

RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD POR EL CORPUS IURIS INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNIVERSAL Y REGIONAL, ALCANCES Y LIMITACIONES

Por: Román A. Navarro

Profesor Maestría en Derecho Público en la Universidad Autónoma de Centro América. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, cursó estudios de doctorado en Derecho Público en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Miembro de la Comisión de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados (as) y de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario, miembro activo del proceso regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, impulsado por el Banco Mundial y formó parte de la Mesa de Diálogo entre la Caja Costarricense de Seguro Social y la Sala Constitucional sobre Judicialización de la Salud y Sistemas de Salud, también fue miembro del Consejo de Investigación Nacional en Salud (CONIS) adscrito al Ministerio de Salud, creado por la Ley de Investigación Biomédica. Conferencista dentro y fuera del país sobre temas de derechos humanos y Derecho de la Salud. Autor de diversas publicaciones en el campo del Derecho Público y Derecho de la Salud en libros individuales, colectivos y revistas especializadas. Profesor de posgrado.

RESUMEN:

Los instrumentos normativos universales y regionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocen el derecho a la salud a toda persona, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna contraria a la dignidad humana. El Derecho Internacional exige a los Estados tomar todas las medidas legislativas, administrativas y técnicas necesarias para la realización efectiva del derecho a la salud. El cumplimiento de esas obligaciones es promovido por organismos internacionales de cooperación como la OMS y la OPS y vigilado y supervisión por órganos como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Consejo de Europa y diferentes órganos del Sistema Interamericano. La principal debilidad de la regulación internacional es la escasa exigibilidad del derecho a la salud ante los órganos jurisdiccionales del Derecho Internacional; deficiencia que debe ser superada por el Derecho Interno de los Estados.

Palabras claves:

Derecho a la salud, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derechos económicos, sociales y culturales, obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la salud, mecanismos de protección y jurisprudencia internacional.

ABSTRACT

The universal and regional normative Instruments of the International human rights law. Acknowledges the right to health to every person in equal conditions and without making any discrimination against human dignity. The international human rights law obligates all states to take all legislative, administrative and technical measures necessary for the effective utilization of the right to health. The compliance of those functions is promoted by international organizations like the WHO or PAHO and are watched over and monitored by the committee on economic, social and cultural rights as well as the european committee and some other Inter-american institutions. The main weakness of the international regulation is the little enforceability of the right to health before the international law courts. Deficiency that must be overcome by the domestic law of states.

Keywords:

Right to health, international human rights law, Economic, social and cultural rights, State obligations regarding the right to health, protection mechanisms and international jurisprudence.



INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud se encuentra recogido, tanto en los instrumentos universales de protección de los derechos humanos, como en los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos: sistemas europeo, africano e interamericano. Los órganos de control, supervisión y vigilancia de carácter jurisdiccional o no, han contribuido a desarrollar, a partir de informes o sentencias (según el caso) el derecho a la salud, a partir de la interpretación y aplicación del Derecho Internacional. Seguidamente, estudiaremos el derecho a la salud en el marco del Derecho Internacional más específicamente en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DERECHO A LA SALUD EN EL CORPUS IURIS UNIVERSAL Y REGIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Derecho Internacional ha mostrado sobrado interés en la salud de la población mundial y en relación con ella, por el progreso social y el desarrollo de los pueblos. Para lograrlo ha reconocido un amplio conjunto de derechos humanos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la salud. La salud se ha constituido en un bien jurídico público internacional y el reconocimiento, protección y promoción del derecho a la salud en una preocupación constante y creciente del Derecho Internacional.

El derecho a la salud en la Carta de las Naciones Unidas

De acuerdo con lo dispuesto en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 26 de junio de 1945, la Organización fue creada para promover la paz, la seguridad, los derechos fundamentales, la justicia y el progreso social entre los pueblos. El Preámbulo dispone: “Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos:... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.”

En el articulado, la Carta hace varias referencias a los derechos humanos fundamentales, en el artículo 1.3 enuncia como propósito de la ONU “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.” En el inciso c) del artículo 55 establece: “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.” El artículo 56 prevé para la realización de los derechos a los que hace mención el artículo anterior, los Estados miembros “se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente en

cooperación con la Organización...”. El ordinal 62 establece como competencia del Consejo Económico y Social (ECOSOC por sus siglas en inglés) “hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario,” (Inciso 1), también “... hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades.” (Inciso 2), “formular proyectos de convención” (inciso 3) y “convocar” “conferencias internacionales” (Inciso 4) sobre la materia. El numeral 68 atribuye al ECOSOC la competencia de establecer comisiones para “... la promoción de los derechos humanos...”. Corresponde también a la Asamblea General fomentar la cooperación internacional en materias como la “sanitaria” y en “derechos fundamentales” art. 13.1.b). Como puede apreciarse, no sólo los derechos humanos fundamentales se mencionan expresamente en la Carta, donde entenderíamos incluido el derecho a la salud, sino que también los artículos 13.1.b y el artículo 62, expresamente hacen referencia al campo “sanitario”, lo que revela que la “salud” de la población mundial y el derecho a la salud es una preocupación de la ONU desde su fundación.

Con anterioridad a la Carta de las Naciones Unidas (CNU) el Derecho Internacional no regulaba –salvo algunas excepciones– las relaciones del Estado con sus nacionales, esa era una cuestión que se reservaba a la jurisdicción doméstica. El régimen de protección que existía (con algunas excepciones, entre las más relevantes en materia religiosa, la esclavitud, el Derecho Humanitario y la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, todas de carácter sectorial o específico) beneficiaba a los extranjeros en el marco de la protección diplomática y con sustento en el principio de *international standard* (estándar mínimo de justicia y civilización) muy distante de la protección de hoy fundada en los principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación. Se trataba de un régimen precario cuyo ejercicio quedaba condicionado a la discrecionalidad del Estado del que la víctima era nacional, consistía en obligaciones debidas entre los Estados más que respecto de la persona extranjera.¹ Dicho de otra manera, a pesar de los signos de cambio anteriores a la CNU, no alteró la posición jurídica de la persona humana en el Derecho Internacional.

Los hechos acaecidos entre guerras, en particular la violación sistemática de los derechos fundamentales de las personas por Estados autoritarios, sería caldo de cultivo para una transformación radical del Derecho Internacional que apenas comienza. La nueva regulación era la respuesta de la comunidad internacional a la constatación de que el Estado se había convertido en el principal violador de los derechos fundamentales y de la dignidad humana. Esos hechos evidenciaron la inescindible conexión entre la paz y seguridad internacionales con el respeto de los derechos humanos, la justicia y el desarrollo social, económico y cultural de los pueblos, objetivos que como ya vimos se plasmaron en la CNU. No es de extrañar que la Carta haga mención al aspecto “sanitario”, la salud de la población mundial es clave para el logro de esos objetivos. En el Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, presentado en el quincuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, relativo a la relación entre salud y objetivos del milenio (2004), el Relator Especial Paul Hunt, indicó que: “La buena salud no es sólo una consecuencia de la reducción de la pobreza y del desarrollo, es una vía para lograrlos.”

Hoy no cabe duda que la CNU tenía desde el principio carácter vinculante para los Estados que por su condición de miembros se obligaron a su cumplimiento. Sin embargo, la Carta no establecía un catálogo de derechos fundamentales, solo aparece como un concepto jurídico indeterminado, cuya discrecionalidad juega a favor de los Estados; tampoco establecía principios para su identificación o definición ni sometió las controversias que pudieran surgir en materia de derechos fundamentales entre la persona humana y los Estados, a la competencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ); órgano jurisdiccional encargado de controlar –a instancia de parte– la conformidad de la conducta de los Estados con los principios de la CNU y del Derecho Internacional. A la jurisdicción contenciosa de la Corte solo pueden acceder los Estados (legitimación activa), ni siquiera las organizaciones internacionales, mucho menos la persona humana. La sentencia es obligatoria y solo tiene efectos interpartes. El Tribunal en tesis de principio no se pronunciará sobre ningún aspecto no solicitado (*non ultra petita*). Las organizaciones internacionales tienen acceso al Tribunal en el marco de la competencia consultiva (entre las consultantes se encuentran aquellas referidas a la promoción de los derechos humanos, incluso la OMS). La persona humana en ninguno de los casos. Claro

¹ “El Derecho Internacional clásico no se preocupaba por el trato que dispensaba el Estado a sus propios súbditos. Era ésta una cuestión que dejaba básicamente a la jurisdicción interna de los Estados. El Derecho Internacional clásico únicamente señalaba un estándar mínimo que el Estado debía observar respecto a particulares extranjeros –personas físicas o jurídicas–, y en caso de vulneración de tal estándar, articulaba la sanción por el mecanismo de la responsabilidad internacional del Estado infractor y la protección diplomática del Estado de la nacionalidad de la víctima. Mediante la protección diplomática, este último Estado podía reclamar, si lo estimaba políticamente oportuno, al Estado infractor, y siempre que el particular perjudicado hubiese agotado los recursos internos de éste. En el Derecho Internacional contemporáneo ha cambiado este planteamiento, y a lo que se aspira mediante la protección internacional de los derechos del hombre es a la imposición de obligaciones a los Estados respecto a todos los individuos, nacionales o extranjeros, y a que los individuos puedan reclamar directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos.” (Pastor, 2013).

² Durante el proceso de codificación posterior que ha impulsado la ONU, algunas convenciones internacionales sobre derechos humanos específicos (entre ellas la que prohíbe el genocidio) si han sometido las controversias que surjan en la interpretación y aplicación y por violación de ese específico convenio a la jurisdicción de la CIJ. Lamentablemente siguen dejando a la voluntad de los Estados Partes la aceptación de la jurisdicción de la Corte lo que opera en contra de la justiciabilidad de esos derechos.

está que haberle dado una competencia de ese tipo a la CIJ hubiera significado la constitución de la Corte en un verdadero poder judicial internacional (todavía hoy no existe) y a la persona humana en sujeto del Derecho Internacional.

Dada la falta de un catálogo de derechos y de una jurisdicción que pudiera desarrollarlos jurisprudencialmente, lo procedente era emprender una extensa labor de codificación y establecer mecanismos de control y prevención a través de organizaciones específicas dentro del marco de la ONU. Esta labor de codificación se lleva a cabo a través de tratados denominados “pactos” o “convenciones” sobre derechos humanos, en otros casos por medio de “declaraciones” carentes de obligatoriedad jurídica, pero que suelen adquirir exigibilidad y valor jurídico, porque: **a)** sirven para la interpretación y aplicación de los instrumentos normativos vinculantes, tanto por organizaciones internacionales, los Estados y los órganos jurisdiccionales (internacionales y nacionales); **b)** instrumentos vinculantes les suelen atribuir valor jurídico; **c)** la conducta de organizaciones internacionales y de los Estados se guía expresamente por ellas; **d)** se les suele atribuir valor normativo (obligatorio) al incorporarlas al Derecho Interno, bien por disposición constitucional expresa (ejemplo, Constitución Argentina o española en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos) o por vía jurisprudencial (ejemplo, Costa Rica).

En definitiva, con la ONU y la CNU se le da un impulso renovado y sin parangón a la protección de los derechos humanos fundamentales. El Derecho Internacional vuelca su mirada a la persona humana. A través de los derechos humanos se inicia un proceso de humanización y moralización del Derecho Internacional que todavía no acaba. La Carta no es neutra, toma partido por una concepción de la persona, del desarrollo y del rol de las organizaciones internacionales. La protección de la dignidad humana y de los derechos inherentes se convierte en principio del Derecho Internacional. De la CNU se desprende una relación inescindible entre la protección y plena realización de los derechos humanos, el desarrollo, el progreso social de los pueblos y la paz y seguridad internacionales. Dicho de otra manera, desde el Preámbulo de la CNU se evidencia que los derechos requieren de desarrollo integral y que éstos a su vez son la senda para lograrlo. Se exige un desarrollo donde impere la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas, condiciones de justicia, progreso social y elevados niveles de vida con libertad. La Carta no se limita a los denominados derechos civiles y políticos, en ella se revela la preocupación por los derechos económicos sociales y culturales.

La Carta menciona expresamente el tema sanitario. La Salud de la población mundial es un objetivo central a tal punto que se asignan competencias sobre el tema tanto a la Asamblea General como al ECOSOC. No es de extrañar que la primera organización creada en el marco de la CNU, fuera la Organización Mundial de la Salud. El derecho a la salud contenido de forma implícita en el concepto más amplio de derechos humanos de los artículos 1.3 y 55 de la Carta, así como la mención expresa a la salud en los numerales 61.1 y 13.1.b, exigían un mayor desarrollo normativo en el plano internacional (universal y regional) como efectivamente sucedió. El reconocimiento de los derechos humanos va a traer como consecuencia el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la subjetividad internacional (aunque limitada todavía) de la persona humana.

El derecho a la salud en instrumentos sobre derechos humanos de carácter universal

En el marco de la Carta de las Naciones Unidas se crea la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946), en el Preámbulo de su Carta Constitutiva, aparece definida la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”; además reconoce que: “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.” (Preámbulo del Convenio de Constitución de la OMS, adoptado el 7 de abril de 1948) y establece que la salud es una responsabilidad de los Estados: “Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.” (Preámbulo del Convenio Constitutivo OMS).

