

Constitucionalizando el derecho a la salud para todos

Judith Bueno de Mesquita y
Octávio Luiz Motta Ferraz⁹²

DOI: 10.53110/WZOE1533

A. Introducción: El reconocimiento del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud en una constitución nacional es una expresión jurídica fundamental y puede ser una herramienta esencial para respaldar y asegurar el sistema de salud como institución social básica en una democracia.⁹³ Las áreas de la atención médica y sanitaria y los determinantes sociales de la salud suelen estar en una disputa entre los derechos, la dignidad, el bienestar y la mercantilización promovida por los intereses comerciales y la gobernanza neoliberal. Dichos sectores están experimentando tensiones sin precedentes para la salud y el bienestar derivadas de la desigualdad y el COVID-19. En este momento crítico, con la población votando en un referéndum para adoptar una nueva Constitución, Chile tiene una oportunidad única y democrática para garantizar legalmente el derecho al más alto nivel posible de salud de su población en su norma suprema. Esta es la voluntad del pueblo chileno, con encuestas representativas a nivel nacional, realizadas en 2020, que destacan que el 93% de los ciudadanos chilenos está de acuerdo con la afirmación “el derecho a la salud debe estar garantizado

⁹² Escuela de Derecho y Centro de Derechos Humanos, Universidad de Essex; Escuela de Derecho Dickson Poon, King's College London.

⁹³ Yamin, 2020.

por la Constitución”.⁹⁴

Pero ¿qué significa que una Constitución proteja el derecho a la salud? ¿Cuál es el contenido preciso de este derecho humano, cuáles son sus fuentes en el derecho internacional y cuál ha sido la experiencia de constitucionalización en otros países? Este capítulo traza la evolución de la salud como derecho humano; destaca las principales fuentes normativas del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos; y subraya que este derecho fundamental abarca los derechos a la atención médica y los determinantes sociales de la salud, sobre la base de la igualdad y la no discriminación. A partir de una revisión de literatura especializada, normativa constitucional, casos emblemáticos y el análisis de los desafíos contemporáneos del sistema de salud, este capítulo destacará las buenas prácticas, las dificultades derivadas de las protecciones constitucionales y las experiencias que pueden orientar el proceso constitucional de Chile. Particularmente, se centrará en el debate de la garantía al derecho a la igualdad y no discriminación, y la necesidad de garantizar que las disposiciones constitucionales ofrezcan protección a las poblaciones más marginadas.

B.

El afianzamiento jurídico del derecho a la salud en el ordenamiento internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional nacional

El derecho al más alto nivel posible de salud goza de una amplia protección en la legislación internacional, regional y nacional sobre derechos humanos. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946 fue el primer tratado internacional que articuló el derecho a la salud al declarar que el “goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”.⁹⁵ Dos años más tarde, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoció el derecho de toda persona a “un 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 vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (artículo 25).⁹⁶

Desde entonces, la protección jurídica internacional del derecho a la salud se ha visto ampliamente reforzada mediante su inclusión sistemática en los principales tratados internacionales de derechos humanos, lo que ha reforzado su condición de derecho humano fundamental. Así, entre otros documentos, el derecho a la salud encuentra reconocimiento y protección legal en los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);⁹⁷ la Convención sobre la Eliminación de Todas

⁹⁴ Núñez, 2020.

⁹⁵ Organización Mundial de la Salud, 1946.

⁹⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

⁹⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

las Formas de Discriminación Racial (1969);⁹⁸ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979);⁹⁹ la Convención sobre los Derechos del Niño (1989);¹⁰⁰ y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).¹⁰¹ Además, dicho derecho está protegido por declaraciones y tratados regionales, entre ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 10).¹⁰² Chile ha ratificado todos estos tratados internacionales de derechos humanos, y es signatario, pero no ha ratificado, el Protocolo de San Salvador.

