *enforcement* de ese tipo de medidas, yo no veo cómo finalmente la Constitución vaya a ser una verdadera respuesta. Sí me parece que puede ser interesante abordarlo, y no hay que cerrarse a ningún tipo de discusión respecto a este punto. Solamente considero que la conversación debiese tener en cuenta estos elementos que he expuesto, los que considero centrales a la hora de incorporar nuevos derechos.

Me parece que de incorporarse nuevos derechos sociales – nuevos versus los que ya están considerados hoy– en la nueva Constitución, es importante despejar de qué manera éstos serán exigibles y justiciables para evitar su precarización. ¿Por qué lo digo? Porque si finalmente terminamos sumando todas las aspiraciones, todos los derechos o propósitos de carácter legal al texto constitucional, la Constitución va a terminar siendo lo que el profesor Sunstein califica como un 'mero pedazo de papel'.

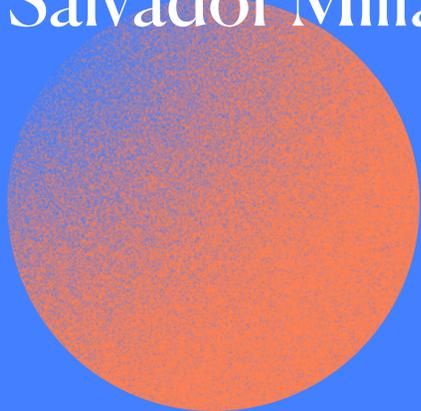


PANEL 5

Pueblos indígenas.



Salvador Millaleo



1



PANEL 5

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y Doctor en Sociología de la Universidad de Bielefeld (Alemania). Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En dicha casa de estudios ha sido

coordinador del Centro de Estudios en Derecho Informático, investigador del Centro de Derechos Humanos y editor general del Anuario de Derechos Humanos. Es, desde el año 2019, miembro del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Bio

El derecho a la salud de los pueblos indígenas no ha tenido una discusión adecuada dentro del debate constitucional. Normalmente cuando se habla de la salud intercultural se habla de las políticas de salud estatales, es decir, de las políticas públicas, pero no se ha querido y no ha habido un espacio para reflexionar sobre el aspecto constitucional que tienen los sistemas de salud indígena y la salud intercultural, que no son lo mismo. Siempre se trata de visualizar ciertas experiencias piloto, revisar ciertas buenas prácticas o las formas tradicionales de exclusión o marginalización de los sistemas médicos indígenas, pero no se hace una reflexión acerca de cómo se trata de derechos humanos y constitucionales, cómo la medicina indígena y la salud intercultural deben ser protegidas como derechos.

Primero, los conceptos de salud y enfermedad en las visiones de los pueblos indígenas, en particular los que tenemos presentes en Chile, son conceptos que no tienen o que no se estructuran de la misma manera que como pensamos la salud o la ausencia de salud en la perspectiva mestiza, esto es, en la perspectiva hegemónica, dominante que es la que ha desarrollado nuestros conceptos de salud pública. La salud y la enfermedad son procesos que están causados por determinados agentes acotados y que tienen una categorización que los deslinda de

otros procesos, es decir, se construyen a través de un saber analítico, se construyen a partir de una institucionalidad con la capacidad para distinguir ciertas patologías de otras, y con ello distinguir el tratamiento, las medidas de curación o de prevención respecto de otras medidas de curación o de prevención de otras patologías.

En el caso de los pueblos indígenas, las nociones de salud y enfermedad son nociones completamente relacionales, esto es, que no se pueden aislar entre sí. Estas nociones están vinculadas además en la vida cotidiana. En el pensamiento occidental está la oposición entre lo normal y lo patológico que caracteriza el sistema de salud científico, y que ya hemos visto en la labor de la sociología de la medicina. Por ejemplo el maestro de Foucault, Georges Canguilhem, hizo un aporte notable cuando específicamente trata el tema, dentro de la filosofía de la medicina en Francia, de la oposición entre lo normal y lo patológico como forma de adscripción discursiva, una polaridad que se trata de maximizar para tratar de distinguir estas polaridades irreconciliables.

Esta oposición entre salud y enfermedad no está en las culturas indígenas, al menos en las que están presentes en los pueblos indígenas en Chile. No existe una ausencia de enfermedad, no existe una plenitud de salud sino que siempre hay un intercambio y un equilibrio dinámico entre ambos aspectos, donde el aspecto de la enfermedad tiene que ver con un desequilibrio que va a ser equilibrado de alguna manera, esto es, una pérdida de algunos equilibrios que no solo tienen que ver con el cuerpo del individuo sino que además tienen que ver con su pertenencia a determinados grupos, con las relaciones de ese grupo con otros grupos, con aspectos afectivos, emocionales, con sus relaciones con ciertas fuerzas trascendentes o espirituales. En este sentido, no se pueden aislar, en la perspectiva de los pueblos indígenas, los problemas de la salud o de la enfermedad de la relación social de los sujetos, y de las condiciones psicológicas profundas.

Quisiera poner de ejemplo la concepción mapuche de salud, donde la noción de enfermedad en particular, *Kütran*, no se puede aislar de las relaciones sociales, de las relaciones del sujeto consigo mismo, con otros ámbitos psicoafectivos, de la relación con la naturaleza y las relaciones con los entes espirituales que componen el mundo para el Pueblo Mapuche. Aquí no puede haber una visión analítica, sino que el enfoque es un enfoque integrador, esa es la diferencia con la estructura categorial e institucional, entre las prácticas y los dispositivos de poder de la medicina occidental y los saberes médicos mapuches, indígenas en general, de índole tradicional. El saber médico occidental

descarta los saberes tradicionales, y determina que sean relegados cuando se empieza a desarrollar el sistema de salud pública moderna en Chile. Esto significa que todos estos aspectos tradicionales, las prácticas y los estatus sociales de los curanderos, de los expertos en medicina tradicional y en plantas medicinales, van siendo desplazados y excluidos de la noción de la salud. Las concepciones, las prácticas, los practicantes, los medios de sanación de los pueblos indígenas, que pueden ser bastante dialogantes con otras formas de sanación tradicionales, van a ser desplazados y por ello van a ser reducidas a una superstición o a prácticas marginales que toleran los sistemas de salud pública de una manera bastante epidérmica, solo en algunos lugares, solo en lugares donde no hay atención. Si no hay acceso a la salud, entonces ahí se toleran estas prácticas de “curanderismo” tradicional, pero siempre bajo la sospecha que se está tratando de algo que efectivamente no contribuye a prevenir la enfermedad o a recuperar la salud.

El gran debate que ha habido para los pueblos indígenas es cómo –dentro de lo que es la lucha por sus identidades y por derechos que puedan proteger sus identidades– asegurar y restaurar el valor de sus prácticas, conocimientos, practicantes y medios de curación. Esto comienza por una lucha epistemológica, es decir, cómo hacer que se recupere el estatus perdido de los saberes médicos indígenas frente a la instauración de la supremacía de la medicina occidental en la construcción de los sistemas de salud. Entonces, una de las luchas que está dándose en todas partes es bajo qué óptica vamos a pensar los saberes médicos de los pueblos indígenas, si son realmente una medicina o son simplemente prácticas, saberes de sanación que son alternativos, que pueden apoyar las prácticas de la medicina occidental, pero en ningún caso tener un estatus que siquiera se les parezca. Sobre esto, se pueden plantear algunas consideraciones.

Por otra parte –y esto dentro del cuestionamiento posmoderno de la supremacía de la racionalidad científica– se ha buscado recuperar este estatus de las medicinas tradicionales, precisamente denominándolas así, medicina tradicional. Es decir, ¿cuál sería la gran diferencia entre medicina occidental, medicina china, india o la medicina de los pueblos indígenas? La verdad es que sustantivamente ninguna, salvo las distintas epistemologías, los distintos recursos, procedimientos y las capacidades que tienen, pero no podrían ser simplemente descartadas como algo secundario. Es dentro de esta discusión que el planteamiento de la interculturalidad, el planteamiento de que pudiera haber una conversación entre las distintas prácticas, institucionalidades, y

conocimientos médicos, es una alternativa, pero una alternativa bastante difícil porque supone entrar a una conversación entre saberes que se construyen de manera bastante distinta.