El concepto de salud expresado en el Preámbulo de la Constitución de la OMS, mira la salud desde una perspectiva holística y positiva, comprensiva de la persona humana en su integridad, empero, al equiparar “completo bienestar” con “salud”, le otorga cierta utopía al concepto. El Preámbulo, sin embargo, hace diferencia entre el concepto de salud y el derecho a la salud. El primero, bien jurídico del segundo, es el “completo bienestar” mientras que toda persona tiene derecho al “goce del grado máximo de salud”. El concepto de salud es por decirlo así: absoluto; mientras que el contenido del derecho es relativo, soporta diferentes niveles o grados, luego, aquel grado alcanzado debe ser disfrutado por todos sin discriminación alguna. Este concepto de salud y esa visión del derecho van a dominar la doctrina jurídica desde entonces y se van a plasmar en diferentes cuerpos normativos, internacionales o nacionales (constitucionales o legales) y van a ser acogidos por la jurisprudencia de los organismos internacionales (jurisdiccionales o no), los tribunales constitucionales y hasta por la jurisdicción ordinaria de los Estados.

Otra de las normas relevante de carácter universal que reconoce el derecho a la salud, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), mediante resolución 217-A-III, de 10 de diciembre de 1948, que establece en el artículo 25 lo siguiente: “Toda persona tiene derecho 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; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.” En esta norma, el derecho a la salud aparece como parte del contenido del “derecho a un nivel de vida adecuado”

que la DUDH reconoce para todo ser humano individualmente concebido y a su familia. El “estado de completo bienestar físico, mental y social” de la OMS, aparece aquí necesariamente ligado a la satisfacción de otros derechos, el “bienestar” es condición para la salud y la “salud” del bienestar y ambos requieren, para su efectiva realización de la satisfacción o pleno goce de otros bienes jurídicos básicos.

Tabla 1

Contenido del derecho a un nivel de vida adecuado en la normativa internacional

Derecho a un nivel de vida adecuado			
Contenido complejo (Otros derechos)	Asistencia médica	Vivienda	Servicios sociales
	Salud	Alimentación	Seguro desempleo
	Seguro de enfermedad	Bienestar	Seguro invalidez, vejez, viudez y muerte

Fuente: Elaboración propia a partir del artículo 25 DUDH

El valor inmerso en la norma es la “seguridad”, en expresión de la norma: “que le asegure”. La DUDH responde así a los grandes sectores sociales excluidos de los beneficios de la cooperación social, reconociendo un conjunto de derechos (sociales) que se imponen como obligación de los Estados, a fin de garantizar a cada persona y a su familia un nivel de vida digno, “adecuado” en el lenguaje de la norma, lo que sólo es posible si tiene acceso a una serie de bienes básicos. La norma parte de un supuesto lógico, la persona o la familia individualmente consideradas no pueden por sí mismos proveerse de esos bienes, requieren necesariamente la participación de la sociedad en su conjunto y particularmente del Estado.

Es importante señalar que la DUDH no expresó una visión compartimentalizada o separada de los derechos. Partió de que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1), titular de “todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” (art. 2), no sólo los de libertad, sino también los económicos, sociales y culturales “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.” (art. 22), entre los que se encuentran los reconocidos en el artículo 25, entre ellos, el derecho a la salud, garantía esencial no sólo de un nivel de vida adecuado (concepto más amplio y comprensivo) sino también, junto a los otros derechos sociales, de los derechos de libertad y participación proclamados en la Declaración.

Conviene mencionar que la DUDH inició como toda “declaración” carente de fuerza vinculante, sujeta, como toda resolución de las Naciones Unidas, a cumplimiento de buena fe por los Estados miembros, sin perjuicio del valor político y moral que se le podía atribuir. Hoy es innegable que estamos ante una norma jurídica vinculante y obligatoria, la práctica posterior así lo confirma: **a)** La DUDH se convirtió en el estándar de conducta exigido por la ONU para medir el cumplimiento de los Estados de sus obligaciones en el campo de los derechos humanos; **b)** la normativa internacional (universal o regional) posterior, se fundaba expresamente en la DUDH, para decirlo así, constituían su extensión y desarrollo; para constarlo baste revisar los considerandos de los dos Pactos de 1966 y las Convención europea y americana; **c)** La CIJ se refirió a la DUDH en el caso del asunto del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos de América en Teherán (1980) y dijo que “privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterles a condiciones penosas a coacción física, es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”; **d)** frecuentemente es citada como norma jurídica de la cual se derivan derechos para las personas y obligaciones para los Estados de forma directa, por los Tribunales (internacionales y nacionales); **e)** algunas constituciones la han incorporado expresamente como norma vinculante en el Derecho Interno (ejemplo, Argentina, España) y en otros casos, se ha incorporado a través de sentencias de tribunales constitucionales vinculantes erga omnes.

La DUDH se ha convertido en la “interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos y en elemento clave de la estructura constitucional del Derecho Internacional contemporáneo” (Carrillo, 1995). Es pues, el contenido y definición de los conceptos jurídicos indeterminados de la CNU. Para algunos es un principio reconocido por las naciones civilizadas (Carrillo, 1995) para otros una costumbre internacional.

Como desarrollo posterior de la DUDH y la CNU, y en pleno apogeo de la guerra fría, se aprueba el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por las Naciones Unidas en 1966. El PIDESC no solo reconoce el derecho a la salud o al “más alto nivel posible de salud” a todo ser humano (siguiendo el lenguaje de la Carta de la OMS) sino que hace referencia al contenido mínimo del derecho, regulando con suma precisión algunas de las obligaciones de los Estados para su efectiva realización. Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CODESC) esta es la norma más exhaustiva contenida en los instrumentos universales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

“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 Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran 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.” (art. 12, PIDESC).

Además de esta norma, también deben citarse obligatoriamente por su conexidad, los artículos 1³ y 2⁴ del mismo PIDESC, que disponen obligaciones generales a los Estados Partes para hacer efectivos los derechos reconocidos en él, incluido por supuesto, el derecho a la salud. También es conveniente indicar que el derecho no debe verse descontextualizado del Pacto, la satisfacción plena de los otros derechos económicos, sociales y culturales en él reconocidos incide directamente en la salud y viceversa, como ya vimos lo puso de manifiesto la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El derecho a la salud también se encuentra recogido en los arts. 23, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN). El art. 11, inc. 1.e) y f) y el art. 12, de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW siglas en inglés), entre otros instrumentos normativos de carácter universal.

Los instrumentos normativos que reconocen el derecho a la salud puede clasificarse en universales y regionales, según el espacio territorial al que se dirigen; o en generales y específicos, según los sujetos y objetos de regulación en cada ámbito territorial (universal o regional). Múltiples instrumentos se dirigen específicamente a garantizar derechos, entre ellos de la salud, a ciertos grupos poblacionales discriminados por edad: (niños, adultos mayores), o por género (mujeres), minorías y grupos vulnerables (indígenas, refugiados, apátridas, etc.), por razones de salud (enfermos mentales, pacientes de VIH-SIDA, etc.), razones profesionales (trabajadores, trabajadores domésticos, entre otros); o bien, dirigidos a temas específicos, relacionados con la salud humana (Atención primaria, bioética, etc.). Algunos de esos instrumentos se enlistan en la tabla siguiente, obviamente sin pretensión de exhaustividad.

³ “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.”

⁴ “1. 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 dispone, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 3. Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizada los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”

Tabla 2

Reconocimiento del derecho a la salud por instrumentos normativos de carácter universal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) sin pretensión de exhaustividad

Universales	Generales	Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 1948		art. 25
		Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 1966.		art. 12
	Especiales Sectoriales	Sujetos o grupo poblacional	Convenio sobre Derechos del Niño (CDN), 1989.	art. 23, 24 y 25
			Declaración de los derechos del niño, 1954	art. 4
			Declaración sobre eliminación de la violencia contra la mujer, 1993	art. 3
			Convención sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, (CEDAW), 1979.	art. 12
			Convención sobre Estatuto de los Refugiados, 1950	art. 24
			Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 1954	art. 24
			Declaración sobre el progreso y el desarrollo social, 1969	art. 10.d); 11.a
			Declaración de los derechos del retrasado mental, 1971	art. 2
			Declaración de los derechos de los impedidos, 1975	art. 6
			Convenio sobre pueblos indígenas y tribales # 169 (OIT, 1989)	art. 25
			Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, # 187, (OIT, 2006)	Todo (art. 2,3,4)
			Convenio sobre el trabajo decente para los trabajadoras y trabajadores domésticos # 189, (OIT, 2011).	art. 13
	Objeto (Tema)	Convenio Constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946)	Preámbulo	
		Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos, 1997	art. 5.e; 12.b; 15	
		Declaración de Alma Ata sobre Atención Primaria (1978)	Toda	
		Convenio marco de la OMS sobre control del tabaco	art. 2,3	
		Declaración universal sobre bioética y derechos humanos (UNESCO, 2005).	art. 14	
		Declaración sobre el progreso y el desarrollo social, 1969.	art. 10.d); 11.a	

Fuente: Elaboración propia

Es importante mencionar someramente, que los derechos humanos han venido configurándose a través de un proceso lento pero seguro en jus cogens internacional de donde se derivan obligaciones erga omnes para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional: “Este núcleo duro de los derechos humanos fundamentales, y por ello absolutos e inderogables... ha contribuido a dar concreción y precisión jurídicas a las normas de jus cogens y de obligaciones erga omnes, categorías jurídicas que han ido entrando progresivamente en la doctrina y en la práctica internacionales ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en la idea de humanidad, frente a la pretendida omnipotencia de la voluntad de los Estados en Derecho Internacional.” (Carrillo, 1995)

Ese profundo desarrollo doctrinal se hizo posible especialmente, aunque no exclusivamente, a partir del famoso obiter dictum de la CIJ, en el caso Bélgica contra España, donde Bélgica reclamaba la indemnización de daños causados a la empresa Barcelona Traction, de nacionalidad canadiense pero de capital belga, dedicada a la energía eléctrica en Cataluña, sentencia de 1970, la Corte estableció: “ (...) debe establecerse, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados

hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones erga omnes”.

De la jurisprudencia de la CIJ se deduce que los instrumentos de derechos humanos y los tratados suscritos entre los Estados para regular sus relaciones de cooperación mutua, son diferentes; los de derechos humanos no se basan en la idea de reciprocidad de obligaciones, consisten en un reconocimiento de derechos de terceros; no responde a intereses individuales sino a intereses de la colectividad internacional en su conjunto; no tienen carácter subjetivo sino objetivo y absoluto. Los derechos humanos le han otorgado –todavía de manera limitada- subjetividad internacional a la persona humana. Los primeros son derecho disponible por las partes (ius dispositivum), mientras que las de derechos humanos son imperativas, indisponibles por los sujetos del Derecho Internacional, conforman el orden público internacional y el denominado jus cogens internacional. Toda norma o acto que se oponga es absolutamente nulo. El jus cogens fija límite a la soberanía de los Estados. Toda norma contraria al jus cogens es nula por disposición del artículo 53⁵ de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Sin embargo, aunque la sentencia hace referencia a los derechos humanos, solo algunos derechos y normas se admiten incluidos dentro de la categoría de jus cogens. Entre ellos, el derecho a la vida, la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y el apartheid, la prohibición de las torturas y la esclavitud y, en general todos aquellos derechos reconocidos en los instrumentos internacionales respecto de los cuales no procede la suspensión de las garantías en caso de crisis interna. Esos derechos como puede observarse integran el grupo de los llamados derechos civiles y políticos y no se encuentra entre ellos, los derechos económicos, sociales y culturales, donde los distintos cuerpos normativos suelen ubicar el derecho a la salud. Es una manifestación más de una visión separada, divisible y de compartimentos estancos (compartimentalizada) de los derechos humanos fundamentales.

Lo que si se admite, es que el derecho a la salud junto con los derechos al trabajo y a la educación, integran el núcleo duro o contenido esencial de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Frente a los derechos humanos en general, incluidos los económicos, sociales y culturales, los Estados no pueden oponer para su inobservancia el Derecho Interno, ni siquiera su propia Constitución. Se ha producido una superación del principio de la competencia exclusiva de los Estados propia del Derecho Internacional clásico. Obviamente, el contenido del derecho a la salud es complejo y su gran mayoría todavía queda reservado a la competencia de los Estados, por ejemplo, cada Estado decide sobre el sistema de salud con el que pretende alcanzar la realización plena del derecho, el corpus iuris internacional solo le impone el derecho en sí, unos principios y un contenido mínimo, que de resultar desconocidos por los Estados comprometen su responsabilidad internacional.

A este esfuerzo codificador de los derechos humanos en el plano universal y del derecho a la salud en particular, se le debe sumar el encomiable esfuerzo en el ámbito regional, concretamente en los continentes europeo, americano y africano. Ese esfuerzo todavía no ha sido emulado por el continente asiático.

⁵ “Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa del Derecho Internacional General (“JUS COGENS”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

El derecho a la salud en instrumentos sobre derechos humanos de carácter regional

La salud es también reconocida como un derecho humano fundamental por los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, en particular dentro de los sistemas europeo, africano⁶ e interamericano. Solo nos referiremos a la protección del derecho a la salud en el contexto europeo y americano, por tratarse de los más desarrollados.

La protección del derecho a la salud en el continente europeo

La protección del derecho a la salud en el viejo continente debe analizarse en el marco del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

Protección del derecho a la salud en el Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa (Organización internacional de Europa occidental creada en 1949), se protegen los derechos humanos a partir de dos instrumentos claramente definidos. El primero relativo a los derechos civiles y políticos, a través de la Convención de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (Roma, 1950) y que ha sido completada por más de una docena de protocolos adicionales.⁷ Ni el Convenio originario ni sus protocolos sucesivos contienen el derecho a la salud. El segundo, la Carta Social europea, donde se encuentran recogidos los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos, el derecho a la salud o a la protección de la salud (art. 11⁸ y 13⁹), firmada en Turín en 1961, cuenta con 3 protocolos sucesivos, en 1996 se aprobó la versión revisada, que sigue reconociendo el derecho a la salud en el art. 11 y para grupos específicos en los arts. 3, 7, 8, 17 y 23.

