

RECONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

PRIMERA PARTE: DERECHOS A LA EDUCACIÓN
Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

OCTUBRE 2021



RECONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES¹

PRIMERA PARTE: DERECHOS A LA EDUCACIÓN Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

I. INTRODUCCIÓN

Las prestaciones derivadas de los derechos sociales son un aspecto fundamental en la igual consideración y respeto por los proyectos de vida autónomos que las personas buscan desplegar². En efecto, ello supone una sociedad justa y decente que garantiza una igualdad de oportunidades real y condiciones materiales mínimas a cada uno de sus miembros³.

Algunos países cuentan con Constituciones que incorporan un extenso catálogo de derechos sociales⁴.

Se trata de un fenómeno creciente y especialmente extendido en países que establecieron o recuperaron sus sistemas democráticos en las últimas décadas del siglo pasado⁵. Por otra parte, existen países como Suecia, Alemania o Noruega que, sin consagrar derechos sociales en forma expresa o presentando un catálogo de derechos sociales muy acotado, han implementado políticas públicas que aseguran el acceso a prestaciones sociales de calidad, en términos amplios y efectivos⁶.

1. Documento elaborado por Juan José Obach, Alfonso España, Francisca Florenzano y José Manuel Astorga. Agradecemos los comentarios de José Francisco García, Susana Claro, Sergio Verdugo, Florencia San Martín, Ignacio Briones y Juan Carlos Flores.

2. La introducción se basa principalmente en nuestro documento “Evolución Constitucional: Bases conceptuales y propuestas para pensar la nueva Constitución”, que publicamos el jueves 22 de octubre de 2020, al que hemos incorporado algunos elementos nuevos.

3. Para Daniel Brieba, la “igualdad democrática” es una teoría de justicia que “busca expresar exitosamente una igual consideración y respeto por todos los ciudadanos, y que a la vez pueda ser justificada interpersonalmente ante todos los miembros de la asociación o comunidad política [...] el más importante objetivo de toda asociación política es asegurar las condiciones sociales para la libertad de cada uno de sus miembros, y ello, a su vez, requiere que estos estén siempre en condiciones de establecer relaciones sociales de igualdad unos con otros”. Ver Daniel Brieba, “Igualdad democrática: la teoría de justicia de Anderson”, documento de trabajo Horizontal de 2015. Disponible en: <http://horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2017/05/Brieba-Anderson.pdf>. Ver también Daniel Brieba, “Igualdad democrática: la teoría de justicia de Anderson”, en Javier Gallego y Thomas Bullemore (eds.), *Igualitarismo. Una discusión necesaria* (CEP, 2016), p. 113.

4. Ver Evan Rosevear, Ran Hirschl, and Courtney Jung, “Justiciable and Aspirational ESRs in National Constitutions,” en *The Future of Economic and Social Rights*, ed. Katharine G. Young (Cambridge University Press, 2019), pp. 37–65.

5. Ver Samuel Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (University of Oklahoma Press, 1991).

6. Vale añadir en esta parte que compatibilizar la definición de un catálogo de derechos y el establecimiento de metas sociales o finalidades constitucionales que sean promovidas por los distintos poderes del Estado, siguiendo, por ejemplo, el modelo Alemán, es una alternativa posible y razonable.

En el caso de Chile, pese a que nuestra convicción es que las profundas transformaciones requeridas dependen, antes que nada, de arreglos institucionales que habiliten la deliberación política y brinden flexibilidad para la búsqueda de las mejores soluciones⁷, creemos también que avanzar con decisión en el reconocimiento de derechos sociales es necesario para que el proceso de elaboración de una nueva Constitución contribuya a restablecer la confianza de la ciudadanía en la capacidad de nuestro sistema democrático para dar respuestas a las expectativas colectivas que le dieron origen y para impulsar el diseño e implementación urgente de las nuevas políticas públicas que se requerirán para conseguirlo.

Complementario al debate sobre el reconocimiento y la extensión del catálogo de derechos sociales que se pretenda asegurar en la nueva Carta Fundamental, es resolver la forma de constitucionalizarlos. Un mecanismo consiste en instituirlos como principios rectores de la política estatal. Una segunda alternativa es consagrarlos como garantías justiciables sujetas a determinadas condiciones que delimitarán su ejercicio, de modo que lo que revisarán los órganos jurisdiccionales es la razonabilidad de las políticas tendientes a dotarlos de contenido, a la luz de dichas condiciones. Por último, también es posible encontrar modelos en que el amparo judicial de estos derechos es intenso y apunta a delimitar la forma de ejercerlos plenamente en los casos concretos⁸.

Así, sin lugar a dudas, el debate respecto de la garantía, extensión y forma de exigibilidad de los derechos sociales será uno de los más importantes del proceso constituyente, tanto desde la perspectiva de las posiciones político-intelectuales respecto del mismo,

“Esta concepción de los derechos sociales impone consagrar ciertos bienes básicos (primarios) que garanticen un piso mínimo, a partir de una noción exigente de igual dignidad”.

como en su dimensión técnica⁹, relativa a responder cuál es el mejor camino para producir -en concreto y en el contexto chileno- un acceso efectivo de toda la población a prestaciones esenciales de salud, educación, vivienda, trabajo o seguridad social.

En este contexto, avanzar hacia una discusión racional y pragmática en esta materia requiere poner sobre la mesa y ponderar los siguientes elementos.

1. LOS DERECHOS SOCIALES SON UN ASPECTO FUNDAMENTAL EN LA IGUAL CONSIDERACIÓN Y RESPETO POR EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE VIDA AUTÓNOMOS QUE LAS PERSONAS BUSCAN DESPLEGAR

Esta concepción de los derechos sociales impone consagrar ciertos bienes básicos (primarios) que garanticen un piso mínimo, a partir de una noción exigente de igual dignidad¹⁰. Así, no está en juego la naturaleza de derechos fundamentales de los derechos sociales, ni su carácter de interdependencia y complementariedad con los derechos civiles y políticos, sino solo su fórmula concreta de materialización y exigibilidad¹¹.

7. José Francisco García, “Minimalismo e incrementalismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 1, 2014.

8. A mayor abundamiento, revisar Sergio Verdugo y Rosalind Dixon, “Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial”, *Estudios Públicos* 162 (2021), pp. 31-73.