Junto con lo anterior, donde estos saberes están mediados por instituciones y poder institucional, la pregunta es dónde caben, dentro de la institucionalidad médica de salud pública, las prácticas de pueblos que han sido desconocidos, negados y sacados de su poder e influencia en el proceso de construcción del Estado que ha modelado la salud pública. Si los pueblos indígenas son un obstáculo inicial a la construcción del Estado, y por tanto se sacan del Estado, y una de las definiciones del Estado es la construcción de un sistema de salud público, ¿qué rol pueden tener en el sistema de salud pública los pueblos indígenas con sus saberes y prácticas, sus medios de curación y sus practicantes de la medicina indígena tradicional?

Aquí hay una tensión que no ha desaparecido nunca. No es algo que sea pacífico, ni siquiera hay una experiencia concreta muy exitosa. Sin duda, en Chile uno de los programas indígenas de políticas públicas que ha tenido mayor éxito y aceptación ha sido el Programa Especial de Salud de Pueblos Indígenas, el PESPI. Es una de las prácticas o políticas públicas que se ha ejecutado por más largo tiempo en el sistema de políticas públicas en Chile y que ha tenido mayor aceptación por parte de los pueblos indígenas.

Estamos hablando de un contexto en que en Chile hay una conflictividad tremenda entre el Estado y los pueblos indígenas a partir, por ejemplo, de la privación de las tierras y las políticas fallidas de recuperación de tierras, la denegación de derechos políticos de los pueblos indígenas y políticas públicas de educación intercultural que son bastante reducidas. En este marco el PESPI, del Ministerio de Salud, si bien también tiene sus cuestionamientos, es uno de los programas que ha sido mejor aceptado por el mundo indígena y que cuenta con una serie de experiencias que se han desarrollado en distintos lugares. Por ejemplo, son internacionalmente ya reconocidas las experiencias del Hospital Intercultural de Nueva Imperial, de Maquehue. Se trata de una serie de prácticas y lugares donde se han tratado de establecer formas de práctica intercultural donde está la medicina occidental a través de su forma institucional de hospitales, pero donde también hay módulos de atención indígena. Ahí se ha tratado de establecer formas de cooperación, de reconocimiento a partir de un enfoque de interculturalidad. Entonces tenemos prácticas y estas prácticas han sido bien interesantes, y se han prolongado en el tiempo. En este

sentido, tenemos acá una política pública de mejor aspecto que el resto de las políticas públicas de los pueblos indígenas.

Sin embargo, aquí lo que estamos discutiendo, como dije al principio, no es el tema de las políticas públicas, sino el tema de cómo esto interpela en el proceso constituyente a la necesidad, o la posibilidad de que exista una protección constitucional al conocimiento, a las prácticas, los practicantes y los medios curativos de los pueblos indígenas en su medicina tradicional en Chile.

¿Cómo esto es relevante en la discusión constitucional? En otros países, además del derecho a la salud, que es un derecho social que está presente en la mayor parte de las Constituciones hace bastante tiempo, existen reconocimientos a los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo en el nivel de la integridad de sus culturas, de sus identidades culturales o de su patrimonio cultural. En esos países donde existe tanto el derecho a la salud como el reconocimiento a los pueblos indígenas puede existir una doble entrada, es decir, la posibilidad de entrar en el tema de la protección a la salud o de los sistemas de salud indígena, tanto desde el derecho a la salud, como desde los derechos de los pueblos indígenas. Normalmente esto se resuelve desde el lado de los derechos de los pueblos indígenas, es decir, se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a mantener sus propias instituciones culturales, y una de ellas por cierto son sus prácticas, sus practicantes, sus conocimientos y sus medios sanación. Es desde esa perspectiva que se recibe una protección constitucional. Desde el tema del derecho a la salud no se entra demasiado en esto, sino que a nivel de política pública se produce una integración entre las políticas en salud y las políticas de reconocimiento a los pueblos indígenas. Esto sí produce normalmente que las prácticas de medicina indígena permanezcan en materia de salud, normalmente subordinadas o con un estatus inferior respecto a los sistemas de salud pública cuando se desarrolla la actividad del Estado para la protección de la salud de las personas, pues los sistemas de salud pública tienen definiciones donde las prácticas de salud indígenas se integran en un nivel bastante marginal. Aún así, pueden tener una protección constitucional normalmente desde el lado de la protección a las identidades culturales del pueblo indígena.

En nuestro país no tenemos esta doble condición, solo tenemos un derecho a la salud, y este derecho a la salud tiene contenidos que no son demasiado fuertes en relación a lo que es la experiencia comparada. No existe una protección constitucional de ningún tipo de derecho a los pueblos indígenas, y solo a nivel legal uno puede encontrar una

configuración de un reconocimiento de las prácticas de sanación pero con un estatus bastante disminuido. Precisamente, el artículo 7º de la Ley de Derechos y Deberes del Paciente habla de las prácticas de sanación, no habla de la medicina indígena como lo hacen otros cuerpos legislativos en las Américas.

En Chile se habla simplemente del saber médico indígena, solamente en un artículo de dicha ley, haciendo referencia a las prácticas de sanación, reconociéndolas como un derecho. Pero la operativización de este artículo depende o ha dependido de la dictación de un reglamento, reglamento que aún no está vigente. El reglamento fue rechazado por Contraloría hace un par de años y todavía no ha salido, todavía no se ha puesto en práctica, y por lo tanto, no existe en la práctica real una regulación a partir del reconocimiento de un derecho legal. Existen, entonces, estas políticas públicas que se siguen desarrollando con mejores o medianos resultados, pero todavía está pendiente en Chile una regulación más completa, más integral de cómo operaría el derecho a las propias prácticas de sanación que tendrían los pueblos indígenas en Chile porque eso depende de una ley cuya reglamentación está todavía pendiente.

Se puede decir que la protección de la salud a nivel constitucional no ha jugado un rol relevante para los derechos de los pueblos indígenas. Sí ha figurado en las acciones de protección, donde se han amenazado o se han visto en riesgo ciertos elementos que son fundamentales en las formas, en los sistemas, o conocimientos médicos indígenas. Por ejemplo, cuando se han puesto en riesgo plantas medicinales o el acceso a estas plantas medicinales que normalmente se dan en humedales y que en la cultura mapuche se llaman los *Menokos*. Cuando estos se ponen en riesgo producto del uso de determinados suelos por proyectos productivos o extractivistas, amenazando la integridad ecológica de esos humedales, entonces ha habido pronunciamientos para proteger el significado del valor de estas plantas medicinales respecto de los pueblos indígenas, pero no ha habido pronunciamiento más significativo de parte de los tribunales. Entonces, el rol del derecho a la salud, si bien es un derecho que es atingente y que está protegido en la Constitución, ha sido menor. Empero, al menos es un derecho que existe y está protegido en la constitución actual, frente a la inexistencia de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, la pregunta es ¿qué deberíamos hacer en una nueva carta fundamental respecto de la salud indígena y respecto de la posible conversación intercultural entre la salud indígena, o la medicina

indígena, y la medicina occidental, en la construcción de los sistemas de salud como parte del derecho a la salud? Desde luego, tenemos que resolver el tema del estatus constitucional de los pueblos indígenas, y esto supone, a mi juicio, el reconocimiento de la plurinacionalidad en este país, y, dentro de eso, un conjunto de derechos políticos como la autodeterminación, la autonomía, el derecho propio de los pueblos indígenas. Un elemento fundamental, tanto del derecho propio como de los derechos culturales de los pueblos indígenas, es el reconocimiento a sus propias instituciones y conocimientos médicos y el derecho a recibir prácticas de atención médica en virtud de esos conocimientos. Entonces, me parece que esto debe explicitarse de alguna manera, ya sea dentro de un concepto genérico de derechos culturales, o aún más específicamente, garantizar el derecho a recibir atención de los pueblos indígenas en base a los conocimientos propios.