A estos convenios debemos agregar otros de carácter específico que tienen por objetivo la protección especial de ciertos grupos poblacionales, por ejemplo: el Convenio europeo sobre derechos del niño contra la explotación y los abusos sexuales, el Convenio europeo sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la vida doméstica, Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, Convenio marco para la protección de las minorías nacionales, Convenio europeo contra la trata de seres humanos, Convenio sobre la protección de las personas sobre el tratamiento informatizado de datos de carácter personal, Convenio europeo sobre el estatuto del trabajador migrante.

La Carta Social Europea tiene la particularidad que permite a los Estados Partes elegir, dentro de ciertos límites, los derechos a los que se vincula: Tienen que escoger al menos cinco artículos del núcleo duro o Parte I de la Carta, entre los cuales se encuentra el derecho a la protección de la salud y además un número de artículos o párrafos de la Parte II, adicional siempre que el número total no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados (art. 20.1.c), sin perjuicio, de que muchos Estados ratifican la totalidad de la Carta.

La diferencia entre el contenido, sujeción y mecanismos de protección entre la Carta Social Europea y Convenio de Roma son evidentes.

“como es sabido, la promoción y la protección de los derechos económicos y sociales en el Consejo de Europa es mucho más deficiente que la de los derechos de primera generación. En este sentido, es preciso destacar que, frente a la posibilidad de presentación de denuncias individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violaciones de los derechos

⁶ “1. Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible. 2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos.” (art. 16 Carta africana de derechos del hombre y de los pueblos).

⁷ De especial interés, el Protocolo número 11 en virtud del cual desapareció la Comisión y quedó únicamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que las personas tienen ahora acceso directo. Las reformas procesales incorporadas mediante el Protocolo # 11, han sido perfeccionadas mediante los Protocolos 14 y 14 bis. En el Sistema Interamericano todavía seguimos anclados a un modelo similar al que imperaba en Europa antes de la reforma, la denuncia se presenta ante la Comisión y no directamente ante la Corte Interamericana, teniendo la Comisión facultades discrecionales para decidir si presenta o no la denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁸ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.” (art. 11 Carta Social Europea).

⁹ Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen: 1. A velar porque toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.” (art. 13.1 Carta Social Europea).

contemplados en el Convenio de Roma de 1950, los derechos económicos y sociales recogidos en la Carta Social Europea... limitan su control a la presentación de informes gubernamentales al Comité europeo de derechos sociales... la posibilidad de mejorar la eficacia de este instrumento a través de la presentación de denuncias por parte de determinadas organizaciones no gubernamentales frente a un Estado, se contempla en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea relativo a un sistema colectivo de quejas de 9 de noviembre de 1995.” (Manero, 2010)

Empero, hoy se sabe, que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, que se requiere de la plena satisfacción de todos ellos para el pleno desarrollo de la persona humana y de todas las personas humanas; en ese sentido, el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano competente de la vigilancia y correcta aplicación de la Carta (originaria o revisada), ha interpretado la Carta Social en relación con el Convenio de Roma y con los instrumentos normativos de los derechos humanos de carácter universal.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo del Comité Europeo de Derechos Sociales, tanto en la regulación de los derechos como en los mecanismos de protección se evidencia la compartimentalización de los derechos civiles y políticos por un lado y los económicos, sociales y culturales por el otro, en el contexto europeo. Mientras que los mecanismos jurisdiccionales de protección y tutela de los primeros es eficaz y de acceso directo de forma individual por la persona humana al Tribunal Europeo de Derechos Humanos; respecto de los segundos sólo son admisibles las reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, siempre que el Estado denunciado haya ratificado el Protocolo respectivo, de lo contrario el procedimiento de control y vigilancia se limita al sistema de informes; mientras el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene carácter jurisdiccional el Comité formalmente no lo tiene; los derechos contenidos en el Convenio de Roma son directamente vinculantes, los de la Carta (originaria o revisada) son programáticos.

En definitiva, el derecho a la salud se encuentra reconocido en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos por la Carta Social Europea con carácter programático, requiere para su efectivo goce del desarrollo legislativo y administrativo de los Estados Parte; la vigilancia y control está a cargo en primer lugar del Comité Europeo de Derechos Sociales en el marco del Consejo de Europa, mediante un sistema de informes anuales obligatorios sobre los derechos correspondientes a ese año (para ese efecto los derechos han sido divididos en cuatro grupos, el derecho a la salud está incluido en el grupo 2 y la evolución en la satisfacción se evalúa cada 4 años); el cumplimiento de las recomendaciones que dicte el Comité es supervisado por el Comité de Ministros asistido por el Comité Gubernamental; es decir, la garantía de los derechos reconocidos en la Carta, entre ellos el derecho a la salud, pasa por una valoración política mientras que los derechos del Convenio de Roma es estrictamente jurídica. El procedimiento de reclamaciones colectivas es facultativo, siendo necesaria su ratificación para oponerle ante el Estado Parte, permite acudir al Comité sin agotar los recursos internos, empero, para acudir por esta vía a tutelar el derecho a la salud, se requiere en primer lugar que este derecho sea uno de los que haya ratificado el Estado y segundo, que también haya ratificado el Protocolo que regula las reclamaciones colectivas, si alguno de los dos falta, las organizaciones no gubernamentales se encontrarán con barreras infranqueables que impedirán el acceso a éste mecanismo de protección. En aplicación del mecanismo de reclamaciones colectivas el Comité se ha pronunciado respecto de garantías laborales o de seguridad social, en contra de medidas económicas restrictivas aprobadas por los Estados con el apoyo o impulso de la Unión Europea.¹⁰ A falta del mecanismo de reclamaciones colectivas o concurrentemente con él, queda a los interesados hacer aplicar y respetar la Carta en sus jurisdicciones nacionales utilizando para ello los mecanismos jurisdiccionales o administrativos que la normativa interna (constitucional y legal) disponga.

Protección del derecho a la salud en la Unión Europea

En el marco de la Unión Europea, tenemos por un lado el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que le otorga a los órganos comunitarios competencia sobre la materia: “1. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, así como la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas. La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención.

2... 5. El Parlamento y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.” De esta norma se desprenden los principios de subsidiariedad

¹⁰ Decisión de fondo # 48/2008 contra Bulgaria sobre subsidios de desempleo; # 1/1998 contra Portugal sobre trabajo infantil, siete decisiones de fondo en el 2012 contra Grecia sobre reformas laborales y seguridad social.

y complementariedad de la política europea en materia de salud.¹¹ El inciso 7 expresamente se “reserva a los estados” lo concerniente a la definición de la política de salud, las prestaciones sanitarias, la organización y gestión de los servicios médicos asistenciales y la asignación de recursos, con las excepciones que la propia norma establece (competencias compartidas) y las exigencias que puedan imponerse desde una realidad donde los problemas de salud son cada vez más europeos y cada vez menos estatales (supranacionalidad).

Además, tenemos que tener en cuenta que la salud pública constituye un título jurídico habilitante para imponer restricciones y limitaciones al libre comercio y en el contexto europeo a las libertades comunitarias básicas, siempre que no constituyan una discriminación arbitraria o una restricción encubierta al comercio.

Por otro lado, en la Unión Europea, además de las competencias otorgadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, también se ha reconocido el derecho a la salud o a la protección de la salud. En efecto, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Niza, 7 de diciembre de 2000), recoge los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea, entre ellos, los derechos y principios incluidos en la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales de la Carta social europea, los reconocidos en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la Unión Europea y cualquier otro que se derive de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre ellos el derecho a la salud (art. 35).

La Carta inició como una Declaración sin fuerza vinculante, pero a partir de su reconocimiento en el artículo 6.1¹² del Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht y con el reconocimiento y entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, alcanzó fuerza vinculante para los países de la Unión Europea (con algunas excepciones, Reino Unido por ejemplo). La Carta se divide en siete títulos; reconoce el derecho a la protección de la salud en el artículo 35 del Título IV Solidaridad.¹³ En igual sentido, la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores (1989) reconoce el derecho a la protección de la salud en el artículo 19.¹⁴

El derecho a la salud aparece recogido en el Título relativo a los derechos de solidaridad, por tanto, clasificado como un derecho social. Las instituciones y órganos de la Unión Europea tienen la obligación jurídica de aplicar la Carta. El artículo 35 de dicho cuerpo normativo refiere a la legislación nacional el desarrollo del derecho a la salud o a la protección de la salud. Para ello, los Estados comunitarios deben observar los límites y limitaciones indicados en los artículos 52 y 53 de la Carta. Entre esas limitaciones encontramos la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad, el interés general o la necesidad de proteger los otros derechos.¹⁵ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

¹¹ El artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea define el principio de subsidiariedad de la siguiente manera: “La Unión intervendrá sólo en el caso de que, y en la medida que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, ni a nivel regional o local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.”

¹² Inciso 1 artículo 6 del Tratado de la Unión Europea: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.”

¹³ Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.” (art. 35 Carta europea de derechos fundamentales).

¹⁴ “Todo trabajador debe disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el proceso de las condiciones existentes en este campo. Estas medidas deberán tener en cuenta, en particular, la necesidad de formación, información consulta y participación equilibrada de los trabajadores en lo que se refiere a los riesgos a los que estén expuestos y a las medidas que se adopten para eliminar o reducir esos riesgos. Las disposiciones relativas a la realización del mercado interior deben contribuir a dicha protección.” (art. 19 Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores).

¹⁵ 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. 2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio.” (art. 52 Carta europea de

dispone, que aquellos derechos que también se encuentran reconocidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tendrán en el marco de la Unión Europea una protección igual o superior (art. 52.3).

En relación con la tutela del derecho a la salud reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se comprende que las “*personas físicas podrán pedir la anulación de leyes europeas o nacionales que violen sus derechos, mediante un recurso ante las jurisdicciones de sus países, o un recurso directo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con los actos de las instituciones europeas de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente así como contra los Reglamentos, sin que se precise la condición de ser afectados personal y directamente por estos.*” (Marcos y Quesada, 2014). En un eventual conflicto entre las normas nacionales y actos estatales con la Carta y las normas comunitarias los afectados podrán acudir a la jurisdicción nacional. El Derecho comunitario prevalece sobre la legislación interna, lo que podrá ser alegado por los afectados ante las jurisdicciones nacionales, pudiendo además invocar las normas constitucionales conformes con este principio, así por ejemplo, en España los artículos 10.2¹⁶ y 93¹⁷ de la Constitución dan a entender que prevalece la Carta europea de derechos fundamentales sobre la constitución y legislación interna. En todo caso, el juez nacional podrá consultar (prejudicialidad) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) cuando tiene dudas sobre la interpretación de la Carta y no es posible el acceso directo al TJUE. Cabe el acceso directo, cuando el acto violatorio viene de las instituciones de la Unión Europea. En todo caso, la protección del derecho a la salud de violaciones individuales y directas no transita por la senda del acceso directo, el afectado requiere acudir a la jurisdicción estatal. El Tratado de la Unión Europea establece mecanismos de orden político más que jurídico para la protección de estos derechos, contemplados en el artículo 7 de dicho Tratado constitutivo, que opera en casos de violaciones graves y persistentes.¹⁸

Como ya nos consta, la regulación comunitaria se funda en el principio de que la salud es primordialmente responsabilidad estatal y sólo subsidiaria o complementariamente responsabilidad comunicaría y además, sólo respecto de ciertos ámbitos: salud pública por ejemplo (art. 168 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que desbordan las jurisdicciones nacionales y obliga a la cooperación mutua para responder apropiadamente a los problemas comunitarios (transfronterizos). En aplicación de estos principios de subsidiariedad y de cooperación fragmentada la Unión Europea interviene en ámbitos específicos y no sobre la totalidad del fenómeno sanitario.

Ahora bien, por tratarse de un tema transversal, muchas políticas europeas se ocupan de la salud: política ambiental, social, agraria, laboral (salud e higiene en el trabajo), comercial (medicamentos, alimentos, etc.), protección del consumidor, transporte de mercancías, etcétera, tendientes a lograr la convivencia humana, el funcionamiento de los mercados y el desarrollo económico y social de la Unión Europea. Enfermedades transfronterizas como la “enfermedad de las vacas locas” de naturaleza transmisible, llevaron a la Unión Europea a ocuparse de la salud pública por la sensible importancia que esta tiene para el buen funcionamiento de los mercados y el desarrollo económico y social. Por otro lado, el derecho a la libre circulación de personas en el ámbito comunitario ha obligado a adoptar medidas y políticas de armonización de sistemas de salud transfronterizos y del disfrute de los derechos que se derivan de ellos.

En esa línea, como bien lo describen Marcos Martín y Quesada Alcalá, se aprobó el Libro Blanco “*Juntos por la salud: un enfoque estratégico para la UE 2008-2013*” (2007) y el Programa de salud para el crecimiento 2014-2020” (2011). El primero aborda temas como el envejecimiento de la población, la sostenibilidad de los sistemas sanitarios, las pandemias, el bioterrorismo, las nuevas tecnologías sanitarias, la cooperación internacional, entre otros. El segundo procura adaptar a los cambios sociales y demográficos de las políticas europeas en materia de protección de la salud y potenciar la innovación. También el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron los reglamentos 883/2004 y 907/2009 y la Directiva 2011/24/UE, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (2011). Con los primeros buscan hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las prestaciones derivadas de los sistemas nacionales de seguridad social para los ciudadanos comunitarios (excluye trabajadores de países fuera de la UE) y mediante la segunda, regula el reembolso de los gastos ocasionados al recibir tratamiento en otro Estado miembro (excluye ciertos tratamientos del beneficio, por ejemplo cuidados de larga duración, acceso a órganos para trasplante, etc.) y el marco para el desarrollo de la receta electrónica e intercambios de información.

derechos fundamentales).