9. Evolución Constitucional, op.cit., p. 36.

10. Se trata de una interpretación liberal del fundamento normativo de los derechos sociales sobre la base de la autonomía y la dignidad humana, en los desarrollos de Rawls, Dworkin, Nino, Habermas, Sen, Nussbaum, Anderson, entre otros.

11. Enrique Barros, “¿Debate constitucional *ex nihilo*?”, *Societas*, Vol. 17, 2015, pp. 169-173. Ver también Rodrigo Correa, “Crisis y vigencia del Estado de Derecho”, *Societas*, Vol. 16, 2014, pp. 199-204.

2. DÉFICITS EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Quizás por el status inferior que el constituyente de 1980 otorgó a los derechos sociales, la configuración técnica de los derechos sociales actualmente reconocidos en la Constitución es deficitaria. En algunos casos se define un contenido esencial¹², en otros un objeto, en varios casos quedan entregados completamente al legislador o se asegura solo el derecho de elección, sin mayores obligaciones para el Estado, como es el caso del derecho a la salud. Tampoco se es-

tablecen deberes claros del Estado en todos los casos, ni se definen con precisión los límites o los supuestos de hecho bajo los cuales deben operar en cada caso.

Como veremos más adelante, las deficiencias recién mencionadas al instituir los derechos sociales en garantías fundamentales¹³ impactan directamente en las políticas públicas que organizan las obligaciones normativas y las actuaciones públicas que de ellas derivan para asegurar que las personas accedan a prestaciones concretas¹⁴.

3. COMPLEJIDADES EN TORNO A LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Uno de los aspectos más controversiales en la discusión en Chile y comparada dice relación con los problemas de diseño institucional asociados a la justiciabilidad de los derechos sociales¹⁵, esto es, a la posibilidad de exigir ante un juez o las cortes que se garantice efectivamente el derecho, invocando directamente la Constitución¹⁶.

Judicializar la provisión de derechos sociales puede acarrear diversas dificultades para los Estados:

- a. **Dimensión democrática.** Existe un riesgo serio de “sobre constitucionalizar” aspectos de la vida económica y social, propios de las políticas públicas, en la forma de derechos. Los ámbitos que se constitucionalizan quedan excluidos de la política democrática y dejan de ser la base de las diferencias de los programas políticos de las diversas coaliciones. Ello implica reemplazar la



12. El núcleo esencial se refiere a aquellos elementos sin los cuales el derecho se vuelve irreconocible como tal y que, en consecuencia, junto con orientar la acción del legislador, operan también como un límite para la misma. En este último sentido se encuentra el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental vigente y se observan fórmulas similares por ejemplo en el artículo 36 de la Constitución Suiza o el artículo 19 de la Constitución de Alemania.

13. Se sugiere revisar Ferrajoli Luigi, “Derechos y garantías, la ley del más débil”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Grepp (Editorial Trotta, 1999).

14. A mayor abundamiento, ver Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1995), pp. 9-57

15. Ver, por ejemplo, Evan Rosevear, *Judicial Interpretation of Social Rights: The Rights to Education, Health, and Housing in Brazil and South Africa*. Department of Political Science (University of Toronto, 2021).

16. Ver, por ejemplo, Enrique Barros, “Una Constitución que nos comprometa”, columna en El Mercurio, Reportajes, 27 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/blogs/2020/01/26/75856/Una-Constitucion-que-nos-comprometa.aspx>

deliberación democrática entregando estas decisiones a los jueces. Al evitar que el control judicial se transforme en un control político se busca precisamente fortalecer la política representativa como un instrumento válido de cambio social, de la política como deliberación y elección de cambios sociales, económicos y valóricos¹⁷.

- b. **Dimensión técnica.** Los tribunales no son un foro adecuado para realizar planificaciones de política pública, revisar aspectos técnicos de legislaciones sectoriales o para crear derechos de contenido patrimonial¹⁸. Además, son los jueces los que pasan a controlar el presupuesto público ante los ciudadanos, tomando decisiones sobre qué recursos priorizar y niveles de satisfacción de bienes, como si fueran una autoridad electa, responsable y que rinde cuenta ante la ciudadanía por tales decisiones¹⁹.
- c. **Dimensión de equidad.** Seguir el camino de la litigación para exigir derechos sociales implica que estos quedan restringidos a quienes tienen

la capacidad e información suficiente para acceder a este²⁰. La distribución equitativa y justa de derechos sociales requiere de una perspectiva redistributiva que los jueces no están en condición de planificar ni implementar. La misma requiere una mirada al sistema tributario y de políticas públicas que debería ser de responsabilidad de los legisladores.

Todas estas complejidades deben llevarnos como comunidad política a evaluar seriamente los diversos modelos de implementación y exigibilidad de los derechos sociales.

4. NUESTRA VISIÓN GENERAL

La consagración de la carta de derechos sociales en la nueva Constitución será una de las más arduas que deberá enfrentar la Convención Constitucional. Lo será tanto por las complejas decisiones técnicas que se deberán adoptar, y también por un cierto espíritu maximalista y voluntarista del debate público en torno a ellos que ha alentado las expectativas ciudadanas. Tomarse en serio la consagración de los derechos sociales importa considerar los siguientes elementos:

- a. **Rigurosidad técnica.** Cada derecho social debe tener una estructura que precise su núcleo esencial; la configuración legal de los aspectos más relevantes; el sujeto obligado a la satisfacción del derecho y uno o más deberes específicos del Estado (financiamiento, promoción y fomento, entre otros).

“Cada derecho social debe tener una estructura que precise su núcleo esencial; la configuración legal de los aspectos más relevantes; el sujeto obligado a la satisfacción del derecho y uno o más deberes específicos del Estado”

17. Ver también José Francisco García y Sergio Verdugo, *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Ediciones LyD, 2013.

18. Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346, 2006. El marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, sumado a que la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio. Asimismo, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados o bien para dictar la reglamentación omitida. Ver Víctor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Editorial Trotta, 2004), p. 42.

19. Gómez, Gastón “Derechos constitucionales. Relación”, en Lucas Sierra (ed.), *Diálogos Constitucionales*, (CEP, 2015), p. 71. Ver también Eduardo Aldunate, *Derechos Fundamentales* (Legal Publishing, 2008), p. 94.