Ahora bien, en el plano de la pregunta de la posible y necesaria conversación entre el sistema público de salud y el sistema propio de los pueblos indígenas, creo que es una posibilidad una reformulación del derecho constitucional de la salud, donde se incorpore el planteamiento de una interculturalidad que vaya mucho más allá del derecho que tengan los propios pueblos indígenas a recibir atención de salud en base a sus propios conocimientos. Sería posible, en este sentido, establecer en la determinación constitucional del sistema público de salud que éste también deba tener rasgos de interculturalidad, y a partir de ahí legislativamente se podría desarrollar una noción de interculturalidad que haga disponible la salud de los pueblos indígenas, no solo para los pueblos indígenas, sino también para todos los habitantes del país que quieran atenderse en base a estos sistemas de salud.

A partir de esa construcción constitucional podríamos resolver una serie de problemas que tenemos que son bastante prácticos en estos sistemas de salud. De partida, necesitamos una protección de los conocimientos médicos indígenas. Al no existir una protección del patrimonio cultural en Chile, todos los conocimientos tradicionales, incluyendo los conocimientos médicos están expuestos a una apropiación indebida por parte de terceros. Esto es particularmente importante tratándose de los conocimientos médicos porque normalmente se encarna en el conocimiento de ciertas atenciones en virtud de ciertas propiedades de plantas medicinales, y uno de los objetos principales de la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas ha sido el patentamiento o constitución de derechos de propiedad exclusivos por laboratorios farmacológicos respecto de plantas medicinales indígenas, ya sea usando formas más tradicionales

de investigación biológica o incluso actualmente la biología sintética. Con ello se toman plantas medicinales indígenas, y a veces ni siquiera se toman sino que se estudian in situ y se reproducen genéticamente, y a partir de ahí los grandes laboratorios obtienen medicinas pero que no hacen sino otra cosa que producir los mismos efectos que ya los pueblos indígenas conocían. Es decir, no hay ninguna innovación, y sin embargo se patentan a favor de esos laboratorios. Tenemos la experiencia, por ejemplo, de la Rapamicina que se obtiene a partir del hongo Rapamune, que es de Rapa Nui, y respecto a lo cual ya hay una patente. Por cierto, hay una serie de patentes pendientes sobre el Maqui que tiene una serie de efectos medicinales y sobre otras plantas indígenas, tanto en Estados Unidos como en Chile. También hay una amenaza seria respecto de las prácticas, partiendo por la falta de reconocimiento de las prácticas indígenas como algo no relevante o marginal dentro del sistema de salud. Esto produce –aunque haya experiencias pilotos interesantes– un aislamiento de estas prácticas, que por lo tanto no reciben la visibilización ni la disponibilización para los mismos indígenas que las requieren. La consecuencia es una falta de acceso a las prácticas de sanación o médicas indígenas.

Luego, hay una falta de coordinación efectiva con el resto del sistema de salud pública, lo que pasa por una falta de financiamiento, es decir, el sistema de salud pública no financia las prácticas de medicina tradicional indígena. Esto significa que la medicina tradicional indígena se sostiene con un gasto familiar privado, y no está apoyado por los sistemas públicos de salud.

En otro aspecto, en cuanto a los practicantes, está presente la discriminación que reciben ellos en el sistema médico, la falta de financiamiento para que puedan dedicarse, cultivar y transmitir el conocimiento, la falta de sistematización del conocimiento, y, por tanto, tradición o entrega a futuras generaciones para que se puedan reproducir los practicantes. En el caso de las Machis esto es un problema bastante complejo. Las Machis son las sanadoras por excelencia dentro del sistema médico mapuche y tienen que recibir, en virtud de una serie de disposiciones espirituales, un llamado para que se haga manifiesta su vocación de Machi. Este llamado es cada vez más escaso, con lo que está disminuyendo la cantidad de Machis y, por lo tanto, disminuyendo la posibilidad de que existan prácticas medicinales indígenas.

La gran amenaza a los medios de sanación es, por un lado, el extractivismo intelectual, es decir, la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales y, por otro lado, el extractivismo físico.

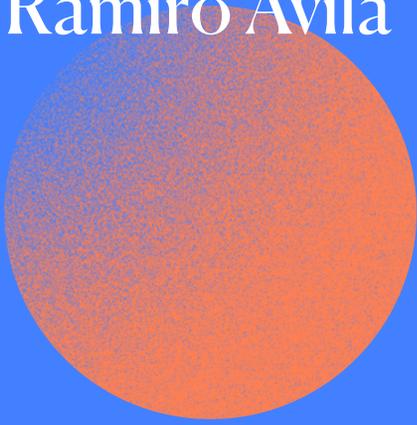
Esto se debe a que los medios de sanación de los pueblos indígenas normalmente son plantas medicinales o derivados de animales que están en contacto con los pueblos indígenas o respecto de los cuales los pueblos indígenas conocen propiedades curativas. Entonces, en la medida que la industria extractiva invade los territorios indígenas y va produciendo efectos ecológicos negativos, estos medios de sanación no están tan disponibles, están cada día más escasos, más difíciles de obtener y con ello también va generándose una dificultad de acceso. Que no haya una protección de las plantas medicinales indígenas o de cierta especie de animales que proporcionan medios de sanación es una variable crítica.

Una nueva Constitución que establezca la interculturalidad dentro la construcción del sistema público debería tener una protección tanto de los conocimientos médicos, las prácticas médicas, los practicantes médicos y los medios de sanación. Por cierto, siempre va a estar presente la tensión de construir un sistema público que integre algo que no es parte de la concepción tradicional o la concepción occidental, que es la medicina indígena. Siempre va a estar el riesgo presente de que el sistema público, desde sus definiciones occidentales, colonice a las medicinas indígenas, y que, por otra parte, la medicina indígena pueda subsistir autónomamente pero sin apoyo del Estado. Cada vez se van presentado más amenazas, de manera que sin resguardo estatal respecto de los componentes de la medicina indígena, ésta es cada vez menos importante y menos accesible, incluso para los mismos pueblos indígenas.

El gran debate que ha habido para los pueblos indígenas es cómo –dentro de lo que es la lucha por sus identidades y por derechos que puedan proteger sus identidades– asegurar y restaurar el valor de sus prácticas, conocimientos, practicantes y medios de curación. Esto comienza por una lucha epistemológica, es decir, cómo hacer que se recupere el estatus perdido de los saberes médicos indígenas frente a la instauración de la supremacía de la medicina occidental en la construcción de los sistemas de salud. Entonces, una de las luchas que está dándose en todas partes es bajo qué óptica vamos a pensar los saberes médicos de los pueblos indígenas, si son realmente una medicina o son simplemente prácticas, saberes de sanación que son alternativos, que pueden apoyar las prácticas de la medicina occidental, pero en ningún caso tener un estatus que siquiera se les parezca.



Ramiro Ávila



2



PANEL 5

Es abogado y licenciado en Ciencias jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Sociología jurídica por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati y Máster en Derecho por la Universidad de Columbia. Es también doctor en Sociología jurídica por la Universidad del País Vasco. En la actualidad se

desempeña como juez de la Corte Constitucional de Ecuador y profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Es autor y editor de múltiples publicaciones sobre teoría del derecho, neoconstitucionalismo, garantismo penal, pluralismo jurídico y justicia indígena, derechos sociales, derechos humanos, entre otras áreas.