¹⁶ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” (art. 10.2 CE).

¹⁷ “... Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.” (art. 93 CE).

¹⁸ “A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.” (art. 7 TUE).

En definitiva, la Unión Europea a pesar de su rol subsidiario tiene cada vez mayor protagonismo en la protección de la salud y en la realización efectiva del derecho a la salud, en consonancia con lo que dispone el artículo 9 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de (...) un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.” Para lograr ese cometido, la Unión Europea no se ha limitado exclusivamente a una amplia regulación de los mercados desde el punto de vista sanitario (creación de un mercado único de productos farmacéuticos, control veterinario y fitosanitario, seguridad, salud y prevención de riesgos del trabajo, restricciones a la importación, exportación y tránsito fundadas en la protección de la salud humana, el derecho de establecimiento y libre prestación de servicios de salud, la protección del consumidor y medio ambiente, entre otras); también se ha ocupado de la prevención de las enfermedades como el cáncer, enfermedades cardiovasculares, transmisibles como el VIH-SIDA, el consumo de tabaco y enfermedades raras; asimismo se ha ocupado de la promoción de estilos de vida saludables (obesidad, alimentación, ejercicio físico, etc.) y finalmente, “La asistencia sanitaria transfronteriza es una exigencia de la garantía de las libertades del mercado interior, pero también es consecuencia de la libre circulación de las personas. La UE puede, por tanto, establecer unas pautas mínimas (...) la norma de referencia en este sentido es el Reglamento 1408/1971, que establece medidas de coordinación entre los distintos sistemas sanitarios nacionales (...) Los trámites se han ido simplificando hasta la puesta en práctica de la Tarjeta sanitaria europea, que acredita el derecho del titular a recibir prestaciones sanitarias necesarias durante una estancia temporal en otro Estado miembro distinto al de residencia.” (Fernández, 2013). Está claro que la Unión Europea no ofrece prestaciones sanitarias asistenciales pero sin duda está contribuyendo a la protección del derecho a la salud en el contexto comunitario.

Protección del derecho a la salud en el continente americano

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, encontramos el derecho a la salud reconocido en el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), aprobada en el seno de la OEA, Bogotá, 1948, cuyo texto expresa: “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.” La DADDH es anterior a la DUDH. Al igual que la DUDH surge a la vida jurídica como una mera declaración, carente de fuerza normativa para obligar, sin embargo, con el tiempo se ha convertido en una norma jurídica vinculante que genera obligaciones que los Estados miembros de la OEA deben cumplir. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la ha citado reiteradamente en su jurisprudencia y en la Opinión Consultiva de 14 de julio de 1989, dijo que la norma debía interpretarse de manera evolutiva, privando la interpretación y el valor que se le da en el tiempo en que se interpreta y aplica. Siguiendo ese criterio interpretativo, la CIDH expresó sobre la DUDH: “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.” Llega a esa conclusión porque “La Asamblea General de la Organización ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA.” La CIDH observa que los Estados miembros de la OEA “han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.” Teniendo en cuenta estas observaciones, la CIDH llega a la conclusión de que la DADDH obliga a todos los miembros de la OEA, incluso a aquellos, que no forman parte de la Convención Americana.

El derecho a la salud también aparece reconocido en el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PACADH); en el numeral 4, inc. a) de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (CIPSEVCM). Implícitamente lo encontramos en los art. 3 inc. l), 34 inc. i), y 45 inc. b), de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Estimamos importante señalar que a diferencia del Consejo de Europa que reguló los derechos económicos, sociales y culturales en un instrumento distinto al de los derechos civiles y políticos, la Organización de Estados Americanos (OEA), reconoció ambas categorías de derechos en un mismo instrumento: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El problema se presenta porque la CADH no contiene un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, se limita a enunciarlos de forma genérica en el art. 26 y sujetarlos al principio de progresividad o desarrollo progresivo.¹⁹ Razón por la que se requería un desarrollo normativo ulterior, que se solventó mediante la aprobación y entrada en vigencia del Protocolo adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

El art. 10 del PACADH, norma inspirada en el art. 12 del PIDESC, con una redacción más actualizada y por la importancia para

¹⁹ Al respecto el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: “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.”

ulteriores análisis conviene citar:

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien jurídico público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial, puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”

La efectividad de esta norma depende primeramente de la satisfacción por los Estados Partes de los otros derechos recogidos en el Protocolo y del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención Americana, en especial pero no exclusivamente, en los art. 1, 2, 24 y 26 de la Convención Americana; en segundo lugar, de su exigibilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Creemos que no es suficiente la vigilancia de cumplimiento a cargo del Consejo Interamericano Económico y Social (CIES), el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (CIECC) o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Es importante hacer notar que aquella idea expresada en el Preámbulo de la Carta Constitutiva de la OMS, sobre el derecho a la salud como un derecho al “goce del grado máximo de salud” y no obligatoriamente al “completo bienestar físico, mental y social”, aunque tampoco excluye el nivel “perfecto” de salud, al menos como estado individual, es la que caló en las regulaciones posteriores. El PIDESC reconoció “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” y el PACADH, como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. Con lo cual, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) acepta diferentes niveles de cumplimiento por parte de los Estados, a condición de que el grado de protección coincida con el desarrollo económico y social alcanzado por el país y mantenga una tendencia constante a la progresividad.

Tabla 3

Concepto, contenido y principios que sustentan del derecho a la salud a la luz del corpus iuris internacional

Concepto de derecho a la salud (art. 12 PIDESC, 10 PACADH)
 Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social

<p>Obligaciones específicas (art. 12.2 PIDESC, 10.2 PACADH)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Asistencia sanitaria esencial (atención primaria) de acceso universal • Reducción de la mortalidad, mortalidad infantil y desarrollo sano del niño • Higiene del trabajo y medio ambiente • Total inmunización contra principales enfermedades infecciosas. • Prevención y tratamiento enfermedades profesionales • Asistencia médica y servicios médicos para todos • Satisfacción necesidades de salud grupos de alto riesgo, vulnerables y en condición de pobreza • Educación de la población sobre prevención y tratamiento • Reconocer la salud como bien jurídico público en su Ordenamiento. 	<p>Obligaciones generales (art. 1, 2, 25 PIDESC, 1, 2, 25, 26, 29 CADH)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Libre determinación política del sistema de salud • Libre disposición de las riquezas y recursos naturales dentro de las limitaciones del orden internacional. • Deber de respeto • Adoptar medidas legislativas, administrativas, económicas, técnicas o de otro carácter. • Establecer un sistema progresivo de protección de carácter universal y sin discriminación • Deber de garantía • Derechos indivisibles: educación, vivienda, alimentación, seguros sociales, progreso científico, etc. • Protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo. • Cooperación y asistencia internacional
--	---

Principios que informan el derecho a la salud
 Principio de maximización de los recursos o principio de eficiencia; principio de universalidad, principio de progresividad del derecho, principio de no regresividad, principio de igualdad y no discriminación contrarias a la dignidad humana, principio de supremacía del derecho internacional, principio pro persona y de interpretación de la norma más favorable, principio de cooperación internacional y de beneficio recíproco.

Fuente: Elaboración propia a partir de la información normativa citada

Se extrae del corpus iuris internacional un conjunto de principios que sustentan la regulación internacional, demandan su cumplimiento y se constituyen en garantía sustantiva de su pleno goce. De especial mención, los principios de universalidad, igualdad y no discriminación, que se desprenden de la frase “toda persona” contenida en las normas, los principios de maximización de los recursos, progresividad del derecho, no regresividad, y de cooperación internacional y de beneficio recíproco, extraídos de forma explícita o implícita de los textos del PIDESC y del PACADH, fundamentalmente por la relación existente entre la satisfacción del derecho con las condiciones económicas y sociales imperantes en cada país en un momento histórico dado, puesta de manifiesto por la DUDH y la DADH. Finalmente, los principios de supremacía del derecho internacional, pro persona y de interpretación favorable a la protección de los derechos reconocidos, entre ellos, del derecho a la salud, que se derivan entre otras normas de las que establecen las reglas de interpretación y las condiciones de aplicación.

Otra constante que se observa en el corpus iuris internacional de los derechos humanos, es una regulación más detallada de las obligaciones internacionales de los Estados, tanto generales (aplicables para cualquiera de los derechos reconocidos por los diferentes instrumentos internacionales), como específicas (relativas directamente al derecho a la salud). Estas obligaciones forman parte del contenido del derecho a la salud.

Finalmente, el corpus iuris internacional de la salud, no se limita a la Carta Constitutiva de la OMS, la DUDH, el PIDESC, el PACADH, la CEDAW. Los instrumentos normativos que regulan el derecho puede clasificarse en universales y regionales y luego, en cada una de esas categorías en generales y especiales, como se evidencia respecto de la protección de la salud en el plano regional.

Tabla 4

Reconocimiento del derecho a la salud por instrumentos normativos de carácter regional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), sin pretensión de exhaustividad.

Regionales	Generales		Carta Social Europea, 1961.	art. 11, 13
			Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, 2000	art. 35
			Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, 1989	art. 19
			Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos, 1981.	art. 16
			Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), 1948	art. 11
			Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales	art. 10
	Especiales	Sujetos	Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará, 1994)	Implícito art. 4, inc. a), b)
		Objeto	Convención interamericana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965	art. 5.e).iv

Fuente: Elaboración propia

En definitiva, podemos concluir que el DIDH reconoce y regula de forma extensa el derecho a la salud. Uno de los objetivos del Derecho Internacional es incidir directamente en las políticas nacionales. Este objetivo ya se ha alcanzado, prueba de ello muchas constituciones han sido receptoras y hoy reconocen el derecho a la salud o a la protección de la salud en sus textos.

El reconocimiento del derecho a la salud como un derecho humano fundamental, es mérito del corpus iuris internacional y no del Derecho Constitucional. No significa que el tema salud no se regulara en las constituciones nacionales con anterioridad a la Carta Constitutiva de la OMS o de la DUDH, de hecho algunas constituciones –entre ellas la costarricense- contenían normas sobre salud pública, seguros sociales para hacer frente de forma pública y colectiva a contingencias como la enfermedad, la maternidad o la invalidez, generalmente dentro de un contexto más amplio de seguridad social. En los años posteriores a la segunda guerra mundial, muchos países alcanzaron un progresivo y profundo desarrollo de los sistemas de salud, incluso la universalización de servicios de salud, al amparo del “Estado de Bienestar”. Empero, en el Derecho estatal, la salud no se concebía como derecho humano fundamental, ese mérito corresponde al Derecho Internacional.

De la regulación internacional se observa que desde un inicio, con la DUDH se entendió que los derechos humanos eran interdependientes e indivisibles, de hecho en un mismo cuerpo normativo: la DUDH (en el plano universal) o en la DADH (en el Sistema interamericano), se reconocieron tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales y se estableció que todos eran necesarios para el pleno desarrollo de la persona humana. Sin embargo, la guerra fría trajo un debate ideológico que provocó una visión compartimentalizada de los derechos humanos, sólo la superación de ese estadio de la historia, ha permitido volver a la concepción revelada en la DUDH.

SUPERACIÓN DE LA VISIÓN COMPARTIMENTALIZADA DE LOS DERECHOS HUMANOS, INTERDEPENDENCIA Y COMPLEMENTARIEDAD DE LOS DERECHOS

Después de la segunda guerra mundial y durante el período de la guerra fría, se empezó a generar una visión fragmentada y atomizada de los derechos humanos fundamentales, en particular entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. El bloque socialista consideraba que los derechos de libertad y de participación política eran conquistas burguesas que acentuaban las diferencias sociales. El bloque capitalista consideraba que esos eran los únicos derechos universales, mientras que los económico sociales o prestacionales eran sólo normas programáticas, sujetas a la existencia de medios, simples aspiraciones individuales y sociales, sólo exigibles en la medida que lo establecen las leyes que los desarrollan.

Esa compartimentalización se puso de manifiesto al consagrar los derechos en dos pactos separados en pleno apogeo de la

guerra fría: El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.²⁰ Separación que no se hacía en los instrumentos internacionales anteriores a la guerra fría, como la DUDH de 10 de diciembre de 1948, que reflejaba una visión integradora, interdependiente y complementaria de los derechos humanos. Esta visión integradora tuvo que esperar para volverse a cerrar, hasta la Declaración y Programa de Acción, de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993;²¹ aunque los primeros pasos del retorno se dieron en la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Teherán 1968, con ocasión de los 20 años de la DUDH, el punto 13 de la Proclamación de Teherán expresa: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible.”

El artículo 15 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, de 1993, establece lo siguiente:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

Durante esa lucha ideológica se tendió a negar carácter de derechos humanos fundamentales exigibles a los derechos económicos y sociales. Se admitían como derechos a manera de mera “declaración”, “banderas políticas”, pero carentes de exigibilidad jurídica ante los tribunales (internacionales o nacionales). En el plano interno, la consecuencia de esta lucha ideológica, se evidenció y todavía hoy perdura en muchas constituciones, con el trato de los derechos económicos y sociales como normas programáticas, exigibles sólo a partir de su desarrollo legislativo.²² Son, pues, normas que a lo sumo vinculan al poder legislativo, pero no al judicial directamente, ni reconocen derechos de eficacia directa para las personas. Son derechos de rango legal.

²⁰ Sobre el particular, se pronuncia el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Trindade (2001): “...la distinción de haber sido consagrada en los dos Pactos de las Naciones Unidas, se presentó más bien como un reflejo de la profunda división ideológica del mundo en los inicios de los años cincuenta al repercutir inexorablemente en los trabajos de Naciones Unidas. En el presente dominio, por ejemplo, el entonces “grupo occidental” enfatizaba los derechos civiles y políticos, al paso que el entonces “bloque socialista” privilegiaba los derechos económico sociales y culturales.”.