20. Por lo demás, los jueces tienen herramientas limitadas para proteger derechos sociales. Incluso en los países donde más desarrollos jurisprudenciales ha habido, se han observado problemas relevantes. Ver, por ejemplo, el caso de Colombia en David Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, *Harvard International Law Journal* 53, N° 1, 2011, pp. 190–247

b. **Modelo de exigibilidad.** Planteamos incluir -además del referido desarrollo en la ley respectiva (como regla general)-, la acción judicial ante una nueva justicia administrativa²¹, para reclamar las prestaciones aseguradas en la ley que configura el derecho, en cuyo cumplimiento se debe centrar la revisión jurisdiccional.

Sobre esta materia, Rosalind Dixon y Sergio Verdugo plantean alternativas interesantes para superar la inercia legislativa y contribuir a la efectividad de este modelo, consistentes en la determinación de marcos de tiempo para la adopción de las leyes relevantes y principios constitucionales que guíen las reformas sociales y económicas respectivas, además de definir la intensidad de las intervenciones jurisdiccionales (fuertes o débiles), dependiendo nuevamente y entre otras variables, de la magnitud de la mentada inactividad del legislador²². Estas medidas siempre deben evaluarse atendiendo la realidad política del país y ponderado otros ob-

jetivos relevantes como el resguardo de la deliberación democrática y de un marco fiscal sostenible.

c. **Colaboración del sector privado y la sociedad civil** en la provisión de los mismos en las condiciones objetivas, razonables, transparentes y no discriminatorias que establezca la ley. Sin perjuicio de que se establezcan en algunas materias directrices al legislador o un deber del Estado de garantizar mínimos exigentes, elementos de solidaridad u otra directriz equivalente que orienten la utilización del máximo de los recursos estatales disponibles al logro del pleno goce de estos derechos, consideramos importante que el legislador pueda abrir espacios para la colaboración privada en materia de derechos sociales como educación, salud, seguridad social y vivienda, habilitando y promoviendo la participación activa de la sociedad civil y la ciudadanía en general en la cooperación con el Estado en la satisfacción de estos bienes sociales fundamentales²³.



21. Una fórmula que puede servir de referencia es el artículo 53 de la Constitución de España que establece en lo pertinente que “podrán ser alegados ante la jurisprudencia ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

22. Ver Dixon y Verdugo, op. cit.

23. Y garantizando también un contrapeso democrático fundamental. La provisión mixta del derecho social a la educación se encuentra consagrado en el artículo 4 de la Ley N° 20.370: “El sistema de educación será de naturaleza mixta, incluyendo una de propiedad y administración del Estado o sus órganos, y otra particular, sea esta subvencionada o pagada”.

d. **Nuevo Estado.** El buen funcionamiento del Estado es un motor para el desarrollo de la sociedad y constituye la herramienta principal para hacer efectivos los derechos civiles, políticos y sociales de las personas. De este modo, no es posible pensar en una Nueva Constitución sin un Estado moderno y con un nuevo trato hacia los ciudadanos, como una manifestación del respeto a la igual dignidad como inviolable y fundamento de los derechos y libertades de las personas.

Creemos que existe mucho espacio para introducir mandatos y estándares exigentes de actuación que permitan avanzar hacia un mejor Estado. En este orden hemos propuesto, entre otras medidas, establecer un derecho a la buena administración pública que garantice a los ciudadanos un Estado a su disposición, eficaz y con servicios de calidad y en tiempo oportuno²⁴.

Sobre esta base general, en el apartado siguiente presentamos algunas propuestas referidas a la configuración normativa de los derechos a la educación y a la salud en la nueva Constitución²⁵.

e. **Responsabilidad fiscal.** Tomar seriamente la promesa de los derechos sociales para lograr concreta-

“Tomar seriamente la promesa de los derechos sociales para lograr concretamente un mayor bienestar social necesariamente implica considerar los recursos disponibles”.

mente un mayor bienestar social necesariamente implica considerar los recursos disponibles²⁶, análisis que puede llevar a la conclusión de que es importante acompañar las obligaciones del Estado de responsabilidades y espacios de colaboración privada para aumentar las posibilidades de lograr su máxima satisfacción. De lo anterior se desprende la importancia de una cláusula general de responsabilidad fiscal o una específica acerca de que todo gasto ocasionado por una política pública destinada a materializar los derechos sociales debe estar financiado, con cargo a alguna glosa presupuestaria, e incluso establecer un límite máximo como porcentaje de la Ley de Presupuesto en el que se puede incurrir respecto de gastos no contemplados en la misma (por ejemplo, un 2% adicional)²⁷.

²⁴. Ver “Evolución Constitucional”, op. cit.; y “Hacia un Nuevo Estado”, Horizontal, marzo de 2021.

²⁵. Se desarrollan estos derechos como una referencia general, sin perjuicio de lo cual se publicarán trabajos específicos respecto de otros derechos como vivienda y seguridad social.

²⁶. Ver Sunstein Cass y Holmes Stephen, *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, traducción de Stella Mastrangelo (Editorial Siglo XXI, Colección Derecho y Política dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo, 2015).

²⁷. Sobre esta cuestión ver, por ejemplo, Gastón Gómez y José Francisco García, “Los derechos sociales y la nueva Constitución: desafíos y complejidades técnicas”, *Actualidad Jurídica*, 2021 (en imprenta).



II. PROPUESTAS DE RECONFIGURACIÓN

Desde el punto de vista técnico, uno de los principales desafíos será mejorar la consagración positiva de los derechos sociales a través de una estructura clara y ordenada, que contribuya y no entorpezca la labor de sus aplicadores e intérpretes de dilucidar los supuestos de hecho que determinan su exigibilidad y los límites que razonablemente se podrían establecer sin afectar su esencia.

En este apartado, y en armonía con la visión general descrita en el título anterior, incorporamos propuestas específicas para la reconfiguración de los derechos a la educación y a la salud. Para ello, en cada caso, desarrollaremos un breve diagnóstico del sistema de políticas públicas que actualmente existe y formularemos propuestas para una nueva configuración técnica de estos derechos centrándonos en: su núcleo

esencial, la configuración legal de los aspectos más relevantes, el sujeto obligado a la satisfacción del derecho y uno o más deberes específicos del Estado (financiamiento, promoción y fomento, entre otros). Para reforzar estos planteamientos, incorporaremos referencias a Constituciones de otros países.