Bio

Desde una perspectiva más bien jurídica quisiera hablar sobre cuatro aspectos: el derecho a la salud, los derechos específicos de los pueblos indígenas, la institucionalidad –que es tremendamente importante y que una Constitución no puede descuidar– y comentar algunas ideas de lo que ha sido la experiencia ecuatoriana. Chile, en este proceso tan interesante, debería aprender de la experiencia latinoamericana para no repetir los errores que hemos tenido muchos países, y también para que pueda aprender sobre los aciertos en estos treinta años de constitucionalismo latinoamericano, que ha sido tan rico, tan excepcional y tan diferente de lo que ha sido el constitucionalismo hegemónico europeo.

EL DERECHO A LA SALUD

Si algo nos ha enseñado la pandemia, en todo el mundo y en particular en nuestra región latinoamericana, es que quienes más sufren son las personas vulnerables, y son las más afectadas también. Quienes pudieron aislarse y tener todas las necesidades básicas somos las personas de la clase media para arriba, pero los sectores informales, más pobres, los pueblos indígenas creo que han sido las víctimas, como siempre, de cualquier tipo de catástrofe humana o fenómeno de la

naturaleza. Lo que hemos visto en la pandemia es que los sistemas de salud que mejor lograron responder son aquellos sistemas públicos sólidos, organizados, que reconocen a la salud como un derecho. Los sistemas que han pataleado son los que han descuidado el sistema de salud, los que consideran la salud como mercancía y han caído en la tentación de ser privatizados. Los países de la región –unos con más declaraciones o menos derechos en la Constitución– hemos sentido las debilidades del sistema de salud privado. La consecuencia, y creo que es inevitable, es que la Constitución debe reconocer con absoluta claridad que la salud es un derecho universal y que debe tener la institucionalidad para implementarla.

En la Constitución de Chile la salud aparece en un artículo que sitúa en igualdad de condiciones tanto la salud pública como la privada. Esta ambigüedad tiene que superarse. Si es que se piensa no en los privilegiados, que tienen ingresos y posibilidades económicas, sino en la gran mayoría de la gente, el derecho a la salud tiene que ser un derecho universal. La concepción del derecho a la salud privada beneficia a un grupo muy pequeño de gente, y no se debería regular un derecho desde dónde se sitúa la persona privilegiada. Cuando hay grandes inequidades, como sucede en nuestras sociedades, y hay grupos de personas que no pueden acceder a un servicio privado por cuestiones económicas, se debe establecer un derecho y servicio de salud pública vigorosa.

La otra cuestión que me parece importante, cuando uno piensa en la salud, y que Ecuador lo tiene reconocido en la Constitución, es lo que se llama “los determinantes de la salud”. El derecho a la salud no puede ser un derecho que se pueda analizar de una forma independiente o aislada, sino que tiene que estar con esa lógica de la integralidad, de la interdependencia. En la Constitución del Ecuador tenemos un artículo que sintetiza los principios básicos de los derechos fundamentales –que sumariza, de algún modo, la teoría general de los derechos humanos– que es del artículo 11. Ahí se establecen este tipo de principios. No se puede pensar el derecho a la salud si es que no hay un medioambiente sano, adecuado, si no hay trabajo, si no hay seguridad social. El derecho a la salud tiene que estar muy bien tejido con todos los derechos.

Un elemento que también es fundamental –que en Ecuador tuvimos la posibilidad de decidir a propósito de un caso sobre el acceso jurisdiccional a medicamentos y resaltar su importancia– es la prevención. Todos los sistemas regionales de salud normalmente tienen un enfoque en la enfermedad y en la atención hospitalaria. Esta es

la peor inversión pública. Si es que permitimos que todo el mundo tome gaseosas azucaradas y durante toda la vida, como nos sugiere la propaganda, quien paga después las consecuencias son todas las personas contribuyentes al fisco. Hay que promover sistemas de vida saludables para gastar menos en atención hospitalaria.

También es importante el enfoque de salud pública como derecho colectivo, más que como un derecho individual. Casi todos los sistemas de exigibilidad de derechos, como se puede apreciar en la jurisprudencia comparada, tienen un enfoque individual de derechos, sin considerar el presupuesto y lo público. Una sentencia puede verse como favorable en sentido individual pero puede tener consecuencias en desmedro de lo que significa cuestiones como los cuadros básicos de medicamentos. En los países nórdicos lo tienen muy claro. Ni los abogados ni los médicos pueden prescribir cuestiones que tienen que ver con medicamentos que pueden desbordar o explotar el presupuesto público. Y esto es una tentación en la que hemos caído muchos sistemas judiciales. Quizá el peor ejemplo es Colombia, en el sentido de judicializar a través de exigencias individuales medicamentos caros en desmedro de genéricos y en desmedro de un presupuesto para medicamentos previstos para la mayoría de la gente.

LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO A LA SALUD

Con relación a los pueblos indígenas, hay algunas cuestiones básicas que hay que considerar. En Latinoamérica tenemos la maravilla o la suerte de contar con pueblos indígenas que han logrado resistir tanta colonialidad cultural y tanto colonialismo político. Esa resistencia hay que reconocerla y valorarla. Una Constitución que, después de tanto desprecio que hemos tenido hacia los pueblos indígenas, no reconozca sus derechos, es inconcebible. Primero como titulares de derechos y luego sus derechos específicos. Además, los pueblos indígenas, por su diferente cosmovisión, tienen esa capacidad de poder enseñar cosas al mundo hegemónico y darnos alternativas distintas a prácticas que nos están llevando a una crisis en la dimensión climática y en otros sentidos.

En Chile, el pueblo Mapuche ha resistido y sigue resistiendo de forma impresionante a diferentes formas de contacto violento con la sociedad hegemónica. Creo que hay mucho que rescatar, proteger y aprender de este pueblo. Uno de los mecanismos, que constituye además una forma de reivindicación constitucional, es reconocerles una titularidad explícita a sus derechos, y derechos como la autodeterminación, el derecho

propio a la territorialidad, y sin duda alguna, a participar en las grandes decisiones que toma el Estado. Otra cuestión que me parece que tiene que quedar expreso en una Constitución es la cuestión de la prohibición de discriminación por razones de pertenencia o de identidad étnica.

En la línea del reconocimiento, es fundamental reconocer el pluralismo jurídico y la interculturalidad. Si nos quedamos con el derecho estatal como única fuente de derecho, estamos profundamente limitados. El derecho estatal, en nuestras democracias poco representativas de todos los intereses sociales, basadas además en maquinarias electorales caras, se debe complementar con otros sistemas jurídicos. No se debe descuidar la idea de reconocer que los pueblos indígenas han practicado y tienen derecho. No reconocer esto es desperdiciar un saber ancestral y una posibilidad de tener sistemas jurídicos que puedan dar respuestas a problemas invisibilizados o no resueltos.

La translegalidad es un concepto que está muy desarrollado por muchos profesores y profesoras que hacen antropología jurídica. Tiene que ver con la idea de transmodernidad de Enrique Dussel, y que se basa en el reconocimiento y coexistencia de varios sistemas jurídicos. Estoy seguro que los pueblos indígenas no mirarán los sistemas de sucesiones o de concepción de la familia para resolver sus asuntos propios. Estos derechos deben aprender lo mejor del otro sistema y también corregir, en un diálogo intercultural, sus propios defectos.

Pongo un ejemplo de esa relación de interculturalidad con la salud. Hay dos mundos distintos en la concepción de salud: qué es enfermedad, qué es medicina, qué es sanación. La medicina ancestral es diferente a la concepción hegemónica de medicina basada en el positivismo científico. La selva, los bosques, las montañas pueden ser como para el mundo hegemónico un hospital; las plantas y hierbas son como los medicamentos que se compran en una farmacia. Ojalá que ese saber sea parte del conocimiento común de la humanidad y no se permita patentarlo para comercializarlo. Los servicios de salud del Estado deben ser, además, culturalmente aceptables en muchos sentidos, no solamente ser comprensible en términos lingüísticos, sino que se adapte a la cultura. El sistema estatal tiene que adaptarse a las necesidades y requerimientos de los pueblos indígenas y no al revés.