²¹ “Efectivamente, el conflicto Este-Oeste produjo una polarización en relación con los derechos humanos, estableciéndose una cierta jerarquía entre estos, cuando no una verdadera reducción o parcialización del concepto. Así, en las democracias desarrolladas se puso el acento casi exclusivamente en los derechos civiles y políticos, concebidos como el marco necesario, sobre todo para la libertad económica. En esta perspectiva, los DESC eran claramente derechos de una jerarquía inferior, cuando no expresión de buenas aspiraciones, pero no derechos exigibles. Por otro lado, en los países del llamado bloque socialista y en varios países en desarrollo, primó una visión que destacaba la importancia y primacía de los derechos económicos y sociales, mientras que se relegaba a los civiles y políticos a un segundo plano, cuando no a simples aspiraciones “individualistas”. El fin de la Guerra Fría creó las condiciones para poder superar esta dicotomía en relación con los derechos humanos. La oportunidad se presentó en la Conferencia Mundial realizada en Viena en 1993, en cuya Declaración y Programa de Acción se refleja entonces la finalización de la mencionada división política del mundo. Ciertamente, no fue que en Viena se descubrió que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes. Lo que allí se reflejó fue una nueva realidad política mundial, en donde se puede hablar de ambos grupos de derechos humanos y se puede hablar de lo que resultaba en realidad obvio, y es que son interdependientes e indivisibles.” TAIANA Jorge; Conferencia Evolución de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Sistemas de Protección Universal (ONU) y Regional (OEA); en II Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos, Memoria; IIDH, San José, 2002, p. 235-236.

²² “Los derechos colectivos o sectoriales, en principio, no son, a diferencia de los derechos individuales, operativos por el solo hecho de estar en la Constitución. Al no ser operativos necesitan para ser efectivos, de una norma que establezca las condiciones de su aplicación. Esta necesidad, que hace a la naturaleza de las normas no operativas (programáticas), implica una atribución a favor de los poderes públicos de reglamentar los derechos colectivos o sectoriales y esta facultad viene a integrar el cuadro de las normas de organización. En síntesis: como los derechos colectivos o sectoriales son normas programáticas, y como toda norma programática necesita ser reglamentada para ser operativa, dicha reglamentación es, en sí, una norma de organización, pues las condiciones bajo las cuales operan aquellos supone la intervención de los órganos del Estado” Quiroga (1987). Es cierto que los derechos prestacionales suponen la necesaria intervención del Estado: en su regulación primero y en la creación de las condiciones institucionales o de organización para satisfacerlos después. Sin embargo, ese hecho no los convierte en normas de organización en sentido puro, vaciados de un contenido limitador de la potestad legislativa y de organización; al contrario, solo demuestra que de tales derechos, al igual que de los de libertad surgen normas y formas de organización pública, idóneas para satisfacerlos, como el hecho de que la libertad requiere de la policía administrativa y de los jueces para protegerla, de la misma manera que la educación y la salud de instituciones y servicios públicos. Finalmente, la afirmación inversa es también sostenible, de las normas de organización se desprenden derechos incluso fundamentales.

Como parte de esta visión fraccionada de los derechos humanos, se entendió que los derechos civiles o de libertad son auto aplicativos y requieren del Estado sólo acciones negativas. Los derechos económicos, sociales y culturales, por el contrario, demandan del Estado acciones positivas. Los de libertad o civiles y políticos son derechos de resultado. Mientras los económicos y sociales son derechos de medios. En todo caso, por la diferente estructura la justiciabilidad tiene que ser necesariamente diferente.²³ Los económicos y sociales sólo son exigibles en la medida que existan medios económicos, mientras los derechos civiles o de libertad siempre. Dentro de esta concepción, un Estado cumple frente al Derecho internacional respecto de los derechos económicos y sociales, por el solo hecho de estar intentando por algún medio (siempre dirá que es su máximo esfuerzo) satisfacerlos y además, dada la división, podrá escudarse en que cumple muy bien respetando y garantizando los derechos de libertad, aunque la mitad de su población esté sumida en la pobreza, sin acceso a los servicios básicos de salud u otro tipo de diferenciación contraria a la dignidad humana.²⁴

Tabla 5

Visión fragmentada entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales

DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
Son susceptibles de aplicación inmediata.	Son normas programáticas pendientes de desarrollo legislativo.
Son derechos no condicionados	Son derechos condicionados a la existencia de medios y al progreso económico
Son universales	No son universales. Son de aplicación progresiva
Se fundan en la libertad	Se fundan en la igualdad y la solidaridad
Requieren obligaciones de abstención o negativas por parte del Estado.	Requieren de obligaciones positivas o de hacer por parte del Estado.
Son obligaciones de resultado	Son obligaciones de medios
Se caracterizan por privilegiar la libertad, la autonomía, la individualidad, la igualdad formal, la subsidiariedad estatal, la responsabilidad individual y la legitimación procesal individual	Se caracterizan por privilegiar la solidaridad, la igualdad material, los intereses difusos y colectivos, limitaciones a la autonomía mediante normas de orden público, la responsabilidad social, la intervención estatal en la economía
Apoyados durante la guerra fría por el bloque occidental	Apoyados por el bloque comunista o socialista.
Le dan sentido y contenido al Estado liberal	Le dan sentido y contenido al Estado social.

Fuente: Elaboración propia a partir de la doctrina existente

²³ Un buen ejemplo de la visión compartimentalizada se puede apreciar en el siguiente comentario del Profesor español Pastor Ridruejo sobre mecanismos de control de los derechos económicos, sociales y culturales de la Carta Social Europea: “la técnica de protección basada en reclamaciones individuales y en decisiones obligatorias se compagina mal con los derechos sociales, económicos y culturales. Tratándose de derechos civiles y políticos, su vulneración afecta a individuos concretos y determinados. Una persona, privada arbitrariamente de libertad puede exigir por vía judicial la reparación del perjuicio. El daño es identificable, mensurable en cuanto conectado al derecho concreto de un determinado individuo, y por ende susceptible de una reparación concreta ordenada por un tribunal. Además, los Estados con hábitos e instituciones democráticas, tradicionalmente respetuosos de los derechos humanos, saben de antemano que el riesgo político que corren por los recursos individuales es mínimo. Pero no ocurre lo mismo con los derechos económicos, sociales y culturales, como por ejemplo, el derecho al trabajo, o a la seguridad social, o a la formación profesional. Si un Estado no ha sabido o no ha podido crear condiciones satisfactorias de empleo, o éstas sufren los efectos de una crisis económica generalizada, o si no ha sido posible crear estructuras adecuadas de seguridad social, o instituciones de formación profesional con capacidad suficiente, ¿serían viables recursos individuales en solicitud de un puesto de trabajo, de una prestación de la seguridad social, o de una plaza en un establecimiento de enseñanza profesional? Las dificultades de técnica jurídica para articular estos recursos serían grandes, aunque no insalvables.” Pastor (2013).

²⁴ “¿Cuántos gobiernos, con el pretexto de buscar la “realización progresiva” de determinados derechos económicos y sociales en un futuro indeterminado, violaron sistemáticamente los derechos civiles y políticos...! ¿Cuántos gobiernos se vienen escudando en las conquistas de los derechos civiles y políticos para negar la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales...! ¿Cuántos gobiernos se presentan como promotores de algunos derechos económicos y sociales para continuar minimizando los derechos civiles y políticos...! ¿Cuántos gobiernos en diferentes partes del mundo, insisten en “escoger” los derechos a “dar prioridad” y promover, postergando la realización de los demás a un futuro indefinido! Tales posturas hablan por sí mismas, relevando las incongruencias de visiones atomizadas, fragmentadas de los derechos humanos. A la integridad del ser humano corresponde en definitiva la integridad de sus derechos.” Cancado (2001).

En el plano internacional esta fragmentación es notoria en la asimetría que existe entre el desarrollo normativo y teórico de los derechos humanos, entre ellos el de la salud (parte sustantiva) y la justiciabilidad o exigibilidad ante órganos jurisdiccionales de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Efectivamente, mientras que las violaciones a los derechos civiles y políticos pueden ser conocidas y resueltas por tribunales internacionales (v. gr. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH- y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH-), la violación de los derechos económicos, sociales y culturales es conocida por órganos de supervisión que emiten recomendaciones generalmente carentes de fuerza vinculante.

En todo caso, sostenemos, acorde con la DUDH, el Protocolo de Teherán de 1968 y la Declaración y Plan de Acción de Viena, 1993, la indivisibilidad de los derechos humanos fundamentales. Tanto los derechos de libertad y participación o civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales o de prestación, responden a la naturaleza y dignidad humana, unos responden preferentemente a lo que tiene la persona de sobreabundante (libertad, creatividad, etc.) y otros a su faz débil o de indigente (enfermedad, incapacidad de vivir fuera de la sociedad, etc.). Sin los segundos, la persona no puede desplegar su sobreabundancia, sus potencialidades, sus capacidades. Ambos son indispensables para su desarrollo y protegen la dignidad humana. La persona es un ser integral y todos los derechos son esenciales en su desarrollo. Los derechos son a la luz de la dignidad humana integrales, interdependientes y complementarios.

Asimismo, consecuencia de lo anterior, todos los derechos tienen para nosotros igual rango y fuerza. No hay derecho de primera ni de segunda clase. Esa jerarquización la puede realizar el propio titular en el caso concreto, pero le está vedada al Estado. Por tanto, tienen igual eficacia y exigibilidad. Los Estados no pueden privilegiar unos en contra de otros, porque debido a la necesaria complementariedad e interdependencia, le estarían violando los derechos a un sector de la población que queda desprotegido.

En relación con su contenido, unos y otros requieren tanto abstenciones como acciones positivas por parte del Estado.²⁵ Consecuencia de la compartimentalización anterior no se ha desarrollado un conjunto de garantías jurídicas a favor de los derechos económicos, sociales y culturales tan eficaz como el que existe para los derechos de libertad o civiles y políticos. Los rasgos distintivos de estos derechos demandan esa construcción teórica de garantías apropiadas a su naturaleza y estructura que puedan ser conocidas y arbitradas por los órganos jurisdiccionales (internacionales y nacionales).

Los derechos de libertad y participación y los prestacionales son indivisibles, interdependientes, complementarios. Tienen además, igual rango y fuerza jurídica para exigir. Los instrumentos institucionales y judiciales deben fortalecerse a fin de servir de garantía efectiva de todos los derechos. Los derechos económicos sociales y culturales son derechos humanos fundamentales, como los de libertad, exigibles desde el Derecho Internacional, sin perjuicio de su desarrollo constitucional y legislativo. Ambos son exigencias o requerimientos de la dignidad humana en un momento histórico dado. Atendiendo a la integralidad de los derechos, con fundamento en la dignidad humana, se supera la compartimentalización de los derechos humanos fundamentales, la división entre Estado liberal y Estado social, entre legalidad formal y material, entre igual formal y sustancial o real; y desde luego, se acaba la excusa de los gobiernos frente a grandes grupos de población postrados en la miseria, excluidos de los beneficios de la cooperación social, entre ellos, de los servicios de salud.

Es cierto que para lograrlo el Estado viene obligado a incentivar la economía, a maximizar los recursos disponibles (eficiencia), pero también a definir las prioridades de inversión, tal y como lo exigen los artículos 2 PIDESC, 2 y 26 CADH, 1 PACADH, algunos países –entre los que se encuentra Costa Rica- han alcanzado logros relativos en el campo social, mayores que los de muchos países con mayor ingreso y desarrollo, porque no es un asunto exclusivamente de crecimiento económico o riqueza, sino

²⁵ “Aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de “obligación negativa”; es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares –por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o bien la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados-, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado. En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado; obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual. “(...) Las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina “derechos-prestación”. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos, la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos.” Taiana, (2002).

también de la definición de prioridades desde la política pública. El derecho a la salud, junto con los derechos a la educación, al trabajo y a la alimentación forma parte del núcleo duro de los derechos económicos, sociales y culturales, que los Estados están obligados a satisfacer.

Los principios de interdependencia, complementariedad e indivisibilidad de los derechos humanos han traído una mayor comprensión del derecho a la salud. Como ya se ha explicado, es imposible apreciar el derecho a la salud sin sus determinantes (sociales, biológicos, ambientales, estilos de vida, etc.) y por ello, el derecho al disfrute del grado máximo de salud depende de la plena y efectiva realización y satisfacción de otros derechos sociales directamente relacionados, como el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a una nutrición adecuada, a vivienda digna, al agua potable, a la educación. Empero, los ciudadanos del siglo XXI ya no creen que esos derechos se los garantizarán los políticos de turno como una expresión de bondad, por eso suelen exigirlos y para ello requieren de libertad de asociación y reunión, de participación política y en las decisiones administrativas y de tutela judicial efectiva, entre otros derechos; de manera que los económicos, sociales y culturales requieren de los de libertad para su realización y viceversa. Hoy se sabe que la salud es un elemento fundamental para lograr el desarrollo sostenible, la reducción de la pobreza y la prosperidad económica. Esta visión del derecho a la salud, a partir del reconocimiento de los principios de que lo sustentan está influyendo decididamente en la jurisprudencia internacional y constitucional.

EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE SUPERVISIÓN Y CONTROL

La supervisión del cumplimiento y la constatación de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales y entre ellos del derecho a la salud está encomendada a varios órganos en el plano universal o regional. En relación con el PIDESC el órgano competente es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CODESC). También se utiliza la figura de la “Relatoría Especial”, nombrados por la ONU para dar seguimiento o verificar el cumplimiento de un derecho específico, en el mundo o en una región o país específico. La figura de la “Relatoría Especial” fue creada por la ONU en 1998 y para el derecho a la salud desde el 2000.²⁶

En el plano regional, la Carta Social Europea (de 1996 y la versión revisada de 1996) establece una protección intergubernamental por vía de informes que deben ser presentados por los Estados Partes. El informe se presenta ante el Secretario General del Consejo de Europa y es examinado por un Comité de Expertos, el informe del Comité de Expertos es a su vez conocido por el Comité Gubernamental y el Comité de Ministros que resuelve en definitiva por mayoría calificada (Parte IV de la Carta). Se aprobó un Protocolo Adicional para admitir reclamaciones colectivas. El objetivo de la Carta Social Europea de 1996 es llegar a sustituir la de 1961 (art. B, parte III), el procedimiento prácticamente es el mismo, salvo por una participación más activa de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, encontramos que el PACADH, establece como mecanismos de verificación del cumplimiento la presentación de informes periódicos ante el Secretario General de la OEA, quien los remitirá al Consejo Interamericano Económico y Social (CIES), al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura (CIECC) y una copia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 19). También los órganos especializados del Sistema Interamericano podrán presentar informes al CIES y al CIECC sobre el cumplimiento del PACADH. La Comisión

²⁶ En relación con las relatorías en salud, diremos que ya se han presentado varios informes ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sobre: salud y comercio (2004), derecho a la salud y objetivos del milenio (2004), salud sexual y reproductiva (2004), determinantes de la salud (2005), discapacidad mental (2005), acceso a medicamentos y mortalidad materna (2006), priorización en salud (2007), sistemas de salud (2008), autonomía y consentimiento informado (2009), salud ocupacional en el trabajo (2012). En el Informe del 2008, el Relator expresó: “El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud está subordinado a su realización progresiva y a la disponibilidad de recursos. Dicho de otro modo, sería absurdo pensar que se puede construir de la noche a la mañana un sistema de salud global e integrado.” Más adelante se refiere a la necesidad de medir la progresividad: “Otra consecuencia de la realización progresiva es la necesidad de incluir indicadores y puntos de referencia apropiados en el sistema de salud para que sea eficaz, de no ser así, no hay manera de saber si el Estado está mejorando o no su sistema de salud y realizando progresivamente el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.” Hunt Paul, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sobre el tema específico de Sistemas de salud*, 31 de enero de 2008, pp. 13-14. En la Relatoría Especial de 2004, refiere la relación del derecho con los objetivos del milenio: “De los ocho objetivos, cuatro guardan relación directa con la salud: reducir la mortalidad infantil (objetivo 4); mejorar la salud materna (objetivo 5), combatir el VIH-SIDA, el paludismo y otras enfermedades (objetivo 6), garantizar la sostenibilidad del medio ambiente (incluso reducir a la mitad el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable (objetivo 7). Otros dos objetivos guardan estrecha relación con la salud: objetivo 1 (erradicar la pobreza extrema y el hambre), y el objetivo 8 (asociación mundial para el desarrollo). Los dos objetivos restantes (lograr la enseñanza primaria universal y promover la autonomía de la mujer) tienen repercusiones directas en la salud... Además, por lo menos 8 de las 16 metas y 17 de los 48 indicadores de los objetivos de desarrollo del Milenio guardan relación con la salud. Paul, (2004).

Interamericana podrá formular observaciones y recomendaciones sobre el cumplimiento del PACADH en el Informe Anual ante la Asamblea General de la OEA. La CIDH solo tiene competencias, según el artículo 19.6 respecto del derecho de sindicación (art. 8.a) y el de educación (art. 13), por tanto solo respecto de estos derechos se admiten las reclamaciones individuales reguladas en los art. 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH.

Por la relevancia para el derecho a la salud, nos vamos a circunscribir al análisis de la Observación # 14 sobre el derecho a la salud del CODESC y la jurisprudencia sobre derecho a la salud de la CIDH.

Concepto de derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El PIDESC crea el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CODESC) como organismo para la vigilancia y supervisión del cumplimiento de los derechos reconocidos en el Pacto.

En el 2000, el Comité dicta la Observación General 14, mediante la cual interpreta el artículo 12 del PIDESC. Según el Comité, numerosos instrumentos internacionales reconocen el derecho a la salud, sin embargo, el artículo 12 del PIDESC es la norma más exhaustiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos sobre el derecho a la salud.

Para el Comité, *“La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios...”*. Enfatiza que *“El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.”*

El Comité realiza una interpretación subjetiva o de voluntad del autor de la norma y llega a la conclusión de que la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, redactora el Pacto, no adoptó la definición de salud del preámbulo de la Constitución de la OMS, que define la salud como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”*; sino que escoge la frase el *“más alto nivel posible de salud física y mental”*. Empero, estima el Comité, que al igual que la definición de la OMS, la del artículo 12 del PIDESC es holístico, abarca una amplia gama de factores que determinan en conjunto una vida sana. Razón por la cual, el derecho a la salud debe entenderse comprensivo de *“los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.”*

Para el Comité el derecho a la salud entraña tanto libertades como derechos. Entre las libertades –explica la Observación General 14- *“figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genética, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.”* Mientras que respecto de lo que denomina derecho contempla *“un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”*. Creemos, que se refiere a lo que luego se explicará en esta investigación con mayor precisión, como el ámbito de autonomía y el ámbito prestacional de derecho a la salud, caras de una misma moneda.

Para CODESC *“el más alto nivel posible de salud”* toma en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas como los recursos con que cuenta el Estado. La relatividad de la frase obedece tanto a la existencia de condiciones biológicas (genéticas) como la adopción de estilos de vida de los titulares del derecho sobre los cuáles la acción pública tiene un efecto limitado. Asimismo, reconoce la vinculación de la efectividad del derecho con el desarrollo económico del país, de allí que la norma exige *“hasta el máximo de recursos disponibles”*, para concluir que *“el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud.”*

Tabla 6

Respuesta del ordenamiento jurídico a los determinantes de la salud

Determinantes de la salud (Existencia o ausencia de:)	Derechos sociales correlativos (Superación del impacto negativo)
Agua potable	Derecho al agua potable
Nutrición adecuada	Derecho a una alimentación saludable
Medio ambiente sano	Derecho a un medio ambiente sano
Educación	Derecho a la educación
Vivienda digna	Derecho a la vivienda
Igualdad y no discriminación	Derecho a la igualdad

Fuente: Elaboración propia

En definitiva, el derecho a la salud aparece en la jurisprudencia del Comité, como un “derecho inclusivo”, comprensivo de aquellos derechos sociales con los cuales el ordenamiento jurídico internacional responde al impacto negativo de los determinantes sociales para convertirlos en factores positivos de la salud. Es una combinación de estos y otros derecho sociales lo que determina el grado de salud de la población. El Comité hace una lectura de los determinantes desde el Derecho, por esa razón habla de derechos contenidos o incluidos en el derecho a la salud. Por otro lado, el derecho aparece limitado por factores como la herencia genética, las decisiones de los titulares (estilos de vida) y la mayor o menor disposición de recursos por el Estado.

Alcances del contenido del derecho a la salud para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Con relación al contenido del derecho a la salud, el Comité de forma extensa se refiere a las distintas obligaciones de los Estados Parte y de los principios que las informan. Esas obligaciones forman parte del contenido del derecho a la salud.

Tabla 7

Observación 14 del CODESC, contenido del derecho a la salud: obligaciones de respetar, proteger y cumplir nacionales e internacionales

Contenido del Derecho (Obligaciones)	Obligaciones de los Estados respecto de sus habitantes	De los Estados y Organismos internacionales respecto comunidad internacional
Respeto: Abstención	Abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluso de privados de libertad, minorías, solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales a los servicios preventivos, curativos y paliativos	Impedir que terceros conculquen el derecho a la salud en otros países, siempre que pueda ejercer influencia sobre esos terceros por medios legales o políticos.
	Abstenerse de políticas y prácticas discriminatorias en el acceso a servicios de salud	Respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países
	Abstenerse de fijar límites al acceso a anticonceptivos y otros medios de mantener la salud sexual y genética	Obtenerse de imponer embargos o medidas análogas que restrinjan el suministro de medicamentos y equipo médico a otro Estado
	Abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, curativos y medicinas tradicionales.	No utilizar la restricción de los bienes y servicios de salud como medio de presión política o económica contra otro Estado
	Abstenerse de censurar, ocultar o desvirtuar la información sobre salud y sobre educación sexual y reproductiva	
	Abstenerse de impedir la participación social en salud	
	Abstenerse de contaminar la atmósfera, el agua y la tierra	
	Abstenerse de limitar el acceso a servicios de salud como medida punitiva	

Protección: Impedir, vigilar, controlar, etc.	Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a los servicios de salud	Controlar que tratados internacionales relativos a otras materias no afecten el derecho a la salud.
	Velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de servicios de salud	Los Estados y los organismos internacionales financieros tengan en cuenta el derecho a la salud en sus acuerdos crediticios
	Controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros	Velar porque los acuerdos internacionales presten debida atención al derecho a la salud.
	Controlar que los profesionales de la salud reúnan los requisitos de educación, experiencia y deontología	Coordinación entre organismos internacionales: OMS, OIT, UNICEF, Fondo de Población de las Naciones Unidas, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco regionales, OMC, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Comité Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, la FAO, etc.
	Velar porque las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención de la salud, anterior y posterior al parto, ni a la planificación de la familia.	
	Impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales (Mutilación de los órganos genitales femeninos).	
	Protección de la información clínica del paciente	
Proteger los grupos vulnerables o marginados		
Impedir que terceros impidan el acceso a la información o a los servicios de salud		
Cumplir: Facilitar, proporcionar, promover, adoptar medidas	Reconocer el derecho a la salud en los sistemas jurídicos y políticos	Adoptar medidas mediante la asistencia y la cooperación internacional, económica y técnicas para la efectividad del derecho.
	Implementar programas de inmunización	Implementar programas que reduzcan las asimetrías sociales y en salud
	Acceso igual a todos a los factores determinantes: alimentación nutritiva, vivienda, agua potable, etc.	Cooperar en casos de desastre y asistencia humanitaria
	Servicios de salud sexual, genésica, maternidad segura.	Asistencia a los refugiados y a los desplazados
	Velar por la adecuada formación de los profesionales de la salud	Proporcionar ayuda médica internacional
	Número suficiente de hospitales, clínicas y centros de salud (incluso de salud mental)	Distribuir y administrar recursos tales como el agua potable, alimentos, suministros médicos y ayuda financiera
	Seguro de salud público, privado o mixto asequible para todos	Otorgar prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población
	Campañas de información, en particular sobre VIH-SIDA, salud sexual y genésica, violencia intrafamiliar, uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes, etc.	Responsabilidad solidaria para luchar contra enfermedades transmisibles más allá de la frontera.
	Adoptar medidas contra riesgos de contaminación medio ambiente (aire, agua, suelo).	Prestar asistencia necesaria cuando corresponda
	Adoptar políticas para reducir riesgos, accidentes laborales y enfermedades profesionales (seguridad en el empleo)	Facilitar el acceso a servicios de salud en otros países, siempre que sea posible.
	Facilitar acceso a la información en salud	
	Servicios ajustados a la pluriculturalidad, especialmente a grupos vulnerables	
Crear un clima que permita cumplir con las obligaciones internacionales		

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido de la Observación 14 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales

Coherente con el concepto de derecho a la salud contenido en el PIDESC y expresado en la Observación 14, el Comité reconoce que las obligaciones correlativas de los Estados respecto de las personas que habitan en su jurisdicción y, de los Estados y Organismos Internacionales respecto de los nacionales de otros Estados y de la comunidad internacional, son de amplio espectro, relacionadas no sólo con el sistema de salud, sino también, con todos aquellos servicios públicos que impactan en los determinantes de la salud.

Tabla 8

Obligaciones relacionadas con los servicios de salud según la Observación 14 del CODESC

Obligación/ Prestación	Principio/ elementos interrelacionados	Especificidad
Establecimientos, bienes y servicios de salud (Del sistema de salud, agua potable, etc.) Dependen de las condiciones prevalecientes en el Estado en un momento dado	Disponibilidad	Contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud y centros de atención de la salud, acordes a su desarrollo
		Contar con infraestructura y servicios de agua potable a la población
		Infraestructura de saneamiento básico.
		Contar con personal médico y profesional de la salud bien capacitado y remunerando
	Política de medicamentos esenciales según el Programa de la OMS.	
	Accesibilidad	<i>No discriminación (Igualdad de trato):</i> Accesibles de hecho y de Derecho, especialmente respecto de sectores vulnerables y marginados de la población, por cualquier motivo contrario a la dignidad humana.
		<i>Accesibilidad física:</i> Al alcance geográfico de todos los sectores (población marginada, minorías étnicas, indígenas, mujeres, niños, adultos mayores, personas con discapacidad, etc.), además, acceso a las edificaciones para personas con discapacidad.
		<i>Accesibilidad económica (asequibilidad):</i> El pago de los servicios se funde en la equidad y ésta exige proporcionalidad según su capacidad contributiva, y deben estar al alcance de todos.
		<i>Acceso a la información:</i> Derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre salud, con resguardo de la privacidad de la información clínica.
	Aceptabilidad	Respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y la comunidad, sensibles al género, al ciclo de vida y respetuosos de la confidencialidad.
	Calidad	Apropiados desde el punto de vista científico y médico, de buena calidad. Personal de salud capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado; agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido de la Observación 14 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 12 del PIDESC, los Estados tienen la obligación de crear condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios de salud física o mental, preventivos, curativos y de rehabilitación, que incluya servicios de salud materna, infantil, reproductiva, higiene en el trabajo, medio ambiente sano, sin discriminaciones de acceso por razones de género, edad (niños, adolescentes, personas adultas), discapacidad, enfermedad (VIH-SIDA), grupos vulnerables o minorías marginadas (Indígenas, pobres, etc.).

