

Derecho a la salud en la Nueva Constitución

*Iniciativa Familias Saludables. O'Neill Institute for National and Global Health Law. Georgetown University.¹

1. Este documento fue elaborado como una colaboración del O'Neill Institute por Oscar Cabrera (Director), Silvia Serrano Guzmán (Directora Asociada), Rebecca Reingold (Directora Asociada), Belén Saavedra (Asociada), Patricio López Turconi (Asistente de investigación)..






CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

contexto 

Resumen

La presente minuta contiene  una propuesta de articulado en materia de derecho a la salud en el marco del proceso constituyente  en Chile. Esta propuesta está construida con base en el derecho internacional de los derechos humanos, tomando en especial consideración el desarrollo interpretativo que han realizado los órganos respectivos en las últimas décadas.

En primer lugar, daremos cuenta de las normas e interpretaciones existentes en materia de derecho a la salud en el sistema universal y en el sistema interamericano. Después, se propondrán los elementos centrales que toda consagración del derecho a la salud debería contemplar para estar en línea con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Estos órganos son considerados intérpretes autoritativos de los tratados que supervisan y, en ese sentido, sus decisiones y recomendaciones son cruciales para determinar el contenido  y alcance de los derechos allí establecidos y la naturaleza de las obligaciones estatales. Ello resulta de gran relevancia para el proceso constituyente, ya que la recepción de estos estándares en el texto constitucional sería un paso determinante en la eficacia a nivel nacional de los derechos respecto de los que el Estado asumió obligaciones internacionales.

Palabras Clave:
derecho a la salud, derecho internacional, derechos sociales..

1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el sistema universal de los derechos humanos, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud -tanto física como mental- se encuentra protegido por distintos tratados internacionales de los que Chile es Estado Parte.

En primer lugar, el principal instrumento en este sentido es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que explícitamente reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (artículo 12, párrafo 1)². El PIDESC también establece una serie de medidas que los Estados Parte deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho, incluyendo la prevención, el tratamiento y la lucha contra las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole (artículo 12, párrafo 2)³. Conforme se explica más adelante, el contenido del derecho a la salud y las obligaciones internacionales que se desprenden del mismo han sido analizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC).

Pero la protección de la salud como obligación internacional del Estado chileno también se deriva de otros tratados de derechos humanos ratificados por Chile. En lo que respecta a las mujeres, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) contiene distintos artículos vinculados al derecho a la salud, específicamente el derecho a la protección de la salud (art. 10, párrafo h), al acceso a la atención médica en condiciones de igualdad (art. 12) y al acceso a la información y asesoramiento sobre planificación familiar (arts. 11, párrafo f)⁴.

2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12, párrafo 1. Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.
3. Id., Artículo 12, párrafo 2.
4. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Artículos 10, 11 y 12. Ratificado por Chile el 7 de diciembre de 1989.

En materia de niñez y adolescencia, la Convención sobre los Derechos del Niño explícitamente reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24)⁵. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contiene una cláusula convencional detallada en materia de derecho a la salud que, primero, reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y, luego, establece una serie de obligaciones para los Estados. Entre otras cuestiones, se destaca el deber proporcionar programas de atención de salud gratuitos o a precios asequibles (art. 25, párrafo a), los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad (art. 25, párrafo b), proporcionar los servicios lo más cerca de las comunidades posible (art. 25, párrafo c), proporcionar atención de calidad en los mismos términos que se le da al resto de la población (art. 25 párrafo d), tomar medidas para prohibir la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida (art. 25, párrafo e) e impedir la negativa discriminatoria de servicios de salud (art. 25, párrafo f)⁶.

Por último, los derechos a la salud y a la asistencia médica se encuentran consagrados en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 5, párrafo e iv))⁷, y en la Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Arts. 28, 43.1.(e) y 45.1.(c))⁸.

Por último, cabe destacar que el deber del Estado de Chile de garantizar el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social también se desprende de su ratificación de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 15 de octubre de 1948 (Preámbulo y artículo 1).

1.1. Sistema universal: interpretaciones de órganos de tratados

2.2.1 Contenido del derecho

En la interpretación y aplicación de los instrumentos mencionados en el acápite anterior, los órganos de supervisión de tratados del sistema universal han desarrollado la naturaleza,

-
5. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 24. Ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990.
 6. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 25. Ratificada por Chile el 29 de julio de 2008.
 7. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Ratificada por Chile el 20 de octubre de 1971.
 8. Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Ratificada por Chile el 21 de marzo de 2005.

contenido y alcance del derecho a la salud, y han detallado las obligaciones internacionales de los Estados en la materia..