Un breve comentario sobre algunos principios, que aparecen en la Constitución de Ecuador y de Bolivia, que reflejan algunas formas y concepciones de la vida ancestrales. Si bien son categorías disputadas por el poder, invitan a pensar en otras formas de vida. Aparte de la

dignidad, la libertad, la igualdad y otros principios que hemos heredado del constitucionalismo hegemónico, que son importantes y no se deben desmerecer como conquistas para la humanidad, se suman aportes de los pueblos indígenas: el Sumak Kawsay y la Pachamama. Estos principios invitan a pensar en algo que va mucho más allá del mercado y del capitalismo, de un sistema individualista, a un sistema de organización social que tiene como objetivo vivir en plenitud y en armonía con la naturaleza. Vivir en plenitud significa, por ejemplo, que la pobreza no se mide por el número de dólares que se tiene al mes o por el PIB, sino que se mide por la cantidad de vínculos afectivos y relaciones que se tiene. En la Amazonía hay muchas personas que no tienen un solo centavo para vivir y no los necesitan. El saber, en general, y el constitucionalismo, en particular, deben recoger esas cosmovisiones y enriquecerse de esos saberes y experiencias.

Por otro lado, un paso hacia una nueva concepción de Estado que reconoce la existencia de la diversidad, que el mundo no es homogéneo y que tiene que ofrecer un lugar para todos los pueblos, es el reconocimiento de la plurinacionalidad, que está en las constituciones de Bolivia y Ecuador. A pesar de los déficits de reconocimiento y participación enormes que tenemos en la práctica, constituye una bandera de lucha para enriquecer nuestras repúblicas y democracias. La plurinacional reconoce formalmente lo que existe en la realidad: varias naciones, varias culturas, varios sistemas de vida, varias autoridades. Todas las naciones y grupos diversos debemos convivir pacíficamente y la Constitución debe ampararlas a todas.

LA INSTITUCIONALIDAD

Muy brevemente, un par de apuntes sobre la institucionalidad. No basta con reconocer derechos, sino que hay que tener una institucionalidad adecuada para promoverlos y protegerlos.

En la salud, por ejemplo, se requiere de la existencia de un sistema integral y descentralizado que pueda garantizar la prevención y atención. Cuando hay servicios privados extendidos, como sucede en Chile, debe existir un órgano autónomo, imparcial que pueda regular y evaluar todos los servicios de salud y no dejarlos a la libre iniciativa de quienes tienen el poder, control en el mercado, influencias y dinero.

Ecuador reconoce en su constitución tres tipos de garantías, que cubren el espectro de todo el funcionamiento del Estado: garantías normativas (poder legislativo), de políticas públicas (poder ejecutivo)

y jurisdiccionales (poder judicial). En todas esas la idea es que el poder público tiene legitimidad solo si promueve y garantiza derechos.

Hay debates, con relación al derecho a la salud, sobre el rol del ejecutivo y el judicial sobre las políticas públicas. Según una visión conservadora, las políticas públicas corresponden exclusivamente al poder ejecutivo y el poder judicial no tiene capacidades para intervenir. Pero si se reconoce la salud como derecho, no hay duda alguna que si es que no se puede exigir jurisdiccionalmente, simplemente es un derecho con pata floja. La exigencia jurisdiccional es lo que le hace al derecho que sea posible de reivindicarse. La misma lógica que tenemos con los tribunales constitucionales. Las normas constitucionales son exigibles si hay un juez que pueda declarar su violación. Lo que hace que la salud sea un derecho es que pueda haber un tribunal que declare que su violación en un caso particular o en términos generales (política pública) es vulnerado. Esto requiere una función judicial independiente y debidamente capacitada. Hay que tener cuidado de que esa judicialización en lugar de proteger derechos de personas vulnerables, acabe protegiendo intereses de empresas por el control de mercado (bajo la retórica y argumentación de derechos). Por ejemplo, no es extraño en nuestra región que empresas farmacéuticas promuevan litigios constitucionales sobre medicamentos experimentales o medicamentos que están compitiendo en el mercado. Hay que evitar –y esto parte de que tengamos un sistema de jueces que tengan esta lógica de servicio colectivo público y no esta idea de derecho individual– la lógica tan liberal e individualista de la salud.

LECCIONES DEL PROCESO CONSTITUYENTE ECUATORIANO

Tuve la oportunidad de estar muy cercano al proceso constituyente y compartiré algunas lecciones de la experiencia ecuatoriana.

Chile va a entrar (espero) en un despertar de la creatividad y la imaginación que pocas veces sucede en el derecho, que suele ser muy conservador y anclado en el pasado. En Ecuador la imaginación voló. Era increíble. Voló al extremo de querer cambiar el sistema político, económico y hasta el escudo nacional. Era un *événement*, un evento que en muy pocos momentos en la historia se abre con posibilidades infinitas para soñar cosas que a veces son imposibles. Yo me acuerdo, por ejemplo, de haber estado en Chile y que se consideraba imposible la educación universitaria gratuita. Espero que quienes puedan incidir en las decisiones de la constituyente no sean solo grupos de poder o

interés, sino que se refleje el anhelo y los sueños de quienes han vivido en los márgenes de la historia. Espero que la energía popular que se ha reflejado en las calles, logre ser la fuerza que plasme en el texto constitucional los sueños de quienes han sido excluidos y marginados.

Hay que planificar los tres momentos de la constituyente, y no como creo que en Ecuador sucedió que se centró solo en uno de ellos: el antes, el durante y el después.

El primer momento, el *antes*, es muy importante. Para que el tiempo de la asamblea sea efectivo, hay que planificar. Se deben tener propuestas, debates, textos alternativos, asesores capacitados, lobistas, identificar actores y potenciales alianzas.

El tiempo del *durante* es breve y no hay que dar palos de ciego desde la instalación de la asamblea constituyente. El tiempo es limitado y cada segundo cuenta. Por ello es absolutamente necesario que sea bien utilizado. Esto no pasó en Ecuador y yo diría que la mitad del tiempo de Ecuador fue pérdida. No pudimos hacer una preparación previa porque no sabíamos la dimensión de lo que se nos venía antes de la asamblea. Las mesas de discusión deben responder a la estructura del texto y hay que evitar superposiciones.

El tercer momento, el *después* de la asamblea, fue un desastre en Ecuador. Por un lado, hubo una desmovilización social. Se pensó que con tener los textos en la Constitución bastaba y que se iba a implementar de forma automática la Constitución. Por otro, quien ejercía el poder se apropió del texto, del régimen de transición y logró acumular un poder en exceso que terminó –no podía ser de otra manera– ejerciéndolo de forma arbitraria y autoritaria. La clave está en que la sociedad civil organizada tenga presencia y sea ese motor de la constituyente. Lo que deje de hacer la sociedad civil será un espacio de los grupos de poder de siempre.

La constituyente ecuatoriana cayó en una tentación terrible que es esto de asumir los plenos poderes. En lugar de pensar a largo plazo en un proyecto de país, cayó en el vicio de tratar de enfrentar los problemas coyunturales. Comenzó a regular cuestiones como el problema de las drogas, trabajo, minería. Hay cuestiones que hay que dejar al poder constituido que resuelva (el presente) y otras para el constituyente (el futuro).

La Constitución es un documento jurídico, y esto no hay que des-
cuidarlo. En Ecuador tuvimos, con mucha razón, un desprecio a los

abogados y abogadas. En un principio fuimos la gran traba al soñar en el cambio. El “no se puede, el Código Civil dice esto, la ley dice esto”, es parte de nuestra profesión. El momento constituyente es un momento de posibilidades y de ruptura de limitaciones legales vigentes. Los abogados y abogadas, en su gran mayoría, no estamos entrenados para pensar en el futuro, sino que estamos siempre pensando en los primeros constituyentes, en Andrés Bello, en los fallos de las cortes pasadas. Hay que pensar en este mundo complejo que estamos viviendo, pero hay que combinar esos saberes. En Ecuador sacrificamos esta idea de tener una presencia jurídica que puede apoyar a las discusiones, y al final acabó convirtiéndose en un texto de economía política que fue muy difícil de editar jurídicamente. Por eso la Constitución de Ecuador es la más larga del mundo. Las formas jurídicas son tan importantes como el contenido. Ni las formas pueden limitar el contenido, ni el contenido puede ser ajeno a las formas jurídicas.