El Comité enunció como contenido mínimo del derecho a la salud a la luz del PIDESC: “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) *Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre*; c) *Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable*; d) *Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos esenciales de la OMS; Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia... de salud pública...*” Los Estados violan las obligaciones contraídas a la luz del PIDESC si no utilizan al máximo los recursos disponibles, la aplicación de medidas regresivas sin debida justificación, entre otras.

Por lo general, en el plano internacional los mecanismos procesales de orden jurídico (tribunales), no son utilizados en la protección de estos derechos, mientras que si lo son respecto de la protección de los derechos civiles y políticos o derechos de libertad y de participación, como también se les clasifica, aunque existe una tendencia al cambio y aunque no estamos en presencia de un tribunal, lo cierto es que recientemente con la aprobación del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PAPIDESC), Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 2008, se regulan los mecanismos de denuncia individual o grupal contra los Estados Parte por la violación de los derechos contenidos en el Pacto, incluido por supuesto el derecho a la salud. Las personas denunciantes tienen que haber agotado los recursos internos y no se admiten denuncias anónimas. El CODESC podrá investigar, tener acceso a la información y emitir las recomendaciones que estima convenientes. Con este Tratado se equipara la función del CODESC a las del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Por otro lado, los Tribunales Internacionales avanzan en la protección de este derecho, así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se ha pronunciado sobre el derecho en varios fallos, con lo cual no solo se está creando jurisprudencia, sino también la conciencia regional de la existencia de mecanismos efectivos de orden jurisdiccional para la protección del derecho. Todo sin perjuicio de la supervisión periódica que realizan los órganos internacionales, generalmente, mediante la solicitud de informes que los Estados están obligados a ofrecer (sin perjuicio de inspecciones in locum), información sobre la que luego emiten informes generales sobre la situación de estos derechos en los países y recomiendan las medidas por tomar por parte de los Estados, con el propósito de que ajusten su conducta a las normas y compromisos del Derecho Internacional sobre la materia y sin perjuicio, de las relatorías especiales que es otro mecanismo utilizado por las Naciones Unidas para verificar el cumplimiento o violación de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la salud

A este esfuerzo, hay que agregar el control de convencionalidad que realiza en el plano regional la Comisión y principalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Este Tribunal Internacional ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el derecho a la salud. En el caso **Ximenes López Vs Brasil**, Sentencia (2007) en relación con el paciente psiquiátrico Damiao Ximenes López en un centro de atención psiquiátrico privado, la Corte expresó que en relación con las personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. Es decir, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción.

En el caso **Albán Cornejo y otros Vs Ecuador**, Sentencia (2013) por muerte a causa del deficiente servicio de salud prestado en un establecimiento privado, la Corte dispuso que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. Para todo ello, se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de salud.

La CIDH con ocasión del caso **Vera Vera y otra Vs Ecuador**, Sentencia (2011) muerte de una persona detenida por falta de atención médica por el Estado ecuatoriano, la Corte determinó negligencia médica y negligencia en el suministro de los servicios de salud. La CIDH también se refirió al derecho a la salud, destacando la interdependencia de los derechos a la vida y a la integridad física con el derecho a la salud: “Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público.”

El caso **Suárez Peralta Vs Ecuador**, Sentencia (2013) por lesiones permanentes a una paciente intervenida quirúrgicamente, la Corte estableció que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud

humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. Por ello, la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación.

En el caso **Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs Costa Rica**, Sentencia (2012) “... la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. En el ámbito europeo, la jurisprudencia ha precisado la relación entre el derecho a la vida privada y la protección de la integridad física y psicológica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que, si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, el derecho a la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos esa integridad. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”

Como se observa, el derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no deriva de una interpretación y aplicación de las normas que reconocen expresamente el derecho a la salud, más bien, las referencias a este derecho se han producido debido a la interdependencia –que la Corte reconoce– de este derecho con los derechos a la integridad física y a la vida reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Lo importante, en todo caso, es que se nota un avance en la jurisprudencia de la CIDH, a pesar de que todavía no alcanza a interpretar directamente el PACADH y a reconocer la autonomía del derecho a la salud.

Sobre estas deficiencias de la jurisprudencia de la CIDH, de especial importancia traemos a colación el voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el caso **Suárez Peralta vs Ecuador** de 21 de mayo de 2013. El juez opina que la CIDH puede a través de su jurisprudencia tornar directamente justiciables los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la CADH, que se refiere a “... lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura...”. Dado que el artículo 19 del PACADH no atribuye expresamente esa competencia, salvo respecto de los derechos reconocidos en el art. 8 inciso 1.a (derecho a la sindicación) y en el art. 13 (derecho a la educación) del Protocolo, puede hacerlo con fundamento en el artículo 26 de la CADH: “Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del corpus iuris de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador orienta sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.” (Punto 47). Destaca que el derecho a la salud es autónomo y así debe ser aplicado por la Corte: “Resulta de la esencia del derecho a la salud su interdependencia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal; ello no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de aquel derecho social, a partir del artículo 26 de la Convención Americana...” (Punto 101).

Para la CIDH el derecho a la salud es un derecho que se explica por conexidad con el derecho a la vida y a la integridad física. El derecho a la salud no es en la jurisprudencia de la CIDH un derecho autónomo. Este concepto del derecho en la jurisprudencia de la CIDH es consecuencia de: **a)** desde el punto de vista formal, de las limitaciones que le impone a su competencia el artículo 19 del PACADH; **b)** desde el punto de vista interpretativo, de una jurisprudencia restrictiva, timorata, como lo pone de manifiesto el voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor. En efecto, el artículo 26 de la CADH y el espíritu de la Convención, es la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, en el marco del corpus iuris internacional y con sustento en el principio de progresividad. La efectividad del derecho a la salud en el plano regional depende de que la CIDH de este salto cualitativo.

CONCLUSIÓN: FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA SALUD

De la regulación internacional citada, podemos extraer, al menos, las siguientes conclusiones:

El derecho a la salud es un derecho reconocido por los instrumentos normativos del DIDH, tanto de carácter universal como regionales (Europeo, africano y americano), a todo ser humano, por la sola condición de tal. El derecho a la salud cumple junto a una pléyade de derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional, en convertir a la persona humana en el sujeto principal del DIDH, cuya subjetividad se encuentra todavía limitada por los principios y por las debilidades actuales del Derecho Internacional General. En todo caso, los derechos humanos en general y el derecho a la salud en particular, son tenidos como bienes e intereses de la comunidad internacional y representa la superación del principio de competencias exclusivas de los Estados. Es verdad, que respecto de los derechos económicos, sociales y culturales en general y del derecho a la salud en particular, el Estado sigue teniendo un amplio campo dispositivo, que regula a nivel interno según sus propias ideas y tradiciones (por ejemplo, define la organización de sus sistema de salud), pero el corpus iuris internacional le ha fijado unos contenidos y unos límites, le ha impuesto unas obligaciones que debe acatar y además, lo ha obligado –insólito en el Derecho Internacional clásico- a rendir cuentas (generalmente mediante informes periódicos) sobre la forma y logros en el cumplimiento de aquellas obligaciones y principios vinculantes.

El relación con el concepto y alcance del derecho a la salud en el corpus iuris internacional, concluimos que se observa una diferencia entre el concepto de salud y el de derecho a la salud. La primera definida como el “estado de completo bienestar físico, mental y social” (Preámbulo Carta Constitutiva OMS); mientras que el segundo, es definido como “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr” (Preámbulo Carta Constitutiva OMS), la misma idea se encuentra, entre otros, en el artículo 25 DUDH “nivel de vida adecuado”, 12 del PIDESC “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, 10 del PACADH “disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. El concepto de salud es absoluto, final, el del derecho es relativo, progresivo, condicionado. Esta idea guarda relación directa con los principios de progresividad, maximización de los recursos disponibles y de eficiencia, eficacia y efectividad del derecho.

La relatividad está directamente ligada al hecho de que la salud y el derecho al “grado máximo” de salud no se alcanza individual y separadamente. La salud es un producto social, se encuentra influida por múltiples factores de forma positiva o negativa, entre ellos los socioeconómicos, los biológicos, los ambientales, los institucionales (entre los que se encuentra el sistema de salud) y por la autonomía de sus titulares (estilos de vida).

Grafico 1: Determinantes de la salud



Fuente: Elaboración propia a partir de la información Capítulo I del libro Medicina Preventiva y Salud Pública, Piédrola Gil, MASSON, 10ª ed. Barcelona, 2001.

Esta realidad la enfrenta el corpus iuris internacional convirtiendo los factores en derechos humanos o en obligaciones estatales, exigibles por medios jurídicos, a fin de que, puedan ser reclamados por las personas y alcancen el “grado máximo de salud”. Es así, como encontramos reconocidos los derechos a la educación, la vivienda, la alimentación, al agua potable, servicios de salud, seguridad social, el derecho al medio ambiente, etc. Estas ideas sobre el derecho a la salud se desprenden fehacientemente, entre otras normas, de la DUDH, la DADDH y del contexto en el que se inserta el derecho a la salud en el PIDESC y en el PACADH. Esta visión del derecho a la salud guarda estrecha relación con los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

En su regulación, el DIDH reconoce que para lograr grados óptimos de salud individual o colectiva, se requiere no solo de servicios de salud, de vigilancia epidemiológica o inmunización contra enfermedades infectocontagiosas; para el Derecho Internacional se requiere una política pública de salud que involucre necesariamente la satisfacción de otros bienes jurídicos o derechos reconocidos en el corpus iuris internacional. Para ello insta a los Estados partes a tomar todas las medidas de cualquier naturaleza para lograrlo.

El Derecho Internacional exige que, por tratarse de un derecho inherente a todo ser humano, por ende universal, el reconocimiento en condiciones de igualdad y sin ninguna discriminación contraria a la dignidad humana. Esta garantía de igualdad se expresa en el artículo 2.2 PIDESC “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos... sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” La misma obligación se deriva del artículo 26 de la CADH y el artículo 3 del PACADH y de todos los instrumentos internacionales universales o regionales, incluida la Carta de las Naciones Unidas.

El objetivo de eliminar toda discriminación ilegítima, ha llevado al corpus iuris internacional a ocuparse de garantizar el pleno goce del derecho a salud a poblaciones en situación de vulnerabilidad o a grupos humanos vulnerabilizados (usamos esta expresión para indicar que es el sistema y las mismas políticas públicas, las que por acción u omisión, los han colocado en esa situación). Cabe destacar que la mayor normativa en derechos humanos, tanto universal como regional se refiere a grupos humanos que se encuentran en esa situación especial de discriminación o de diferenciación de trato fundada en aspectos no objetivos, contrarios a la dignidad humana y carente de validez jurídica. La especificidad de los derechos humanos se extiende a grupos de población como las mujeres, los niños, los refugiados, los apátridas, las personas con discapacidad mental, los trabajadores, los indígenas, etc. Las ideas responden a los principios de igualdad y no discriminación, equidad, universalidad, solidaridad y dignidad humana.

Otro aspecto a concluir, es que el DIDH impone a los Estados, la obligación de adoptar todas las medidas, de cualquier naturaleza, apropiadas y necesarias para que toda persona que habita en su territorio, alcance el efectivo disfrute de este derecho (art. 2 PIDESC, art. 1, 2 y 26 CADH, 1, 2 y 10 PACADH). Estas medidas se admite que sean progresivas, pero de ninguna manera carente de medición o de reglas generales o principios que imponen un contenido mínimo y en virtud de los cuales se tiende a medir la progresión.

De contenidos normativos como los de los artículos 2 del PIDESC, 1, 2 y 26 CADH, 1, 2 y 10 PACADH, se concluye:

- Un cierto condicionamiento de la vigencia plena del derecho a la salud al grado de desarrollo económico del país.
- Un principio de maximización de los recursos o de prioridades de gasto o inversión social, a favor de los derechos económicos y sociales en general y del derecho a la salud en particular. Este principio obliga a los Estados a definir prioridades, esto es destinar recursos de manera prioritaria a la salud (principio de priorización) y a utilizarlos de la manera más eficiente posible (principio de eficiencia). Este principio nos lleva al modelo de desarrollo del Estado, por tanto tiende a corregir el condicionamiento al desarrollo económico. En otras palabras, desarrollo económico y modelo de desarrollo no es lo mismo. La normativa admite que el desarrollo económico incide en el grado máximo de salud al que puede aspirar la población, pero puede darse desarrollo económico con exclusión social, razón por la que importa más, el modelo de desarrollo seguido por el Estado, a fin de que se inclusivo y que a diferencia del primero, donde la salud es un resultante, en el modelo de desarrollo la inversión en salud es un presupuesto y requisito esencial para alcanzar el desarrollo. A estos aspectos de los contenidos normativos se refieren también los informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los relatores especiales sobre salud.
- Un principio de progresividad en la realización plena del derecho. Este principio es esencial para las economías en desarrollo, donde todavía no se alcanza la universalidad subjetiva (todas las personas) y se busca una extensión de la cobertura y de un contenido básico de servicios de salud (Universalidad objetiva) a toda la población.
- Del principio de progresividad se deduce la obligación y principio de no regresividad. Este principio obliga a los poderes públicos a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas, que empeoren sin justificación razonable y proporcionada la situación de los derechos sociales y en particular el grado máximo de salud alcanzado hasta entonces.