1. DERECHO A LA EDUCACIÓN

1.1 BREVE DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA EDUCACIONAL

Uno de los asuntos más relevantes en el debate público de nuestro país durante los últimos años ha sido el derecho a la educación. En efecto, a partir del año 2006 el país inició un proceso de reformas estructurales al sistema educativo en todos sus niveles²⁸, que fueron el fruto de un intenso debate político y social²⁹.

²⁸. Materializadas, entre otras, a través de las siguientes leyes: la Ley General de Educación (Ley N° 20.370 que deroga la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE); la Ley de Subvenciones (Decreto con fuerza de ley 2, de 1998, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley n° 2, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales); que Aprueba el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación (Ley N° 20.529); la Ley de Inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del estado (Ley N° 20.845); sobre el Nuevo Sistema de Desarrollo Profesional Docente (Ley N° 20.903); sobre el Plan de Formación Ciudadana para los Establecimientos Educacionales Reconocidos por El Estado (Ley N° 20.911); que crea la Subsecretaría de Educación Parvularia y la Intendencia de Educación Parvularia (Ley N° 20.835); que crea la exigencia de Autorización de Funcionamiento para los establecimientos de educación parvularia (Ley N° 20.832); sobre el Nuevo Sistema de Educación Pública (Ley N° 21.040); la Ley sobre Educación Superior (Ley N° 21.091) y la Ley sobre Universidades Estatales (N° 21.094).

²⁹. Muchos de los cuales están en pleno proceso de implementación como "el Nuevo Sistema de Educación Pública" creado por la Ley N° 21.040 cuya segunda etapa de instalación debe culminar el año 2025 o el 31 de diciembre de 2030, en caso de decretarse una prórroga.

Entre los elementos que han estado en el centro de estas discusiones se encuentra la forma de la administración de los establecimientos educacionales y su financiamiento, en el marco de un sistema educativo de carácter mixto, en que participan entidades públicas y privadas³⁰. Se trata de discusiones importantes en el marco de las cuales se han producido avances significativos.

No obstante lo anterior, no ha existido el mismo ímpetu para abordar cuestiones esenciales relacionadas con los fines del sistema y con el acceso al derecho a la educación para todas y todos los niños, niñas y adolescentes (NNA), por ejemplo, para quienes tienen necesidades educativas especiales o para los niveles no consignados como obligatorios por la Carta Fundamental, cómo es el caso de la educación parvularia³¹.

Tampoco ha existido un compromiso de todos los sectores de la sociedad con avanzar en una educación que efectivamente contribuya al pleno desarrollo de las personas en las distintas etapas de su vida y al fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de toda la comunidad. Si bien ha existido mucho avance en la eliminación de determinadas distorsiones, las propuestas vinculadas a mejorar la calidad han carecido de una proyección de mediano o largo plazo, que incluya temas tales como la importancia de los 1.000 primeros días³², avanzar en un currículum con la flexibilidad para adaptarse a las necesidades del XXI, formación y condiciones adecuadas para el ejercicio de las y los profesionales y asistentes de la educación, aumentar el desarrollo de habilidades cognitivas y socioemocionales para la vida, potenciando las humanidades, el pensamiento crítico, la convivencia e innovación, o el resguardo de derechos y la buena convivencia en la escuela, entre otros³³.

Creemos que la elaboración de la nueva Constitución es la oportunidad de construir un nuevo marco, más exigente, que nos permita avanzar en garantizar una educación de calidad con equidad entendida como que todos los NNA tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad³⁴.

1.2 DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL VIGENTE

La Constitución Política de la República de Chile (CPR), incluye en su artículo 19 N° 10, el derecho a la educación, en los siguientes términos:

10°.- El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a este y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

30. Por ejemplo, en los niveles de educación básica y media de un total de 11.574 establecimientos educacionales, 5.665 corresponden a establecimientos particulares subvencionados, 4.925 a establecimientos municipales, 678 son particulares pagados (no reciben subvención estatal), 70 están sujetos a convenios de administración delegada y 236 están siendo administrados por un Servicio Local de Educación (Estadísticas de la Educación, 2018. Publicación 2019 Centro de Estudios MINEDUC).

31. Dentro del nivel de educación parvularia, solo el segundo nivel de transición es obligatorio y requisito para el ingreso a la educación básica.

32. Se sugiere revisar Narea Marigen, Abufhele Alejandra, Telias Amanda, Alarcón Samanta y Solari Francesca, *Mil primeros días: tipos y calidad del cuidado infantil en Chile y su asociación con el desarrollo infantil* (Centro Justicia Educacional UC, 2021).

33. Incluso en el último tiempo se ha buscado eliminar asignaturas esenciales como educación cívica, historia o educación física.

34. Artículo 1° Ley N° 20.529.



Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

1.3 PROPUESTAS

A partir de lo anteriormente expuesto y de lo señalado en el diagnóstico, se propone:

a. Núcleo esencial

a.1. Reforzar el objeto de la educación definido en la Constitución chilena, entendiendo que esta no solo tiene un objeto individual o subjetivo, con-

sistente en el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida, sino que también es un componente fundamental de una cultura de respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El derecho a la educación se regula en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece que: “1. *Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.* 2. *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.* 3. *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*”³⁵.

En contraste con lo anterior, el artículo 19 N° 10 de la Constitución establece que el objeto de la educación es el “*pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida*”. Esta definición es correcta, pero incompleta, en cuanto excluye el rol de la educación en la promoción de valores democráticos esenciales, como la tolerancia, la buena convivencia y el respeto por las diferencias, especialmente relevantes en la sociedad plural y multi o pluricultural del siglo XXI.

³⁵. En un sentido similar el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) establece que “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

Así, creemos que la Constitución y las políticas públicas derivadas se han centrado en una dimensión acotada³⁶ de lo que en realidad deberían ser los fines de la educación en las sociedades democráticas modernas.

