



INICIATIVA DE NORMA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE

Nuestra salud es tu responsabilidad: El deber de reparación ante la afectación del derecho a la salud

MAT.: Iniciativa Convencional Constituyente
1 de febrero de 2022

DE: Convencionales Constituyentes Firmantes
Convencionales Constituyentes de la República de Chile

PARA: Sra. María Elisa Quinteros
Presidenta de la Convención Constitucional

Por medio de la presente, nos dirigimos a usted en su calidad de presidenta de la Convención y, en virtud de lo dispuesto en los artículos 81 y siguientes del Reglamento General de esta Convención Constitucional, para presentar una iniciativa de norma convencional constituyente correspondiente al deber de reparación ante la afectación del derecho a la salud. Se solicita su distribución a la **Comisión N° 4 de Derechos Fundamentales**.

Nuestra salud es tu responsabilidad: El deber de reparación ante la afectación del derecho a la salud

I. ANTECEDENTES

1. El derecho a la salud

El artículo 19 N° 9 de la actual Constitución Política de la República establece el derecho a la protección de la salud bajo una concepción liberal, en la que el Estado se limita a proteger el acceso libre e igualitario a las acciones de salud. De esta manera, el derecho a la salud no se encuentra concebido como tal en la carta fundamental¹.

¹ García Pino, Contreras y Martínez (2016), *Diccionario constitucional chileno*, p. 302. Hueders.

Además, en el desarrollo del derecho a la protección de la salud en la actual Constitución, no se establece algún tipo de reparación por la vulneración de este derecho, limitándose a consagrar el deber preferente del Estado a garantizar la ejecución de las acciones de salud. Asimismo, dispone el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.

En el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), firmada en julio de 1946 y en vigor desde abril de 1948, se define a la salud como un estado completo de bienestar y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades². Otros elementos para destacar de este preámbulo son el establecimiento del goce del grado máximo de salud que se pueda lograr como un derecho fundamental de todo ser humano y la concepción de la salud de todos los pueblos como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, que depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su Observación General N° 14, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, señaló que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.

Algunos aspectos clave del derecho a la salud que han sido reconocidos en el sistema universal de derechos humanos son los siguientes³:

- **Accesibilidad:** Las instalaciones, bienes y servicios de salud deben ser asequibles, estar al alcance físico y sobre la base de la no discriminación; **disponibilidad:** Las instalaciones, bienes y servicios de salud pública y salud que funcionen deben ser en cantidad suficiente.
- **Aceptabilidad:** Las instalaciones, bienes y servicios deben respetar la ética médica y ser sensibles al género y culturalmente apropiados.
- **Buena calidad:** Las instalaciones, bienes y servicios de salud deben ser científica y médicamente apropiados, y estar en buenas condiciones de trabajo.
- **Participación:** Los beneficiarios de la atención médica deben tener voz en el diseño y la implementación de políticas de salud que les afectan.
- **Rendición de cuentas:** Los proveedores y los Estados deben rendir cuentas por cumplir con las obligaciones de derechos humanos para la salud pública. Las personas deberían tener la posibilidad de buscar remedios efectivos para violaciones como la denegación de servicios de salud.
- **Libertades:** Las personas deben estar libres de tratamientos médicos no consentidos, como experimentos médicos o esterilización forzada; tortura; y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- **Derechos:** Las personas tienen derecho a la oportunidad de disfrutar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la prevención, el tratamiento y el control de enfermedades; el acceso a medicamentos esenciales; y la salud materna, infantil y reproductiva, entre otros derechos.

² Disponible en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

³ Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>

Por otro lado, el derecho a la salud se encuentra reconocido en diversos instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos. Un primer instrumento es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que señala que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (también conocido como Pacto de San Salvador), en su artículo 10, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su numeral 4º inciso a), son otros instrumentos del sistema interamericano que reconocen el derecho a la salud. También es posible encontrarlo de manera implícita en los artículos 3 inciso l), 34 inciso i), y 45 inciso b), de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁴.

2. La reparación ante afectaciones al derecho a la salud: el caso de «guatitas de delantal»

A modo de ejemplo, se expondrá la situación que ha motivado la organización de una gran cantidad de personas en el territorio nacional, agrupadas en organizaciones para visibilizar la problemática de la «guatita de delantal». La flacidez abdominal afecta más de 250.000 personas en Chile y las más afectadas por esta condición son quienes han sido sometidas a operaciones bariátricas y quienes han estado embarazadas, producto de operaciones deficientes realizadas en recintos públicos o privados de nuestro país, por lo que en general afecta especialmente a mujeres. Esto produce lo que se conoce coloquialmente como «guatita de delantal», situación que repercute enormemente en su salud mental y en su calidad de vida.

Este problema no puede solucionarse a través de dietas ni ejercicios, por lo que la mejor opción es la cirugía. El Estado ha destinado recursos para la problemática de las "guatitas de delantal", lo que demanda una mayor transparencia y claridad en la destinación final de estos recursos y los criterios establecidos para los cupos de personas beneficiarias de la abdominoplastía.

