

# El nivel esencial de protección del derecho a la salud \*

Suad Elías Atala \*\*

El presente documento tiene como objetivo dar una visión general (i) de las obligaciones concretas que surgen de los derechos económicos, sociales y culturales; (ii) de cómo está reconocido el derecho a la salud en los instrumentos internacionales de derechos humanos; (iii) de cuál es el nivel esencial de protección de este derecho y de manera muy general, (iv) de algunas de las posibilidades que ofrece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para hacer exigible el derecho a la salud.

## I. Introducción

El derecho a la salud, al igual que los otros derechos económicos sociales y culturales (DESC) vive dos realidades paralelas. Por un lado está reconocido y protegido en tratados internacionales, en muchas constituciones nacionales<sup>1</sup> y otras leyes nacionales mientras que por el otro, en la práctica, millones de personas en el mundo no disfrutan siquiera, de un nivel esencial de protección de este derecho. En pleno siglo XXI en donde el ser humano ha logrado descifrar el genoma humano tenemos todavía niños y niñas que mueren por enfermedades de fácil prevención.<sup>2</sup>

241

Uno de los elementos que contribuyen a la dificultad de hacer justiciable el derecho a la salud y en general los DESC, es la falta de desarrollo jurisprudencial de estos derechos, tanto en los sistemas domésticos como en los internacionales. Esto es en parte resultado del enfoque prioritario que se la ha dado al desarrollo de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales. A esto se suman los retos de

---

\* Presentación preparada para el Seminario sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 27 de julio de 2002.

\*\* Abogada. Desde el año 2002 trabaja en la Secretaría de la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red DESC).

1. Por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a la salud en los artículos 2 (en relación con los Pueblos Indígenas), 4 y 123.
2. El 50% de las muertes de niños y niñas en Bolivia, Belice, Haití y otros países de la región corresponden a menores de 15 años afectados por enfermedades de fácil prevención y tratamiento como enfermedades diarreicas y respiratorias agudas.

monitorear la situación de los derechos de carácter económico, social y cultural. En el Sistema Interamericano de protección a los derechos humanos, por ejemplo, existe un fuerte desarrollo de jurisprudencia relacionada con derechos de carácter civil y político mientras que el campo de los DESC empieza apenas recientemente a avanzar.<sup>3</sup>

## **II. Obligaciones que surgen de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Uno de los principales instrumentos internacionales que puede ser utilizado para definir el contenido del derecho a la salud como un derecho humano, tanto a nivel nacional como dentro del Sistema Interamericano<sup>4</sup> surge del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (el Comité). El Comité, a través de su Observación General 3<sup>5</sup>, ha definido la índole de las obligaciones que surgen del Pacto Internacional para los Derechos Económicos Sociales y Culturales (el Pacto), tratado que ha sido ratificado por México y que por lo tanto impone obligaciones a este país. Los señalamientos del Comité, sirven como lineamientos para definir el contenido de los derechos económicos sociales y culturales, protegidos por otros instrumentos internacionales de derechos humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas, pero también dentro de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y por algunas legislaciones nacionales.

### **a) Obligación de respetar y garantizar**

242 En primer lugar, como con todos los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de respetar, y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación. La obligación de respetar deberá traducirse en acciones de carácter negativo del Estado. Es decir, el Estado deberá evitar realizar cualquier acción que viole o atente directamente en contra de los derechos humanos.

- 
3. Varias organizaciones de la región han realizado un esfuerzo importante en la documentación y presentación de casos ante la Comisión Interamericana. Entre éstas se encuentran CEJIL, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (México), Centro de Derechos Económicos y Sociales (Ecuador), el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos (Nicaragua) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina).
  4. Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana, con base en lo establecido en el artículo 29 de la Convención continuamente hacen referencia a tratados internacionales especializados provenientes de otros sistemas de protección a los derechos humanos y a resoluciones de otros tribunales, como lineamientos y parámetros para sus propias sentencias o recomendaciones. Ver Corte I.D.H., "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 41.
  5. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art.2 del Pacto), 14/12/90. CESCR Observación general 3. (Observación General 3).