En efecto, uno de los retos principales para las sociedades afectadas por crisis sociales, sanitarias, políticas y económicas como las que estamos viviendo, es robustecer o restablecer el compromiso de las personas con el constitucionalismo, con la democracia y con el Estado como modo de organización política idónea para dar respuesta a las necesidades sociales más importantes, con la urgencia requerida³⁷. El sistema educativo es quizás el espacio más idóneo para abordar este desafío.

Con ello, planteamos que el nuevo texto constitucional se acerque a los estándares definidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de relevar el rol de la educación en el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, la construcción del bien común y la convivencia social pacífica en democracia.

Un buen ejemplo en este sentido es lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución de Noruega: *“Todas las personas tienen derecho a la educación. Los niños tienen derecho a recibir educación básica. La educación debe atender a las habilidades y las necesidades individuales, y fomentar el respeto por la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. Las autoridades del Estado deben asegurar el acceso a la educación secundaria, y la igualdad de oportunidades a la educación superior con base en el mérito”*.

“Planteamos que el nuevo texto constitucional se acerque a los estándares definidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de relevar el rol de la educación en el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, la construcción del bien común y la convivencia social pacífica en democracia”.

a.2 Incorporar los desafíos de la inclusión y la igualdad de oportunidades en el sistema educativo.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) establece que la efectiva vigencia del derecho a la educación implica mucho más que mantener un número de escuelas suficiente en los niveles de educación obligatorios para asegurar el acceso a educación por parte de un determinado número de estudiantes (disponibilidad)³⁸.

Los Estados deben asegurar otros tres atributos: a) la *accesibilidad*, que implica esencialmente la prohibición de discriminaciones, especialmente de grupos vulnerables, en distintas dimensiones; b) la *aceptabilidad*, relativa a que los programas de estudio y métodos pedagógicos sean, por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad; y c) la *adaptabilidad*, referida

36. Quizás esto explica el escaso ímpetu con que se han implementado en nuestro país los planes de formación ciudadana a los que se refiere la Ley N° 20.911. Tampoco es aventurado proponer que puede vincularse con el incremento sostenido en las cifras de violencia escolar a nivel nacional (ver <https://www.supereduc.cl/categoria-estudios-estadisticas/estadisticas/>).

37. A mayor abundamiento, ver Wallis Joane, “Constitution making and state building”, en *Comparative Constitution Making*, editado por David Landau y Hanna Lerner (Edward Elgar publishing, 2019).

38. Observación General N° 13, sobre el Derecho a la Educación, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en aplicación del PIDESC.

a que los sistemas educativos han de tener flexibilidad para adecuarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

Descuidar estos elementos ha significado que tengamos un sistema educativo fuertemente segregado a lo largo del territorio nacional, lo que incluye haber dejado en el olvido lo que hemos definido como las modalidades educativas especiales³⁹ (aceptabilidad), la calidad de la educación ofrecida y el establecimiento de espacios para la evolución y adaptación del sistema y cada espacio educativo a las nuevas exigencias del siglo XXI. Entre ellas, es prioritario dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de la Convención sobre la eliminación todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), en el sentido de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación.

Aquí, nuevamente proponemos reconfigurar el núcleo del derecho a la educación acercándolo a los principios definidos ya citados de la DUDH y el PIDESC, complementado por la Observación General N° 13 sobre el Derecho a la Educación.

Para ello, provisiones interesantes se pueden observar en las Constituciones de Finlandia o Colombia⁴⁰. La primera establece, en lo pertinente que: *“Todas las personas tienen derecho a una educación básica gratuita. La obligatoriedad de la*

*educación estará regulada por Ley. El poder público debe asegurar a todas las personas, de acuerdo con lo que se regule más precisamente por Ley, la posibilidad igualitaria de acceder, conforme a sus capacidades y necesidades especiales, a una educación diferente de la básica, y de desarrollarse pese a la escasez de recursos. Se garantiza la libertad científica, artística y de educación superior”*⁴¹.

b. Configuración legal de los aspectos más relevantes

En este sentido resulta importante que el mandato al legislador se incorpore en el artículo referido al derecho a la educación y no como ocurre actualmente: en aquel que garantiza la libertad de enseñanza.

c. Sujeto obligado

Postulamos mantener el deber de financiamiento por parte del Estado, que se traduce en el otorgamiento de la subvención general, subvenciones especiales y otros aportes del Estado, a las personas jurídicas de derecho público, tales como municipalidades y otras entidades creadas o reconocidas por ley, y las personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto social único sea la educación, que tengan la calidad de sostenedores de establecimientos educacionales⁴²; y también la consagración del derecho preferente y el deber de las madres y los padres de educar a sus hijos, sin perjuicio de que consideramos importante relevar que los educandos son los titulares primarios del derecho a la educación⁴³, lo que es esencial para asegurar la vigencia del mismo.

39. Son modalidades educativas aquellas opciones organizativas y curriculares de la educación regular, dentro de uno o más niveles educativos, que procuran dar respuesta a requerimientos específicos de aprendizaje, personales o contextuales, con el propósito de garantizar la igualdad en el derecho a la educación (artículo 22 de la Ley General de Educación).

40. El artículo 68 inciso final de esta Constitución establece: “La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

41. Artículo 16, Constitución de Finlandia.

42. Artículo 46, literal a), Ley General de Educación

43. El artículo 28 de la Convención de los Derechos del Niño establece que “Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria”.

Igualmente lo es, para el desarrollo de los nuevos modelos de educación que observamos en el siglo XXI, la educación a distancia, y hacernos cargo de los riesgos que estos involucran tanto desde el punto de vista de la mayor exposición de los NNA a situaciones de vulneración de derechos, como del detrimento en las oportunidades educativas y las consecuencias de privarles de convivir con sus pares, experiencia esencial para la preservación de los valores democráticos a los que nos hemos referido latamente en el literal a.1) precedente y la buena convivencia social en general⁴⁴.

Por último, postulamos explicitar la posibilidad de que el Estado cuente y promueva la colaboración de instituciones privadas, en los mismos términos en que se efectúa para el derecho a la salud en la Constitución vigente.

d. Otros deberes específicos del Estado

Los establecimientos en que se imparte el nivel de educación parvularia no son guarderías⁴⁵: son

centros educacionales en que se cuida con especial dedicación a las niñas y los niños en razón de su edad, pero en que también se enseña y se contribuye al desarrollo de habilidades y destrezas esenciales, por lo que proponemos discutir sobre la obligatoriedad del primer nivel de transición.