En primer lugar, cabe destacar el trabajo del Comité DESC que, a través de sus observaciones generales y conocimiento de casos, ha determinado el concepto, elementos esenciales y obligaciones mínimas del derecho a la salud, tal como se recepta en el artículo 12 PIDESC. En la Observación general N° 14 (2000), el Comité calificó el derecho a la salud “como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”⁹.

Según el Comité, los elementos esenciales e interrelacionados de este derecho son¹⁰ :

- a) Disponibilidad. Implica el deber de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, centros de atención de salud y programas de salud.
- b) Accesibilidad. Conlleva el deber de asegurar que los bienes y servicios de salud sea accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado. Así, la accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: (1) La no discriminación de jure y de facto; (2) La accesibilidad física y geográfica; (3) La accesibilidad económica o asequibilidad; y (4) La accesibilidad de la información.
- c) Aceptabilidad. Implica que los bienes y servicios de salud sean respetuosos de la ética médica y de la cultura de las personas. Al mismo tiempo, deben ser sensibles a la edad y el género.
- d) Calidad. Implica que los bienes servicios de salud sean adecuados desde el punto de vista científico y médico.

9. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 11.

10. Id., párr. 12.

Estos cuatro elementos pueden entenderse de manera más específica o con ciertos enfoques diferenciados, tratándose de ciertas áreas de la salud o de ciertos grupos. Por ejemplo, en la Observación general N° 22 (2016) relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, el Comité DESC indicó que “[e]l derecho a la salud sexual y reproductiva forma parte integrante del derecho de todos al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental [y] abarca los cuatro elementos interrelacionados y esenciales (...)”¹¹ de aceptabilidad, disponibilidad, accesibilidad y calidad, los cuales definió con una serie de especificidades aplicables a la salud sexual y reproductiva.

Cabe destacar que, de acuerdo con los órganos del sistema universal, la cobertura sanitaria universal es instrumental para realizar el componente de accesibilidad, en tanto garantiza la equidad en el acceso y la ausencia de riesgo financiero indebido¹². De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), el concepto de la cobertura sanitaria universal se desprende de la Constitución de la OMS, que reconoce a la salud como derecho humano, y requiere que todas las personas y comunidades puedan recibir los servicios de salud que necesitan sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos¹³. En 2015, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas -incluido Chile- han reiterado su firme determinación de lograr la cobertura sanitaria universal para 2030, como parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)¹⁴. En ese sentido, la necesidad de lograr esta meta deberá ser tenida en cuenta por el constituyente a la hora de organizar el diseño del sistema de salud, y de regular las obligaciones básicas del Estado en la materia.

2.2.2 Obligaciones de los Estados

El Comité DESC también se ha referido a las obligaciones de los Estados en virtud del derecho a la salud, dividiéndolas en obligaciones generales y obligaciones específicas.

En cuanto a las obligaciones generales, en la Observación general N° 14 (2000), el Comité se refirió a la noción de “realización progresiva” contemplada en el artículo 2 del PIDESC y destacó que se refiere a la obligación de adoptar medidas apropiadas hasta el máximo de los recursos que el Estado disponga con miras alcanzar el más alto nivel posible de salud largo de cierto período de tiempo. En ese sentido, la realización progresiva significa que los Estados deben constante y consistentemente promover la plena realización del derecho a la salud.¹⁵

-
11. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 22, E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párr. 11.
 12. Naciones Unidas. “Informe de políticas: La COVID-19 y la cobertura sanitaria universal”, octubre de 2020. Disponible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/uhc_spanish.pdf.
 13. Organización Mundial de la Salud (OMS). “Cobertura sanitaria universal”, 24 de enero de 2019. Disponible en [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc)).
 14. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 70/1, 25 de septiembre de 2015, titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Objetivo N° 3.8 “Lograr la cobertura sanitaria universal, en particular la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos”.
 15. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 31.

Sin embargo, en línea con lo planteado desde su Observación general N° 3 (1990) sobre la naturaleza de dicha obligación, recordó que los Estados tienen unas obligaciones inmediatas. De acuerdo con el Comité DESC, existen dos obligaciones inmediatas respecto del derecho a la salud: (i) la garantía de que ese derecho sea ejercido sin discriminación alguna, y (ii) la obligación de adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del más alto nivel posible de salud física y mental¹⁶. Según el Comité, los Estados están obligados, como mínimo, a lograr la satisfacción de los siguientes niveles esenciales del derecho a la salud:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Garantizar el derecho de acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, y que garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el derecho de acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) Garantizar el suministro de medicamentos esenciales;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población¹⁷.