La obligación de garantizar impone al Estado el deber de llevar a cabo acciones determinadas para asegurar que todas las personas que habitan un Estado o estén sujetas a su jurisdicción sean capaces de ejercer y gozar sus derechos y por razones de ésta, el Estado está impedido a violentarlos de manera indirecta.

Es importante recordar que las situaciones que acarrearán responsabilidad para un Estado no se agotan simplemente con aquellas acciones realizadas por el orden público sino que, aquellos actos realizados por algún particular pueden ocasionar responsabilidad internacional para el Estado por falta de diligencia para prevenir estas violaciones.

- Obligaciones de comportamiento y resultado

Dentro del Sistema Universal, los Lineamientos de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>6</sup>, (Lineamientos) establecen que el deber de respetar y garantizar contiene obligaciones tanto de comportamiento como de resultado. Éstas primeras requieren acciones calculadas de manera razonable para alcanzar la total protección de determinado derecho, mientras que las acciones de resultado requieren que el Estado alcance objetivos determinados para satisfacer el real disfrute de un derecho<sup>7</sup>. En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité en relación con el artículo 2 del Pacto, en su Observación General número 3.<sup>8</sup>

---

6. En virtud del décimo aniversario de los Principios de Limburgo un grupo de 30 expertos, se reunieron en Maastricht con la finalidad de analizar los Principios de Limburgo en relación con la naturaleza y alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y los remedios y respuestas apropiadas en este sentido. Es de esta reunión de expertos de donde surgen los principios de Maastricht. Citados en *Human Rights Quarterly*, Vol. 20 No. 3, 1998.

7. Lineamientos, op. cit. párr 7.

8. "la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Parte en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado".

En cuanto a la fuerza normativa de las resoluciones emitidas por los organismos internacionales, debo mencionar que ésta puede ser validada a través de la costumbre o mediante la creación de principios generales del derecho. En este sentido, se ha establecido que: "Además de redactar convenciones multilaterales que crean leyes, las organizaciones internacionales, en años recientes, han implementado otros métodos para actualizar la ley internacional consuetudinaria. Particularmente, las Naciones Unidas... puede complementar el proceso de creación de tratados mediante la declaración de resoluciones de carácter declarativo, las cuales, si son aceptadas por una mayoría abrumadora de la Asamblea General, generalmente por consenso o mediante votación casi unánime, pueden constituir principios "generalmente aceptados" de derecho internacional. (la traducción es mía) L.B. Sohn, *Generally Accepted "International Rules"*, *Washington Law review*, 1986, p.p. 1073-1080, p. 1078. según cita de Pieter van Dijk.

Por lo anterior, el Estado está obligado a adoptar políticas claras y concretas, tendiente a solucionar un problema específico o a garantizar un derecho protegido, cumpliendo así con la obligación de conducta. Lo anterior con la finalidad de que éstas resulten en la disminución del problema social que se pretende atacar, de conformidad con los niveles establecidos por la comunidad internacional o con la meta impuesta por el propio Estado, con lo que se daría cumplimiento a la obligación de resultado. En este sentido se menciona, a manera de ejemplo, que en relación con el derecho a la salud, la obligación de conducta requeriría la adopción e instrumentación de un plan de acción para reducir la mortalidad materna, mientras que la obligación de resultado requeriría que la mortalidad se redujera a los niveles aceptados en la Conferencia del Cairo de Población y Desarrollo de 1994 y en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de Pekín de 1995.<sup>9</sup>

## **b) Obligaciones inmediatas**

El Comité, en primer lugar, reconoce la naturaleza progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales y su dependencia respecto de la disponibilidad de recursos del Estado<sup>10</sup>. En segundo lugar establece que a pesar de dicha progresividad existen obligaciones muy claras y concretas que surgen, inmediatamente, de las normas de carácter económico, social y cultural y cuyo incumplimiento se traduce en violaciones a obligaciones de carácter internacional. Estas obligaciones concretas son las de adoptar medidas dirigidas a la realización de los DESC y la de garantizar estos derechos sin discriminación. La noción del alcance progresivo de los derechos no hace más que reconocer la realidad económica, pero no puede ser utilizada como herramienta para argumentar que los derechos económicos, sociales y culturales no imponen una obligación sobre los Estados. El objeto del Pacto y de los diversos instrumentos internacionales que reconocen los derechos económicos, sociales y culturales es imponer obligaciones concretas a los Estados con la finalidad de protegerlos, y por lo tanto, imponen el deber de progresar de manera discernible hacia el objetivo de satisfacer al menos las necesidades básicas de los individuos, estableciendo metas claras y de alcanzarlas tan rápido como les sea posible.

## **c) Obligación de utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles**

Aunque los Estados gozan de discrecionalidad para determinar los medios que consideren conveniente utilizar para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en relación con los derechos económicos,

---

9. Robertson Robert E., op. cit. p. 230.

10. Observación General 3, op. cit. p. 1.

sociales y culturales<sup>11</sup>, del artículo 2 (1) del Pacto, se desprende que estos medios deberán adoptarse hasta el máximo de los recursos de que el Estado disponga.

La situación económica del Estado puede dificultar el logro de los objetivos de protección de los derechos, pero el argumento de falta de recursos económicos no libera al Estado de su obligación de respetarlos y garantizarlos, por el contrario, el Comité ha establecido que en tiempos en los que, por cualquier razón, el Estado se encuentre en un periodo de austeridad, los derechos económicos, sociales y culturales, adquieren mayor urgencia, por lo que, lejos de que puedan ser relegados por las políticas del Estado, éste deberá prestarles mayor atención.<sup>12</sup>

#### **d) Nivel esencial de protección**

El Comité también ha señalado específicamente el deber de cada Estado de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos en el Pacto. Estas obligaciones de carácter inmediato no están sujetas a la disponibilidad de recursos.

...corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de atención primaria de salud esencial..., *prima facie* no está cumpliendo con las obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería de gran medida de su razón de ser.<sup>13</sup>

245

El concepto de “nivel esencial de protección” ha sido ampliamente reconocido y aceptado, más allá del Comité y del Sistema de las Naciones Unidas como la mínima garantía a la que está obligado el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En el Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana también ha establecido que la

---

11. En este sentido los Lineamientos en el punto 8 establecen lo siguiente “De la misma manera que en el caso de los derechos civiles y políticos, los Estados gozan de un margen o discrecionalidad para elegir los medios para dar cumplimiento a sus respectivas obligaciones”.

12. “El Comité reconoce que los programas de ajuste son muchas veces inevitables y que a menudo suponen un elemento importante de austeridad. Ahora bien, en tales circunstancias, los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales, más fundamentales adquieren una urgencia mayor, no menor”. Observación General No. 2 (1990), “Medidas internacionales de asistencia técnica”, (artículo 22 del Pacto), E/1990/23, págs. 92 a 95.

13. Observación General 3, op. Cit.

obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos como establecen la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>14</sup> (la Convención Americana) los obliga, sin importar su nivel de desarrollo, a proveer un nivel mínimo de subsistencia de dichos derechos<sup>15</sup>. Por otro lado, los Lineamientos de Maastricht establecen de manera clara que existe una violación cuando un Estado no cumple con la obligación de garantizar la satisfacción de aquel nivel que el Comité ha establecido como 'niveles esenciales de cada uno de los derechos' y menciona que este nivel mínimo de protección se deberá otorgar independientemente de la disponibilidad de recursos o de cualquier otro factor o dificultad<sup>16</sup>.

Es por esto que el nivel mínimo de protección de un derecho, es un parámetro útil para identificar y argumentar violaciones a los DESC. Los tratados de derechos humanos, en general, requieren de mecanismos de monitoreo efectivos que permitan evaluar el grado de cumplimiento de los Estados de las obligaciones impuestas por los tratados o instrumentos en materia de derechos humanos. Aunque importante y complejo para todos los derechos humanos, la naturaleza progresiva de los DESC hace que el monitoreo del cumplimiento de los derechos de manera adecuada cobre mayor importancia y dificultad. Lo anterior porque, en principio, a través de una documentación detallada de los avances o retrocesos en el disfrute de algún derecho determinado se constituirían los argumentos para poder denunciar incumplimiento de las obligaciones impuestas por normas de carácter económico, social o cultural. En este caso, específicamente, el deber de garantizar de manera progresiva estos derechos. Sin embargo, en la práctica, no es común que exista una evaluación adecuada sobre el desarrollo

246

---

14. Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos) Entrada en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. Serie sobre Tratados, OEA, No. 36., REGISTRO ONU: 27 de agosto de 1979, N° 17955.

15. Reporte Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.85 Doc. 8 rev. 11 febrero 1994.

Esta misma idea ha sido apoyada por Danilo Türk, Relator especial de derechos económicos, sociales y culturales de la Organización de Naciones Unidas, el cual ha establecido que "[l]os estados están obligados, independientemente de su desarrollo económico a asegurar el respeto de derechos de subsistencia mínima para todos".

Report of the Special Rapporteur on the Realization of Economic, Social and Cultural Rights, U.N. ESCOR. Comm'n on Hum. Rts., 43rd Sess., Agenda Item 8 at 18 52(d) U.N. Doc. E/CN.4 Sub 2/1991/17 (1991) según cita de Scott Leckie, Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights, en *Human Rights Quarterly*, 20, p 100.

16. Lineamientos de Maastricht. Lineamiento número 9.

progresivo de los Estados en relación con sus obligaciones de carácter económico, social o cultural. En general, los reportes presentados por los Estados en virtud del Pacto u otros tratados internacionales, carecen de la información necesaria para evaluar si efectivamente ha existido progreso en la situación de los DESC. Es posible decir que no existen los recursos necesarios, el tiempo o la experiencia necesaria dentro de los organismos internacionales encargados de hacerlo, para evaluar estos reportes. Aun más, las organizaciones no gubernamentales que trabajan en el área de los derechos económicos, sociales y culturales muchas veces carecen también de la experiencia, el tiempo o la capacidad para documentar de manera adecuada el desarrollo progresivo de estos derechos.<sup>17</sup>

En este sentido, para evitar que estas dificultades se conviertan en obstáculos infranqueables para denunciar el incumplimiento a las obligaciones que derivan de los DESC, se ha sugerido que los argumentos para hacer exigibles estos derechos tengan un enfoque en las violaciones cometidas por los Estados<sup>18</sup>. Con esto, la inexistencia de al menos niveles mínimos de garantía de cada derecho, permitiría denunciar violaciones a las obligaciones estatales y en algunos casos acceder a los mecanismos de protección previstos por los Estados. Siguiendo esta idea, el argumento de violación estaría enfocado en las obligaciones concretas que surgen de la protección de los DESC, como el deber de proteger sin discriminación un derecho humano o el deber de garantizar niveles mínimos de protección y no solamente ni primordialmente en la falta de desarrollo progresivo o en la acciones regresivas en relación con este derecho. Con el objetivo de argumentar dichas violaciones es necesario determinar entonces en qué consiste el derecho a la salud y cuál es el nivel esencial de protección de este derecho.

247

Sin embargo, es también importante mencionar que existen opiniones contrarias sobre el beneficio de enfocarse en los niveles mínimos de protección de los DESC. Algunos consideran que el peligro de este enfoque reside en que se puede confundir el nivel mínimo de protección con los elementos justiciables del derecho, equiparándolos y así dejando fuera de las cortes cualquier elemento que no sea "esencial". Asimismo, si no se tiene en mente que la definición de los contenidos de los derechos es un ejercicio dinámico y progresivo en sí mismo, la adopción de un nivel mínimo puede resultar contraproducente para el desarrollo progresivo del derecho. Por ejemplo, un enfoque limitado (y por lo tanto incompleto) en los niveles esenciales de protección podría brindar argumentos para establecer el cumplimiento de las obligaciones estatales, sin considerar si ha existido un

---

17. Ver Chapman R. Audrey, *Monitoring Women's Rights to Health Under the International Covenant on*.

18. *Idem*.

desarrollo progresivo y si se han utilizado la totalidad de recursos disponibles. Este enfoque puede ser también perjudicial para aquellas personas que sufren violaciones en países con recursos, pero que no cumplen con la totalidad de las obligaciones establecidas por los DESC. Por lo general en estos países sí se garantizan niveles esenciales de cada derecho, pero no necesariamente se da cumplimiento a las otras obligaciones que imponen los DESC.<sup>19</sup>

### **III. Contenido del Derecho a la Salud**

#### **a) Reconocimiento del derecho a la salud en los instrumentos internacionales de derechos humanos**

Con la adopción de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud se reconoce por primera vez, a nivel internacional, que el “goce 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 social” y como un derecho humano que implica un estado de “completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>20</sup>.

Posteriormente, el derecho a la salud, ha sido reconocido por los principales instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el sistema de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la salud como elemento del derecho a un nivel de vida adecuado, el cual se relaciona directamente con la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.<sup>21</sup>

248

---

19. International Human Rights Internship Program and Asian Forum for Human Rights and Development, Circle of Rights, Economic, Social and Cultural Rights Activism: A Training Resource, Section IV.

20. Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

21. El Artículo 25 del la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

1. 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, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

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.



También dentro del Sistema Universal, el Pacto Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere de manera más específica a este derecho y lo reconoce como el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental y establece la obligación de adoptar medidas para lograr resultados concretos relativos a este derecho.<sup>22</sup>

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>23</sup> establece específicamente el deber del Estado de asegurar el acceso a servicios de atención médica en condiciones de igualdad entre mujeres y hombres y agrega el deber del estado de garantizar a las mujeres servicios "de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.... Los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."<sup>24</sup>

---

22. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

249

23. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

24. El Artículo 12 establece específicamente

"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia."

Otros artículos de este tratado que hacen relación con el derecho a la salud son el Artículo 10 (h) y el Artículo 11(1)(e) y (f).

En relación con los niños y niñas, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>25</sup> establece en su artículo 24 el derecho de los niños “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.” Asimismo, este artículo establece el deber de los Estados a realizar esfuerzos por asegurar el disfrute de los servicios sanitarios.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, específicamente establece el deber de los Estados parte de eliminar la discriminación racial y asegurar la igualdad ante la ley en relación con “...el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”<sup>26</sup>.

El derecho está además protegido en instrumentos regionales. la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada lo reconoce en el artículo 11 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 en el artículo 16.

- 
25. La Convención de los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

El Artículo 24 de esta Convención establece:

1. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.
2. Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho...
3. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.
4. Los Estados Parte se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Otros Artículos de la Convención del Niño que se relacionan con el derecho a la salud son el Artículo 25, el Artículo 32 y el Artículo 39.

26. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19 El Artículo 5 de esta Convención a la letra establece: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:... ..e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:... El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales...”

Dentro del Sistema Interamericano, la Declaración Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)<sup>27</sup> lo reconocen de manera específica y el artículo 26 de la Convención Americana lo hace a través del reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en general. El Protocolo de San Salvador establece en su artículo 10:

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 Parte se comprometen a reconocer la salud como un bien 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.

251

Analizando el contenido de estos artículos se desprende que en términos muy generales, el derecho a la salud no significa, obviamente, el derecho a estar sano, sino el derecho al disfrute del más alto nivel

---

27. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General) ENTRADA EN VIGOR: 16 de noviembre de 1999 TEXTO: Serie sobre Tratados, OEA, No. 69.

de bienestar físico mental y social, y el derecho a que este disfrute se logre sin discriminación basada en género, raza, religión, ideología política o condición económica y social.

## **b) Obligaciones que surgen del derecho a la salud**

La Observación General 12 del Comité<sup>28</sup> ofrece una guía importante para determinar el contenido de las obligaciones de los estados parte en relación con el derecho al "más alto nivel posible de salud física y mental." Este derecho, de acuerdo con el Comité "debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud"<sup>29</sup> el cual se compone de libertades y derechos.<sup>30</sup>

Este Comité ha determinado que el derecho a la salud no está limitado a la atención médica, sino que, abarca una serie de factores socioeconómicos esenciales para una vida sana y ha señalado como factores determinantes de la salud a la (i) alimentación y nutrición, (ii) la vivienda, (iii) el acceso a agua limpia y potable, (iv) el acceso a condiciones sanitarias adecuadas, (v) condiciones de trabajo seguras y sanas (vi) un medio ambiente sano, y finalmente (vii) el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva<sup>31</sup>.

El Comité ha señalado además 4 elementos esenciales e interrelacionados con el derecho a la salud:

252

La disponibilidad "de los establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, centros de atención de la salud y de programas" los cuales deben contar con los factores determinantes básicos de la salud ya mencionados, además de personal capacitado y ciertos medicamentos esenciales definidos por la Organización Mundial de la Salud.

La accesibilidad tanto de hecho como de derecho para toda la población sin discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos, en especial para los sectores más vulnerados y marginalizados. Este elemento implica que tanto los establecimientos, bienes y servicios de salud, como los factores determinantes de este

---

28. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. (Comentario General 14).

29. Observación General 14, párr. 9

30. El derecho a la salud impone al Estado la obligación de respetar, proteger y cumplir.

31. Observación General 14, op. Cit. párr. 11.

derecho incluyendo agua limpia y potable estén al alcance geográfico y a una distancia razonable de todos los sectores de la población. Asimismo, debe asegurarse el acceso adecuado para las personas con discapacidades a los edificios de salud. El elemento de accesibilidad incluye además la asequibilidad económica por lo que el Estado tiene la obligación de asegurarse que los servicios de salud y los factores determinantes de la salud, sean públicos o privados, estén al alcance de todos y todas. Asimismo debe asegurarse los gastos de salud no impongan cargas desproporcionadas en ciertos sectores o hogares pobres, en relación con otros sectores. Una tercera dimensión del elemento de accesibilidad se relaciona con el derecho a solicitar, recibir y difundir información relacionada con la salud.

Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben además ser aceptables culturalmente, tomando en cuenta los requisitos de género entre otras cuestiones.

Y por último deben ser de buena calidad tanto científica como médicamente.

Este derecho además requiere necesariamente tomar en cuenta las necesidades y circunstancias especiales de diferentes sectores como las mujeres, niños y adolescentes, adultos mayores, discapacitados, poblaciones indígenas y que las políticas de salud reflejen y respondan a estas diferencias.

253

Todo lo mencionado se traduce en libertades y derechos en relación con el derecho a la salud. Las libertades imponen el deber de protección y respeto por parte del Estado, asegurando que cada persona pueda “controlar su salud y su cuerpo” y evitando que las personas sean sujetas a injerencias arbitrarias por parte del estado o de terceras personas. Los derechos que surgen de este derecho humano también imponen al Estado la obligación de cumplir, la cual requiere “que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud lo cual incluye “asegurar un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.”<sup>32</sup>

El derecho a la salud, al igual que todos los derechos humanos prohíbe cualquier clase de discriminación en relación con su disfrute. Como ha sido mencionado, la obligación del estado de asegurar que no exista

---

32. Comentario General 14, párr. 8.

discriminación en el disfrute de este derecho es de naturaleza inmediata y no está sujeta a la disponibilidad de recursos por parte del Estado<sup>33</sup>, de la misma manera que no lo está el deber de adoptar medidas inmediatas.

### **c) Niveles mínimos de satisfacción del Derecho a la Salud**

El Comité, también a través del Comentario General 14 hace referencia a la obligación de los Estados de asegurar niveles mínimos de satisfacción del derecho a salud. Para la determinación de los niveles esenciales de este derecho hace referencia a la Declaración de Alma-Ata como una guía de las obligaciones que surgen en virtud del artículo 12 del Pacto.

El Comité lista como garantías mínimas las siguientes:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sin discriminación, 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;
- e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

254

---

33. El artículo 2 del Pacto, de acuerdo al Comité "prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud." En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionales prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud (16). General 14, párr. 18.

f) adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados<sup>34</sup>.

Agrega además las siguientes:

a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;

b) proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;

c) adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;

d) impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;

e) proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos<sup>35</sup>.

255

La Corte Constitucional de Sudáfrica ha considerado también el nivel esencial de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte se pronunció recientemente sobre las obligaciones que surgen de los artículos 27 (que se refiere al acceso a los servicios de salud) y 28 (protección especial de los niños) de la Constitución de Sudáfrica en relación con las obligación genérica del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos protegidos en dicha Constitución<sup>36</sup>.

---

34. Observación General 14, op. cit. párr. 43 y 44.

35. idem. párr. 45.

36. Treatment Action Campaign & Ors. (v. Minister of Health & Ors.) Otras resoluciones importantes de esta Corte en material de DESC son las siguientes: Government of South Africa & Ors. v. Grootboom & Ors., Minister of Public Works & Ors. V. Kyalami Ridge Environmental Association & Ors., Soobramoney v. Minister of Health, Kwazulu-Natal.

El caso se presentó para exigir que el Estado adoptara políticas que dieran acceso al tratamiento para prevenir la transmisión del VIH entre madre e hijo al momento del parto. El programa adoptado por Sudáfrica daba acceso a un medicamento que previene este contagio solamente a un número limitado de clínicas dentro del sector de salud público que pertenecían a un programa piloto. Esto evitaba que doctores que no trabajan en estas clínicas pudieran prescribir el neviraprine (NVP) a pesar de que este medicamento se ofrecía gratuitamente al gobierno. Esto resultó en muchos casos de contagio entre madre e hijos que podían haber sido prevenidos. La Corte determinó que dicha política constituía una barrera arbitraria para el desarrollo progresivo del derecho a la salud. Estableció además que el núcleo esencial de los derechos incluye por lo menos aquellos requisitos mínimos de la vida compatibles con la dignidad humana y agregó que nadie debe ser condenado a una vida que se encuentra por debajo de estos niveles esenciales de dignidad. La noción de derechos individuales, agrega la Corte, presupone que cualquier persona en esta situación debe encontrar protección en los tribunales nacionales. Esta Corte ha determinado sin embargo, que los derechos de carácter económico y social protegidos en la Constitución no confieren el derecho a cada persona a un nivel mínimo de protección de todos los derechos ya que de acuerdo con la Corte, asegurar un nivel mínimo de protección para todos de manera inmediata sería imposible. La Corte determinó que la obligación del Estado consiste en actuar de manera razonable hacia el disfrute de los derechos económicos y sociales de manera progresiva. La Corte sí determinó que el Estado había violado sus obligaciones constitucionales y ordenó entre otras cosas que eliminara las restricciones impuestas al medicamento y facilitara el uso de NVP para la reducción de la transmisión del VIH entre madre e hijo.

256

## **VI. Exigibilidad del Derecho a la Salud dentro del Sistema Interamericano**

Dentro del Sistema Interamericano el principal tratado que protege los derechos económicos, sociales y culturales es el Protocolo de San Salvador. Este tratado reconoce la jurisdicción de la Comisión y la Corte para recibir peticiones individuales solamente por violaciones a los derechos sindicales protegidos por el artículo 8 (a) y el derecho a la educación protegido por el artículo 13<sup>37</sup>, pero no en relación con violaciones al derecho a la salud.