El derecho a la salud es un derecho transnacional o supranacional. Esta conclusión se infiere del simple hecho de que el Derecho Internacional se ocupa de él, se trata de un derecho cuyo reconocimiento no puede estar supeditado o limitado por

aspectos como la nacionalidad o la discrecionalidad política y la frontera de los Estados. La transnacionalidad es un corolario de la universalidad de los derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular. Se trata de un derecho que se encuentra por encima del Estado y de su soberanía, por ende, el Estado no lo crea solo se lo reconoce a todo habitante dentro de su territorio (independientemente de su nacionalidad). Esta exigencia no es obstáculo para que cada país decida sobre su régimen jurídico, siempre a la luz del Derecho Internacional.

El reconocimiento responde a una preocupación internacional de orden político, jurídico, económico y técnico, que se refleja en la regulación normativa, en la creación de diversos organismos internacionales encargados del tema y en la cooperación internacional. Por esa razón, el artículo 2.1 del PIDESC, establece que “1. 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... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” En virtud de lo anterior, podemos decir que del DIDH se extrae un principio de complementariedad o de subsidiariedad de la comunidad internacional para hacer efectivo este derecho, tomando en cuenta y tratando de corregir las asimetrías económicas y de servicios de salud de los países. Esta subsidiariedad se pone de manifiesto en tres aspectos: **a)** a los organismos internacionales de solución de controversias solo puede acceder el individuo después de agotar los recursos internos, lo que significa que el Estado tiene la oportunidad de enmendar sus propios errores y de cumplir con el Derecho Internacional; **b)** la cooperación internacional no exime al Estado de la responsabilidad de cumplir de la mejor manera posible con los recursos de que dispone; **c)** el corpus iuris internacional no dispone de mecanismos tan eficientes como los del Derecho Interno para asegurar el cumplimiento, se dedica más a la supervisión y vigilancia, a la prevención y promoción del derecho, sin asumir la responsabilidad directa por la suerte que corren ciertas poblaciones, salvo las obligaciones de ayuda humanitaria cuando es procedente; **d)** disponiendo obligaciones respecto de los mecanismos de control que deben implementar los Estados.

En efecto, en relación con este último aspecto, la CADH establece en el artículo 25 la obligación de los Estados Partes y el derecho de la persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”. En el marco de estas disposiciones ha surgido el control de convencionalidad. Este control es realizado en primer lugar por los propios Estados, obligados como están a aplicar el Derecho Internacional, es el denominado “control difuso de convencionalidad”, control que deben hacer no solo los tribunales de justicia, sino también los demás órganos del Estado (Parlamento, Gobierno, etc.).²⁷ Sólo una vez que se hayan agotado los recursos internos (con las salvedades, por ejemplo en casos de denegación de justicia, etc.) interviene la jurisdicción internacional, que son los órganos naturales para interpretar en último instancia la Convención y por ende, ejerce control de convencionalidad. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú de 24 de noviembre de 2006. Reiterado en el caso Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes c/ Guatemala de 9 de mayo de 2008:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.”

El reconocimiento del derecho a la salud por el corpus iuris internacional pone de manifiesto que el DIDH no quiere dejar a la discrecionalidad de los Estados la realización efectiva del derecho. Como ya se advirtió, por tratarse de un derecho de contenido complejo, hay un ámbito del mismo, donde los Estados gozan de discrecionalidad, para citar un ejemplo dijimos, que cada Estado dentro de su soberanía y libre determinación, decide cuál es el sistema de salud más acorde a su realidad política,

²⁷ “Para este Tribunal, no sólo la suspensión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención... En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consistente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de las leyes contrarias a su objetivo y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad”...” Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs México, 23 de noviembre de 2009.

económica, social y cultural, para alcanzar que toda la población disfrute del derecho a la salud. Lo mismo podemos decir, respecto de los servicios de agua potable (privados o públicos o mixtos), o de los programas de vivienda, etc. Sin embargo, como toda discrecionalidad está limitada por las normas internacionales que regulan el derecho a la salud, las que establecen diferentes obligaciones generales o específicas de respeto, garantía y cumplimiento (elementos reglados) y, por los principios generales que informan el derecho.

Para asegurar el cumplimiento se han creado diferentes organismos internacionales como la OMS y la Organización Panamericana de la Salud (OPS), que en coordinación con otras como la FAO, la UNESCO, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), entre muchas otras, pretenden mediante la cooperación internacional la efectiva realización del derecho. Asimismo, ha creado diversos organismos de control para garantizar que los Estados cumplan las obligaciones internacionales contraídas. Entre ellos se encuentra el Consejo de Derechos Humanos (antigua Comisión de Derechos Humanos, reformada en el 2006), del ECOSOC, se encuentra el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, encargado especialmente de la supervisar del cumplimiento de las obligaciones derivadas del PIDESC; y en el plano regional, el Consejo de Europa a través de sus organismos, la Unión Europea a través de sus organismos y en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el CIES (Consejo Interamericano Económico y Social), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CIDH que tangencialmente se ha ocupado del derecho a la salud.

Por lo general, en el plano internacional los mecanismos procesales de orden jurídico (tribunales), no son utilizados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el de la salud; si lo son respecto de la protección de los derechos civiles y políticos o derechos de libertad y de participación, como también se les clasifica. La protección por ahora -aunque aumentan cada vez más el consenso y los esfuerzos para la exigibilidad jurídica de estos derechos- se apoya en acciones de índole política y técnica. Estos órganos internacionales realizan supervisiones, generalmente, mediante informes que los Estados están obligados a ofrecer (sin perjuicio de inspecciones in locus), información sobre la que luego dichos órganos emiten informes generales o particulares sobre la situación del derecho en los países o en un determinado país, con el propósito de que ajusten su conducta a las normas y compromisos del Derecho Internacional sobre la materia. Los informes y recomendaciones no son vinculantes.

Lamentablemente, el control del cumplimiento de las obligaciones internacionales relacionadas con el derecho a la salud está afectado por una visión compartimentalizada de los derechos humanos. Mientras el DIDH dispone de controles jurisdiccionales efectivos para la protección de los derechos civiles y políticos, y las garantías construidas hasta hoy favorecen este tipo de derechos (v. gr. El jus cogens, las obligaciones erga omnes, los derechos humanos como principio general de las sociedades civilizadas o como costumbre internacional), el control del respeto, protección y cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales siguen todavía en construcción y se quiere alcanzar el objetivo mediante la implementación de mecanismos distintos a los jurisdiccionales.

Tabla 9

Diferencias en los mecanismos de protección de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales en el Derecho Internacional

Mecanismos protección derechos civiles y políticos	Mecanismos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales
La CIJ puede conocer de algunos derechos regulados en convenciones especiales que remiten a la jurisdicción contenciosa de la Corte, pero depende de la voluntad de los Estados (aceptación de la jurisdicción) y solo tienen acceso los Estados	Ningún tratado o convención sobre derechos económicos, sociales y culturales remite a la jurisdicción de la CIJ. Estos derechos no son justiciables en esa sede internacional general.
El Comité de derechos humanos, fue creado por el PIDCP y desde su inicio recibía denuncias individuales	El Comité de derechos económicos, sociales y culturales fue creado por el ECOSOC y sólo se admitirán denuncias individuales a partir de la reciente entrada en vigencia del Protocolo Adicional
En el Consejo de Europa se tutelan por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que la persona tiene acceso directo y la sentencia es vinculante para las partes.	Se supervisa el cumplimiento de la Carta Social Europea mediante informes estatales y son posibles las reclamaciones colectivas (no individuales), lo que resuelve el Comité de Ministros después de un largo procedimiento, relativamente vinculante.
En el Sistema Interamericano se tutelan mediante denuncias individuales o colectivas ante la Comisión Interamericana, que puede resolver mediante recomendaciones no vinculantes o presentar el caso contencioso ante la CIDH, la sentencia es vinculante para las partes.	El cumplimiento del PACADH se supervisa mediante informes estatales y de los órganos del Sistema Interamericano ante la Secretaría de la OEA y son de conocimiento de la CIES y la CIECC. La Comisión también puede rendir informes. La CIDH solo puede conocer del derecho de sindicación y educación.

Fuente: Elaboración propia

Sin lugar a dudas, el problema principal que encontramos en la regulación internacional del derecho a la salud, es por un lado, el condicionamiento de la satisfacción plena del derecho al desarrollo económico del país y por el otro, la prácticamente inexistencia de controles efectivos del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados. En el primero de los supuestos, echamos de menos la definición precisa de un contenido esencial del derecho sustraídos al desarrollo económico y que se tenga que garantizar a toda persona, en cualquier país, ya sea por el propio Estado o en caso de pobreza por la cooperación internacional. En estos casos, por elementales razones de humanidad los países desarrollados y la organización internacional no deben seguir el principio de subsidiariedad, debe ser solidaria y ocuparse en muchos casos directamente de la situación, es el caso de Haití, para citar un ejemplo de las Américas. En el segundo supuesto, ¿debemos esperar que se defina ese contenido mínimo para que las personas puedan acceder a tribunales internacionales? Nos parece que la jurisprudencia puede ayudar más bien a construir ese contenido esencial, de la misma manera que la CIJ ha venido contrayendo nuevas categorías del Derecho Internacional contemporáneo.

No estamos de acuerdo, al menos en su parte colectiva, con la idea de que las obligaciones que hacen posible el derecho a la salud son obligaciones de medios y no de resultados. Nos parece que esto es posible en la mayoría (no en todas) las situaciones de salud individual. El médico no tiene control de la reacción de los pacientes al medicamento prescrito, a la anestesia o al nuevo corazón trasplantado. Sin embargo, no todo es así, el avance del conocimiento científico aplicado a la medicina nos hace pensar en obligaciones de resultado, ya se han empezado a aplicar en el campo de la cirugía estética. Pues bien, nos parece que en el campo social debe pasarse a la medición y evaluación por resultados, lo que se exige del Estado no es la implementación de un medio, sino el logro de un resultado respecto de la salud de la población.

El derecho internacional de los derechos humanos procura superar por un lado las diferencias ideológicas, culturales, económicas y sociales que existen entre los Estados, declarando la universalidad de los derechos humanos, entre ellos el de la salud, y disponiendo de un mínimo que supere las asimetrías del desarrollo económico, social e institucional de los Estados.

Concluimos también, que en el corpus iuris internacional, el derecho a la salud del cual es titular toda persona humana, es

exigible –por ahora- solo frente a los Estados. Es plausible pensar, de cara a la realidad económica internacional y en un estadio de mayor protección desde órganos jurisdiccionales, exigirlo frente a particulares, por ejemplo, la industria farmacéutica, en casos específicos.

El pleno cumplimiento de los derechos humanos y del derecho a la salud en particular, pasa también por el fortalecimiento de las organizaciones internacionales (universales o regionales) a las cuales se encuentran vinculados. Como ya nos consta, no sólo se hace necesario fortalecer los mecanismos de control sino también todos los mecanismos de promoción y cooperación para lograr el pleno goce del derecho a la salud por toda persona en el mundo.

En definitiva, la salud goza de reconocimiento por el DIDH como un derecho inherente a la dignidad humana, fundamental para el desarrollo de toda persona, por la sola razón de ser. La existencia del derecho no depende del reconocimiento de los Estados, no es una concesión graciosa de éstos, por consiguiente, el reconocimiento jurídico no es constitutivo del derecho sino meramente declarativo. La obligación de protección, promoción, respeto y cumplimiento del derecho es prioritaria para el Estado donde reside su titular, y de manera subsidiaria y complementaria de la comunidad internacional.

Para el DIDH la salud y en general los derechos económicos sociales y culturales forman parte del contenido de la justicia social (nacional e internacional). Asimismo, las deficiencias o problemas apuntados a la regulación internacional deben ser corregidos por el Derecho Interno de los Estados, otorgándole prioridad a la inversión social y pública en salud, poniendo a disposición del titular del derecho mecanismos jurídicos eficaces de protección, que permitan el disfrute de altos estándares de satisfacción y realización efectiva del derecho. Esta codificación y el impulso de las organizaciones internacionales han influido directamente en el ordenamiento jurídico de los Estados, en el Estado social de derechos y en el Estado convencional de derecho, presupuestos esenciales para el pleno goce y exigibilidad del derecho a la salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ana, M. S. (2010); *El derecho a la salud en el Sistema europeo de protección de los derechos humanos; Tratado de Derecho a la Salud*, t. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Antonio, C.S. (1995). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- Antonio, P.R. (2013) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Radilla Pacheco vs México*, 23 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/ Perú* de 24 de noviembre de 2006.
- Jorge, T. (2002) *Conferencia Evolución de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Sistemas de Protección Universal (ONU) y Regional (OEA)*; San José. II Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos, Memoria; IIDH.
- Lavié, H.Q. (1987). *Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Opinión Consultiva # OC-10/89 de 14 de julio de 1989, sobre la “*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, solicitada por Colombia, párrafos 42 al 47.
- Paul, H. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sobre el tema específico de Sistemas de salud*, (n,d) 31 de enero de 2008.
- Paul, H. *Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, presentado en el quincuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, relativo a la relación entre salud y objetivos del milenio*. (n,d) 8 de octubre de 2004.
- Rosa, F.E. (2013). *El derecho de salud en la Unión Europea; Tratado de Derecho a la Salud, Tomo I*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Román, N.F. (2010). *Derecho a la Salud*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 04 de julio de 2006.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de noviembre de 2007.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 19 de mayo de 2011.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 21 de mayo de 2013.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2012.
- Teresa, M.M. & Carmen, Q.A. (2014). *Influencia de la Unión Europea en la protección de la salud en España, La Protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Trindade, A. A. (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Chile, Santiago: Jurídica de las Américas.