Además, y en la misma línea de los demás derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el PIDESC, el derecho a la salud impone tres obligaciones legales específicas: respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en el ejercicio de dicho derecho. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud¹⁸.

16. Id., párr. 30.

17. Id., párr. 43. En este caso, resulta importante señalar que la Observación General 14 también señala que las medidas regresivas no son permisibles, y por ende las estrategias y planes nacionales deben tomar el principio de no regresividad en consideración.

18. Id., párrs. 34-37.

Como parte de sus obligaciones los Estados deben asegurar que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud cuente con recursos apropiados y efectivos que les permitan revindicar los derechos vulnerados¹⁹. Estos mecanismos pueden ser judiciales o de otra índole, pero siempre deberán ser adecuados y eficaces para el establecimiento de responsabilidades individuales a fin de reparar a la víctima de forma adecuada. Ello en tanto, según el Comité DESC, todas las víctimas de violaciones al derecho a la salud deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de no repetición²⁰.

En lo que respecta a Chile, el Comité DESC ha llamado la atención específicamente sobre este punto, resaltando su preocupación frente al hecho de “que el recurso de protección establecido en la Constitución deja fuera de la protección jurídica algunos de los derechos contenidos en el Pacto, limitando su aplicabilidad directa por los tribunales nacionales”. En esa línea, el Comité DESC recomendó a Chile “que garantice el reconocimiento integral y la protección jurídica necesaria de los derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo texto constitucional, asegurando que el proceso de reforma constitucional previsto se realice de una forma transparente y participativa”²¹.

Además del Comité DESC, otros órganos supervisores de tratados se han pronunciado sobre el contenido del derecho a la salud respecto a ciertos grupos como mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas no ciudadanas y personas con discapacidad.

Así, en lo que respecta a las mujeres, el Comité CEDAW se pronunció sobre el derecho a la salud en su Recomendación General N 24 (1999). Entre otras cuestiones, el Comité afirmó expresamente que “el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención”²², y que los Estados deben respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio. La obligación de respetar los derechos exige que los Estados se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Por su parte, la obligación de proteger exige que los Estados, sus agentes y sus funcionarios adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones²³.

19. Id, párr. 59; Ver también Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 3, E /1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 5.

20. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 59.

21. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, E/C.12/CHL/CO/4, 7 de julio de 2015, párr. 7.

22. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Recomendación General Número 24, 2 de febrero de 1999, párr. 1.

23. Id., párrs. 15 y 17.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño también ha analizado el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud en su Observación general N° 15 (2013). Entre otras cuestiones, la Observación General resaltó que los Estados deben adoptar un enfoque integral en materia de salud. De acuerdo con el Comité, el derecho del niño a la salud es un derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud ²⁴. Así, el Comité ha señalado que un enfoque integral de la salud exige tener en cuenta las distintas dimensiones de este derecho: una dimensión preventiva, que abarca la prevención oportuna y apropiada y la promoción de la salud, y una dimensión prestacional, que comprende los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado en su Observación General N° 30 (2005) sobre la discriminación contra los no ciudadanos, que los estados deben respetar el derecho de los no ciudadanos a un grado adecuado de salud física y mental entre otras cosas absteniéndose de negar o limitar su acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa.

Por último, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha especificado que “el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25) incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Los Estados parte tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento. (...)”²⁵. En lo que respecta a Chile, el Comité recomendó que el Estado “adopte una política relativa a la salud mental, fundamentada en el respeto de los derechos humanos, involucrando a las organizaciones que representan a las personas con discapacidad, particularmente discapacidad psicosocial” y que “capacite al personal médico y terapéutico acerca de los derechos de las personas con discapacidad”²⁶. Preocupado por los fondos públicos que se destinan hacia el financiamiento de organizaciones privadas.

-
24. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación general Número 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2003, párr. 2.
 25. Naciones Unidas, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general Número 1, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párr. 41.
 26. Naciones Unidas, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, párrs. 54, 55 y 56.

1.2. Sistema interamericano: normativa

En primer lugar, el derecho a la salud se encuentra receptado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en los siguientes términos:

Artículo XI - 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.