---

37. Artículo 19 (6) del protocolo de San Salvador. 6. "En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."



No obstante, a través del artículo XI de la Declaración Americana o el artículo 26 de la Convención Americana, el cual establece la obligación general del Estado de proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, en principio, se puede acceder al Sistema de peticiones individuales previsto dentro del Sistema. Los DESC mencionados de manera general en dicho artículo 26, pueden ser definidos, a través del Protocolo de San Salvador y del mencionado artículo de la Declaración Americana. Además, el derecho a la salud encuentra también protección a través de su interrelación con otros derechos de carácter civil y político como el derecho a no ser discriminado, el derecho a la protección de la familia, y el derecho a la vida, entre otros. La Corte Interamericana, en el caso de Villagrán Morales relativo al caso de unos menores de edad que fueron torturados y asesinados por autoridades en Guatemala, señaló el carácter fundamental del derecho a la vida y su goce como un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. La Corte establece que las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la vida no sólo implican el derecho de todo ser humano a no ser privado de ésta arbitrariamente, “sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.” La Corte impone la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para evitar violaciones de ese derecho humano<sup>38</sup>.

Otros logros importante dentro del sistema regional son las medidas cautelares otorgadas por la Comisión en favor de 27 integrantes de la Asociación Atlacatl, en las que solicitó al Estado de El Salvador que suministrara “el tratamiento y los medicamentos antirretrovirales, así como las atenciones hospitalarias, farmacológicas y nutricionales pertinentes, a favor de personas 27 personas VIH positivas”. La Comisión basó su petición en el peligro que corría la vida y la salud de los solicitantes. Similares medidas han sido también solicitadas a diferentes Estados de la región, incluyendo Chile. Además de casos relacionados con VIH, en el marco de un caso que argumenta violación a los derechos a la seguridad social, la Comisión solicitó al estado de Perú que adoptara las medidas necesarias para evitar daños irreparables a la salud del peticionario quien padece hepatitis B entre otros males.

257

Otros casos relativos a la protección del derecho a la salud dentro del Sistema Interamericano es el caso de la masacre Comunidad Indígena Yanomami. En este sentido debe mencionarse la Resolución Nro. 12/85 del 5 de marzo de 1985, adoptada por la Comisión Interamericana en

---

38. Serie C No. 63. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

el caso contra Brasil en el que se denuncia la violación del artículo XI (Derecho a la Preservación de la Salud y al Bienestar) de la Declaración Americana de Derechos Humanos. También se encuentran en trámite otras dos denuncias referidas al pueblo yanomami, una contra Venezuela y otra con Brasil. En relación con la primera, las partes firmaron en diciembre de 1999 una acuerdo de solución amistosa, que todavía no dio lugar al Informe del artículo 49<sup>39</sup>.

La Comisión Interamericana, a través de sus informes ha reconocido también el vínculo entre el derecho a la vida, a la seguridad e integridad física y a la salud y el medio ambiente. La Comisión estableció que “cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos.”

Por último la Corte Interamericana a través de una opinión consultiva reconoció el cuidado de la salud de los niños como “pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna”<sup>40</sup>.

## V. Conclusión

El nivel mínimo esencial de protección del derecho a la salud brinda un argumento importante para hacer exigible este derecho. A pesar de que existen muchos obstáculos, para acceder a foros que nos permitan denunciar violaciones a este derecho e inclusive para identificar dichas violaciones, hay espacios que se están abriendo cada vez más, tanto dentro de los sistemas internacionales de derechos humanos como de las cortes locales. Entre otros muchos retos, enfrentamos el de utilizar dichos espacios con argumentos creativos y de la mejor manera posible para poder avanzar así en su desarrollo jurisprudencial. Esto sin duda no ofrece una solución óptima para el grave problema de salud que sufren tantas personas en el mundo. Sin embargo, el reconocimiento de un derecho y la capacidad de hacerlo exigible ante cortes locales o cuerpos internacionales es un paso positivo hacia el ejercicio del derecho a la salud de todos los seres humanos.

258

---

39. Cejil, Gaceta Nro. 12. Sin embargo, la Comisión Interamericana no ha publicado a la fecha el Informe previsto en el artículo 49.

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.