De igual modo, los avances en educación superior deben encontrar un correlato en la Carta Fundamental. Así, se debería incorporar el deber del Estado de promover un sistema de educación superior en que el acceso y permanencia en el mismo no dependa íntegramente de la capacidad económica de las personas.

e. Otros deberes de la comunidad en general

La protección de los derechos de los NNA depende antes que nada de que los adultos en torno a ellos asuman un rol de co-garantes respecto a su ejercicio. No es extraño entonces que el artículo 19 N° 10 de la Constitución vigente consagre el deber preferente de los padres de educar a sus hijos e hijas. Pero sí sorprende que dicha norma omita complementar esta obligación con el deber de “cuidarlos”.

En la experiencia comparada observamos, por ejemplo, que la Constitución de Hungría⁴⁶ establece que “los padres estarán obligados a cuidar de sus hijos menores de edad” y avanza en establecer que “los hijos adultos estarán obligados a cuidar de sus padres si lo necesitan”. Por su parte, la Constitución Alemana⁴⁷ dispone que “El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento”.



44. A mayor abundamiento se sugiere revisar Bartholet, Elizabeth, “Homeschooling: Parent Rights Absolutism vs. Child Rights to Education & Protection”, *Arizona Law Review*, Vol. 62:1, 2019, disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/bartholet/pubs.php>.

45. La ley N° 20.832, la política pública más relevante para formalizar el nivel de educación parvularia en nuestro país, estableció un plazo de adecuación para que aquellos establecimientos que no cuentan con una autorización del Estado la obtengan, plazo que expira el 31 de diciembre de 2022. Transcurrido este plazo, no podrán promocionarse como establecimientos educacionales, sino solo como guarderías.

46. Artículo XVI de la Constitución de Hungría.

47. Artículo 6 de la Constitución de Alemania.

“El cuidado de los NNA y asegurar una infancia segura es un buen ejemplo de un objetivo social que nos debería involucrar a todas y todos.”

Estas normas dan cuenta de que para lograr que los derechos y libertades contribuyan concretamente a la construcción de sociedades más libres, igualitarias y solidarias, parece no bastar con revisar el actuar del Estado o la colaboración de los privados en la entrega de prestaciones concretas, sino también los actos u omisiones de los individuos que afectan a la sociedad en su conjunto.

El cuidado de los NNA y asegurar una infancia segura es un buen ejemplo de un objetivo social que nos debería involucrar a todas y todos, y su consagración como deber parece una buena forma de habilitar y orientar al legislador hacia el establecimiento legítimo de obligaciones específicas, que respondan a dicho interés colectivo.

f. Libertad de enseñanza

Robustecer el derecho a la educación no puede debilitar la libertad de enseñanza. Se trata de un derecho fundamental que forma parte de nuestra tradición constitucional y que ha dado cuenta de la importancia del desarrollo de los más diversos proyectos educativos, mostrando la riqueza del aporte de la sociedad civil a lo público y del valor del pluralismo en una sociedad democrática y diversa⁴⁸.

2. DERECHO A LA SALUD

2.1 BREVE DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA DE SALUD

En nuestro país, toda la población tiene la obligación de destinar el 7% de sus ingresos impositivos al pago de una cotización obligatoria para salud, recursos que son administrados, a elección de los ciudadanos y ciudadanas, por una Institución Pública (Fondo Nacional de Salud – Fonasa) o por entidades privadas (Instituciones de Salud Previsional – Isapre)⁴⁹, facultadas por ley para administrar dichos recursos y financiar las atenciones médicas -mediante la contratación de servicios- y las prestaciones vinculadas a licencias médicas. Además, existe un sistema separado para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

Fonasa cubre al 76,5% de la población y las Isapres asisten al 15,4%⁵⁰. Fonasa ofrece un solo plan de salud de libre afiliación, cuyo financiamiento es solidario en cuanto ingresos y riesgos, mientras que las

“Robustecer el derecho a la educación no puede debilitar la libertad de enseñanza. Se trata de un derecho fundamental que forma parte de nuestra tradición constitucional y que ha dado cuenta de la importancia del desarrollo de los más diversos proyectos educativos”.

⁴⁸. Se incorpora aquí para relevar su importancia, sin perjuicio de que se encuentra regulada en el numeral 11, del artículo 19 de la Constitución vigente. Además, propuestas específicas sobre el reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas en la nueva Constitución, en particular sobre la capacidad de decidir sobre asuntos de naturaleza cultural como la educación, la lengua o la religión se desarrollan en el documento “Reconocimiento de los pueblos indígenas en una nueva constitución”, Horizontal, marzo 2021. Propuestas sobre el reconocimiento de la igualdad de derechos y deberes de mujeres y hombre en la esfera de la educación, en el documento “Una constitución liberal debe tener enfoque de género”, Horizontal, marzo 2021.

⁴⁹. En ambos casos existen copagos y, en el caso de las Isapres, se encuentra además la contribución voluntaria (3%).

⁵⁰. Encuesta Casen del año 2021.

Isapres ofrecen planes individuales cuyo precio depende del contenido y del sexo y edad de la persona. En cuanto a esto último, recién a partir del año 2020 no se pueden establecer diferencias de precios entre hombres y mujeres. No obstante esto, aún se mantiene la restricción de movilidad por preexistencias entre distintos prestadores de salud.

En ese contexto, los principales problemas del sistema de aseguramiento de salud se atribuyen, por una parte, a la convivencia de estos dos sistemas que, si bien no son incompatibles, operan bajo lógicas completamente diferentes, y, ante las deficiencias de la regulación en la que se desenvuelven, tienden a generar un escenario donde las personas de mayor riesgo y menor ingreso están afiliadas a Fonasa, institución que forma parte, de un sistema que no logra cubrir la necesidad de atención⁵¹, especialmente para diagnósticos y tratamientos que no cuentan con garantías explícitas de salud (GES), respecto de los cuales no existen plazos legales exigibles. Para las consultas nuevas de especialidad, el promedio de espera es de 486 días⁵².

