

MÓDULO 14

EL DERECHO A LA SALUD

El objetivo del módulo 14

El objetivo de este módulo es brindar un panorama de las garantías relacionadas con el derecho a la salud.

El módulo

- *aborda el desarrollo del concepto del derecho a la salud;*
- *enumera los estándares internacionales, regionales y nacionales;*
- *analiza las obligaciones del estado y*
- *expone los mecanismos internacionales y de otra índole para proteger el derecho.*

El porqué del derecho a la salud

La salud y el bienestar son asuntos muy personales. Nada más íntimo que la experiencia de concebir y llevar un hijo en las entrañas, y dar a luz a un ser humano único; nadie puede vivir el temor o el dolor ajeno; y la muerte misma es algo que no podemos compartir, por más real que sea nuestra congoja.

Y sin embargo, precisamente cuando la enfermedad o el sufrimiento crónico nos afecta a nosotros o a nuestros allegados nos damos cuenta de que la salud en realidad es un asunto muy público. Las políticas que determinan qué nivel de atención de la salud se garantiza, qué tipos de servicio se ofrecen, cómo se establecen las prioridades cuando se superponen los derechos, dónde se concentran los recursos y qué alternativas existen se vuelven mucho más palpables cuando nos afectan a nosotros o a nuestros seres queridos. Cuando nos enfrentamos a una situación específica relacionada con la salud y pasamos a depender de las decisiones o prejuicios de los demás—ya se trate de profesionales de la salud, autoridades religiosas, familiares, vecinos, empleadores o empresas de seguro—descubrimos que nuestra capacidad para controlar algunos de los aspectos más fundamentales de nuestra vida es muy limitada. Experimentamos la exclusión en carne propia.

La impotencia y la exclusión son el resultado de una combinación similar de experiencia y circunstancias personales por un lado y del contexto socio-político por el otro... En un extremo del espectro, vemos la importancia del entorno macroeconómico e ideológico. Las políticas económicas que implican una financiación insuficiente de los servicios públicos y la fragmentación de la función reguladora del gobierno tienden a reducir el umbral de lo que se considera un estándar mínimo aceptable de atención de la salud para la población en general. El acceso a la atención de la salud pasa a depender de la capacidad económica de cada persona; los pacientes dejan de ser ciudadanos con derechos y responsabilidades para convertirse en clientes o consumidores... Por lo tanto, la financiación de la atención de la salud puede plantearse como una cuestión pseudotécnica: ¿qué tipos de mecanismos de

seguro y recuperación de costos “funcionan”, y en qué circunstancias? La meta de “Salud para todos para el año 2000” queda reducida a “salud para los que puedan pagar hoy”.

La tendencia actual indica que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr”, que la OMS describe como “uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”, se considera prácticamente como un producto secundario, algo que en algún momento llegará a todos. Se deberá recorrer un largo trecho hasta que este derecho fundamental llegue hasta los indigentes (actualmente un quinto de la raza humana), los que sobreviven en forma precaria en el sector informal o aquellos que cuentan con un acceso limitado a la atención de la salud por motivos de edad o discapacidades o por conflictos armados. Y pese a que siete de diez habitantes entre los más pobres del mundo son mujeres, las necesidades de salud de las mujeres están muy desatendidas, independientemente de su condición social. Sin embargo, si el desarrollo no es en pro de la salud, ¿cuál es su meta y quién tiene posibilidades de gozar de él?¹



Desarrollo del concepto de derecho a la salud

Tradicionalmente, se consideraba que la salud pertenecía al ámbito de lo privado, no de lo público. También se entendía a la salud como “ausencia de enfermedad”. Las primeras leyes que contienen disposiciones relativas a la salud se remontan al período de la industrialización. En el Reino Unido se dictaron la Ley Moral de los Aprendices (1802) y la Ley de Salud Pública (1848) para contener la presión social resultante de las malas condiciones de trabajo. En la Constitución de México de 1843 se incluyen referencias a la responsabilidad del Estado en la conservación de la salud pública.²

La evolución hacia una definición de la salud como cuestión social culminó con la fundación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1946.³ Con el surgimiento de la salud como asunto público, cambió el concepto de salud. La OMS definió y difundió un concepto de salud que la entiende como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”.⁴ Definió un enfoque integral que vincula con el logro de salud todos los factores relacionados con el bienestar humano, incluidos el entorno físico y social.

La Constitución de la OMS supone asimismo el primer reconocimiento a nivel internacional del derecho a la salud, al afirmar 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 social”. A lo largo del tiempo este reconocimiento

será progresivamente ratificado en formulaciones de amplitud diversa, en varios instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 33)
- Carta Social Europea (art. 11)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 12)
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 16)

El reconocimiento universal del derecho a la salud será reafirmado a través de la Declaración de Alma Ata sobre Asistencia Primaria en Salud-APS (1978), mediante la cual los Estados Partes se comprometen al desarrollo progresivo de sistemas de salud integrales, como medio para garantizar una distribución equitativa y eficaz de los medios para preservarla. Los estados reiteran su responsabilidad con la salud de los pueblos "...lo que se puede lograr sólo mediante la provisión de medidas sanitarias y sociales adecuadas..."⁵ La Declaración desarrolla las bases para la puesta en práctica de sistemas de Asistencia Primaria en Salud (APS), de cuya implementación se desprenden implicaciones hacia la vigencia del derecho. Si bien este instrumento no es vinculante, significa una profundización del compromiso de los Estados en materia del derecho a la salud, y establece las líneas maestras de una política integral destinada a lograr su disfrute.

En el marco de la Conferencia de Alma Ata, la OMS diseñó el plan Salud para Todos en el Año 2000 (SPT/2000)⁶, el cual consiste en una serie de metas y programas tendentes al logro de niveles mínimos de salud para todos. Sin embargo el fracaso de las metas propuestas señala la necesidad de redimensionar las estrategias, en un contexto en el que los problemas de salud asociados a la pobreza y la inequidad siguen siendo los principales obstáculos para el logro de niveles mínimos de bienestar para la mayoría de la población mundial.

La promoción de la salud—uno de los aspectos de la APS—ha sido abordada de forma independiente por sucesivas conferencias, la primera de las cuales tuvo lugar en Ottawa (Canadá) en el año 1986⁷ y la cuarta y última en Yakarta (Indonesia) en 1997. En la Declaración de Yakarta se presenta una actualización del concepto de salud, identificándose los requisitos para su logro en vistas del próximo siglo, los cuales "comprenden la paz, la vivienda, la educación, la seguridad social, las relaciones sociales, la alimentación, el ingreso, el empoderamiento de la mujer, un ecosistema estable, el uso sostenible de los recursos, la justicia social, el respeto de los derechos humanos y la equidad. Sobre todo, la pobreza es la mayor amenaza para la salud".⁸

Otras iniciativas internacionales relevantes de los últimos años relacionados con la salud son el Plan de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), en el que se incorporan tres metas relacionadas con la reducción de la mortalidad infantil y materna, la garantía de acceso universal a servicios de salud reproductiva y servicios de planificación familiar; y la Plataforma de Acción de la 4^o Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), en la que se establecieron cinco objetivos estratégicos destinados a mejorar la salud de la mujer a nivel mundial.

La salud como derecho humano

Estándares internacionales

El art. 25 de la DUDH hace énfasis en el reconocimiento del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, el cual incluye la garantía de la salud y el bienestar. Reconoce la relación entre salud y bienestar y está ligado a otros derechos como el derecho a la alimentación y la vivienda y de servicios de asistencia médica y sociales. La DUDH adopta una visión amplia del derecho a la salud como derecho humano, si bien la salud aparece como un componente de un nivel de vida adecuado.

En cuanto al PIDESC, los Estados Partes “reconocen” mediante el art. 12 “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El artículo identifica “algunas de las medidas” que el estado debe tomar “a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”.

En los artículos 23 y 24 de la Convención de los Derechos del Niño (CRC) se reconoce el derecho a la salud para todos los niños y se identifican diversas medidas para su efectividad. Asimismo, la CEDAW establece la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar el acceso de las mujeres a la atención médica y de la salud, sin discriminación de ningún tipo, incluida la planificación familiar. Se establece igualmente el compromiso de

Derechos reproductivos y salud reproductiva⁹

Muchas mujeres consideran que los derechos reproductivos constituyen una parte esencial de los derechos de la mujer. A lo largo de la historia, la función reproductiva de la mujer ha sido utilizada para controlar a la mujer misma. Si analizamos por qué a la mujer se le niegan numerosas oportunidades de vida, por qué se le impide asistir a la escuela cuando llega a la pubertad, por qué no se le permite circular libremente, por qué se le impide salir a trabajar o seguir una carrera, por qué se la casa temprano sin darle opción a elegir su pareja, volvemos a la misma respuesta: porque las mujeres poseen cuerpos que pueden preñarse.

El significado de derechos reproductivos y sexuales que ha evolucionado con los años es el del derecho a manejar la propia fertilidad en forma segura y efectiva, concibiendo cuando uno lo desea, interrumpiendo los embarazos no deseados y llevando a término los embarazos deseados; el derecho de expresar la propia sexualidad sin enfermedad, violencia, incapacidad, temor, dolor innecesario o muerte asociados con la reproducción y la sexualidad; y el derecho a condiciones socioeconómicas y políticas que así lo permitan.

Es importante aclarar que los derechos reproductivos y la salud reproductiva no son lo mismo. La salud reproductiva es sólo un pequeño componente de los derechos reproductivos. El acceso a los servicios de salud reproductiva es sólo una parte del derecho a la salud reproductiva, así como el acceso a los servicios de salud es sólo uno de los aspectos del derecho a la salud. Para gozar de una buena salud reproductiva las mujeres necesitan tener un buen estado de salud general y las condiciones físicas, económicas y sociales que les permitan gozar de ese estado.

garantizar servicios adecuados de salud materno-infantil (art. 12[2]).

Otros numerosos instrumentos otorgan protección al derecho a la salud. Estos son: la Convención Internacional sobre la eliminación de todas as Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, la Convenciones de Ginebra, la Declaración sobre la Protección de Mujeres y Niños en Situaciones de Emergencia y Conflicto Armado, los Estándares Mínimos para el Tratamiento de Personas Desprovistas de Libertad, la Declaración de los derechos de los Impedidos, y la Declaración de los Derechos de los Enfermos de Sida.

Estándares regionales

*Salud mental*¹⁰

“La enfermedad mental, en su sentido más amplio, es uno de los males más comunes que afectan a la raza humana. Aunque fue criticado por la falta de confiabilidad de algunos de sus datos, el informe del Banco Mundial sobre salud y desarrollo (1993) identificó la enfermedad ‘neuropsiquiátrica’ como la causa no transmisible de incapacidad que ocupa el segundo lugar en importancia en los países en vías de desarrollo. De estas enfermedades, la depresión era el diagnóstico individual más importante. El informe destaca un aspecto de la salud que está íntimamente relacionado con el desarrollo y el estado de salud general de una comunidad, y que ha sido dejado de lado por los organismos de desarrollo y los ministerios de salud, ocupados en atender los reclamos apremiantes vinculados con las enfermedades transmisibles. Sin embargo, es imposible separar los componentes mentales y espirituales de la salud de la enfermedad física, especialmente cuando se trata de enfermedades crónicas y problemas de salud materno-infantil. Es probable, y deseable, que las futuras obras de desarrollo relacionadas con la salud incluyan la salud mental entre sus prioridades”.

El Sistema Interamericano

El Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece el derecho a la preservación de la salud a través de medidas sanitarias y sociales (alimentos, ropa, vivienda y atención médica), si bien condiciones su implementación a la disponibilidad de recursos.

El Artículo 33 de la carta de la Organización de los Estados Americanos estipula entre otras metas para contribuir al desarrollo integral de las personas el acceso a los modernos conocimientos de la ciencia médica y a condiciones urbanas adecuadas. La Convención Americana de sobre Derechos Humanos alude al derecho a la salud de manera indirecta, refiriéndose en su artículo 26 al compromiso de los Estados partes de tomar medidas para garantizar “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 OEA”.

El Protocolo Adicional de San Salvador consagra explícitamente en su artículo 10 el “derecho a la salud” de todo individuo, refiriendo un total de seis medidas que deben ser adoptadas por los Estados Partes para garantizarlo entre ellas el desarrollo de redes universales de asistencia primaria. Adicionalmente, el artículo 11 garantiza el derecho a un ambiente sano, Sin embargo, el Protocolo descarta la posibilidad de presentar peticiones individuales ante los órganos de supervisión del sistema interamericano en relación al derecho a la salud.

Sistema Europeo

El artículo 11 de la Carta Social Europea (1961) se refiere al derecho a la protección de la salud, para cuya consecución se adopta el compromiso de tomar medidas de promoción y educación en salud y prevención de enfermedades. El párr. 13 de la I parte garantiza el acceso a la asistencia social y servicios médicos a la población sin recursos. A su vez la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina consagra en su art. 3° el acceso igualitario de cuidados de salud.

Sistema Africano

El artículo 16 de la Carta Africana de los Derechos de los Individuos y los Pueblos consagra el derecho al más alto grado de salud posible—para cuya protección se tomarán las “medidas necesarias”—así como la garantía de servicios médicos en caso de enfermedad. La carta Africana sobre los Derechos y Bienestar de los Niños también contiene un reconocimiento al derecho a la salud.

*Reconocimiento nacional*¹¹



El derecho a la salud se fue incorporando gradualmente a las legislaciones nacionales a partir de la primera mitad del siglo XX.

Por ejemplo la Constitución de Chile de 1925 los incorpora explícitamente, distinguiendo entre las garantías debidas hacia el logro del bienestar del individuo por un lado, y la salud pública por otro. Sucesivamente una parte sustancial de los estados que se rigen por el derecho civil incorporarán a sus textos constitucionales el derecho a la salud, definido a menudo como derecho a la protección de la salud, o estableciendo una atribución clara al estado en materia de política sanitaria. En el caso de Haití, el derecho a la salud se relaciona directamente con el derecho a la vida estableciendo en su artículo 19 que “El Estado tiene el deber

imperativo de garantizar el derecho a la vida, a la salud, y el respeto por la persona...”

Adicionalmente, el artículo 23 establece la obligación de garantizar los medios necesarios a toda la población para la protección y recuperación de su salud, mediante un adecuado sistema de salud.

Aunque no es habitual, otras constituciones dotan de rango constitucional a una serie de medidas para el logro de la protección de la salud. Es el caso de Panamá: el artículo 105 consagra el derecho a la salud y la responsabilidad del Estado en su protección, mientras que el art. 106 hace referencia al derecho a la alimentación, la educación en salud, salud materno-infantil, entre otros. Por su parte, el artículo 70 de la Constitución de Hungría recoge en su primer párrafo el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental, mientras que el segundo enumera cuatro o áreas de responsabilidad. El artículo 27 de la Constitución de Sudáfrica incluye el derecho a la salud, a la alimentación, al agua y a la seguridad social, determinando “el derecho al acceso a” servicios de salud, incluida la salud reproductiva (art. 27) y establece la prohibición de denegar asistencia de emergencia.

Los sistemas legales que se rigen por el derecho consuetudinario no suelen prever garantías constitucionales con respecto al derecho a la salud, si bien pueden encontrarse en el preámbulo referencias implícitas a responsabilidades públicas en materia de salud, así como en los planteamientos acerca de las políticas sociales. En estos países la modalidad de reconocimiento legislativo relacionado con el derecho a la salud específicamente, hay que buscarla normalmente en las decisiones de los tribunales que la afecten de una u otra manera, dado que el derecho se basa esencialmente en la jurisprudencia. Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, no incluye ninguna referencia a la salud en su Constitución, sin embargo pueden encontrarse decisiones judiciales referidas a la responsabilidad del Estado en la regulación de la salud o al deber de asegurar la igualdad en el acceso a los beneficiarios de los sistemas de salud y asistencia públicos. En otros países, la referencia a la salud se desarrolla en términos negativos, al enumerar las limitaciones a las que pueden estar sujetos determinados derechos civiles y políticos por razones de salud pública (es el caso de Barbados), lo cual apunta a la competencia—sino obligación—del Estado en materia de regulación sanitaria.

A su vez, la práctica totalidad de los países que todavía se rigen por Constituciones socialistas incorporan el derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales, al igual que el resto de los DESC. En el caso de Cuba, el artículo 49 de la Constitución consagra el derecho a la asistencia y protección de la salud, y establece la obligación del Estado de mantener y dotar un sistema de salud público universal y gratuito y de promocionar la salud mediante programas educativos y de prevención

Indivisibilidad e interdependencia

El derecho a la alimentación: Los programas de nutrición y el suministro de alimentos son componentes substanciales de las estrategias de atención primaria de la salud. En el artículo 24(2)(c) de la CRC y en el artículo 12(2) de la CEDAW, respectivamente, el derecho a la alimentación se considera parte del derecho a la salud de los niños y las mujeres. Según la Observación General 12 del PIDESC, las estrategias nacionales sobre el derecho a la

alimentación deben desarrollarse en forma coordinada con el desarrollo de medidas de salud, entre otras (párr.25). (Véase el módulo 12 sobre el derecho a la alimentación.)

El derecho a un medio ambiente sano: El artículo 12(2)(b) del PIDESC especifica el medio

***La salud de los niños en una comunidad indígena
(Menores Comunidad Paynemil c. Poder Ejecutivo s/acción de amparo)***

Este caso Argentino estuvo dirigido a proteger la salud de la población de la Comunidad Mapuche Paynemil, especialmente niños y jóvenes, que se veía afectada por la contaminación del agua que ingerían.

La Defensora Oficial de Menores de Neuquén interpuso una acción de amparo a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil contaminados por el consumo de agua que contenía plomo y mercurio. En su demanda la Defensora solicita que se obligue al Estado a proveer agua potable necesaria para la supervivencia, la adopción de las medidas y diagnóstico y tratamiento de los menores afectados, y de las medidas pertinentes para impedir la contaminación del suelo y el agua.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Provincia de Neuquén hizo lugar a la acción (“Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”. Expte. No. 311-CA-1997. Sala II. Cámara de Apelaciones en lo Civil. Neuquén. 19 de mayo de 1997) y condenó al Poder Ejecutivo Provincial a: (i) la provisión en el término de dos días de dictada la sentencia de 250 litros de agua potable diarios por habitante; (ii) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin; (iii) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existían daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación, y (iv) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación.

La sentencia consideró probado que los integrantes del Poder Ejecutivo estaban al tanto de la contaminación del agua utilizada por la comunidad para su consumo, y por comprobada su falta de diligencia en dar una solución al problema. En virtud de ello la Cámara entiende que hubo una falta de actuación oportuna por parte del Estado configurativa de una omisión arbitraria violatoria del derecho a la salud y el medio ambiente. El Estado intentó defenderse alegando haber tomado algunas medidas y encontrarse al estudio de las razones y tipo de contaminación que presentaba el agua. No obstante los jueces en vistas a la gravedad de la situación y la urgencia que demandaba la protección de los derechos afectados, sostuvieron que, en el caso, el retardo en la adopción de las medidas conducentes para hacer cesar la contaminación eran equiparables a su omisión, y por lo tanto no aceptó la defensa del Estado.

El caso de la comunidad Paynemil no es solo un ejemplo de interdependencia de derechos, sino un caso muy valioso en materia de estrategias de exigibilidad. En este caso, la demandante, con gran habilidad, colocó en el centro del debate la urgencia del reclamo y las características de vulnerabilidad del colectivo afectado (niños y jóvenes de una comunidad aborigen) para lograr evadir los obstáculos probatorios y la complejidad técnica del asunto debatido en el caso.

ambiente como una de las áreas en las que debe intervenir el estado para lograr la efectividad del derecho a la salud. Esta disposición tradicionalmente se ha interpretado como una referencia a la salud ocupacional, pero en los informes presentados por los estados al CDESC, se la considera cada vez más en relación con todas las cuestiones ambientales que afectan la salud humana. Las estrategias de atención primaria de la salud incluyen la provisión de agua potable y de servicios sanitarios, y los programas de salud preventivos deben incluir el control sobre las actividades humanas que puedan exponer a las personas a riesgos ambientales perjudiciales para su salud.¹² (Véase el módulo 15 sobre el derecho a un medio ambiente limpio y sano.)

El derecho a una vivienda adecuada: La Observación General 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada vincula la disponibilidad de servicios básicos, como el agua potable, las condiciones de vivienda que protejan a los individuos de los riesgos para la salud, la disponibilidad de servicios de atención de la salud y la ausencia de riesgos ambientales relacionados con la salud como elementos centrales del derecho (párr. 8.) La OMS considera la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades epidemiológicas. (Véase el módulo 13 sobre el derecho a una vivienda adecuada.)

El derecho a la educación: Para lograr la efectividad de determinados elementos fundamentales del derecho a la salud primero es necesario satisfacer el derecho básico a la educación para todos. Al referirse al derecho del niño a la salud, el artículo 24(2) de la CDN relaciona ese derecho con el derecho a la educación y por consiguiente con los principios básicos de la salud de los niños. La atención primaria de la salud, en general, incluye la necesidad de brindar educación sobre los problemas de salud existentes y los métodos para evitarlos y controlarlos. (Véase el módulo 16 sobre el derecho a la educación.)

El derecho a trabajar y los derechos del trabajo: El derecho a trabajar está estrechamente relacionado con el derecho a condiciones de vida adecuadas. A su vez, éste último es esencial para la salud. Asimismo, el artículo 12(2)(c) del PIDESC identifica la prevención, el tratamiento y el control de las enfermedades profesionales como parte del alcance del derecho a la salud y el artículo 12(2)(b) hace referencia a la higiene del trabajo, que requiere la adopción de medidas para la prevención y el control de condiciones peligrosas en el lugar de trabajo. Aproximadamente setenta convenios de la OIT se ocupan de la salud en el trabajo. Entre ellos se encuentran el Convenio No. 155 (sobre seguridad y salud de los trabajadores [1981]), el Convenio No. 161 (sobre servicios de salud en el trabajo [1985]), y el Convenio No. 148 (sobre medio ambiente de trabajo [1977]). (Véase el módulo 10 sobre el derecho a trabajar y los derechos del trabajo.)

El derecho a la vida: Si bien el derecho a la vida suele interpretarse como una protección contra la privación de la vida por parte de actores del estado, en su Observación General 6, el Comité de Derechos Humanos considera que sería oportuno que los Estados Partes “tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias”.¹³

Asimismo, varias constituciones nacionales mencionan el derecho a la salud como un componente esencial del derecho a la vida.

Una práctica sistemática de violación de los derechos reproductivos y a la salud de las mujeres en Perú: esterilizaciones quirúrgicas.¹⁴

Entre sus estrategias para la promoción y protección del derecho a la salud y los derechos reproductivos el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos Humanos de la Mujer (CLADEM Regional) emprendió una serie de investigaciones que dieron como resultado entre otros el Reporte “Nada personal—Aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica en el Perú”.

Dicho informe da cuenta de la aplicación de una política gubernamental de carácter masivo, compulsivo y sistemático que enfatizó la esterilización como método para modificar rápidamente el comportamiento reproductivo de la población, especialmente de mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales.

En este sentido la investigación verificó por parte del gobierno el establecimiento de metas numéricas en anticoncepción quirúrgica, la supervisión sistemática de la autoridad central respecto de su ejecución en los distintos niveles y la inclusión de metas demográficas como meta general del Programa Nacional de Salud Reproductiva. El Reporte da cuenta que en “diversas localidades se hallaron evidencias de presión, incentivos y amenazas sobre agentes de salud para la captación de usuarias”. Ello trajo aparejado casos de abusos y otras prácticas contrarias a los derechos de las mujeres. Así se verificaron casos de esterilización forzada, prácticas contrarias al consentimiento libre e informado y prácticas atentatorias contra el derecho a la salud, entre otros. Entre las modalidades por las cuales se perpetuaron las esterilizaciones forzadas el Reporte enuncia casos de esterilizaciones realizadas a mujeres en el contexto de otra intervención sin que ellas conocieran o consintieran la otra intervención; esterilización con autorización exclusiva de las parejas varones inducidos por el personal de salud, esterilización bajo condiciones de intimidación o mediante la privación de libertad.

Con relación a las prácticas de violación al respeto del consentimiento libre e informado, el Reporte señala actitudes tales como “utilización de frases ofensivas o humillantes, manipulación de la condición de pobreza para orientar a la esterilización, presión sistemática a través de visitas domiciliarias”, “negativa a entregar el método solicitado por la usuaria en caso de ser distinto a la anticoncepción quirúrgica”, “recomendación de cambio de método utilizado por la usuaria”, “no información verbal ni escrita sobre las características riesgos y precauciones postoperatorias de la opción de la anticoncepción quirúrgica”, entre muchas otras.

Finalmente se elabora una extensa lista de actos u omisiones que implican una violación ya no a los derechos reproductivos de la mujer sino al de su salud física. Entre ellos se mencionan, “realización de las intervenciones sin contar con la infraestructura y equipos adecuados”, “intervenciones en anticoncepción quirúrgica sin contar con la infraestructura y equipos adecuados”, “no entrega de medicamentos ni información para el manejo postoperatorio” y muchos más.

El Reporte señala asimismo que las personas afectadas por estas prácticas no han gozado de los mecanismos y la información suficiente para obtener justicia, sanciones a los responsables ni reparaciones.

El derecho a la información: El acceso a la información adecuada es esencial para una apropiada atención de la salud. La información relacionada con los recursos y políticas de salud también es necesaria para permitir el control de las políticas públicas vinculadas con la salud y la participación social efectiva en procesos de políticas relacionadas con la salud. El Principio 76 de Limburgo menciona que el proceso de presentación de informes ante el CDESC debe hacerse público a fin de permitir el debate y la participación. (Véase el módulo 3 para más información sobre los Principios de Limburgo.)

La integridad física: Además de prohibir la imposición de actos de tortura o tratos crueles, el artículo 7 del PIDCP prohíbe explícitamente los experimentos médicos o científicos en seres humanos sin su pleno entendimiento del alcance del experimento y su consentimiento previo.¹⁵ Los Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, establecidos por la ONU, disponen una serie de pautas para garantizar que el personal de salud brinde protección a las personas presas y detenidas contra la tortura y toda forma de tratos o penas crueles.¹⁶

El derecho de las mujeres a la salud

Además de las complejidades asociadas con el derecho a la salud en general, cuando se analiza el derecho de las mujeres a la salud es necesario tener en cuenta por lo menos dos dimensiones adicionales. Se lo debe considerar desde el punto de vista del género. Asimismo, se debe tener presente la prohibición contra la discriminación. Ambas dimensiones figuran en el artículo 12(1) de la CEDAW sobre las garantías de acceso a los servicios de salud sin discriminación y en el artículo 12(2) sobre los servicios de salud materna. También se hace referencia a los servicios de salud reproductiva en la CRC (art. 24[2][d]).¹⁷ (Véase el módulo 4, que contiene un análisis más detallado.)

VIH/SIDA y derechos humanos

La epidemia de VIH/SIDA puede vincularse con varias dimensiones de derechos humanos. Es esencial examinar las prácticas y políticas de salud pública que afectan a los enfermos de VIH/SIDA para garantizar que esas políticas y prácticas no violen el derecho a los servicios de salud. En particular, es importante considerar las posibilidades que tienen esos individuos de recibir un trato discriminatorio. Pese a que actualmente no existe un pacto internacional que imponga obligaciones específicas a los estados en este terreno, como resultado de la continua atención que recibe el VIH y las cuestiones relacionadas de derechos humanos se han adoptado muchas declaraciones y se ha alcanzado un consenso general en las Directrices Internacionales de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos,¹⁸ que se ocupan de la función del estado frente a la epidemia. Como resultado de estos diversos esfuerzos se ha creado un Programa Conjunto de las Naciones Unidas para el VIH/SIDA (ONUSIDA), cuyo objetivo es unir los esfuerzos de varios organismos de la ONU y el Banco Mundial para hacer frente al enorme impacto de la epidemia. A nivel nacional, gracias a los esfuerzos para poner fin a la discriminación y garantizar el acceso al tratamiento para los que viven con VIH/SIDA ha surgido jurisprudencia local muy significativa relacionada con los derechos humanos. (Véase el estudio de caso de Venezuela en la pág. 316)

*La protección contra el SIDA en América Latina*¹⁹

De acuerdo a Médicos Sin Fronteras, en América Latina 1.8 millones de personas (adultos y niños) son VIH positivos o sufren del SIDA, requiriendo el acceso a tratamientos de enfermedades oportunistas y antiretrovirales. La terapia antiretroviral ha permitido reducir la mortalidad por SIDA en un 70% en Europa y Estados Unidos. En Brasil, la utilización de estos medicamentos ha reducido las muertes en un 52% en entre 1996 y 1999. Sin embargo, en la región centroamericana el 90% de los afectados por el VIH no tiene acceso a la terapia con antiretrovirales.

Actualmente en América Central, hay diferente nivel de conciencia y compromiso gubernamental para mejorar el acceso a medicamentos y particularmente aquellos para el VIH/SIDA, tuberculosis y otras enfermedades. De los tres países con mayor incidencia registrada de SIDA Belice, Honduras y Guatemala, sólo éste último ofrece tratamiento a los usuarios de su sistema de Seguridad Social, el cual tiene una cobertura muy baja. Costa Rica y Panamá proporcionan también tratamiento dentro de sus sistemas de Seguridad Social los cuales gozan de una cobertura mucho mayor, aunque subsisten bolsas de población no cubierta, especialmente en Panamá.

En El Salvador se interpuso una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para acceder al tratamiento con antiretrovirales. Nicaragua empieza a considerar al SIDA como una prioridad en su agenda política.

Se ha podido comprobar que entre las bases para que un país disponga de acceso a tratamientos para VIH/SIDA se encuentra la existencia de un sistema democrático de gobierno que incluya garantías de respeto a los Derechos Humanos, transparencia en la gestión y obligación de responder ante sus ciudadanos. El sistema de justicia debe permitir que se formulen demandas en contra del Estado y debe existir un régimen de Seguridad Social con amplia cobertura.

En la lucha por el acceso a tratamiento para el VIH en Centroamérica debe reforzarse la participación de grupos de usuarios, de proveedores de servicios y otras organizaciones de la sociedad civil, al mismo tiempo que se exige el cumplimiento de legislaciones como la del SIDA y de los Planes Estratégicos Nacionales elaborados en los últimos años.

Mejorar el acceso a medicamentos esenciales es urgente e impostergable. La Organización Mundial de la Salud ha resuelto cooperar con los países para que las políticas y reglamentaciones nacionales atenúen los efectos negativos de los acuerdos comerciales con el fin de mejorar el acceso a medicamentos.

El derecho a la salud para otros sectores específicos

A continuación se incluyen algunas de las disposiciones y cuestiones específicas relacionadas con el derecho a la salud para sectores específicos:

- Personas privadas de libertad: Reglas 22-26 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se refieren a los servicios médicos en los establecimientos penitenciarios, las atribuciones de los reclusos y los deberes generales de los médicos asignados a dichos establecimientos.²⁰
- Personas con discapacidad: La Declaración de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad.²¹ Adicionalmente, el CDESC dedica su Observación General N° 5 a las personas con discapacidad estableciendo la obligación de adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales que las afectan.²²
- Víctimas de Violencia: La Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder²³ se refiere a los servicios de salud y sociales que deben estar disponibles para las víctimas de la violencia incluyendo la asistencia psicológica
- Salud mental: Los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental establecen una serie de estándares para salvaguardar los derechos humanos de las personas con enfermedades mentales, garantizarles adecuado tratamiento, cuidado y rehabilitación y asegurarles condiciones humanitarias y no discriminatorias. La Declaración de Naciones Unidas sobre las Personas Retardadas Mentales establecen los derechos de esas personas a los servicios de salud, terapia y educación.²⁴

Obligaciones de los Estados

La formulación del derecho a la salud en los instrumentos que lo protegen es de concreción diversa, y presenta en general un nivel de compromiso relativo. Por ello, las obligaciones que se desprenden de su ratificación no son de fácil determinación. A su vez, el CDESC se ha reunido para determinar el alcance de las obligaciones que se desprenden del derecho, sin que se haya logrado un consenso en forma de Observación General. A continuación se presentan pautas para la definición de obligaciones que se desprenden de la formulación del derecho en los diversos tratados del sistema de la ONU.

Según la formulación del art. 12 del PIDESC, los Estados Partes “*reconocen*” el derecho al disfrute de la salud de todas las personas. El segundo párrafo del artículo identifica cuatro aspectos²⁵ en que se deberán adoptar medidas para garantizar su plena entrada en vigencia:

1. la reducción de la mortalidad infantil y proveer al desarrollo saludable de los niños;²⁶
2. mejoramiento de las condiciones ambientales y control de las consecuencias y condiciones de trabajo de la actividad industrial;
3. prevención, tratamiento y control de enfermedades, incluyendo sistemas de salud preventiva²⁷ y sistemas de control de salud ocupacional, y
4. servicios asistenciales básicos para toda la población.

Las políticas de promoción, información y educación para la salud como expresión de las obligaciones de los Estados están presentes en el preámbulo de la Constitución de la OMS,

así como en la CRC (art. 24[2][e]); en relación a la salud materno-infantil.

De acuerdo a la Constitución de la OMS, la provisión de medidas de promoción social aparece como componente esencial de la responsabilidad de los Estados. El acceso y beneficio de todas las personas a los avances de la ciencia y tecnología (en concreto en lo que atañe a la salud) son explicitados en la Constitución de la OMS y consagrados por el propio PIDESC (art. 15[1][b]).

La OMS sostiene que, para el logro de las metas de salud, es necesaria la introducción de

“disposiciones legislativas adecuadas. Por ejemplo para definir los derechos y los deberes de las personas en lo que se refiere a la propia salud...para proteger a la población frente a los riesgos presentes en el medio y para permitir a las comunidades establecer y administrar sus propios programas y servicios de salud.”²⁸

Asistencia primaria en salud—un elemento de las obligaciones estatales

El principio de Maastricht No. 6 afirma que "la incapacidad de los Estados para proporcionar niveles esenciales de atención primaria de salud a quienes lo necesitan puede interpretarse como una violación" de la obligación de cumplimiento. En concordancia con la obligación de garantizar niveles mínimos de subsistencia a la población (Observación General del CDESC, No. 3), la OMS sostiene asimismo que “hay una línea básica de salud por debajo de la cual ningún individuo puede estar”.²⁹ La Declaración de Alma-Ata identifica la atención primaria de la salud (APS) como la clave para cumplir esa obligación, puesto que es esencial para alcanzar un “nivel de salud que permita a las personas llevar una vida productiva desde el punto de vista económico y social” (párr. 5.) La APS “constituye el primer elemento de un proceso continuo de atención de la salud” y se describe como “la función central y el elemento principal” del sistema de salud de un país y una parte esencial del desarrollo socioeconómico general de la comunidad” (párr. 6.) La declaración insta a los gobiernos a formular políticas, estrategias y planes de acción nacionales para garantizar la APS para todos (párr. 8.) Según la OPS, aun cuando la APS no pueda ser la base de un derecho humano exigible a nivel individual, “puede ser la base para definir el contenido de la obligación del gobierno”.³⁰ De acuerdo a la Declaración de Alma-Ata, la APS está compuesta por lo menos por los siguientes elementos:

Educación sobre los problemas de salud existentes y los métodos para prevenirlos y controlarlos; promoción del suministro de alimentos y una nutrición apropiada; abastecimiento adecuado de agua potable y sistemas sanitarios básicos; atención de la salud materno-infantil incluyendo planificación familiar; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y control de enfermedades endémicas locales; tratamiento apropiado de lesiones y enfermedades comunes; y suministro de fármacos esenciales. (párr. 8 [3].)

En cuanto a las fuentes de derecho en que la APS asoma como expresión de las obligaciones estatales, se encuentra el artículo 24(2)(b) de la CRC; artículo 10(2)(a) del Protocolo de San Salvador; Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas, artículos 25(2) y 25(3); y la

*Guerra, conflictos y salud*³¹

“Según el Departamento de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas, los conflictos armados en el tercer mundo desde 1945 ascienden a aproximadamente 150. Murieron veinte millones de personas y por lo menos el triple sufrieron heridas. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados registró 2,5 millones de refugiados de guerra en 1970; 8,3 millones en 1980 y alrededor de 15 millones en 1997. Si se incluye a los desplazados internos, el total se duplica. Las tasas de mortalidad durante la tasa aguda de desplazamientos suman hasta 60 veces las tasas previstas.

“Durante las últimas dos o tres décadas, los investigadores y clínicos han resumido lo que vieron y oyeron en sobrevivientes de traumas extremos bajo títulos como *síndrome del campo de concentración, neurosis de guerra, síndrome de agotamiento por combate, síndrome del sobreviviente* y actualmente *trastorno por estrés post traumático*.

“Las víctimas de la guerra sufren múltiples traumas: privaciones físicas, lesiones, torturas, encarcelamiento y el tener que presenciar torturas o masacres y la muerte de parientes cercanos. También existen factores de fondo, y ni que decir de las enfermedades infecciosas, que se intensifican en las condiciones creadas por la guerra y que son particularmente letales para los niños. En Uganda, el virus del SIDA se ha comportado como un ejército aterrador por derecho propio, y la crisis social relacionada con la guerra acelera su propagación.

“La guerra o los conflictos civiles pueden ser devastadores para las formas culturales y sociales. En Uganda y Mozambique muchas personas indigentes y aterrorizadas son acosadas por el recuerdo de parientes a los que dejaron sin sepultura, y los castigos supernaturales que seguirán a este incumplimiento de los rituales de duelo y entierro”.

Declaración de Alma-Ata.³² Como se observó anteriormente, la Declaración establece las líneas maestras de un sistema de salud basado en la atención primaria de la salud. Adicionalmente, la APS figura entre los compromisos del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de El Cairo sobre Población y Desarrollo, y de la Declaración y Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. Asimismo, en el artículo 12 del PIDESC, existe un reconocimiento implícito de la atención primaria de la salud como expresión de las obligaciones estatales. En el principio rector para la presentación de informes No. 2, se solicita a los Estados Partes que confirmen si la atención primaria de la salud forma parte de la política sanitaria, y en caso afirmativo que se especifiquen las medidas adoptadas al respecto.

Otros elementos de las obligaciones de los Estados en virtud del derecho a la salud

Además del principio general de no discriminación, otros importantes elementos de las obligaciones de los estados en virtud del reconocimiento del derecho a la salud son:

Accesibilidad: El CDESC afirma, en atención a grupos específicos, que el derecho a la “salud

física y mental implica también el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales...y a beneficiarse de dichos servicios, para que las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social”.³³ La accesibilidad presenta varias áreas de intervención para garantizar el disfrute del derecho: accesibilidad financiera, geográfica, y cultural.

Participación: De acuerdo a la Declaración de Alma-Ata las personas tienen el derecho y el deber de participar individual y colectivamente en la planificación y en la ejecución de su atención de la salud.³⁴ A su vez, en el preámbulo de la Constitución de la OMS la colaboración activa de la población es considerada de importancia fundamental para el logro de la salud. La Atención Primaria de Salud (APS) no solo requiere sino que promueve a través de la educación en salud la participación de la comunidad y de los individuos en “la planificación, la organización, el funcionamiento y el control”³⁵ del sistema.

Gratuidad de los servicios de asistencia básicos: el principio de la gratuidad con respecto a los servicios de asistencia pública es muy discutido. Si bien no existe un precepto normativo que establezca la obligatoriedad de servicios de asistencia gratuitos (como sí ocurre con el derecho a la educación), existen bases para considerar que ello forma parte de las obligaciones del Estado. La Declaración sobre Progreso Social y Desarrollo (ONU-1969) establece como una de las metas hacia el logro de los objetivos de la declaración “la provisión de servicios de salud gratuitos para toda la población” (art. 19[a].) A su vez la CEDAW consagra la gratuidad de los servicios de salud materno-infantil cuando sea necesario (art. 12[2]).³⁶

Mecanismos de implementación

Mecanismos internacionales

Mecanismos de control derivados de pactos de derechos humanos

El sistema de la ONU presenta varios espacios formales de monitoreo del derecho a la salud:

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC):** Los Estados partes tienen la obligación de presentar informes al CDESC cada cinco años acerca de las medidas tomadas para la implementación del derecho a la salud. El CDESC hace referencia a cuatro ejes fundamentales a tener en cuenta: situación de salud, accesibilidad de los servicios y medidas de salud, situación de sectores específicos y progresividad de las medidas y sus efectos. El Manual de Presentación de informes del CDESC³⁷ ofrece una serie de principios rectores para la elaboración de informes relacionados con la situación del derecho a la salud. Además de la información relativa a los principios generales, algunas de las consideraciones más relevantes del CDESC en materia de implementación del artículo 12 durante la revisión de informes se refieren a: relación servicios públicos/servicios privados;—situación de la población rural; situación de la mujer; situación del VIH/Sida y políticas preventivas; salud en prisiones; uso y abuso de drogas; efectos de las prácticas tradicionales de salud (con especial cuidado en lo relativo a su relación con la posible vulneración de derechos culturales.)

*El derecho a la atención médica de emergencia
Un caso sudafricano*

En noviembre de 1997 el Tribunal Constitucional de Sudáfrica debió dictar sentencia en una causa (*Soobramoney contra Ministerio de Salud [Kwazulu-Natal]*) relacionada con la interpretación de los derechos a la atención de la salud en emergencias y a la vida, consagrados en la Constitución de Sudáfrica. Soobramoney, que padecía una insuficiencia renal crónica recurrió al hospital estatal de Durban para recibir tratamiento de diálisis. El hospital había sido obligado a adoptar una serie de directrices para el tratamiento de diálisis debido a las limitaciones de su infraestructura. Sólo los pacientes que recibieran diálisis como tratamiento curativo tenían acceso automático al tratamiento. El paciente padecía insuficiencia renal crónica y su enfermedad era irreversible; se le podía prolongar la vida con un tratamiento regular de diálisis, pero no tenía cura. Asimismo, los pacientes con insuficiencia renal crónica que reunían las condiciones para un trasplante de riñón también tenían acceso limitado a la diálisis. Sin embargo, Soobramoney no estaba en condiciones de recibir un trasplante porque padecía una cardiopatía. Por consiguiente, no respondía a las directrices del hospital y debido a los recursos limitados del hospital su solicitud de tratamiento fue rechazada.

Soobramoney basó su objeción legal en dos disposiciones de la Constitución: el artículo 27(3), que establece que “nadie puede ser privado de un tratamiento médico de emergencia” y el artículo 11, que garantiza que “toda persona tiene derecho a la vida”. El Tribunal Constitucional debía decidir: ¿El derecho a un tratamiento médico de emergencia incluía el derecho a un tratamiento continuo de enfermedades crónicas que prolongarían la vida? Decidió que el derecho a la atención médica de emergencia *no* se aplicaba en este caso. El caso del demandante no era una situación de emergencia que requería tratamiento inmediato y por lo tanto quedaba excluido de la disposición constitucional. Como señalara el juez Sachs, el derecho a la atención médica de emergencia garantizaba al público la disponibilidad de los departamentos de emergencia y accidentes en caso de catástrofes imprevisibles que afectaran a cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier lugar.

La cantidad de pacientes que padecían insuficiencia renal crónica superaba la cantidad de máquinas de diálisis para tratarlos. El tribunal sostuvo que en este contexto era legítimo adoptar directrices para determinar quién debía recibir tratamiento. Convino en que si se utilizaban las máquinas de diálisis conforme a las directrices, se beneficiarían más pacientes que si se las utilizaba para mantener con vida a personas con insuficiencia renal crónica. El resultado del tratamiento también sería más beneficioso porque estaba destinado a curar pacientes y no simplemente a mantenerlos crónicamente en una condición de enfermedad. Aun en los países más avanzados, el acceso a los tratamientos que prolongan la vida está racionalizado. La aplicación del tratamiento de diálisis a todas las personas con insuficiencia renal crónica tendría un efecto devastador para el presupuesto de salud. La administración provincial debía tomar decisiones difíciles con respecto a qué recursos invertir en la atención de la salud y cómo invertirlos. El Tribunal no intervendría en los casos en que la decisión fuera racional y de buena fe. Según argumentó el tribunal, a veces deben tomarse decisiones dolorosas para estirar un presupuesto limitado a fin de beneficiar al máximo número de pacientes.

Los derechos de atención de la salud, por su propia naturaleza, deben abordarse desde un marco que se base en la interdependencia humana. En los casos de derechos compartidos, es necesario establecer un equilibrio apropiado entre los derechos de igual validez y los conflictos que se plantean respecto de los titulares de los derechos. (Soobramoney falleció poco tiempo después de que el Tribunal Constitucional dictara sentencia.)

La actitud así como la metodología de la presentación de informes por parte de los Estados es altamente desigual. El rango de cuestiones que deben ser abordadas es muy amplio, lo cual, a falta de una exigencia de metodología más estricta por parte del CDESC, favorece la dispersión. Adicionalmente, el uso de indicadores estadísticos ofrece dos problemas: lo relacionado con su fiabilidad, y el hecho de que la falta de contextualización cualitativa no favorece la identificación de problemas de estancamiento. Poca atención se prestan a cuestiones tan relevantes como la salud mental. Por otro lado, se requiere el diseño de mecanismos cada vez más fiables y “normalizados” para la evaluación de progresos en el tiempo (tanto en lo relativo a la situación de salud como a la adopción de medidas). Un aspecto relevante es la reducida (aunque creciente) disposición de la OMS a participar activamente ante el CDESC: hasta la fecha ha presentado dos informes por iniciativa propia.

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD): El artículo 9 establece la obligación de presentar informes bianuales acerca de las medidas adoptadas para eliminar o prevenir la discriminación por motivos raciales en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención entre los cuáles está el derecho a la salud, incluyendo el acceso a los servicios.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): Se establece una obligación de presentar informes cada 4 años (art. 18.) Algunas de las áreas abordadas son: situación de salud de la mujer; salud reproductiva y asistencia materno-infantil; prácticas tradicionales; información relativa al aborto (situación legal, prácticas, efectos de la ilegalidad); situación de la mujer con respecto a la problemática del VIH/Sida.
- Convención sobre los Derechos del Niño (CRC): Requiere la presentación de informes cada cinco años (art. 44.)

Otros mecanismos

Adicionalmente, la OMS tiene sus propios mecanismos de presentación de informes (así como sus agencias regionales.) Existe cierta reciprocidad entre ambos sistemas de presentación de informes, habida cuenta por un lado del estatus consultivo de la OMS ante los sistemas de la ONU, y por otro del hecho que la OMS ha emprendido la tarea de monitoreo de las disposiciones de los pactos que sancionan el derecho a la salud. De acuerdo a la Constitución de la OMS, los Estados Partes deben presentar un informe anual acerca de las medidas adoptadas para asegurar niveles de salud a toda la población (art. 61); un informe anual acerca de las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones de la OMS, así como así como acerca de la aplicación de las disposiciones de instrumentos de protección del derecho ratificados (art. 62); presentación de toda ley, regulación e información estadística relacionadas con la salud, especialmente en lo referido a medidas sanitarias (art. 63); remisión de informes estadísticos y epidemiológicos (art. 64); y remisión de toda información adicional a solicitud del Comité Ejecutivo de la OMS (art. 65.)

*Estrategias para fortalecer el derecho a la salud
Estudio de caso de Venezuela*

Acción Ciudadana Contra el Sida (ACCSI) una organización de VIH/Sida y Derechos Humanos Venezolana, viene desarrollando una estrategia judicial frente a las autoridades para que asuman una política de estado referente a la entrega de medicamentos antivíricos y atención integral a pacientes con VIH/Sida.³⁸ Para ello se han presentado tres acciones de amparo³⁹ denunciando la violación de los derechos a la vida, la salud, a la libertad y seguridad personal, a la no discriminación, y al beneficio de la ciencia y la tecnología de los solicitantes, por la sistemática desatención de los afectados.

Algunos de los supuestos que sostenían la acción eran que la distribución de medicamentos esenciales es una de las obligaciones del estado en materia del derecho a la salud; que el acceso al tratamiento antiviral es de vital importancia, así como el suministro de medicinas contra las enfermedades oportunistas, dada la amenaza de violación del derecho a la vida como derecho fundamental, ligado al derecho a la salud; que la falta de acceso a tratamiento supone vulneración del derecho al beneficio de los avances de la ciencia y que de acuerdo a la constitución vigente aquellas personas que están al margen de la seguridad social deben ser amparadas por la asistencia social.

La primera sentencia de la CSJ dio reconocimiento legal a la conexión que existe entre los derechos a la vida y al acceso a los avances científicos y el derecho a la salud.⁴⁰ Declara parcialmente admisible la acción de amparo confirmando la violación de los derechos a la protección e la salud, a la vida y al acceso a los avances científicos por parte del ente demandado. Además el derecho a la salud (ya medianamente desarrollado) se conceptualiza a partir de obligaciones positivas del estado más allá de la prevención y la asistencia, estableciendo que no es suficiente atender a la enfermedad oportunista, sino que debe ser tratado el virus con los avances disponibles hasta tanto se consiga la cura. Siguiendo esta línea de razonamiento la Corte ordena al Ministerio de Salud la entrega regula y periódica de medicamentos, la realización o cobertura de los exámenes especializados, el suministro de medicamentos para el tratamiento de las enfermedades oportunistas, así como el desarrollo de una política de información, tratamiento y asistencia médica integral.

Para darle seguimiento a estas decisiones judiciales y lograr el pronunciamiento de los tribunales constitucionales, se crearon Comités de Amparados. Mediante presión política estos comités han logrado una implementación acelerada de las sentencias. Asimismo hacen el seguimiento a las compras y entregas de los medicamentos y dictan talleres para empoderar a futuros amparados.

La acción de amparo debe ser presentada por los afectados a título individual, si bien en caso de necesidad los accionantes pueden mantener la confidencialidad. En la primera acción entablada las diez personas mantuvieron el anonimato.

Recientemente la estrategia se ha afinado para intentar amparos a nivel regional, par atomizar la carga presupuestaria y lograr que los pacientes obtengan sus servicios y medicamentos en sus localidades.

Finalmente, en una decisión sin precedentes, la CSJ reconoció judicialmente intereses difusos. Este reconocimiento va a beneficiar a toda la clase de personas afectadas por HIV/Sida que no tienen medios para acceder a un tratamiento. Ello representa un paso importante hacia la exigibilidad de los DESC en el ordenamiento jurídico de Venezuela.

Mecanismos nacionales

La posibilidad de implementar el derecho a la salud a través de los sistemas judiciales nacionales—bien sea a través de la invocación de instrumentos internacionales o en función de su rango constitucional—ha sido explorada en un relativamente amplio número de países.⁴¹ En términos generales, los tribunales tienden a rechazar la posibilidad de fundar sus decisiones en base al derecho a la salud. Ha habido algunos pronunciamientos positivos sobre la base del reconocimiento constitucional del derecho. En 1993, la Corte Suprema de Filipinas exigió la vocación de permisos de tala invocando los principios constitucionales 15 y 16, en los que se consagran el derecho a la salud y a un ambiente saludable, subrayando la Igualdad jerárquica de los DESC frente a los derechos civiles y políticos.⁴² La Corte Suprema de India estableció como “*una parte esencial de las obligaciones*” del Estado la provisión de servicios médicos adecuados, relacionando la falta de tratamiento adecuado de emergencia con la garantía del derecho a la vida.⁴³ El Tribunal Constitucional de Sudáfrica hizo referencia a esta misma sentencia, pero desestimó su aplicación al caso planteado pues el demandante sufría de una enfermedad crónica, luego aparentemente no aplicaría el precepto constitucional referido a la obligatoriedad de brindar asistencia de emergencia.⁴⁴

Por otro lado, el carácter progresivo del derecho a la salud exige la exploración de los mecanismos del derecho administrativo, cuya eficacia y metodología dependerán de las características específicas del ordenamiento interno de cada Estado. La existencia de un sistema de salud escalonado y un ordenamiento administrativo identificable favorecen el éxito en la aplicación de estos mecanismos.

Finalmente, el amplio ámbito de protección que brinda el recurso de amparo—reconocido por un número elevado de países—es el que termina desplazando el concepto de derecho programático en derecho ejecutable directamente y de contenido subjetivo (ver seguidamente estudio de caso.)

Retos y estrategias para el avance del derecho

Las que siguen son algunas sugerencias de iniciativas que podrían emprender los activistas para promover el derecho a la salud:

- Actuar ante los órganos de supervisión: aprovechar la progresiva apertura de los órganos de supervisión a la participación de los agentes no gubernamentales para hacer uso de los espacios disponibles a través de los canales existentes.
- Definir el contenido del derecho: trabajar hacia una mayor definición de los contenidos del derecho (véase el módulo 8.)
- Trabajar con la OMS: explorar los posibles canales para fortalecer el involucramiento de la OMS con vistas a: (a) su participación efectiva los sistemas de supervisión internacional; (b) su intervención en el monitoreo de las políticas públicas locales que afecten la vigencia del derecho; y (c) su no participación en programas de reforma que auspicien el desmantelamiento de la estructura pública.
- Bregar por el reconocimiento legislativo del derecho a la salud: los esfuerzos en este sentido deben concentrarse no solo hacia el reconocimiento constitucional, sino en todos

los niveles de regulación del derecho, y a su vez tanto desde una perspectiva global como en lo referido a protección de sectores específicos (ver estudio de caso más adelante).

- Promover el litigio: desarrollar estrategias nacionales y explotar las posibilidades de los sistemas regionales.
- Enfrentar las tendencias de reducción del rol del estado: en el marco de la globalización económica y la “apertura de los mercados”, existe una fuerte presión hacia la reducción de las competencias del Estado y por ende sus obligaciones. Estas tendencias que se presentan tanto a nivel legislativo como ejecutivo, afectan especialmente a las políticas de protección social.
- Alentar la implementación sistemática del derecho a la salud: el derecho a la salud requiere que las distintas ramas de los poderes del estado adopten medidas para la implementación sistemática y programática de la estructura de protección.

Autor: El autor de este módulo es Enrique González

NOTAS

1. Deborah Eade, prefacio de *Development for Health: Selected articles from Development in Practice*, Oxford, Reino Unido: Oxfam (Reino Unido e Irlanda, 1997), 4-5.
2. La primera nación en incorporar formalmente en su ordenamiento legal la garantía de los DESC es México (Constitución de 1917), si bien no incluye mención específica al derecho a la salud.
3. Los orígenes de la OMS se remontan a las diversas conferencias internacionales de salud del siglo XIX, la primera de las cuales tuvo lugar en París en 1851. La Organización Panamericana de la Salud (OPS, fundada en Washington en 1902), y la *Office International d’Hygiène Publique* (fundada en Roma en 1907), así como la Organización Internacional del Trabajo (1919), son sus antecedentes inmediatos.
4. Constitución de la Organización Mundial de la Salud, *Documentos Básicos*, Documento Oficial No. 240 (Washington, 1991). La Constitución de la OMS fue adoptada por la Conferencia Internacional de la Salud, celebrada en Nueva York en 1946, y firmada por los representantes de 61 Estados (en adelante citada como Constitución de la OMS).
5. OMS, Declaración de Alma-Ata, Conferencia Internacional sobre Asistencia Primaria en Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978
6. OMS, *Estrategia Global de Salud para Todos en el Año 2000*. Ginebra, 1981.
7. Primera Conferencia Internacional sobre Promoción de la Salud, de la cual emanó la Declaración de Ottawa.
8. Declaración sobre Promoción de la Salud de Yakarta (1997). Las cuatro conferencias referidas fueron organizadas por la OMS en coordinación con diversas agencias internacionales, así como ONGs. La de Yakarta fue la primera en incorporar a actores privados hacia el logro de un compromiso global.
9. Foro Asiático de Derechos Humanos y Desarrollo, *Report of a Consultation on Reproductive Rights and Human Rights* (Bangkok, 1997).
10. Vikram Patel et al., “Stressed, Depressed or Bewitched? A Perspective on Mental Health, Culture and Religion,” en *Development for Health*, véase la nota 1.
11. Esta sección ha sido realizada a partir de los siguientes materiales: OPS: *El derecho a la salud en las américas*, y B.C.A. Toebes: *The Right to Health as a Human Right in International Law* (Intersenti-Hart, Groningen: School of Human Rights Research, 1999).

12. Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, *adoptada* 20 de Noviembre de 1989, GA Res. 44/25, ONU Doc. A/44/736 (1989), *reimpreso en* 28 ILM 1448 (1989) (en adelante citada como la Convención sobre los Derechos del Niño), que en el artículo 24(2)(c) hace mención específica al acceso a agua potable y medidas sanitarias; véase también CDESC, Observación General 4, *El derecho a una vivienda adecuada* (art. 11, párr. 1 del Pacto) (6º período de sesiones, 1991) párr. 8(b), que menciona el acceso a agua potable en el contexto del derecho a la vivienda (en este manual se incluye el texto completo de la Observación General 4 en las págs. 287-292); véase también Toebes, op. cit., 256, quien analiza el tema del agua y las condiciones sanitarias desde la perspectiva de la práctica de evaluación de informes por parte del CDESC.
13. Comité de Derechos Humanos, Observación General 6, art. 6 (16º período de sesiones, 1982), *Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados por los Tratados de Derechos Humanos*, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 p. 6 (1994), párr. 5.
14. Giulia Tamayo, *Vigilancia de Derechos Humanos en el campo de la Salud y los Derechos Reproductivos en el Perú*, Indicadores para la Vigilancia Social de los DESC, Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, CEDAL, Lima, págs. 72 a 76.
15. Comité de Derechos Humanos, Observación General 20, art. 7 (44º período de sesiones, 1992), *Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados por los Tratados de Derechos Humanos* ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 págs. 30 (1994).
16. Principios de Ética Médica aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A.G. res. 37/194, ONU Doc. A/37/51 (1982).
17. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, art. 12, *adoptada* 18 de diciembre de 1979, A.G. Res. 34/180, ONU Doc. A/34/46 (1980), 1249 UNTS 13, *entrada en vigor* 3 de septiembre de 1981, *reimpresa en* 19 ILM 33 (1980); y Convención de los Niños.
18. Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos, ACNUR Res. 1997/33, ONU Doc. E/CN.4/1997/150 (1997).
19. Médicos Sin Frontera, Convocatoria a la I Conferencia de Acceso a Medicamentos Esenciales en Centroamérica
20. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas el 30 de agosto de 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
21. Declaración de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad, AG Res. 3447 (XXX), 9 de diciembre de 1975, UN DOC. A/10034 (1975).
22. CDESC, *Personas con discapacidad*. Observación General 5. E/1995/22.
23. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. *Adoptada* por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.
24. Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, AG Res. 46/119, Doc. A/46/49 (1991). Declaración de Naciones Unidas sobre las Personas Retardadas Mentales AG Res. 2856 (XXVI), Doc. A/8429 (1971).
25. PIDESC art. 12(2) se refiere a algunas de las medidas que deberán tomarse, es de esperar que una próxima Observación General no solo defina más estrictamente las obligaciones resultantes, sino que de igual manera amplíe el número de aspectos en que la acción del Estado deberá incidir. En ese sentido, los principios del CDESC para la presentación de informes incluyen un comentario en referencia al art. 12: “Las medidas que deben ser tomadas para asegurar la realización

-
- progresiva del derecho a la salud psíquica y mental enumeradas en las secciones (a) a (d) del párr. 2 no son necesariamente exhaustivas”.
26. Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, y la Constitución de la OMS.
 27. Véase la Convención sobre los Derechos del Niño.
 28. OMS, *Estrategia Global de Salud para Todos en el Año 2000*. Ginebra, 1981. 59.
 29. *Ibidem* 31.
 30. *El derecho a la salud en las Américas*, 548, véase la nota 11.
 31. Derek Summerfield, “The Psychosocial Effects of Conflicts in the Third World,” en *Development for Health*, véase la nota 1.
 32. “...expresiones como “los países deberán...” o “los países colaborarán en...”. Esta forma verbal refleja el compromiso contraído voluntariamente por los países de alcanzar la meta de salud para todos en el año 2000 sobre la base de la atención primaria de salud, conforme a la Declaración de Alma-Ata. En modo alguno debe interpretarse como la imposición de determinadas acciones a los países por parte de un organismo supranacional” (OMS, *Estrategia Mundial de Salud para Todos en el Año 2000*, Ginebra, 1981), pág. 18
 33. CDESC, Observación General 5, párr. 34.
 34. Declaración Alma-Ata, Sección 6, párr. 7.
 35. *Ibidem*, párr. 7 (4); véase también CDESC.
 36. Al referirse a accesibilidad de los servicios de salud básica, el PNUD afirma que “*la oferta gratuita de servicios de primera necesidad brinda una mayor igualdad de oportunidades y atiende la responsabilidad que tiene todo gobierno por velar por los derechos humanos básicos de sus ciudadanos*” (PNUD: *Desarrollo Humano: Informe 1991*. (Colombia, Tercer Mundo Editores, 1991), 280. A su vez, la OPS, al referirse a la responsabilidad del Estado en el logro de las metas de salud, señala que “...el Estado debería prestar gratuitamente los servicios que beneficiaran al país en general” (OPS: *Apoyo Económico a las Estrategias de Salud para Todos*. (Washington, 1989), 81-82).
 37. Véase la nota 23.
 38. La primera acción se focalizó en la Agencia de Seguro Social, para lograr el reconocimiento del derecho a los beneficios de la seguridad social. Después de varias decisiones judiciales favorables, la Agencia de Seguro Social asumió el compromiso de garantizar el acceso al tratamiento a todas las personas cubiertas por el Seguro que tuvieran HIV/SIDA.
 39. El primer amparo fue presentado en 1998, y el segundo en enero de 1999, con un total de 138 partes. La decisión en el tercer amparo que cubre a 172 personas tuvo recientemente una audiencia ante la Corte Constitucional.
 40. *Acción de Amparo contra el Ministerio de Salud*, Corte Suprema de Justicia, República de Venezuela, 9 de junio de 1998. véase: <http://www.csj.gov.ve/sentencias>
 41. Para una discusión más detallada, véase Toebes, op. cit., 190-231.
 42. “For they are assumed to exist from the inception of humankind”. Caso *Oposa v. DENR*, citado en Toebes, op.cit., 220.
 43. Caso *Pashim Banga Khet Mazdoor Samity v. Estado de West Bengal*, citado en Toebes, op. cit., 214.
 44. Toebes, op. cit., 229. La Constitución de Sud-África establece que los tribunales “deben” tomar en cuenta el derecho internacional y “pueden” tomar en cuenta legislación extranjera; art. 39(1)(b) y (c) de la Carta de Derechos.