A nivel interno, más de dos tercios de las constituciones nacionales incluyen artículos sobre la salud o la asistencia médica y sanitaria, aunque, como analizaremos en la sección C, estas disposiciones son muy variadas en cuanto a su alcance normativo y forma de protección, ya que algunas constituciones otorgan a la salud un estatus de derecho fundamental justiciable y otras la reconocen como principio o directriz no justiciable de la política estatal.¹⁰³

La actual Constitución de Chile incluye un capítulo de derechos y deberes que reconoce el "derecho a la protección de la salud" (artículo 9).¹⁰⁴ Sin embargo, en la práctica, este artículo no ha ampliado la protección plena del derecho a la salud por varias razones y, en particular, porque sólo es parcialmente justiciable en virtud de la Constitución. El derecho a recurrir a mecanismos judiciales (artículo 20) sólo se extiende a determinadas protecciones constitucionales y, en el caso del artículo 9, sólo al "derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

⁹⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

⁹⁹ Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.

¹⁰⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

¹⁰¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006.

¹⁰² Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 1988.

¹⁰³ Kinney y Clark, 2004, p. 285.

¹⁰⁴ "Art. 19, 9°.- El derecho a la protección de la salud. 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 éste estatal o privado".

Las dimensiones de los derechos sociales del artículo 19, incluido el “libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, no son objeto de revisión judicial.

En su decisión de fondo en el caso de *Martina Rebeca Vera Rojas vs. Chile*, referente a la falta de acceso a un tratamiento adecuado para una niña con una condición de salud catastrófica (el Síndrome de Leigh), después de que una aseguradora de salud privada (ISAPRE) había retirado arbitrariamente el tratamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontró que esta limitación contribuyó a las violaciones de los derechos a un juicio justo y a la protección judicial en el contexto del derecho a la salud.¹⁰⁵

Como también puso de manifiesto este caso, más allá de la Constitución existen deficiencias institucionales más amplias para el disfrute del derecho a la salud sobre la base de la igualdad y la no discriminación en Chile, como por ejemplo, las disparidades en la prestación de servicios de salud por parte del sector público y privado; las disparidades regionales y la atención prestada a las poblaciones vulnerables; y la inadecuada regulación de los agentes privados. El pleno reconocimiento constitucional del derecho a la salud es un paso esencial hacia la realización del derecho a la salud, pero deberá aplicarse mediante reformas legislativas, reglamentarias y del sector sanitario para garantizarlo en la práctica.¹⁰⁶ Se han logrado algunos avances, especialmente la reciente despenalización del aborto en circunstancias específicas en Chile, un paso necesario para proteger el derecho a la salud de las mujeres sobre la base de la igualdad y la no discriminación. Estos cambios deberán continuar en el ámbito legislativo y político. El análisis de estos requisitos más amplios va más allá del propósito de este capítulo, pero lo que queremos decir es que **la protección constitucional es un punto de partida vital y puede actuar como impulsor de un cambio político, legislativo, económico y social más amplio.**

De hecho, la ley está ampliamente reconocida como un determinante de la salud. El derecho puede servir para promover y proteger, o actuar como un impedimento para la salud,¹⁰⁷ en la forma en que rige a las instituciones públicas y privadas, la conducta y la resolución de conflictos. Más allá de la protección internacional o constitucional de derechos, una variedad de leyes, reglamentos y jurisprudencia, así como otras ramas del derecho internacional, determinan la salud y el bienestar de la población en todos los países. La vacunación, la seguridad y la salud en el trabajo, el control del

¹⁰⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Martina Rebeca Vera Rojas*, 2018, pár. 81- 90.

¹⁰⁶ Op. Cit., Núñez, 2020.

¹⁰⁷ Gostin et al., 2019, p. 1857.

tabaco y la regulación del tráfico y los vehículos de motor son algunos de los principales avances en materia de salud pública que han sido respaldados por la legislación nacional e internacional.¹⁰⁸

Sin embargo, las leyes nacionales anticuadas y punitivas en áreas como la salud mental, la salud sexual y reproductiva, las infecciones de transmisión sexual, el trabajo sexual y el abuso de sustancias han perjudicado la salud individual y de la población en muchos países;¹⁰⁹ las restricciones sobre el aborto son un ejemplo bien conocido del impacto devastador que la ley puede tener en el disfrute del derecho a la salud de las mujeres y las niñas sobre la base de la igualdad.¹¹⁰

Como norma suprema del país, las protecciones constitucionales de los derechos humanos establecen las obligaciones del Estado respecto a los derechos que consagran. Al crear obligaciones legales vinculantes para el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, dichas protecciones forman otras leyes, reglamentos y políticas públicas. Así, el reconocimiento del derecho al más alto nivel posible de salud como derecho fundamental en la Constitución, que refleje normativamente la protección jurídica internacional del derecho a la salud, es el fundamento de la salud igualitaria, justa y sin discriminación. Ésta proporciona un mecanismo fundamental para abordar los sistemas de salud y los determinantes sociales de la salud como una cuestión de derechos y justicia social, en lugar de en función de los intereses, a veces contrapuestos, de la mercantilización y el beneficio comercial. Apoyando al Estado en su deber soberano de proteger la salud y la seguridad de la población; empodera a la población como demandante de su derecho a la salud; y aumenta la responsabilidad de los titulares de deberes.

En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la salud es un derecho humano de amplio alcance que da lugar a obligaciones de los Estados partes en diversos ámbitos. Esto se manifiesta en el artículo 12 del PIDESC, que establece:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados

C.

El alcance normativo de las libertades, derechos y obligaciones derivados del derecho a la salud

¹⁰⁸ Yamin, 2017, pp. 341-368.

¹⁰⁹ Op. Cit., Gostin, et al., 2019, p. 1857.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, Johnson et al, 2017, p. 524.

Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

De este artículo se desprenden varias consideraciones conceptuales importantes y, en los párrafos siguientes, analizamos cuatro implicaciones importantes para la constitucionalización del derecho a la salud.

i. El derecho a la salud no es un derecho a estar sano

El derecho a la salud no es el derecho a estar sano, es un derecho al más alto nivel de salud posible. La Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre el derecho a la salud explica que ésta incluye tanto las libertades como los derechos para garantizar el más alto nivel posible de salud. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, autonomía corporal, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud.¹¹¹ Como parte de esta obligación, los Estados deben garantizar que las instalaciones, los bienes y los servicios sanitarios son:

- disponibles en cantidades suficientes;
- accesibles desde el punto de vista financiero, geográfico y de no discriminación;
- aceptables, incluso en términos de respeto al género y a la ética médica; y
- de buena calidad.

¹¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, pág. 8.

ii. El derecho a la salud está sujeto a limitaciones de recursos y debe realizarse de forma equitativa

Los Estados tienen la obligación de adoptar "medidas" para la plena realización del más alto nivel posible de salud. Este lenguaje es un reflejo de la naturaleza general de las obligaciones de los Estados partes, que se establece en el artículo 2.1 del PIDESC:

“ “ “

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El CDESC ha explicado que estas medidas deben ser “deliberadas, concretas y orientadas”.¹¹² Sin embargo, la realización progresiva y la obligación de tomar medidas significan que el derecho a la salud no es un derecho ilimitado de todos los individuos a todos los bienes y servicios que puedan ser necesarios para optimizar su salud y bienestar. Los Estados se enfrentan a diversos grados de limitación de recursos y éstos determinan lo que se puede esperar legítimamente de cada Estado.

Desde las limitaciones de recursos hasta los principios de igualdad y no discriminación, la forma de distribuir los recursos se ha entendido como un componente clave de las obligaciones de los Estados. Tal y como ha afirmado el CESCR: “las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población”.¹¹³ Este principio se refleja en el concepto de obligaciones básicas -reconocido a su vez en algunas disposiciones constitucionales como

¹¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990.

¹¹³ Op. Cit., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, pág. 19.

el mínimo vital-, que son obligaciones inmediatas, entre ellas la de proporcionar bienes y servicios primarios básicos para la salud.

Esta referencia sobre garantías es indicativa de la obligación de los Estados de proporcionar instalaciones, bienes y servicios de manera que se tengan en cuenta y se aborden las desigualdades, incluidas las que se basan en los motivos prohibidos de discriminación. Por lo tanto, **los Estados también tienen la obligación fundamental de: garantizar el acceso a los establecimientos, bienes y servicios sanitarios de forma no discriminatoria, especialmente para los grupos marginados y vulnerables; y garantizar la distribución equitativa de todos los establecimientos, bienes y servicios sanitarios.**¹¹⁴ Para asignar los recursos, incluidos los presupuestarios, y determinar la disponibilidad de los servicios, los Estados deben tener en cuenta los derechos y las necesidades de los diferentes grupos, especialmente aquellos vulnerables y marginados, a la hora de decidir qué servicios prestar.¹¹⁵ Por ejemplo, los Estados tienen la obligación de prestar los servicios de salud sexual y reproductiva que las mujeres necesiten, incluidos el aborto seguro y la atención obstétrica de urgencia, y “los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad”.¹¹⁶

Una de las preocupaciones sobre la protección constitucional del derecho a la salud es que podría dar pie a las demandas individuales de tratamientos costosos, sesgando las prioridades y militando en contra de un sistema sanitario equitativo y justo (véase c.ii más adelante).¹¹⁷ Sin embargo, el enfoque del CDESC demuestra que, **aunque el derecho a la salud se enmarca como un derecho individual, al igual que otros derechos económicos, sociales y culturales, tiene fuertes dimensiones colectivas.**¹¹⁸ Por lo tanto, cuando el derecho a la salud está constitucionalizado, al resolver las reclamaciones de asistencia sanitaria, los tribunales deben enmarcar el derecho a la salud y otros derechos relacionados con la salud en el contexto de obligaciones más amplias de igualdad y no discriminación, tomando en consideración los objetivos más amplios de equidad y solidaridad de un sis-

¹¹⁴ *Ibíd.*, pár. 43(a) y (e).

¹¹⁵ Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 12(2); Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 1999, párrafo 30; Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2011b; Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, 2011a; Comité de Derechos Humanos, 2019, pár. 8.

¹¹⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 25(b).

¹¹⁷ Ferraz, 2021; *Op. Cit.*, Gostin, et al., 2019, p. 1857.

¹¹⁸ Chapman, 2016.

tema público de asistencia sanitaria.¹¹⁹ Este enfoque previene el conflicto entre los litigios sobre el derecho a la salud y el establecimiento de prioridades equitativas y eficientes en el ámbito de la salud.¹²⁰

iii. El derecho a la salud es un derecho a la asistencia sanitaria y a los determinantes sociales del derecho a la salud

El derecho a la salud se extiende más allá de la asistencia médica y sanitaria, hacia otros determinantes de la salud, incluida la higiene "ambiental e industrial". La Observación General N° 14 aclara que **el derecho a la salud se extiende al acceso al agua potable y a un saneamiento adecuado, a un suministro adecuado de alimentos seguros, nutrición, vivienda, condiciones laborales y medioambientales saludables y al acceso a la educación e información relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.**¹²¹ Estos determinantes de la salud pública también están protegidos como **derechos humanos autónomos relacionados en la legislación internacional sobre derechos humanos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, demostrando cómo los derechos humanos están interconectados e interrelacionados.**

Más recientemente, el CDESC ha destacado que el derecho a la salud incluye los "determinantes sociales de la salud", definidos por la OMS como las condiciones en las que las personas nacen, crecen, trabajan, viven y envejecen, y el conjunto más amplio de fuerzas y sistemas que conforman las condiciones de la vida cotidiana. Más allá de los determinantes inmediatos de la salud pública, estos determinantes sociales también abarcan fuerzas y sistemas más amplios que incluyen políticas y sistemas económicos, programas de desarrollo, normas y políticas sociales y sistemas políticos.¹²² Esto significa que, para cumplir el derecho a la salud, se necesita una amplia gama de medidas en todos los sectores, no sólo para abordar los síntomas, sino también las causas evitables de la mala salud.

iv. Las obligaciones derivadas del derecho a la salud requieren una serie de medidas legislativas y de otro tipo

Los Estados tienen tres tipos de obligaciones con respecto al derecho al más alto nivel posible de salud. Tienen la obligación de respetar el derecho a la salud (es decir, no hacer daño); proteger el derecho a la salud contra los daños causados por terceros, incluida la supervisión y regulación de los

¹¹⁹ Op. Cit., Gostin, et al., 2019, p. 1857.

¹²⁰ Rumbold et al., 2017, p. 712.

¹²¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párr. 11.

¹²² Organización Mundial de la Salud, sin fecha.

agentes del sector sanitario privado; y garantizar el derecho a la salud, es decir, adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo, adecuadas para la plena realización del derecho a la salud. Dado que los determinantes sociales de la salud se ven afectados por la legislación y la formulación de políticas en ámbitos distintos del sanitario, esto pone de manifiesto la importancia de un proceso legislativo y político intersectorial conjunto que trate de hacer realidad el derecho a la salud en los distintos ámbitos de gobernanza.

El artículo 2.1 del PIDESC destaca que los Estados deben hacer realidad el derecho a la salud “por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. Sostenemos que la adopción *de una protección constitucional integral del derecho a la salud es una parte importante de las obligaciones de Chile de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud, ya que la constitución es una medida legislativa clave, dada su posición jerárquica en el sistema jurídico chileno*. Así, en 2015, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU 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”.¹²³ Como se analiza en la siguiente sección, la protección constitucional del derecho a la salud por parte de los Estados ha adoptado muchas formas. Sin embargo, sostenemos que el reconocimiento de la salud como un derecho humano fundamental y justiciable puede tener un importante potencial transformador, proporcionando a las personas marginadas por motivos socioeconómicos y de otro tipo una importante herramienta para hacer que el Estado rinda cuentas de las necesidades esenciales para su bienestar.¹²⁴

D.

La constitucionalización del derecho a la salud

i. Un estudio de las protecciones constitucionales mundiales del derecho a la salud

A nivel nacional, más de dos tercios de las constituciones (134 de 195) incluyen disposiciones sobre salud o asistencia sanitaria.¹²⁵ Un análisis de las disposiciones de estas 134 jurisdicciones muestra que los derechos a la salud se reconocen de diferentes maneras en todo el mundo. Retomando la doble clasificación utilizada por JUNG, HIRSCHL Y ROSEVEAR, el 41% de las constituciones reconocen el derecho a la salud como justiciable y el 28%

¹²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2015, pár. 7.

¹²⁴ Liebenberg, 2009, p. 21.

¹²⁵ Op. Cit., Kinney y Clark, 2004, p. 285.

como aspiracional.¹²⁶

Cabe destacar la alta prevalencia de constituciones en América Latina que protegen el derecho a la salud de alguna manera (89%), siendo la región la segunda con mayor prevalencia de disposiciones justiciables en el mundo (78%). Esto se explica en gran parte por la larga tradición de reconocimiento de los derechos sociales en general en América Latina. Aunque la mayoría de estas constituciones son relativamente nuevas, los derechos sociales, económicos y culturales se han ido introduciendo progresivamente en las constituciones latinoamericanas desde la trascendental Constitución mexicana de 1917, que fue la primera en el mundo en incluir estos derechos, siendo pionera en lo que se conoce como "constitucionalismo social".¹²⁷⁻¹²⁸ Brasil hizo lo mismo en 1937; Bolivia en 1938; Cuba en 1940; Uruguay en 1942; Ecuador y Guatemala en 1945; y Argentina y Costa Rica en 1949.¹²⁹

ii. Garantías constitucionales justiciables: aprender de la

¹²⁶ Jung, Hirschl y Rosevear, 2014, p. 1043- 1094. Para llegar a los datos actualizados hemos utilizado el conjunto de datos que los autores ponen a disposición en la página web de su proyecto <https://www.tiesr.org/publications-data> (consultado el 10.5.2021). Véase también Rosevear, Hirschl y Jung, 2019, donde demuestran que la tendencia hacia la inclusión y la justiciabilidad ha continuado hasta 2016.

¹²⁷ Incluye disposiciones detalladas sobre el trabajo, la reforma agraria y las dimensiones sociales de los derechos de propiedad. Como recuerda Carozza: "es la hermana mayor de una nueva familia de constituciones del siglo XX", ya que "otros catorce países latinoamericanos reescribieron sus documentos constitutivos en apenas un cuarto de siglo" (Bravo Lira, 1992, p. 116). Los artículos 27 y 123 de la Constitución de 1917 son los más conocidos. El primero establece, entre otras cosas, que: "La Nación tendrá en todo momento el derecho de imponer a la propiedad privada las limitaciones que exija el interés público" y otorga al gobierno la facultad de "tomar las medidas necesarias para dividir los grandes latifundios". El artículo 123 ocupa varias páginas con detalles de tipo estatutario sobre los derechos laborales y las condiciones de trabajo, incluida la regulación de la jornada laboral máxima, el trabajo infantil, la salud y la seguridad de los trabajadores, el derecho a organizarse y a la huelga, y el establecimiento de seguros de pensiones, desempleo y accidentes; es el único artículo que ocupa un capítulo entero de la Constitución por sí solo, titulado "Del trabajo y la previsión social". Sin embargo, como señaló Félix Palavicini en 1938: "La Constitución no fue una carta socialista, ciertamente, pero tampoco se mantuvo dentro de un sistema estrictamente individualista". "Navega por el estrecho camino entre el Escila de un capitalismo liberal brutalmente atomizado y el Caribdis del excesivo colectivismo socialista" (Carozza, 2003, p. 311).

¹²⁸ Gargarella, 2013.

¹²⁹ Ibíd.

experiencia

Como hemos visto en la sección anterior, el derecho a la salud puede constitucionalizarse en muchas formas diferentes y con distinto estatus y fuerza. Esta sección se centrará en una forma particular de constitucionalización, a saber, el reconocimiento del derecho a la salud como una garantía constitucional fuerte y justiciable. Esta es la forma adoptada en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, que además es una de las regiones del mundo con mayor densidad de derechos sociales (trece derechos sociales en promedio).¹³⁰

Pero esta forma de constitucionalización también ha suscitado cierta inquietud, como se ha mencionado antes, y es importante considerarla ahora con más detalle. Una vez que el derecho a la salud se reconoce en la constitución, proporciona una base para el litigio, lo que, además de efectos positivos, también puede llevar a otros negativos; a menudo denominados como "judicialización". Por ejemplo, las personas pueden acudir a los tribunales para exigir tratamientos costosos que no están disponibles en el sistema público por razones válidas de rentabilidad y equidad sanitaria. De este modo, la judicialización puede desviar las prioridades y tener un impacto negativo en el sistema de salud en términos de equidad sanitaria. Esta experiencia ha sido documentada en algunos países latinoamericanos, como Brasil, Colombia y Costa Rica, por lo que es importante que el tema sea considerado cuidadosamente por Chile en esta importante coyuntura de su historia constitucional, a la luz del contexto particular y la cultura judicial chilena.¹³¹

El problema surge de la combinación de dos factores: 1. una interpretación cuestionable del derecho a la salud por parte de los tribunales como un derecho a estar sano (véase la sección c.i); y 2. las desigualdades socioeconómicas históricas en América Latina —la región más desigual del mundo— que se traducen en graves dificultades para que los pobres accedan a la justicia. El ejemplo más estudiado y conocido es probablemente el de Brasil, donde en lugar de mejorar la disponibilidad de las prestaciones sanitarias que tanto necesitan los más desfavorecidos —como el saneamiento básico, el acceso razonable a la atención primaria de salud y los programas de vacunación— [los litigios] desvían recursos esenciales del presupuesto sanitario a la financiación de medicamentos, en su mayoría de alto coste, reclamados por personas que ya son privilegiadas en términos de condiciones y servi-

¹³⁰ Ferraz, 2021b.

¹³¹ Ferraz, 2018, pp. 67-77.

cios de salud.^{132_133_134} Este tipo de litigio también se ha producido en Colombia, Costa Rica y Uruguay.¹³⁵

Sin embargo, esto no significa que deba evitarse la constitucionalización del derecho a la salud. Por el contrario, incluso en Brasil, los efectos generales de la constitucionalización han sido muy positivos, a pesar del impacto negativo de la judicialización. El reconocimiento del derecho a la salud en la Constitución de 1988 (art. 196) de forma contundente, ha sido decisivo para inspirar y presionar al poder legislativo y ejecutivo para que actúen, lo que llevó a la creación del Sistema Nacional de Salud Pública (el SUS) y a otras políticas públicas que han contribuido a mejorar significativamente la salud de la población, por ejemplo, el Programa de Salud de la Familia, el Programa de Inmunización y el programa de VIH-SIDA, etc.¹³⁶

Países como Chile, que actualmente está en proceso de reflexión sobre las cláusulas a incluir en su nueva constitución, pueden aprovechar la experiencia acumulada de judicialización en otros países latinoamericanos y tratar de evitar los mismos errores. Abordar los problemas señalados es una tarea compleja, pero no es imposible. En cuanto a la tendencia de los tribunales a interpretar erróneamente el derecho a la salud, existen algunas soluciones posibles: la formación de los jueces en materia de salud pública; salas especiales que se ocupen de las cuestiones de salud pública; y una formulación más precisa del derecho a la salud en la constitución, de manera que se equilibre el disfrute individual y colectivo del derecho a la salud mediante un enfoque basado en la igualdad y la no discriminación (véase la sugerencia en la conclusión). En cuanto al acceso a la justicia, algunos desarrollos como los de Costa Rica, donde cualquier persona puede presentar una petición a la Sala IV del Tribunal Constitucional, o la ampliación de la defensa pública vista en Brasil también pueden ayudar a minimizar el problema del acceso a la justicia.

Esperamos que el estudio de las fuentes internacionales y nacionales del derecho a la salud realizado en este artículo, así como la discusión de los beneficios y riesgos de la constitucionalización, puedan ser útiles para el debate sobre si la salud debe incluirse en la nueva constitución como un derecho y cómo hacerlo. En nuestra opinión, Chile no debería perder esta oportunidad única y debería reconocer el derecho a la salud en la nueva

E.

Conclusión

¹³² Ibid.

¹³³ Ferraz, 2009, pp. 33-45.

¹³⁴ Ferraz, 2011, pp. 76-102

¹³⁵ Op. Cit., Ferraz, 2018.

¹³⁶ Ferraz, 2021a. En particular el capítulo 3, pp. 50-75.

constitución. Puede aprovechar la ya amplia experiencia acumulada en materia de constitucionalización en todo el mundo, en particular en América Latina, para adoptar una cláusula constitucional que, al mismo tiempo, proporcione una sólida protección del derecho a la salud y evite las dificultades de la judicialización no equitativa señalados anteriormente.

A modo de conclusión, sugerimos respetuosamente la siguiente formulación como plantilla para los debates que tendrán lugar en la asamblea constituyente.

Artículo... La salud es un derecho de todos y todas y un deber del Estado.

1. La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, no sólo la ausencia de enfermedades o dolencias.

2. El derecho a la salud es un derecho al acceso universal y equitativo a los determinantes sociales de la salud y la atención médica y sanitaria.

3. El Estado tiene el deber de adoptar políticas sociales, económicas y sanitarias, dentro de los máximos recursos disponibles, destinadas a la realización progresiva del derecho a la salud.

• BIBLIOGRAFIA

Asamblea General de la ONU (1948)

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Documento No. G.A. Res. 217 A (III). Disponible en: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Consultada el 25 de abril de 2021).

Asamblea General de la ONU (1966)

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Documento No. G.A. Res. 2106A (XX). Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx> (Consulta: 19 agosto 2021).

Asamblea General de la ONU (1966)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Documento No. A.G. Res. 2200A (XXI). Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (Consulta: 19 agosto 2021).

Asamblea General de la ONU (1979)

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Documento No. G.A. Res. 34/180. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/cedaw.htm> (Consulta: 19 agosto 2021).

Asamblea General de la ONU (1989)

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Documento No. G.A. Res. 44/25. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm> (Consulta: 19 agosto 2021).

Asamblea General de la ONU (2006)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Resolución No. G.A. Res. 61/106. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/15.htm> (Consulta: 19 agosto 2021).

Bravo Lira, B. (1992)

El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811–1991. Mexico: Escuela Libre de Derecho.

Carozza, P. (2003)

‘From Conquest to Constitutions: Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights’, *Human Rights Quarterly*, 25:281–313.

- Chapman, A. (2016)
Global Health, Human Rights and the Challenge of Neoliberal. Cambridge: Cambridge University Press.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018)
Martina Rebeca Vera Rojas v. Chile. Informe N° XX/18, Caso 13.039, Sentencia.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1990)
Observación general n.º 3: Naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes. Documento No. E/1991/23.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (2000)
Observación general n.º 14: Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Documento No. E/C.12/2000/4.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (2015)
Observaciones finales: Chile. Documento No. E/C.12/CHL/CO/4.
- Comité de Derechos Humanos de la ONU (2019)
Observación general n.º 36: Derecho a la vida. Documento No. CCPR/C/GC/36.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1999)
Observación general n.º 24: La mujer y la salud. Documento No. A/54/38/Rev.1.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (2011a)
L.C. vs. Peru: Opiniones. Documento No. CEDAW/C/50/D/22/2009.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (2011b)
Alyne da Silva Pimentel vs. Brazil: Opiniones. Documento No. CEDAW/C/49/D/17/2008.
- Ferraz, O. (2009)
‘The Right to Health in the Courts of Brazil: Worsening Health Inequities?’, Health and Human Rights, 11(2).
- Ferraz, O. (2011)
‘Health Inequalities, Rights, and Courts’, en Yamin, A. y Gloppen, S., Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?. Cambridge, MA: Harvard University Press, pp. 76-102.
- Ferraz, O. (2018)
‘Health in the Courts of Latin America’, Health and human rights , 20(1):67-77.

- Ferraz, O. (2021a)
Health as a Human Right: The Politics and Judicialisation of Health in Brazil. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferraz, O. (2021b)
‘Equality’, en Hübner Mendes, C. y Gargarella, R., Oxford Handbook of Constitutions in Latin America. Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2013)
Latin American Constitutionalism: 1810–2010. Oxford: Oxford University Press.
- Gostin, L. et al. (2019)
‘The Legal Determinants of Health: Harnessing the Power of Law for Global Health and Sustainable Development’, The Lancet, 393(10183):1857-1910. DOI: 10.1016/S0140-6736(19)30233-8.
- Hübner Mendes, C. y Gargarella, R. (2021)
Oxford Handbook of Constitutions in Latin America. Oxford: Oxford University Press.
- Johnson, B. et al. (2017)
‘A Global Database of Abortion Laws, Policies, Health Standards and Guidelines’, Bulletin of the World Health Organization, 95:524-544.
- Johnson, B. et al. (2017)
‘A Global Database of Abortion Laws, Policies, Health Standards and Guidelines’, Bulletin of the World Health Organization, 95:524. DOI:10.2471/BLT.17.197442.
- Jung, C., Hirschl, R. y Rosevear, E. (2014)
‘Economic and Social Rights in National Constitutions’, American Journal of Comparative Law, 62:1043-1094.
- Kinney, E. y Clark, B. (2004)
‘Disposiciones sobre salud y asistencia sanitaria en las constituciones de los países del mundo’, Cornell International Law Journal, 37:285- 355.
- Liebenberg, S. (2009)
‘Reflections on Drafting a Bill of Rights: A South African Perspective’, en Kersting, N., Constitution in Transition. Harare: GTZ y Friedrich-Ebert-Stiftung, pp. 21-45.
- Nuñez, M.A. (2020)
Chile’s New Constitution, the Right to Health and Health System Reforms. Harvard Law School. Disponible en: <https://drclas.harvard.edu/publications/2020/04/chiles-new-constitution-the-right-to-health-and-health-system-reforms/>

vard.edu/news/chile%E2%80%99s-new-constitution-right-health-and-health-system-reforms (Consulta: 18 agosto 2021).

Organización de los Estados Americanos (1988)

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html> (Consulta: 19 agosto 2021).

Organización Mundial de la Salud (1946)

Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Organización Mundial de la Salud (sin fecha)

Social determinants of health. Disponible en: https://www.who.int/health-topics/social-determinants-of-health#tab=tab_1 (Consulta: 18 agosto 2021).

Rosevear, E., Hirschl, R. y Jung, C. (2019)

‘Justiciable and Aspirational Economic and Social Rights in National Constitutions’, en Young, K., *The Future of Economic and Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rumbold, B. et al. (2017)

‘Universal Health Coverage, Priority Setting, and the Human Right to Health’, *The Lancet*, 390(10095):712-714.

Yamin, A. (2017)

‘Taking the Right to Health Seriously: Implications for Health Systems, Courts and Achieving Universal Health Coverage’, *Human Rights Quarterly*, 39(2):341- 368.

Yamin, A. (2020)

‘Regional Insights for Constitutionalizing the Right to Health in Chile’, Harvard Law School. Disponible en: <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/about/> (Consulta: 18 agosto 2021).

Yamin, A. y Gloppen, S. (2011)

Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health? Cambridge MA: Harvard University Press.