Los principales desafíos de las entidades encargadas de gestionar los recursos previsionales de salud en Chile son: (i) en el sistema público el asegurador único (FONASA) demanda altas capacidades institucionales para la entidad administradora de dichos recursos y para su

red de prestadores. Es decir, un órgano moderno, profesionalizado, que no sea capturado por grupos de interés, con mirada de largo plazo⁵³, foco en el paciente y con gestión de alta eficiencia en los recursos, condiciones que se alejan de la realidad de nuestro país⁵⁴; (ii) en el caso del sistema privado, pese a que, en general, se aprecia una mayor eficiencia y calidad de los servicios entregados por las instituciones de salud previsional, existe una amplia oferta de planes de salud y la información sobre los mismos es compleja y poco accesible, lo que contribuye a la inequidad del sistema⁵⁵. Esto ha llevado a que existan bajos niveles de competencia por la calidad de las atenciones, selección por riesgo y aumento progresivo de los precios de los planes de salud.

Con respecto a los prestadores de salud pública, no están coordinados para la entrega de una atención integral de calidad, principalmente por las ineficiencias que involucra su dependencia de los gobiernos de turno y porque no cuentan con todas las atribuciones necesarias para gestionar adecuadamente sus recursos⁵⁶.

Además, el hecho de que no absorban las consecuencias de sus resultados lleva a ineficacias muy concretas y que afectan directamente a la comunidad, como el déficit de especialistas y personal esencial (por ejemplo, anestesistas), falta de insumos médicos y acceso a medicamentos⁵⁷, pérdida

51. Informe “Glosa 06. Lista de espera no ges y garantías de oportunidad ges retrasadas”, Ministerio de Salud, 2020.

52. A mayor abundamiento ver Silva, Bernardita y Velasco, Carolina, “Radiografía a las necesidades de los grupos A y B de Fonasa”, Debates de Política Pública CEP, 36, 2021.

53. Centro de Políticas Públicas UC, *Propuestas para desconfinar la espera en la Salud Pública*, Temas de la agenda pública, N° 132, 2020.

54. A mayor abundamiento se sugiere revisar el documento de esta misma serie “Hacia un mejor Estado: gobierno, administración y modernización estatal”, Horizontal, 2021.

55. En el caso de Estados Unidos, se da un fenómeno similar, que la profesora Allison K. Hoffman ha descrito como la “fragmentación estructural” de la cual habría derivado una incoherencia regulatoria entre los diferentes mercados de seguros que habría exacerbado las desigualdades en el acceso a la atención (Hoffman, Allison K., “A Vision of an Emerging Right to Health Care in the U.S.: Expanding Health Care Equity through Legislative Reform (September 21, 2012)”, en *The Right to Health at the Public/Private Divide: A Global Comparative Study*, editado por Aeyal Gross y Colleen Flood (Cambridge University Press, 2014), disponible en <https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/ahoffma1/>).

56. Junto con ello, se ha postulado que el diseño del sistema, en que la responsabilidad de las atenciones está distribuida entre muchas entidades con competencias distintas, produce descoordinaciones que también atentan contra las posibilidades de operar de modo eficiente. Por ejemplo, en el informe *Propuestas para desconfinar la espera en la Salud Pública*, op. cit., se plantea que “La fragmentación del cuidado asistencial en tres niveles de atención (APS, secundario y terciario) y en diversos establecimientos de salud dificulta las posibilidades de brindar un cuidado continuo al paciente. La coordinación entre equipos de salud de diversos establecimientos o unidades resulta especialmente difícil en las transiciones del paciente de una unidad (o establecimiento) a otra. Estas dificultades de coordinación no solo impactan negativamente en la experiencia de atención del paciente, sino que también en la eficiencia y efectividad”.

57. Según la Encuesta de Estadísticas de uso de Convenio de Fonasa con Farmacias, realizada por dicho órgano de la Administración, en promedio sus beneficiarios compran fuera del sistema de cobertura gratuita 3,8 medicamentos al mes y gastan 36 mil pesos. Además, el 90% de los beneficiarios que se atienden en consultorio u hospital declaran tener que realizar la compra de algún medicamento. Las principales razones para que lo anterior suceda, según los resultados de la encuesta, es porque el 89% de los beneficiarios encuestados indican que los medicamentos no están disponibles (Estadísticas uso de Convenio de Fonasa con Farmacias. División desarrollo Institucional (Fonasa), octubre 2019-enero 2020, citada en *Modernización del Estado*, Horizontal, 2020).

de horas de pabellón⁵⁸, entre otros factores. Cabe añadir que las ya referidas listas/tiempos de espera son un problema crónico que se ha agudizado con la suspensión de las atenciones producto de la urgencia de la pandemia Covid-19.

A noviembre de 2020 había aproximadamente 2 millones de personas (3 millones de casos) esperando para ser atendidos por un especialista, ser intervenidos quirúrgicamente o con incumplimiento de Garantías Explícitas en Salud⁵⁹. Estas cifras solo se han agudizado, quedando hoy en una situación muy crítica muchas de las condiciones de salud con mayores índices de morbi-mortalidad. A ello se suma la falta de profesionales ante necesidades crecientes: mientras en Chile tenemos 2,7 enfermeras y 2,5 médicos cada mil habitantes, el promedio de los países de la OCDE es de 8,8 y 3,5 profesionales respectivamente⁶⁰.

En el caso de los prestadores privados, muy relacionado con lo señalado respecto de las aseguradoras, los principales problemas dicen relación con los altos precios de las consultas y exámenes, con la falta de transparencia en la información y con las dificultades para la fiscalización del cumplimiento de normas y protocolos nacionales.

De este modo, el sistema de salud chileno se ha vuelto complejo, altamente fragmentado y poco amistoso con los usuarios y sus necesidades⁶¹.

2.2 DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL VIGENTE

La Constitución Política de la República de Chile (CPR), incluye en su artículo 19 N° 9, el derecho a la protección de la salud, en los siguientes términos:

“El hecho de que no absorban las consecuencias de sus resultados lleva a ineficacias muy concretas y que afectan directamente a la comunidad, como el déficit de especialistas y personal esencial (por ejemplo, anestesistas), falta de insumos médicos y acceso a medicamentos, pérdida de horas de pabellón, entre otros factores”.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado.