Por su parte, a partir del análisis de la Carta de la OEA y otras fuentes del corpus iuris internacional relevante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reafirmado que el derecho a la salud es uno de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) protegidos por el artículo 26 de la CADH²⁷. Este artículo dispone que:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo - Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Por último, cabe mencionar que el derecho a la salud también se encuentra reconocido de forma expresa en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. El artículo 11 contiene el Derecho a brindar consentimiento libre e informado en materia de salud, el Artículo 12 señala los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado de largo plazo y el 19 de la Convención dispone que “[l]a persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación” y entre otras obligaciones señala que “[l]os Estados Parte deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social” .²⁸

-
- 27.** Corte IDH. Caso Cuscul Pivalar y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Párrs. 98 - 102; y Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Párrs. 100 y ss.
- 28.** Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Artículo 19. Ratificado por Chile el 7 de noviembre de 2017.

1.3. Sistema interamericano: jurisprudencia de la Corte Interamericana

El derecho a la salud ha sido abordado por la Corte IDH mediante dos enfoques. El primero, en conexidad con otros derechos (como la vida, integridad personal, libertad personal, vida privada y dignidad y acceso a la información) que se ha visto reflejado en la jurisprudencia de las últimas dos a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. Ambos enfoques de justiciabilidad del derecho a la salud en el sistema interamericano siguen siendo complementarios. En todos ellos, la Corte IDH ha incorporado a su jurisprudencia lo establecido por el Comité DESC en materia de elementos esenciales del derecho a la salud (accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad)²⁹, los cuales han sido incorporados por los órganos del sistema interamericano al momento de resolver casos vinculados con el derecho a la salud, tanto por vía de conexidad, como de manera autónoma. décadas. El segundo, y más reciente, de manera autónoma.

Así, en el SIDH se ha considerado la responsabilidad internacional de los Estados por la muerte de una persona en un hospital psiquiátrico³⁰, por las lesiones permanentes derivadas de una atención en salud deficiente³¹, por el contagio con VIH a una niña como consecuencia de la falta de fiscalización de un banco de sangre³², por la falta de atención adecuada en salud de personas privadas de libertad³³, por la ausencia de disponibilidad de camas en unidades de cuidados intensivos y la falta de remisión³⁴, por la discriminación a una persona mayor en la atención médica³⁵, por la violación al consentimiento libre e informado³⁶, por impedir el acceso a técnicas de reproducción asistida³⁷ y por la ausencia de tratamiento o tratamiento inadecuado para personas con VIH.³⁸

Además, la Corte IDH también ha distinguido entre obligaciones de exigibilidad inmediata y obligaciones de realización progresiva.³⁹

-
29. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Párr. 173.
 30. Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs Brasil. Sentencia de 04 de Julio de 2006
 31. Corte IDH. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Sentencia de 21 de Mayo de 2013
 32. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
 33. Corte IDH, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador Sentencia de 19 de mayo de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)
 34. Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349
 35. Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.
 36. Corte IDH, Caso I.V vs Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016.
 37. Corte IDH, Caso Artavia Murillo vs Costa Rica. Sentencia 28 de noviembre de 2012
 38. Corte IDH Caso Cuscul Pivaral. Vs Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018

En cuarto a las denominadas obligaciones de realización progresiva, y en lo relativo al derecho a la salud, la Corte ha considerado que “el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que de facto –y no sólo de jure– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud” y que “la determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y los recursos disponibles”.⁴⁰

Respecto a las obligaciones de exigibilidad inmediata, y siguiendo los lineamientos del Comité DESC, la Corte ha entendido que los Estados tienen dos obligaciones inmediatas: (i) la garantía de no discriminación, y (ii) la obligación de adoptar medidas en aras de la plena realización del derecho a la salud.⁴¹

Por último, la jurisprudencia del tribunal interamericano también ha determinado en diferentes oportunidades que los Estados tienen un deber de regular, supervisar y fiscalizar los servicios de salud, incluso cuando el servicio es prestado por una entidad privada⁴². Al respecto, la Corte ha señalado que el Estado tiene el deber de regular de manera específica las actividades que implican riesgos significativos para la salud de las personas⁴³. De acuerdo con el Tribunal, cuando se trata del análisis del cumplimiento de los deberes de regulación, supervisión o fiscalización de actuaciones de terceros, no corresponde analizar el caso desde la perspectiva de la realización progresiva⁴⁴, lo cual se explica por tratarse se obligaciones que no dependen de la disponibilidad de recursos por parte del Estado.

