



SERIE Nº 7

**DERECHO AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL
POSIBLE DE SALUD**

 **The Global Initiative**
for Economic, Social and Cultural Rights

I. CONCEPTOS GENERALES

Según la Organización Mundial de la Salud, la **salud** puede ser definida como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades"¹. Sin embargo, desde un punto de vista de los derechos humanos, lo que se protege es el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, ampliando el espectro de protección. Así, el **derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud** "es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos"², siendo la salud un concepto funcional para el disfrute de una vida digna y otros derechos³ como el derecho a la alimentación, a la vivienda, a la dignidad humana y a la vida.⁴

De esta manera, el derecho a la salud es un **derecho inclusivo**⁵ que encierra tanto "la ausencia de afecciones y enfermedades"⁶, "el derecho a la atención de la salud preventiva, curativa y paliativa"⁷ y los **factores determinantes básicos de la salud**, tales "como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada,

¹ Organización Mundial de la Salud (sin fecha) *La OMS mantiene su firme compromiso con los principios establecidos en el preámbulo de la Constitución*. Disponible en: <https://www.who.int/es/about/who-we-are/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social>. (Consulta: 17 enero 2021).

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) *Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, numeral 1. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en (Consulta: 17 enero 2021).

³ *Ibíd.*, numeral 3.

⁴ *Ibíd.*, numeral 3.

⁵ *Ibíd.*, numeral 11.

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016) *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, numeral 7. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en (Consulta: 17 enero 2021).

⁷ *Ibíd.*, numeral 7.

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”⁸, y la participación de la población en las decisiones relativas a la salud comunitaria, nacional e internacional⁹. En consecuencia, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud **no debe interpretarse como el mero derecho a estar sano**¹⁰. Bajo esta perspectiva, el derecho a la salud acarrea tanto libertades como derechos:

- 1. Libertades:** Entre éstas se encuentran “el derecho a controlar su salud y su cuerpo, 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”¹¹.
- 2. Derechos:** Entre éstos, se incorpora el derecho “a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”¹².

Para que estas libertades y derechos incluidas dentro del derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud sean efectivas, las formas de garantizar el derecho deben cumplir al menos los siguientes elementos “esenciales e interrelacionados”¹³:

- 1. Disponibilidad:** La disponibilidad requiere de la existencia de “un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”¹⁴; los que aunque pueden variar según el territorio en el que se apliquen,

⁸ *Op. Cit.*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) *Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, numeral 11.

⁹ *Ibíd.*, numeral 11.

¹⁰ *Ibíd.*, numeral 8.

¹¹ *Ibíd.*, numeral 8.

¹² *Ibíd.*, numeral 8.

¹³ *Ibíd.*, numeral 12.

¹⁴ *Ibíd.*, numeral 12 a).

deben siempre incluir los factores determinantes básicos de la salud.

2. Accesibilidad: Este elemento requiere que los establecimientos y programas disponibles sean accesibles para todas las personas que se encuentren en el territorio de un Estado, sin discriminación¹⁵. Este elemento contiene cuatro dimensiones:

a. No discriminación: El acceso debe garantizarse sin ningún tipo de discriminación, con especial énfasis en los sectores más vulnerables y marginados de la población¹⁶.

b. Accesibilidad física: Esta dimensión requiere que el acceso físico se encuentre al alcance geográfico de todos los sectores de la población, que los factores determinantes básicos de la salud se encuentren a una distancia geográfica razonable y que la infraestructura disponible sea accesible y ajustada a las necesidades de las personas con discapacidad¹⁷.

c. Accesibilidad económica (asequibilidad): La accesibilidad económica implica que estos servicios deben estar al alcance de todas las personas, es decir, que el cálculo de los pagos debe basarse en el principio de equidad, evitando la sobrecarga desproporcionada de sectores más desventajados de la población¹⁸.

d. Acceso a la información: Esta dimensión asegura el “el derecho de solicitar, recibir y difundir

¹⁵ *Ibíd.*, numeral 12 b).