Una cosa más. Los movimientos sociales no deben quedarse en la retórica de los derechos. Lo más importante, complementario al reconocimiento de derechos es lo que Roberto Gargarella llama la “sala de máquinas”. La organización de poder en Ecuador en la Constitución del año 2008 sigue siendo la tradicional de hace 200 años, con algunas variaciones. Mientras los movimientos sociales, las feministas, los niños, los ecologistas estaban haciendo la retórica de los derechos, la máquina del poder estaba bajo un grupo que siempre ha ostentado el poder. Hay que combinar, entonces, los derechos con la teoría política.

Chilenos y chilenas son una esperanza para tener una constitución para el siglo XXI, que responda no solo a las necesidades de las personas más vulnerables sino también a los problemas globales como el cambio climático, las violencias, la exclusión. La Constitución tiene que ser diversa, distribuidora, participativa, feminista y ecológica. Estamos en el borde de la crisis ecológica más grande que ha tenido la humanidad en los últimos diez mil años y creo que las Constituciones se quedan cortas. Espero que ustedes no se queden cortos en atender esas necesidades.

La medicina ancestral es diferente a la concepción hegemónica de medicina basada en el positivismo científico. La selva, los bosques, las montañas pueden ser como para el mundo hegemónico un hospital; las plantas y hierbas son como los medicamentos que se compran en una farmacia. Ojalá que ese saber sea parte del conocimiento común de la humanidad y no se permita patentarlo para comercializarlo. Los servicios de salud del Estado deben ser, además, culturalmente aceptables en muchos sentidos, no solamente ser comprensible en términos lingüísticos, sino que se adapte a la cultura. El sistema estatal tiene que adaptarse a las necesidades y requerimientos de los pueblos indígenas y no al revés.



Antonia Rivas



3



PANEL 5

Es abogada y licenciada en derecho de la Universidad Diego Portales y doctora en derecho de la Universidad de California, Berkeley. Es investigadora adjunta del Centro de Estudios Interculturales

e Indígenas, se ha desempeñado como consultora experta en derecho indígena y es profesora del Departamento de Antropología de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Bio

Yo tengo una presentación más formal, para aportar antecedentes sobre la idea misma de la salud intercultural, del reconocimiento del derecho a la salud, pero también sobre qué ha pasado en la región y finalmente por qué la salud intercultural nunca puede ser entendida y vista como un derecho aislado. La salud intercultural –el reconocimiento de la salud de los pueblos indígenas– tiene múltiples dimensiones en sí misma, pero también está íntimamente ligada con otro tipo de derechos.

Como antecedentes preliminares, la idea de salud intercultural empieza más o menos en la década de los noventa en la región. Este tipo de nociones –plurinacionalidad, interculturalidad, multiculturalismo– no tienen un contenido definido, sino que son dotados de contenido según los procesos, según los contextos y según los países. Entonces, es importante tener presente que cuando hablemos de salud intercultural, así como cuando hablamos de educación intercultural, no todos entendemos lo mismo del concepto. En un sentido, por ejemplo, yo diría que, hay ciertos países, que han implementado políticas multiculturales en el último tiempo y que entienden, hablan y dicen que en sus países hay salud intercultural cuando hay una relación o una forma de relacionarse entre las medicinas indígenas y

la biomedicina, con un especial énfasis en la atención de los usuarios en los sistemas de salud.

Pienso –y no es solo una idea mía– que la salud intercultural, como está establecida en la mayoría de los países de la región, no entiende o no se hace cargo de la relación asimétrica y de subordinación que efectivamente existe entre la medicina indígena o las prácticas tradicionales indígenas de salud y la biomedicina o la medicina occidental. Es importante reconocer esa asimetría, lo que no solo pasa en el derecho a la salud, pasa en general en los derechos respecto a los pueblos indígenas y en las formas de ejercer el poder.

Otro antecedente relevante es la falta de información desagregada de calidad y oportuna respecto de la variable étnica en todos los países de la región. La crisis de la pandemia del COVID-19 nos ha demostrado, por ejemplo, que el desconocimiento sobre los pueblos indígenas en general –sobre todo respecto de su salud– es dramático. En el caso ecuatoriano, en el caso colombiano y en otros casos, hay graves problemas a propósito de la falta de incorporación de la variable étnica en la variable epidemiológica, entonces no se sabe muy bien el estatus de la salud. Sin embargo, el desafío –y a lo que esta presentación invita– es pensar la salud intercultural yendo más allá de la tolerancia y la coexistencia, haciendo énfasis en las relaciones, en las co-constituciones de la salud occidental y de la medicina indígena, preguntándonos cómo se van nutriendo y cómo hay una especie de aprendizaje mutuo.

La interculturalidad, según lo dicho, debiese ser entendida como algo que vaya más allá de la coexistencia. En efecto, se trata de comprender que existen otras formas de concebir el mundo, distintas a las versión eurocéntrica de relación con la naturaleza. También son distintas a la noción extractivista que se ha mantenido tan fuerte en el enfoque multicultural. Hay ideas como la de *Suma Qamaña*, *Sumak Kawsay* –la idea del buen vivir, la idea de vivir de acuerdo a un modo de vida distinto– que en Chile cuesta mucho comprender. En estos momentos en los que estamos pensando los escaños reservados para pueblos indígenas en la Convención Constitucional, salimos de la lógica de la representación tradicional, salimos de la lógica de que el sistema de elección funciona como lo conocemos y entender, por ejemplo, que hay sistemas distintos de representación, no cabe en la mente de muchos políticos. Tampoco cabe en la mente de muchas personas que se preguntan por qué entonces los pueblos indígenas requieren medidas especiales, o por qué para llegar al derecho a la

igualdad requerimos hacer estas diferencias. Lamentablemente, la riqueza de la idea de una sociedad plural es algo que todavía no entra mucho en la lógica de cómo la sociedad chilena se concibe a sí misma. La interculturalidad en la sociedad apunta a la simetría, pero en la diferencia de sus miembros, potenciando el control autónomo de las partes; busca romper con esta lógica de que hay un ente superior que otorga el reconocimiento. Acá siempre hablamos de esta idea de reconocimiento constitucional, y finalmente la pregunta es quién reconoce a quién y cómo se van reconociendo.

La interculturalidad finalmente es un proyecto político, es una meta a seguir, y habla de esta interacción entre culturas híbridas, del diálogo, de la reciprocidad y la interdependencia. A partir de aquí es posible hacer un énfasis importante: no es posible pensar el derecho a la salud indígena aislado de otros derechos. Tenemos las causas estructurales de pobreza, exclusión y vulnerabilidad que mantienen a los pueblos indígenas en una persistente exclusión, no en el sentido de ser asimilados a la sociedad nacional, sino de no ser reconocidos en esta diferencia. En esto, como mencionaba, la pandemia del COVID-19 nos entrega lecciones importantes en el sentido de que los más afectados, los más vulnerables, son siempre los pueblos indígenas. En consecuencia, es importante entender que no se trata de un mero reconocimiento del derecho a la salud. Como se discutiera en el panel sobre derechos sexuales, no basta un reconocimiento del derecho, hay factores estructurales que finalmente explican cómo vamos a ir configurando una nueva Constitución.