2. Consideraciones para el articulado para la nueva Constitución

El artículo o los artículos de la nueva constitución relativas a este derecho deberá estar en línea con las obligaciones internacionales del Estado de Chile. De lo descrito en el presente documento y lo incorporado en las fuentes citadas, recomendamos que la redacción tome en consideración los siguientes aspectos:

39. 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. 104, citando Comité DESC. Observación General Número 14, párr. 31; Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, párrs. 102, 103.
40. Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Párrs. 141-148.
41. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 30; Corte IDH. Caso Empleados De La Fábrica De Fuegos En Santo Antônio De Jesus Y Sus Familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Párr. 20.
42. Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 95 y 141; Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Párr. 184.
43. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Párr. 178.
44. Corte IDH. Caso Empleados De La Fábrica De Fuegos En Santo Antônio De Jesus Y Sus Familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Párr. 173.

(1) El concepto del derecho a la salud en el sentido de salud integral – Como primera medida, ello requiere entender a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de instalaciones, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Un enfoque integral también exige tener en cuenta los determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, muchos de los cuales también son derechos protegidos internacionalmente y que obligan al Estado chileno.

(2) Los elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud – Siguiendo al Comité DESC y a la jurisprudencia interamericana, la regulación constitucional del derecho a la salud podría optar por una incorporación explícita de los elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud, a saber, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

(3) El deber del Estado de cumplir con las obligaciones básicas en materia de derecho a la salud – Siguiendo los estándares del Comité DESC, el nuevo texto constitucional debería incluir el abanico de obligaciones mínimas a ser satisfechas de manera inmediata por el Estado y las pautas de una cobertura universal en salud como base del acceso equitativo y no discriminatorio.

(4) El principio de realización progresiva y de no regresividad – La redacción constitucional debería reflejar que el Estado tiene la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad y realización del derecho a la salud. Asimismo, debería contemplar el deber de no adoptar medidas regresivas injustificadas y de no limitar injustificadamente el disfrute del derecho a la salud, considerando los parámetros internacionales al respecto.

(5) La rectoría del Estado del sistema de salud y el deber de regular, supervisar y fiscalizar los servicios de salud –

En línea con sus obligaciones internacionales, la redacción constitucional debería reflejar que la rectoría del sistema de salud recae sobre el Estado, de manera que mantenga amplias potestades regulatorias, de supervisión y de fiscalización que se deben extender hacia actores públicos y privados que participen en el sistema de salud. Particularmente, es necesario que se dispongan los arreglos institucionales necesarios para que las obligaciones de supervisión y fiscalización sean ejercidas de manera adecuada con mecanismo eficaces y oportunos de rendición de cuentas.

(6) Un recurso judicial adecuado para responder a violaciones al derecho a la salud – La nueva constitución debería crear los medios para saldar la deuda histórica del Estado de Chile en cuanto a la justiciabilidad del derecho a la salud.

Esto es especialmente relevante a la luz de las deficiencias del actual mecanismo consagrado en la constitución chilena. En los términos regulados en el artículo 20 de la Constitución, el recurso de protección procede -respecto del derecho a la salud- únicamente en lo relativo al último inciso del artículo 19.9, a saber, a la libertad de elegir el sistema. Ello quiere decir que, a nivel doméstico, no se ha consagrado un recurso efectivo contra actos violatorios del derecho a la salud, del cual el componente de libertad es sólo una parte y no necesariamente la que sustentó los reclamos sociales en materia de derecho a la salud. Actualmente, el diseño constitucional chileno sólo está orientado a una protección judicial mínima de este derecho, en uno sólo de sus componentes: la libertad de elegir el sistema, dejando de lado cualquier dimensión prestacional de este derecho. La mayor parte de los contenidos del derecho a la salud reconocidos por el Comité DESC en su Observación General N° 14⁴⁵ e incorporados por la Corte IDH en su jurisprudencia⁴⁶ -a excepción de la libertad de elección- se encuentran actualmente excluidos del mecanismo de protección constitucional. Como fuera mencionado anteriormente, el Comité DESC ya ha llamado la atención sobre los déficits del actual recurso de protección, considerando que el mismo “deja fuera de la protección jurídica algunos de los derechos contenidos en el Pacto” y “[limita] su aplicabilidad directa por los tribunales nacionales”⁴⁷.

45. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.
46. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 173.
47. Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, 7 de julio de 2015, E/C.12/CHL/CO/4, párr. 7.