El Estado no se ha hecho cargo de un problema que ha surgido por propia acción estatal, con operaciones deficientes en mujeres embarazadas o inacción en cuanto a educación y creación de planes de alimentación saludable o políticas públicas deportivas. Décadas de omisión estatal en esta materia ha generado este escenario, por lo que la preocupación por atender al problema relativo a la «guatita de delantal» es recién un primer paso para reparar el daño a operaciones realizadas de manera deficiente.

II. FUNDAMENTOS

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la reparación es el término genérico que comprende las diferentes

⁴ Navarro, Román (2018), *Revista Contacto Global*, pp. 24-25, X Edición.

formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)⁵.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), respecto del deber de reparación en general, establece en su art. 63.1 que “[cuando exista] violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá [...] si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada”.

En el mismo sentido la Corte IDH ha establecido la importancia del deber de reparación en el ámbito médico en lo que respecta a la prestación de servicios por un órgano público o por uno privado. Justamente en dos casos contra el Estado de Chile por violaciones en materia de derecho a la salud, la Corte Interamericana se ha referido al deber de reparación.

Respecto del ámbito público en el caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, la Corte redirige al art. 63 de la CADH señalando que “toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”. En el mismo caso, la Corte señala que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior”⁶.

Respecto del ámbito privado, en el caso Vera Rojas vs. Chile, se señala que en relación con la obligación Estatal sobre las actividades privadas existen ciertos principios rectores, entre los que se encuentran, además del respeto de los derechos humanos, el acceso a mecanismos de reparación, estableciendo la importancia de la reparación también respecto de la prestación de salud en la esfera privada específicamente señala:

“Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”⁷.

Además de emanar de los componentes de determinados derechos y de la idea de que, ante una vulneración, el Estado tiene la obligación correlativa de entregar una solución que implica reparar, en sentido amplio, el deber de reparar emana de la idea de atribuir

⁵ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 85.

⁶ Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No 349, párr. 211 a 213.

⁷ Corte IDH. Caso Vera Rojas vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No 439. Párr. 84.

responsabilidad frente a un daño. Si el Estado realiza un daño mediante acción u omisión, o permite que un tercero lo realice (aquiescencia), tiene la obligación de reparar como parte del régimen general de atribución de responsabilidad, que por su especial posición implica extender tal concepto al ser el garante de este derecho.

Finalmente, se explicita en la norma propuesta que la regulación en particular de los requisitos de procedencia de esta reparación integral y la forma en que deba realizarse es dejada a una regulación legal que deberá producirse posteriormente. De esta manera, dicha ley podrá profundizar en las particularidades que existen a la hora de abordar esta problemática.

III. INICIATIVA DE NORMA

El Estado tiene el deber de reparar integralmente la afectación al derecho a la salud por una intervención o tratamiento médico que conlleve efectos adversos o secundarios que menoscaben o lesionen cualquier dimensión de la salud de la persona.

La ley regulará los requisitos de procedencia y la forma en que se realizará esta reparación integral.

IV. CONVENCIONALES CONSTITUYENTES FIRMANTES



Pedro Muñoz Leiva
C.I.: 15.553.513-K



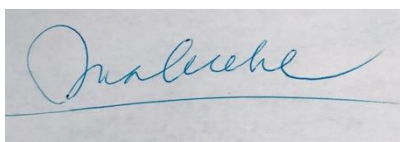
María Trinidad Castillo Boilet
C.I.: 7.214.757-K



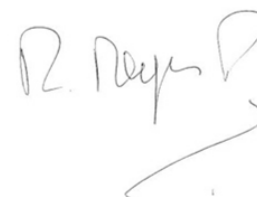
Francisco Caamaño Rojas
C.I.: 17.508.639-0



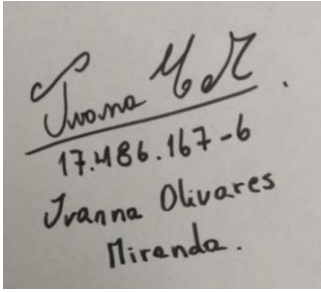
Adriana Cancino Meneses
C.I.: 9.700.139-1



Malucha Pinto Solari
C.I.: 4.608.207-9



Ramona Reyes Painequeo
C.I.: 10.787.302-3



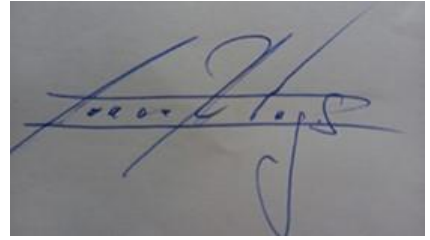
Ivanna Olivares
Miranda.
17.486.167-6

Ivanna Olivares Miranda
C.I.: 17.486.167-6



Paulina Veloso
16.504.598-K

Paulina Veloso
C.I. 16.504.598-K



Mario Vargas Vidal
9.845.716-K

Mario Vargas Vidal
C.I. 9.845.716-K