En el caso de los pueblos indígenas, los impactos de las actividades agrícolas, extractivas e industriales en la salud de los pueblos indígenas, en sus culturas, en sus modos de vida, son indicadores interesantes de relevar. ¿A qué me refiero con esto? Por ejemplo, si no garantizamos el derecho colectivo de la propiedad indígena, o no garantizamos mecanismos eficientes y mecanismos que respeten el derecho a la consulta y al consentimiento respecto de proyectos que se materialicen en territorios indígenas, siempre habrá un problema, una tensión o choque con la satisfacción del derecho a la salud indígena. Algo similar ocurre con las desigualdades territoriales que agudizan las brechas en el ejercicio de los derechos. De hecho, se habla aquí desde hace tiempo del racismo ambiental. En general, las actividades y los conflictos ambientales se sitúan en territorio indígena, lo que refuerza la necesidad de pensar el reconocimiento del derecho a la salud indígena en conjunto con el reconocimiento de otros derechos. Lo que yo propongo es darle un eje transversal a los derechos de los

pueblos indígenas, incluyendo entre estos el derecho a la salud. Como les mencionaba, los territorios y el acceso a los recursos naturales son fundamentales. Por ejemplo, ¿cómo podría una comunidad indígena, un pueblo indígena, combatir con medidas sanitarias a la pandemia si no tiene acceso al agua potable o no tiene derecho al agua? Esto supone cuestionarse seriamente cómo reconocer el vínculo que tienen los pueblos indígenas con el medioambiente para poder pensar, a su vez, el derecho a la salud indígena. El derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda adecuada, todos estos son derechos que se entienden incorporados, a mi juicio, en el derecho a la salud de los pueblos indígenas.

El derecho a la salud es un derecho que ha sido incorporado y muy estudiado en el derecho internacional de los derechos humanos. Tanto el Convenio 169 de la OIT, la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, han cumpliendo un rol fundamental y establecen derechos relevantes de los pueblos indígenas respecto a su salud y esta dimensión colectiva. Se establece que los derechos de los pueblos indígenas –el derecho a la salud, el derecho a sus actividades tradicionales– tienen una dimensión colectiva. Yo he afirmado varias veces que eso es relevante en materia constitucional porque muchos de los otros derechos que queremos reconocer, por ejemplo, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, el derecho a la educación –que nos interesaría, por lo que he escuchado, que estuvieran reconocidos en una nueva Constitución– tienen una dimensión colectiva que es importante, no solo respecto de los pueblos indígenas. Yo creo que hay una lección importante a aprender desde los pueblos indígenas hacia el resto de la sociedad nacional respecto de cómo se ejercen los derechos colectivos, cuál es la forma y cómo podemos constituirnos como un pueblo con más cohesión al momento de enfrentar los derechos y su dimensión colectiva.

En general, desde el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente desde la Organización Panamericana de la Salud, se han determinado como áreas prioritarias la salud infantil, la mortalidad infantil –que son temas que son importantes en pueblos indígenas– y también la salud sexual y reproductiva. Sobre este último aspecto, existen dilemas muy interesantes que a mi juicio son generalmente falsos dilemas, por decirlo de alguna manera, entre derechos de las mujeres y derechos de los pueblos indígenas que obvian la dimensión de la autodeterminación de los pueblos.

¿Qué es lo que se reconoce en términos internacionales respecto al derecho a la salud? En general, yo distinguiría tres ámbitos. Por una

parte el derecho a alcanzar y mantener el más alto nivel de salud física y mental, lo cual tiene que ocurrir culturalmente accediendo sin discriminación a una atención oportuna, adecuada y de calidad, y que implique mejoras sustantivas en las condiciones de vida. Por otra parte, el derecho a la integridad cultural en materia de salud, que tiene que ver con la idea de la integridad del bienestar de los pueblos indígenas. Aquí hablamos, por ejemplo, del uso, fortalecimiento y control de las medicinas tradicionales, algo sobre lo que nos hablaba Salvador Millaleo con mucha más propiedad, es decir, de la protección de los conocimientos, de las tecnologías, de los recursos terapéuticos, del derecho a la conservación de las plantas, animales, minerales y espacios territoriales de interés vital en el proceso de salud. Hay otras cosas que son fundamentales y que veremos ahora en el proceso constituyente. Los pueblos indígenas deben participar en el diseño, en la implementación, en la administración, evaluación de las políticas y programas de salud que les competen, y eso se deriva también del derecho a la autodeterminación, y el derecho a la autonomía y la capacidad de determinar sus propios sistemas de salud.

Hay 4 países, en un estudio que estoy desarrollando, que reconocen constitucionalmente el derecho a la salud de los pueblos indígenas. Hay muchos más que reconocen constitucionalmente a los pueblos indígenas, pero estos 4 reconocen el derecho a la salud en distintas dimensiones. Por ejemplo, Bolivia y Ecuador son, en general, aquellos que tienen estándares más amplios de reconocimiento de la medicina tradicional indígena o de la salud intercultural, pero México y Venezuela también lo integran dentro de sus constituciones. Hay países que tienen en la ley general de salud, por ejemplo, ciertas nociones sobre derechos de los pueblos indígenas. Otros lo tienen en la ley sobre pueblos indígenas, y hay otros que tienen provisiones especiales sobre derechos de los pueblos indígenas. La mayoría de los países de la región tienen políticas sobre salud indígena, y en general es un área que yo tendería a decir que es de las más desarrolladas por los países de la región.

¿Qué pasa en Chile? La mayoría sabe que no hay reconocimiento constitucional. La palabra indígena no se menciona en la Constitución. Entonces, estamos hablando –y a mí me gusta este ejercicio, porque estamos hablando del reconocimiento de la salud de los pueblos indígenas en una Constitución que hoy día ni siquiera reconoce a los pueblos indígenas– de un ejercicio súper esperanzador, en ese sentido que mencionaba Ramiro Ávila: que no solo vamos a reconocer a los pueblos indígenas en su derecho colectivo, sino que también

les vamos a reconocer otros derechos. En Chile, el reconocimiento constitucional es la eterna promesa desde el regreso a la democracia. Se han presentado 13 o 14 proyectos de reconocimiento constitucional desde los años 90, algunos que van desde el mero reconocimiento de “nuestros” pueblos que constituyen la nación chilena, hasta el reconocimiento del carácter plurinacional de la nación.

El reconocimiento constitucional no se basta a sí mismo, tiene que ser sustantivo. Por eso, en derechos humanos es importante que no se trate de algo dado u otorgado. Vuelvo sobre la idea interculturalidad, porque el reconocimiento no puede pensarse como si uno diera un favor, como si un ente superior concediera algo a un súbdito, sino que implica un cambio en las maneras de concebir las relaciones. Debe ser parte de un diálogo intercultural sobre el país que se busca, sobre las nuevas reglas y el camino que necesitamos para conseguirlo.

¿Por qué es importante que participen los pueblos indígenas en la nueva Constitución? Es importante, no solo por la búsqueda de mayor representatividad o en virtud de una deuda histórica que hay que reparar, sino que también para lograr concretar las demandas y aspiraciones de los pueblos indígenas. A mayor participación indígena, más se recogen sus aspiraciones y demandas, lo que es evidente. Sin embargo, la participación indígena también puede permitir la inclusión de formas distintas de concebir al Estado, aportando nuevas miradas sobre contenidos constitucionales y no solo respecto a los temas estrictamente atinentes para los pueblos indígenas. Ese es un tema tremendamente interesante: cómo los pueblos indígenas que van a participar en la nueva Constitución no solo van a aportar en sus temas específicos sino también cómo van a enfrentarse a los temas de la sociedad en su conjunto.

Finalmente, ¿cómo reconocería yo el derecho a la salud indígena en la nueva Constitución? Como lo he señalado, es relevante comenzar por el reconocimiento del carácter plurinacional del Estado, de manera que ello ilumine o derive en el reconocimiento de los derechos colectivos. Desde ahí se debería reconocer el derecho a la autodeterminación junto con los derechos colectivos para que sean los propios pueblos los que determinen finalmente cómo se hace efectivo el derecho a la salud indígena. Como lo señalaba antes, el reconocimiento del derecho al territorio colectivo y a los recursos naturales es condición fundamental para la realización efectiva del derecho a la salud. Es necesario también una oficialización de las lenguas indígenas, puesto que no son de carácter simbólico. Esto nos permitirá a los chilenos y

chilenas, a los pueblos, no solo los indígenas que viven en este país, entendernos, reconocernos y empezar a valorar la diversidad.