2.3 PROPUESTAS

A partir de estas consideraciones, y lo señalado en el diagnóstico, se propone:

58. Según la Comisión Nacional de Productividad, los quirófanos funcionan solo un 53% del horario institucional (nueve horas). Ver “Uso eficiente de quirófanos electivos y gestión de lista de espera quirúrgica no Ges”, 2020.

59. Subsecretaría de Redes Asistenciales, 2020.

60. OCDE, *Health at a Glance 2019, OECD Indicators*. OECD Publishing, Paris.

61. En el plano de los indicadores de percepción, los beneficiarios de Fonasa se sienten desprotegidos y señalan como principales causas la calidad del sistema, atención de personal, largos tiempos de espera para cirugías y la dificultad de atenderse por especialistas. Superintendencia de Salud, 2017.

a. Núcleo esencial del derecho a la salud: reconocer con claridad el derecho a la promoción y a la protección de la salud.

El derecho a la salud se encuentra contemplado en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en donde se señala que *“toda persona tiene derecho a nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”*. Del mismo modo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) contiene en su Constitución la afirmación de que *“el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”*, lo que incluye *“el acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente”*⁶².

“Reconocer con claridad el derecho a la promoción y a la protección de la salud, estableciendo que competirá al Estado organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios para la protección, recuperación y rehabilitación de la salud, sin discriminaciones arbitrarias”.

Sobre este último atributo, establece que además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Estas disposiciones imponen concebir que no basta con asegurar el derecho a elegir un determinado prestador y el consecuente acceso individual a determinados servicios de salud, sino que los Estados y la sociedad toda deben promover que las prestaciones vinculadas a su garantía cumplan ciertas condiciones materiales de calidad accesibles para toda la población, en igualdad de condiciones.

Postulamos, entonces, reconocer con claridad el derecho a la promoción y a la protección de la salud⁶³, estableciendo que competirá al Estado organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios para la protección, recuperación y rehabilitación⁶⁴ de la salud, sin discriminaciones arbitrarias, encomendando a la ley establecer los derechos y deberes correlativos de todas y todos.

En este sentido, una buena referencia es la Constitución Española⁶⁵, la que regula el derecho a la salud como sigue: *“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a tra-*

62. En un sentido similar, en el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), se reconoce el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Por su parte, la Observación general N° 14 del año 2000, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el “Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, que lo complementa, desarrolla los elementos esenciales que abarca el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles, incluyendo entre ellos la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad.

63. Excede este trabajo, pero entendemos que una adecuada configuración del derecho a la protección de la salud, en que se deje de asegurar solo el derecho de elección sin mayores obligaciones para el Estado, permitirá avanzar en políticas públicas que incorporen un plan universal de salud y un fondo único de salud que puede ser gestionado por aseguradoras de seguridad social públicas o privadas, para financiar la asistencia y atención médica de todos los chilenos, emparejando la cancha. Quienes requieran más recursos para financiar su salud se verán beneficiados por este, con una cobertura en base a las necesidades y no a la capacidad de pagar de las personas.

64. A mayor abundamiento ver Figueroa García-Huidobro, Rodolfo, “El derecho a la salud” en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca 2013, pp. 283 - 332.

65. Artículo 43.

vés de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

b. Configuración legal de los aspectos más relevantes

Entendemos que la norma constitucional vigente en nuestro país es clara sobre este aspecto, en el sentido de entregar a la ley la determinación de la forma y condiciones para garantizar la ejecución de las acciones de salud, por lo que sugerimos usar como referencia su redacción en este punto.

c. Sujeto obligado

Nos parece importante aclarar el rol “*preferente*” que la actual Constitución asigna al Estado en la garantía de este derecho en particular, debiendo expresarse que este también involucra la idea de que el Estado asuma un rol de asegurador y prestador de última instancia o “*por defecto*”, entendiendo que nadie puede verse privado de las atenciones necesarias.

El cambio central debería ser impulsar el tránsito desde un sistema dual con lógicas distintas, a una nueva de “seguridad social”, que le permita avanzar al legislador hacia el establecimiento de una nueva organización acorde a los lineamientos constitucionales enunciados, a través de un Plan único de salud y Fondo único de salud solidario, con el foco puesto en mejorar el ejercicio efectivo de este derecho por parte de todas las personas.

Como ha sido dicho, esto no debe entenderse en términos de excluir el rol de los privados en la

cooperación con el Estado en este bien social fundamental, a través de un sistema de multi seguro con foco en la libre elección, sino incluirla con estándares exigentes propios de un sistema de seguridad social en salud⁶⁶.

d. Otros deberes del Estado

Se propone contemplar un mandato de promover -con ajuste al comentado estándar que imponen los instrumentos internacionales vigentes- que todas las personas disfruten del más alto nivel de salud posible, tanto física como mental. Cabe declarar que por sí solas estas definiciones no aseguran un mejor acceso al derecho a la protección de la salud, pero cumplen un rol importante en cuanto a encauzar la acción estatal en esa dirección.

e. Otros deberes específicos

Proponemos incorporar un deber de toda la sociedad de contribuir a la máxima satisfacción del derecho a la protección de la salud. Es evidente que ninguna Constitución puede asegurar un derecho de las personas a estar sanas, pero sí puede incorporar lineamientos que contribuyan a prevenir las enfermedades y comprometer la solidaridad y también la tolerancia de toda la sociedad en ello⁶⁷.

En este sentido, es destacable también la Constitución española, que en el mismo artículo 43 incorpora el deber de los poderes públicos de fomentar la educación sanitaria, la actividad física, la educación física y el deporte, y de facilitar la adecuada utilización del ocio y el esparcimiento.

⁶⁶. Sobre la importancia de que la Constitución no cierre alternativas de política pública que pueden resultar apropiadas en determinado momento y contexto, se sugiere revisar Velasco, Carolina “¿Seguro único o multiseguros? Análisis del informe de la comisión presidencial de salud” (Centro de Estudios Públicos, 2014).

⁶⁷. En este sentido la Constitución Italiana establece en su artículo 32, que “La República protege la salud como derecho fundamental de la persona y como interés de la colectividad, y garantiza la asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento médico, a menos que así lo establezca la ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites que impone el respeto a la persona humana”.

NUEVO SISTEMA DE SALUD CON FONDO COMÚN Y PLAN ÚNICO DE SALUD