¹⁶ *Ibíd.*, numeral 12 b) i).

¹⁷ *Ibíd.*, numeral 12 b) ii).

¹⁸ *Ibíd.*, numeral 12 b) iii).

información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”¹⁹.

- 3. Aceptabilidad:** Esta dimensión requiere que todas las instituciones y prestaciones de salud sean respetuosas “de la ética médica y culturalmente apropiados”²⁰ y que se encuentren concebidas “para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas que se trate”²¹.
- 4. Calidad:** Por último, la calidad requiere que las instituciones y prestaciones sean apropiadas “desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad”²², lo que implica por ejemplo, “personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”²³.

Dentro de las prestaciones de salud protegidas por el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, especial importancia tienen (i) el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva²⁴, (ii) el derecho a la higiene del trabajo y del medio ambiente²⁵, (iii) el derecho a la prevención y tratamiento de enfermedades, y la lucha contra ellas²⁶, y (iv) el derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud²⁷. Todos ellos deben ser garantizados con igualdad para todas las personas, especialmente a aquellas pertenecientes a grupos vulnerables, tales como mujeres; niños, niñas y adolescentes; personas mayores, personas con discapacidad y pueblos indígenas²⁸.

¹⁹ *Ibíd.*, numeral 12 b) iv).

²⁰ *Ibíd.*, numeral 12 c).

²¹ *Ibíd.*, numeral 12 c).

²² *Ibíd.*, numeral 12 d).

²³ *Ibíd.*, numeral 12 d).

²⁴ *Ibíd.*, numeral 14.

²⁵ *Ibíd.*, numeral 15.

²⁶ *Ibíd.*, numeral 16.

²⁷ *Ibíd.*, numeral 17.

²⁸ *Ibíd.*, numerales 18 a 27.

Particular mención requiere la salud sexual y reproductiva. La **salud sexual** se refiere a un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad²⁹, mientras que la **salud reproductiva** se identifica con la “capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables”³⁰, incluyendo el acceso a las fuentes de información respectiva. Estos derechos, además de vincularse a los factores determinantes básicos de la salud, se encuentran particularmente afectados por **determinantes sociales de la salud**, tales como la “pobreza, la disparidad de ingresos, la discriminación sistémica y la marginación”³¹. Estos factores, usualmente concretados a través de leyes y políticas, limitan “las opciones de las personas con respecto a su salud sexual y reproductiva”³², especialmente en el caso de las mujeres y las personas LGBTI+.

II. REGULACIÓN INTERNACIONAL

El derecho a la salud está enunciado en el artículo 25 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Sin embargo, es el artículo 12 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** el que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, identificando como

²⁹ World Health Organization (2015) *Sexual health, human rights and the law*. Ginebra: WHO Document Production Services, p. 1. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/175556/9789241564984_eng.pdf;jsessionid=FA056BA2CA37ED1A877354E7231D87F7?sequence=1 (Consulta: 17 enero 2021).

³⁰ *Op. Cit.*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016) *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, numeral 6.

³¹ *Ibíd.*, numeral 8.

³² *Ibíd.*, numeral 8.

metas de este derecho, (i) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños, (ii) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente, (iii) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas, y (iv) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Adicionalmente, este instrumento sanciona el empleo de niños, niñas y adolescentes en trabajos nocivos para su salud (art. 10.3).

Al mismo tiempo, la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**, por su parte, establece la igualdad de derechos entre hombre y mujeres en la esfera de la educación, especialmente en relación al acceso “al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (art. 10 h)). Asimismo, garantiza la igualdad en la esfera del empleo, respecto del “derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción” (11.1 f)). Por último, se garantiza también la eliminación de la discriminación en la esfera de la atención médica, asegurando la igualdad de acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (art. 12.1), con un especial énfasis en las mujeres residentes de zonas rurales (art. 14.2 b)).

Por su parte, la **Convención sobre los Derechos del Niño**, asegura 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). En particular, dentro de las medidas que se deben adoptar, este instrumento señala: (i) la reducción de la mortalidad infantil y en la niñez, (ii) el aseguramiento de la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que requieran los niños, con especial énfasis en la atención primaria, (iii) el combate de las enfermedades y la malnutrición, (iv) el aseguramiento de la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada de las madres, (v) el aseguramiento del conocimiento de los principios básicos de la salud

y la nutrición, y (vi) el desarrollo de la atención sanitaria preventiva. Adicionalmente, la Convención establece el derecho de los niños a acceder a “información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales” relacionada con su salud física y mental (art. 17), a un examen periódico de su tratamiento cuando estén internados en establecimientos de salud (art. 25), a la protección de los niños contra trabajos nocivos para su salud (art. 32.1) y a un ambiente que fomente la salud en la recuperación de niños que hayan sido víctimas de “cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados” (art. 39). Esta última provisión se encuentra replicada también en el artículo 16 punto 5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Del mismo modo, la **Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad** garantiza el goce del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (art. 25), incluyendo el acceso a servicios de salud con las condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad adecuadas para las personas con discapacidad. Del mismo modo, garantiza la igualdad de condiciones en la protección de la información relativa a la salud de las personas con discapacidad (art. 22 punto 1), la intensificación o ampliación de programas de habilitación y rehabilitación en el ámbito de la salud (art. 26.1) y a la igualdad y prohibición de discriminación en relación con las condiciones de trabajo saludables (art. 27.1 a) y b)).

En términos generales, la **Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares** establece la igualdad de trato en las condiciones de salud en el ámbito del trabajo (art. 25.1 a)), en el acceso a cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar la vida o evitar daños irreparables a la salud (art. 28), en el acceso a los servicios de salud (art. 43.1 e) y art. 45.1 c)) y en las condiciones de trabajo y de vida (art. 70). Asimismo, la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial** garantiza en su artículo 5 letra e) numeral iv), la igualdad en el goce

del derecho a la salud pública y la asistencia médica. Y la **Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas** garantiza el acceso de las personas que tengan un interés legítimo, a la información relativa al estado de salud de las personas privadas de libertad (art. 18.1 f)).

Finalmente, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** utiliza la salud pública como un criterio de restricción de ciertos derechos como la libre circulación (art. 12.3), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18.3), la libertad de expresión (art. 19.3 b)), el derecho de reunión pacífica (art. 21) o el derecho de asociación (art. 22.2) en los casos en que la salud pueda correr peligro, tal como sucede en la actualidad, por ejemplo, con las cuarentenas producto de la pandemia del COVID-19. Las mismas restricciones permite la Convención de los Derechos del Niño (arts. 10.2, 13.2 b), 14.3 y 15.2), la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (arts. 8.1, 12.3, 13.3 b) y 39.2).

A nivel regional, la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** garantiza en su artículo XI el derecho de toda persona “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”. Adicionalmente, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (**Protocolo de San Salvador**), asegura el “derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” a la vez que la reconoce como un bien público (art. 10). Este reconocimiento implica la garantía de la atención primaria de salud, la cobertura de los servicios a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, la total inmunización contra enfermedades infecciosas; la prevención y tratamiento de enfermedades endémicas y profesionales, entre otras; la educación sobre prevención y tratamiento de problemas de salud; y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de mayor riesgo o vulnerabilidad.

Por último, este instrumento también prohíbe el trabajo que pueda poner en peligro la salud de las personas menores de 18 años (art. 7 f)) y utiliza la protección de la salud pública como un criterio para restringir el ejercicio de los derechos sindicales (art. 8.2).

III. REGULACIÓN CHILENA

A nivel doméstico, la Constitución Política vigente asegura a todas las personas el **derecho a la protección de la salud** en su artículo 19 N° 9. Según el texto, esta protección de la salud incluye, por una parte, el acceso libre e igualitario “a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, y por otra, el derecho individual a “elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”. En este contexto, son roles exclusivos del Estado la protección del acceso a las acciones de salud mencionadas, así como la “coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”. Sin embargo, este derecho está directamente atravesado por el denominado **principio de subsidiariedad del Estado**, en virtud del cual éste no tiene la responsabilidad sino un **deber preferente** de ejecutar las acciones de salud, lo que permite que éstas sean prestadas tanto por instituciones públicas (hospitales) como por instituciones privadas (clínicas y centros médicos).

Adicionalmente, su inclusión formal dentro de la Constitución no implica la existencia de mecanismos para hacerlo exigible judicialmente en la práctica. El denominado **recurso de protección** que se encuentra regulado en el artículo 20 de la Constitución, se limita a incluir dentro de sus causales únicamente el párrafo final del artículo 19 N° 9, lo que significa que cualquier reclamo judicial en favor del derecho a la salud, sólo podrá ser exitoso cuando se haya

vulnerado el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. Es decir, cuando sea la libre elección entre un sistema público o privado lo que está en juego, pero nunca cuando lo discutido sea el acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación o rehabilitación de la salud de las personas. De este modo, y desde el punto de vista de los derechos humanos, esto significa que el derecho a la salud en Chile es un derecho programático y **no justiciable**; es decir, que queda sólo al arbitrio del Estado o los privados su mayor o menor cumplimiento, en tanto no existen mecanismos para que los ciudadanos participen de la exigibilidad u observancia de este derecho dentro del país.

¿SABIAS QUÉ?

- El Estado de Chile es 1 de los 3 países signatarios del Protocolo de San Salvador que aún no lo ha ratificado³³. Actualmente se encuentra pendiente en el Congreso, desde el ingreso del proyecto en 2006³⁴.
- El Plan GES (ex AUGE) comenzó en julio de 2006 cubriendo 56 afecciones de salud, ampliándose más tarde a 69. En julio de 2013, su cobertura aumentó a 80 prestaciones, llegando en octubre de 2019 a 85. Puedes revisar el catálogo vigente en el

³³ Departamento de Derecho Internacional OAE (sin fecha) *A-52: 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/spanish/firmas/a-52.html> (Consulta: 19 diciembre 2020).

³⁴ Gobierno de Chile (2006) *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador*. Boletín 4087-10, 24 enero. Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4087-10 (Consulta: 19 diciembre 2020).

siguiente vínculo: <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/2464-plan-auge-ges>.

- Para formular y aplicar sus estrategias nacionales del derecho a la salud, los Estados Partes deben recurrir a la cooperación y asistencia técnica de la Organización Mundial de la Salud³⁵.
- Los tribunales de justicia, en casos de enfermedades graves, han ordenado a las ISAPREs la entrega de medicamentos de alto costo cuando las afecciones de salud han puesto en riesgo la vida de las personas. También han obligado a las ISAPREs a incorporar a personas dentro de sus planes en virtud del derecho a elección del sistema de salud³⁶.

³⁵ *Op. Cit.*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) *Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, numeral 63.

³⁶ Colegio de Abogados de Chile (2018) «*Si no, que deroguen la garantía al derecho a la vida y pongan que lo más importante son las finanzas públicas*». Noticias, 17 diciembre 2018. Disponible en: <https://colegioabogados.cl/si-no-que-deroguen-la-garantia-al-derecho-a-la-vida-y-pong-an-que-lo-mas-importante-son-las-finanzas-publicas/> (Consulta: 17 enero 2021).



Créditos Imagen de portada y
contraportada:
Juan Manuel Núñez Méndez para
Unsplash

 **The Global Initiative**
for Economic, Social and Cultural Rights

www.gi-escr.org/chile-1