Me inclino, aunque no definitivamente, a un reconocimiento general de esta idea de la preexistencia de los pueblos indígenas como pueblos originarios, por una declaración de los derechos colectivos diferenciados y por un reconocimiento de la autodeterminación. Respecto de cada derecho constitucional, si fuese posible, establecería las particularidades correspondientes para los derechos de los pueblos indígenas. Así, respecto del derecho a la propiedad, establecer el derecho a los territorios colectivos de los pueblos indígenas, lo mismo respecto a los recursos naturales, el derecho al agua, al medioambiente, a la participación política, salud, entre otros.

¿Por qué me inclino por un reconocimiento más general y no uno específico? Porque tenemos 10 pueblos indígenas en Chile. Es importante lograr un reconocimiento amplio del derecho que permita capturar la especificidad de estos 10 pueblos indígenas. No todos los pueblos indígenas tienen la misma relación con el territorio, no todos los pueblos indígenas tienen las mismas nociones del mundo, no todos los pueblos indígenas tienen la misma manera de enfrentar la salud o la enfermedad o la medicina. Entonces me parece importante que tengamos esa flexibilidad para que el contenido de la Constitución se ilumine y se respete el derecho a la diferencia.

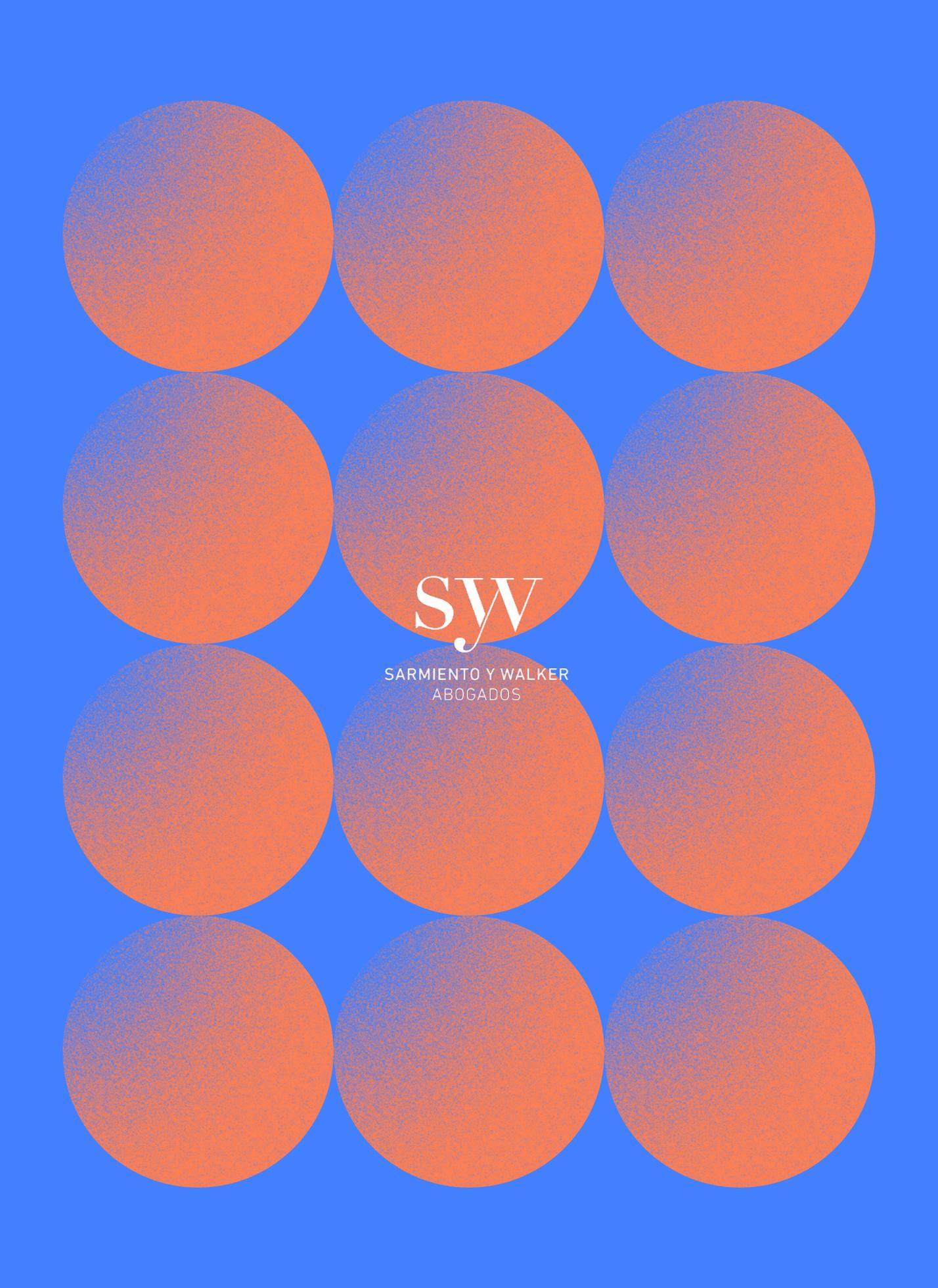
El derecho a la salud indígena no puede reducirse a un enfoque de acceso a la salud y superación de la pobreza, a pesar de que los pueblos indígenas se encuentran en una situación, en general, de vulnerabilidad y de exclusión importante, si no que también tiene que ser una noción de protección indígena, fomentando su protección, aplicación, recuperación y difusión. Se deben proteger los conocimientos tradicionales colectivos encontrando una alternativa que impida el aprovechamiento externo económico por personas o empresas externas, como ocurre con la Rapamicina y tantos otros ejemplos más. El reconocimiento tiene que contar también con un enfoque que sea capaz de entender la salud indígena y sus conocimientos tradicionales no solo desde una lógica de lo antiguo, de lo tradicional, lo ancestral, o desde lo que se está perdiendo, sino también de las posibilidades futuras y cómo los pueblos indígenas se enfrentan a lo contemporáneo, se enfrentan a la modernidad. En ese sentido me parece de la mayor importancia que el reconocimiento de los pueblos indígenas, en general, no solo del derecho a la salud, no sea un reconocimiento esencialista, no sea un reconocimiento que niegue el carácter de indígena a las poblaciones

urbanas, que son las amplias mayorías en Chile. Me interesa que podamos ser capaces de contar con este enfoque, que no folclorice, que no sea esencialista y que entienda que los pueblos indígenas son tan modernos como nosotros.

La plurinacionalidad implica tener la capacidad de crear desde el derecho a la autodeterminación espacios de autonomías indígenas en sus territorios, y a no tenerle miedo a la autonomía. En Chile nos encontramos siempre con una respuesta temerosa, que piensa que se le pondrá freno a las inversiones, que le tienen miedo a una división del país o a una situación de caos. La invitación es no tenerle miedo a la plurinacionalidad, al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y a creer que es una ganancia reconocer la diversidad. Finalmente, es un reconocimiento recíproco, y por eso es intercultural, porque se refiere a las relaciones y articulaciones por construir, como una herramienta de transformación del Estado y finalmente de la sociedad.

La interculturalidad finalmente es un proyecto político, es una meta a seguir, y habla de esta interacción entre culturas híbridas, del diálogo, de la reciprocidad y la interdependencia. A partir de aquí es posible hacer un énfasis importante: no es posible pensar el derecho a la salud indígena aislado de otros derechos. Tenemos las causas estructurales de pobreza, exclusión y vulnerabilidad que mantienen a los pueblos indígenas en una persistente exclusión, no en el sentido de ser asimilados a la sociedad nacional, sino de no ser reconocidos en esta diferencia.





SYW

SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS