

El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

The right to health in the jurisprudence of European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights

Ana Cristina Gallego Hernández²
Universidad Pablo de Olavide (España)

Recibido: 26-07-18

Aprobado: 30-08-18

Resumen

El derecho a la salud es garantizado en múltiples instrumentos jurídicos internacionales de manera directa e indirecta. Sin perjuicio del marco general que configura la Carta de Derechos Humanos, los sistemas de protección de la OEA y del Consejo de Europa se ocupan cuidadosamente de velar por la máxima protección individual y colectiva de la salud.

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, amparándose principalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha condenado la violación del derecho a la salud en numerosas ocasiones y en relación a casos recientes. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 8.2 y otros derechos vinculados a este precepto, vela porque los Estados protejan a sus ciudadanos y les presten el nivel más elevado y adecuado de salud.

Palabras-clave: Derecho a la Salud, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ El presente estudio se enmarca en el Proyecto I+D Excelencia 2015, referencia DER2015-65906-P y en el Proyecto I+D+i Europa Investigación EUIN2017-85437.

² (aagallegoo@gmail.com) Profesora Doctora de Derecho Internacional Público, Centro Universitario San Isidoro, adscrito a la Universidad Pablo de Olavide.

Abstract

The right to health is guaranteed in multiple international legal instruments directly and indirectly. Although the Charter of Human Rights provides a system of general protection, the systems of the OAS and the Council of Europe are carefully engaged to ensure the maximum individual and collective protection of health.

The Inter-American Court of Human Rights, under the umbrella of the American Convention on Human Rights, has condemned the violation of the right to health on numerous occasions, in recent years, a regarding fresh and recent cases. In the same way, the European Court of Human Rights, in accordance with Article 8.2 and other associated rights, ensures that States protect their citizens and provide them with the highest attainable standard of health.

Key-words: Right to health, European Court of Human Rights, Inter-American Court of human Rights.

1.Introducción: el derecho a la salud

La salud³, sobrepasando el primitivo sentido de la ausencia de enfermedad⁴, es la búsqueda del estado personal de bienestar que todo ser humano ostenta como derecho. Si en el sentido más elemental, la consecución de un nivel básico⁵ de salud implica trabajar para que se garanticen unas condiciones óptimas que permitan prevenir, combatir y asumir la presencia de la enfermedad de la

³ Desde una perspectiva amplia, la salud se puede entender como el buen estado físico y psíquico que permite ejercer con normalidad las diversas funciones del ser humano, tal y como se contempla en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. “Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, segundo párrafo del Preámbulo de la Constitución de la OMS. Dicho texto fue adoptado por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Este texto ha sido reformado en la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), las cuales entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente.

⁴ Enfermos, (o heridos) son “las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encintas, y que se abstengan de todo acto de hostilidad”. Artículo 8 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977.

⁵ Cada Estado ostentará la responsabilidad directa de garantizar la efectividad y el pleno ejercicio del Derecho a la salud a través de los distintos instrumentos (no solo jurídicos) tanto internos como internacionales. El nivel de protección debe ser todo lo que las circunstancias particulares lo permitan, siempre que se cubra la asistencia básica.

forma más digna y sencilla posible; desde una perspectiva más completa, la salud exige proporcionar los instrumentos necesarios para que cada individuo disfrute de un estado de completo bienestar físico, mental y social.

La salud consiste, por tanto, en un derecho humano primordial, indivisible, interdependiente y autónomo⁶ y, como ya he señalado en otras ocasiones⁷, conlleva obligaciones de realización progresivas, es decir, obligaciones de comportamiento, en el sentido de que una vez que se ha cubierto un nivel de atención primaria⁸, cada Estado, de conformidad a sus circunstancias y posibilidades, debe velar por intensificar la protección del derecho a la salud en su territorio. Asimismo, el derecho a la salud lleva aparejado que exista un reconocimiento pleno del derecho al tratamiento y una responsabilidad de proteger del Estado, pero sin que la obligación sea despótica, ya que, frente a la existencia de un derecho, le corresponde al ciudadano⁹ el correlativo deber de participar en la proyección de la atención sanitaria.

Sintetizando, el derecho a la salud, en su sentido mínimo, exige la garantía de la atención primaria de la salud¹⁰. Ello implica que se alcance la satisfacción de factores elementales (agua potable, medio ambiente saludable, alimentación adecuada, higiene...) que permiten el desarrollo de una vida sana. En definitiva,

⁶ “Todos los Derechos Humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma atención”. Resolución de la Asamblea General, “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, Sexagésimo período de sesiones, 24 de octubre de 2005, (A/RES/60/1).

⁷ Véase Ana Cristina Gallego Hernández, “El Derecho a la salud y la comunidad internacional institucionalizada” en *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, (2018), pp. 172-189.

⁸ La atención primaria de salud es el núcleo esencial de los sistemas nacionales de salud, condicionado por el nivel de desarrollo económico y social alcanzado por la comunidad, es decir, sobre la base del sistema de atención primaria se construirán el resto de niveles –superiores– del sistema nacional de salud. Como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (órgano de expertos independientes creado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, para supervisar el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) determina en las Observaciones Generales 3 (párrafo 10) y 14, los distintos Estados ostentan la “obligación mínima básica” de asegurar el cumplimiento de los niveles esenciales mínimos de los distintos derechos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, hasta el máximo de los recursos de que disponga.

⁹ No se debe identificar el derecho a la salud con el derecho a estar sano, ya que la buena salud depende de complejas variables que escapan al alcance de los garantes del derecho a la salud, como son la estructura biológica o la situación socioeconómica personal.

¹⁰ La atención primaria de salud es el núcleo esencial de los sistemas nacionales de salud, el cual se encuentra condicionado por el nivel de desarrollo económico y social de cada comunidad. Como el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales determinó en las Observaciones Generales 3 (párrafo 10) y 14, los distintos Estados ostentan la “obligación mínima básica” de asegurar el cumplimiento de los niveles esenciales mínimos de los distintos derechos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, hasta el máximo de los recursos de que disponga. En este modo, en relación con el derecho a la salud, los Estados deberán velar porque exista un efectivo, real y equitativo: acceso a la alimentación básica, agua potable y vivienda; y derecho de acceso a los servicios y establecimientos de salud, medicamentos, servicios de saneamientos. Tanto la Observación General 3 -U.N. Doc. E/1991/23 (1990)-, como la Observación General 14 -U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000)- fueron objeto de recomendación por la Resolución del Consejo Económico y Social 1987/5, de 16 de mayo y por la Resolución de la Asamblea General 42/102, de 7 de diciembre de 1987.

el propio engranaje va impulsando el perfeccionamiento, de manera que también se hace necesario que, para que exista un sistema de buena calidad de vida y, por tanto, el derecho a la salud se confirme, éste conexas con la garantía de otros derechos tan esenciales como el derecho a la alimentación, al trabajo, a unas condiciones sanitarias suficientes, etc.

En cualquier caso, el derecho a la salud no se corresponde con el derecho a estar sano, sino que el primero oscila desde el estatus mínimo de protección primaria hasta el más alto nivel posible de salud¹¹ que se pueda garantizar, de conformidad con las circunstancias y condiciones de cada región.

El estudio profundo de la cuestión protagonista de este trabajo permite extraer cinco rasgos característicos y, por tanto, definitorios que se verán continuamente comentados por los pronunciamientos jurisprudenciales que se analizarán. En primer lugar y, como se adelantaba, el referido derecho a la salud es un derecho humano inclusivo ya que su cumplimiento está supeditado a otros derechos. En segundo, superar la barrera mínima de la protección básica exige que, al mismo tiempo, se trabaje por impulsar otros derechos¹² estrechamente relacionados que contribuyen a la protección integral de la salud. En tercer lugar, como cualquier otro derecho humano, es contrario al contenido esencial del mismo cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción del disfrute del derecho a la salud. En cuarto, hay que tener presente que la salud consiste en un derecho que debe ser disponible, accesible y debe estar actualizado¹³. Y, en último lugar, la vinculación del derecho a la salud con otros derechos, especialmente los derechos no susceptibles de ser suspendidos, exige que determinadas prácticas no puedan ser llevadas a cabo por resultar absolutamente contrarias a la protección de los derechos humanos¹⁴.

Utilizando como base las nociones básicas descritas, el objetivo primordial de este trabajo va a consistir en analizar, relacionar y contrastar los pronunciamientos jurisprudenciales de los dos grandes tribunales regionales protectores de los derechos humanos, con la pretensión de poder delimitar el

¹¹ El artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 adoptada por la Asamblea General (Número de resolución: A/RES/2200(XXI)A-C). En vigor desde el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 del propio texto.

¹² “Para que el derecho a la salud pueda ser una realidad, además de los derechos básicos ya señalados, el garante debe impulsar el ejercicio de derechos tales como: el derecho a la información sobre salud, el derecho a la prevención, el derecho a acceder a servicios de salud básicos, el derecho a un sistema de protección integral de salud, el derecho a poder acceder a los medicamentos en función de las posibilidades, etc. Así, de dicho derecho deriva una responsabilidad individual, familiar, comunitaria y nacional. Esto es, para que la atención primaria que se estructure y sea eficaz, es preciso que la población evite, en la medida de lo posible, ciertos factores favorecedores de la mala salud” Ana Cristina Gallego Hernández, op. cit., pp. 176.

¹³ *Ibid.*, p. 177.

¹⁴ “Por último, el derecho a la salud se caracteriza por incluir también libertades, las cuales derivan del propio ejercicio de derechos como el derecho a no ser sometidos a experimentos con fines médicos, derecho a no sufrir mutilaciones genitales, derecho a no ser sometido a un tratamiento médico sin el propio consentimiento, el derecho a no ser sometidos a ninguna actuación que implique tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, etc.” *Ibid.*

grado de integración y desventaja existente entre ambos continentes respecto a la garantía del derecho a la salud. Para ello, el camino estará guiado por el método exegético.

2. Protección del derecho a la salud: marco jurídico

2.1. La protección universal del derecho a la salud.

La protección universal del derecho a la salud se recoge principalmente en dos instrumentos generalmente conocidos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁵ (en adelante DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶ (PIDESC).

En lo que respecta al primero, la DUDH, como es ampliamente sabido, es el primer y esencial texto que, tomando como base la dignidad inherente de toda persona¹⁷, proclama la protección efectiva de los derechos humanos, con vocación de universalidad¹⁸. Dicho texto, positivamente transgresor, a pesar de su naturaleza jurídica¹⁹, con el objetivo de impulsar un disfrute real de los derechos universales y partiendo de las ideas de igualdad y libertad, incluyó también como novedosos, aquellos derechos que promueven el progreso social y la dignidad. En ese sentido, la DUDH se puede subdividir en cuatro grandes grupos de derechos: derechos y libertades de orden personal, derechos

¹⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General en París el 10 de diciembre de 1948 con 48 votos a favor, 8 abstenciones y 2 votos en contra. A/RES/217(III). La difícil tarea de su elaboración correspondió a la Comisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social.

¹⁶ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (Número de resolución: A/RES/2200(XXI)A-C). En vigor desde el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 del propio texto.

¹⁷ “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en París el 10 de diciembre de 1948, A/RES/217(III).

¹⁸ “Pretendió presentar una concepción e universal, un ideal común a la humanidad entera de los derechos humanos, elevándose, en un mundo dividido, por sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza, dando como fundamento común de estos derechos y libertades la dignidad humana”. Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Civitas, Madrid, 1988, p. 30.

¹⁹ Es más que sabido que la DUDH no es un instrumento jurídicamente vinculante, es decir no fue elaborado como un tratado internacional, sino que se adoptó mediante una recomendación de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No obstante, como didácticamente expone el profesor Jaime Oraá, la práctica ha convertido a esta Declaración en vinculante. “Hoy en día se considera que la Declaración es una interpretación autorizada de las obligaciones contenidas en la Carta de las Naciones Unidas respecto de los derechos humanos” porque ha sido invocada continuamente por los sujetos de derecho internacional hasta el punto de que ciertas cláusulas son consideradas como Derecho Internacional Consuetudinario. Jaime Oraá, “La Declaración Universal de Derechos Humanos” [en Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, coord.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, HumanitarianNet, Bilbao, 2003], pp. 149-156.

del individuo en relación con los grupos de los que forman parte, derechos políticos y derechos económicos sociales y culturales²⁰ y el reconocimiento del derecho a la salud se tiene lugar en el último de estos. De esta forma, el artículo 25.1 reconoce el Derecho de toda persona a la salud, a la asistencia médica y servicios sociales y a seguro en caso enfermedad.

Dado el primer paso y no con menos esfuerzo, la Asamblea General consigue impulsar otros dos²¹ pactos, ya sí íntegramente vinculantes, que desarrollan y complementan a la mítica Declaración; uno en relación a los derechos civiles y políticos y, otro para desarrollar los derechos económicos, sociales y culturales²². Sin mermar la relevancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) es el primer tratado universal que reconoce el compromiso²³ de garantizar la condición de derechos que titulan el acuerdo, tales como el “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”²⁴.

Complementariamente al PIDESC, se han elaborado otros pronunciamientos como la tan destacada Observación General 14²⁵ que elaboró el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶, en la que se lleva a cabo una interpretación extensiva del derecho a la salud con el objetivo de poder alcanzar la pretensión del artículo 12 de la DUDH. Además de reconocer la evidente vinculación y dependencia del derecho objeto de

²⁰ Jaime Oraá, *op. cit.*, p. 135.

²¹ Las profundas divisiones ideológicas, que son fuertemente marcadas por la inestabilidad política de la Guerra Fría, impidieron que se elaborara un (solo) Pacto Internacional de Derechos Humanos de manera ágil. Por lo que una vez adoptado la DUDH, el proceso de elaboración, finalmente de dos pactos, requiere de 18 lentos años de trabajo y otros 10 para lograr su entrada en vigor.

²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entraron en vigor el 23 de marzo de 1976. España los ratificó el 27 de abril de 1977, BOE nº 103, de 30 de abril de 1977.

²³ A pesar de que, a priori, no generen obligaciones automáticas de garantía. Esta clara debilidad pretende ser remediada a través del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual contempla la creación de un “mecanismo cuasijudicial similar al que tiene el PIDCP que pretende ofrecer a las víctimas de violaciones concretas de sus derechos derivados del Pacto por parte de un Estado miembro la posibilidad de dirigirse al Comité a fin de que éste investigue dicha actuación” Artículo 2 y 12 del PIDESC.

²⁴ Artículo 12 PIDESC, el cual es una clara muestra de la pretensión de evolución en lo que respecta a las cuestiones de salud y al propio Derecho a la salud. Se supera el simple reconocimiento del derecho a la atención de la salud y se reconoce un concepto de salud más ambicioso que el definido por la OMS en su Constitución.

²⁵ Observación general 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, CESCR.

²⁶ Órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por sus Estados Parte. Creado por la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

estudio con el “derecho a la vida y a la dignidad de la persona”²⁷, la casi memorable observación se anima “a mojarse” cuando reconoce que la salud evoluciona hacia “un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones saludables en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”²⁸, aunque todo ello condicionado a que la participación de la población sea elevada.

Asimismo el referido texto, enumera expresamente que, para que se reconozca que un Estado garantiza adecuadamente y suficientemente el derecho a la salud, es imprescindible que el sistema de atención se caracterice por su disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, acceso a la información), aceptabilidad y calidad²⁹.

Evidentemente la Observación 14 no revela ninguna verdad oculta, simplemente pone de manifiesto una realidad que en el año 2000 ya era aceptada por cualquier conocedor de la materia. No obstante, el hecho de que un Comité lo plasme en un documento, aunque éste no ostente el carácter de ser jurídicamente vinculante, no le quita relevancia ni utilidad.

Complementariamente a la protección universal descrita, la Organización Mundial de la Salud (OMS), como no puede ser de otra forma, también proporciona un sólido cimiento al objetivo de garantizar la salud. A pesar de que no es objeto de análisis de este trabajo en el que pretendo centrarme exclusivamente en los pronunciamientos jurisprudenciales, instrumentos como la Constitución de la OMS³⁰, el Reglamento Sanitario Internacional³¹ (RSI) o resoluciones de órganos

²⁷ José Luis Monereo Pérez, “Derecho a la salud”, [en Cristina Monereo Atienza, José Luis Monereo Pérez, coord.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2014], p. 596.

²⁸ Observación general 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, CESCR, párrafo 11.

²⁹ Aplicación de la observación general 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, CESCR, párrafo 12.

³⁰ La salud se encuentra normativizada por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, donde se define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Se recoge así en el segundo párrafo del Preámbulo. La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Este texto ha sido reformado en la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), las cuales entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente.

³¹ El RSI es el instrumento jurídico internacional, de carácter vinculante para 194 Estados, que

de las Naciones Unidas inciden, más o menos directamente, en la interpretación del derecho a la salud.

2.2. La protección del derecho a la salud en el marco americano.

Antes de que se configurara el sistema de protección europeo, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA)³², se elaboró la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³³. Al igual que al inicio la DUDH, este instrumento regional fue –sin desmerecer el esfuerzo– una declaración de intenciones, no vinculante jurídicamente, fruto de una manifestación política que perseguía el loable propósito de amparar los derechos de la humanidad. En concreto, dicho texto se refiere expresamente al derecho a la salud en su artículo 11, reconociendo que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Esto es, en los mismos términos que lo hace el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En 1969 en la misma organización y ya con propósito de obligatoriedad jurídica, se elabora y adopta la conocida y relevante Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴ (en adelante CADH) comúnmente conocida como “El pacto de San José de Costa Rica”. En esta ocasión, como ocurre con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sí es un instrumento jurídicamente vinculante, aunque no para todos los miembros de la OEA. Únicamente 22 (que no es poco) de los 35 Estados de la OEA, se animaron a prestar su consentimiento³⁵.

constituye la piedra angular de todo el complejo y extenso sistema de alerta y respuesta de la OMS. Asimismo, es la principal herramienta del Derecho Internacional para hacer frente a los riesgos y amenazas que inciden en la seguridad sanitaria. La versión actual y vigente fue adoptada por la Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005, WHA58.3 “Revisión del Reglamento Sanitario Internacional”, en vigor desde el 15 de junio de 2007 de acuerdo con el artículo 59 del mismo. Dicho instrumento consta de 66 artículos, organizados en 10 títulos y 9 Anexos.

³² “La Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como “sistema interamericano”, el más antiguo sistema institucional internacional. La OEA fue creada en 1948 cuando se suscribió, en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA que entró en vigor en diciembre de 1951”. Disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp Consultado el 20 de mayo de 2018.

³³ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

³⁴ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor el 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención.

³⁵ Se han obligado 22 de los 34 Estados americanos miembros de la OEA (Por ejemplo, no ratificaron este instrumento Canadá o EEUU). Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm Consultado el 20 de mayo de 2018.

Sin perjuicio de que los 13 restantes no disfrutaban de un limbo de anarquía, sino que contra “aquellos países que no han suscrito la Convención Americana, la Comisión Interamericana tiene competencia para procesar denuncias por la violación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948. Por ejemplo, [y como adelanto] en el caso *Tribu Ache Vs. Paraguay*³⁶, la CIDH consideró la negación de atención médica y medicinas durante epidemias como una violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar establecido en la Declaración Americana”³⁷.

En lo que respecta a la protección de la salud y, a diferencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la CADH no recoge expresamente el tratado derecho a la salud. No obstante, sí hay referencias indirectas en los artículos 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 15 (Derecho de Reunión), 16 (Libertad de Asociación), 22 (Derecho de Circulación y de Residencia) en el mismo término y en el artículo 26 respecto al “Desarrollo Progresivo”. Además, de que el derecho a la salud se reconoce intrínsecamente en artículos como el derecho a la vida (artículo 4).

Antes de caer en la instintiva crítica relativa a la ausencia en el CADH de un precepto concreto relativo a un derecho tan esencial como parece ser el de la salud, hay que hacer referencia a que este (posible) vacío es remediado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, más conocido como “Protocolo de San Salvador”³⁸, el cual desarrolla ampliamente el derecho a la salud en su artículo 10. Considero que resulta significativo para la construcción y madurez del concepto de salud que, en esta ocasión, siguiendo la iniciativa del PESC directamente se haga referencia al derecho al “disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” y al novedoso e importantísimo reconocimiento de la salud como un “bien público” global. En este último sentido, no es que el Protocolo abra una puerta que clarifica el concepto de salud, sino que la constancia y equiparación, por escrito, a bien público permite ir incrementando la solidez, pero, sobre todo, la protección. Esto es, la salud, como el agua o la alimentación, comienza a percibirse como una entidad inmaterial que pertenece a la comunidad en general y no solo a la nacional o regional.

³⁶ CIDH, *Caso Tribu Ache v. Paraguay*, Sentencia n° 1802, del 27 de mayo de 1977.

³⁷ Oscar Parra Vera, “La protección del Derecho a la Salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” [en Laura Clérico, et al coord.: *Tratado de Derecho a la Salud, Abeledo Perrot*, Buenos Aires, 2013], p. 764.

³⁸ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales también conocido como “Protocolo de San Salvador” es un tratado internacional multilateral que amplía el compromiso en los términos descrito de la CADH, para los Estados firmantes. Dicho texto fue adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, cuando 11 Estados depositaron el instrumento de ratificación o adhesión. Hasta la fecha 16 Estados se han vinculado al mismo. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html> Consultado el 20 de mayo de 2018.

Y, por tanto, su salvaguarda (a diferentes niveles) es una responsabilidad de todos³⁹. Es por ello que tras la identificación como bien público, el Protocolo se preocupa de la efectividad de alcanzar el objetivo del más alto nivel de salud y se refiere a ello por orden de importancia de la siguiente manera:

“los Estados partes se comprometen (...) 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”⁴⁰.

Esto es, tal y como en las primeras páginas se comentaba, el objetivo esencial del derecho a la salud, porque resultaba ineludible, es proporcionar un nivel básico y elemental de asistencia sanitaria. Una vez conseguido ese hito, la salud no solo se cubre con la ausencia de enfermedad, sino que el progreso natural del ser humano nos lleva a que queramos disfrutar del grado más alto de bienestar, ya no solamente físico, sino que desde hace más de medio siglo nos ocupa en el mismo sentido también la salud mental y como no, en las últimas décadas, la social. Es decir, buscamos perfeccionar el grado de atención para poder gozar del bienestar y de calidad de vida. Por otro lado, tanto la ampliación de las expectativas en relación con la buena salud, como que exista una atención suficiente, se enfrenta a la común amenaza de cualquier epidemia o enfermedad infecciosa que ponga en jaque la seguridad sanitaria internacional. En otras palabras, conseguir controlar y prevenir cualquier tipo de pandemia es el objetivo esencial de cualquier instrumento que se fundamente en el derecho a la salud. Y, por último, las tres restantes medidas que se recogen en el precepto transcrito aspiran a completar el disfrute y la seguridad sanitaria al más alto nivel, principalmente a través del método de la prevención y utilizándose diferentes técnicas (el estudio, la educación, la equidad...).

³⁹ Inge Kaul, and Ronald Mendoza, “Advancing the concept of public goods”, [in Inge Kaul et al coord.: *Providing global public goods: Managing globalization*, Oxford University Press, 2003], p.95.

⁴⁰ Artículo 10 del Protocolo de San Salvador.

2.3. La protección del derecho a la salud por el Consejo de Europa.

Mientras la OEA daba sus primeros pasos, en el viejo continente se erigía el Consejo de Europa⁴¹, el cual guarda en sus murallas el gran templo europeo de garantía de los derechos humanos. El principal objetivo de dicha organización internacional consistía y consiste en alcanzar “una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”⁴². En este sentido, desde una perspectiva regional y en consonancia con la labor de Naciones Unidas, el Consejo de Europa trabaja sobre asuntos sociales⁴³ y económicos (educación, juventud⁴⁴ o salud pública⁴⁵), sobre medio ambiente, sobre asuntos jurídicos y, principalmente, sobre los derechos humanos.

En lo relativo al objetivo del este estudio, como se reconoce expresamente en el Estatuto del Consejo de Europa, uno de los propósitos primordiales es la promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁶, por lo que, con el objetivo de dar cumplimiento a tan ambiciosa aspiración, en 1950 se adopta el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁷, comúnmente conocido como Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), el cual vincula jurídicamente a todos los Estados partes de la organización. La nota característica del referido Convenio es que dicho instrumento es avalado por un efectivo sistema judicial, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos⁴⁸.

Respecto al derecho a la salud, como ocurría en otros instrumentos descritos, el CEDH, que no prodiga minuciosidad, tampoco dedica un artículo específico a tal cuestión. No obstante, se refiere a la protección de la salud en el artículo 8.2 manifestando que:

⁴¹ Estatuto del Consejo de Europa, Tratado de Londres, del 5 de mayo de 1949, en vigor desde el 3 de agosto de 1949 de conformidad con el artículo 42.b del mismo. España ratifica dicho instrumento el 24 de noviembre de 1977, BOE n.º. 51/1978, de 1 de marzo de 1978.

⁴² Artículo 1. a del Tratado de Londres.

⁴³ Por ejemplo, a través de la Carta Social Europea referida a los derechos civiles y políticos. Tratado internacional hecho en Turín el 18 de octubre de 1961. En vigor desde 1973, de conformidad con el artículo 35 del mismo. España la ratifica el 29 de abril de 1980, BOE n.º 153, de 26 de junio de 1980.

⁴⁴ Por ejemplo a través de la creación del Centro Europeo de la Juventud con sede en Estrasburgo y Budapest. Más información en: <https://www.coe.int/es/web/about-us/headquarters-and-offices> Consultado el 20 de mayo de 2018.

⁴⁵ Más información en: <http://www.coe.int/t/dg3/health/> Consultado el 20 de mayo de 2018.

⁴⁶ Artículo 3 del Tratado de Londres.

⁴⁷ Elaborado en Roma el 4 de noviembre de 1953. En vigor el 3 de septiembre de 1953 de conformidad con el artículo 59 de instrumento. España firma el CEDH el mismo día de su admisión en el Consejo de Europa, el 24 de noviembre de 1977 y lo ratifica el 4 de octubre de 1979, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁴⁸ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del CEDH y en el Protocolo 11.

“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

De la misma forma que con la CADH, adelanto que la escueta referencia considero que no debería mal interpretarse por dos importantes razones. En primer lugar, porque la cuidadosa labor del TEDH ha conseguido exitosamente enriquecer el concepto de derecho a la salud, como se expondrá en el siguiente apartado. Y en segundo, porque los Estados partes de la organización han vuelto a manifestar su voluntad de reforzar la garantía de los derechos sociales con la adopción de la Carta Social Europea⁴⁹, la cual contempla el “derecho a la protección de la salud”⁵⁰ en un sentido similar al Protocolo de San Salvador, aunque de manera más tímida. Asimismo, en la revisión de la Carta se hacen referencias a la salud⁵¹ en otros ámbitos más específicos, lo cual ayuda a que, desde dicha perspectiva, también se refuerce el concepto.

3. Jurisprudencia de la CIDH sobre el derecho a la salud

El control y protección de los derechos humanos no sólo se consigue con fuertes y contundentes instrumentos donde se proclama la igualdad y dignidad, sino que el nivel de la salvaguardia resulta directamente proporcional al sistema que se articule para la vigilancia sobre los mismos. En el marco interamericano, la Convención articuló la existencia de dos órganos guardianes: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵² y la Corte Interamericana de Derechos

⁴⁹ Carta Social Europea, tratado internacional hecho en Turín el 18 de octubre de 1961, en vigor desde el 26 de febrero de 1965 cuando se produjeron cinco ratificaciones de conformidad con el artículo 35. No entra en vigor para España hasta el 5 de junio de 1980. El texto del instrumento fue revisado el 3 de mayo de 1996 y el nuevo compromiso entró en vigor el 1 de julio de 1999.

⁵⁰ Artículo 11 de la Carta Social Europea, el cual reconoce la importancia de que se manere autónoma o en cooperación los Estados europeos (la comunidad internacional) debe actuar para eliminar toda vulneración al derecho básico a la salud, se debe actuar con fuerza para evitar las enfermedades contagiosas y a la vez es imprescindible concienciar a la ciudadanía de que adopte prácticas que permitan la existencia de la buena salud.

⁵¹ En relación a las condiciones de salud en el trabajo, con los derechos del niño, con los derechos de la mujer y de la maternidad o con la asistencia adecuada de los inmigrantes, entre otros.

⁵² “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fue creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. La CIDH fue formalmente establecida en 1960, cuando el Consejo de la Organización aprobó su Estatuto. Su Reglamento, sancionado en 1980, ha sido modificado en varias oportunidades, la última de ellas en 2013. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es uno de los dos órganos del Sistema Interamericano responsables de la promoción y protección de los derechos humanos”. Disponible en: http://www.oas.org/es/acerca/comision_derechos_humanos.asp Consultado el 20 de mayo de 2018.

Humanos⁵³ (CIDH), la cual será la autora de la jurisprudencia que se analiza a continuación.

Una vez comentados los textos donde se proclama el derecho a la salud, es igualmente enriquecedor para el contenido del mismo conocer cuáles es la interpretación, evolución y extensión que le otorga los jueces que la integran. En principio, la primera pauta de caracterización es que los casos más relevantes y sustanciales se encuentran conectados o enfocados desde el Derecho al Desarrollo Progresivo. Por ejemplo, empezando por un asunto relativamente común, en el Caso Jorge Odir Miranda Cortez y otros⁵⁴, la CIDH requirió a El Salvador para que adoptara medidas cautelares⁵⁵ urgentes para que se distribuyera el tratamiento oportuno a enfermos de VIH a quienes no se le habían suministrado. El cumplimiento de esta exigencia permitió que finalmente no se declarara violación del derecho a la salud. Por lo tanto, de dicho asunto se puede extraer el titular de que el corta fuego del tribunal permite la efectividad, en muchas ocasiones, de los derechos económicos, sociales y culturales y, en esta situación, utilizándose medidas cautelares, las cuales han sido en contadas ocasiones utilizadas por el TEDH.

Asimismo, en el conocido caso de los “Niños de la Calle”⁵⁶ la Corte realiza una interpretación del derecho a la salud en conexión con el derecho a una vida digna y, en este término, explican palmariamente que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones

⁵³ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”. Estatuto de la Corte IDH, aprobado mediante Resolución n° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Para más información: Parte II, capítulo VIII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

⁵⁴ CIDH, *Caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros*. El Salvador. Sentencia n° 27/09 de 20 de marzo de 2009.

⁵⁵ “En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas”. CIDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 2 de septiembre de 2015, Medidas provisionales respecto de la República del Ecuador.

⁵⁶ CIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia n° 33/96 de 19 de noviembre de 1999.

que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”⁵⁷. De esta forma, se pone de manifiesto la vinculación absoluta que existe entre la salud y la vida y que ambas son requisitos fundamentales para que el resto de derechos se puedan ejercer con normalidad, lo cual confirma la orientación de la propia CADH. Sin que, por tanto, lógicamente y, en ningún caso, se puedan sobrepasar líneas rojas infranqueables como “poner fin de manera permanente a la capacidad reproductiva de la mujer, causando infertilidad e imponiendo un cambio físico grave y duradero sin su consentimiento, la esterilización no consentida o involuntaria puede causar un sufrimiento grave, tanto mental como físico”⁵⁸. Recientemente la CIDH ha calificado de trato cruel, inhumano y degradante la decisión unilateral por parte del equipo médico de practicar la esterilización a una mujer tras la inmediata operación de cesárea, con la justificación de evitar nuevos embarazos y sin que ello supusiera una emergencia médica. Como mínimo este tipo de prácticas, por accidente o voluntariamente, provoca un cambio radical en la vida de quien las sufre.

Iniciada la senda relativa a cuestiones relacionadas con la fertilidad, debo señalar que un elevado porcentaje de los asuntos de la última década relacionados con salud tienen como causa la esterilización por accidente, así como la infertilidad o la fecundación asistida, lo cual permite, desde diferentes perspectivas, ir apreciando la postura que la Corte va conformando en relación con este aspecto tan relevante, en la actualidad. Probablemente, el caso *Artavia Murillo y otros* (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica suponga la aportación más relevante de los últimos años. En ésta la Corte es tajante al sentenciar que “la prohibición de practicar la FIV es manifiestamente incompatible con la Convención” por resultar una clara violación de los “derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación”⁵⁹. Y en parecidos términos, de nuevo en *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*⁶⁰, por las trabas todavía existentes, la Comisión Interamericana somete el caso a la

⁵⁷ *Ibid.*, párrafo 144.

⁵⁸ “Históricamente el marco de protección contra la tortura y los malos tratos se ha desarrollado en respuesta a actos y prácticas que se verificaban principalmente en el desarrollo del interrogatorio en conexión con una averiguación o proceso por la comisión de un delito, así como en el contexto de la privación de libertad, como instrumento de castigo o intimidación. Sin embargo, la comunidad internacional ha ido reconociendo en forma progresiva que la tortura y otros tratos inhumanos también pueden darse en otros contextos de custodia, dominio o control en los cuales la víctima se encuentra indefensa, tales como en el ámbito de los servicios de salud y específicamente de la salud reproductiva”, CIDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016

⁵⁹ CIDH, Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica* de 28 de noviembre de 2012.

⁶⁰ CIDH, *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*, de 29 de noviembre de 2016.

Corte en 2016 porque continúa considerando que el Estado referido obstaculiza que las personas que lo requieran y deseen puedan acceder a las técnicas de fecundación in Vitro. Completamente de acuerdo la Corte, recomienda de inmediato “al Estado reparar integralmente a las víctimas de este caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados”.

Otras de las cuestiones más controvertidas y relevantes para este análisis, son aquellos casos ocasionados por la mala praxis o, en otras ocasiones, infortunados errores que suponen una violación de derechos humanos como la salud. En el asunto Suárez Peralta contra Ecuador⁶¹, una mala práctica médica le impedía acceder al tratamiento necesario para su concreto problema de salud. Y en parecidos términos, la falta de la oportuna y necesaria atención médica, sin justificación, ha provocado el fallecimiento de determinadas personas generando una clara violación del derecho a la salud y, finalmente, a la vida⁶².

Por último, otra forma de clasificar un grupo importante de asuntos que se conocen en el sistema que me concierne, es en relación a la violación del derecho a la salud en determinados grupos vulnerables. En estos términos, quiero hacer especial alusión a los discapacitados e indígenas, sin perjuicio de que existen otros casos relativos a niños, migrantes e incluso mujeres, que no van a ser directamente mencionados. En el famoso asunto Ximenes Lopes contra Brasil⁶³, respecto a la muerte de un discapacitado mental, “la Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado”⁶⁴. O en parecidos términos en el caso Furlan⁶⁵, menor que queda en estado de discapacidad, la Corte es firme al dictaminar que, como no puede ser de otra manera, “El Estado debe brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva” y, en concreto, se “debe(n) adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona es diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionadas con discapacidad” se le proporcionen servicios y derechos especiales. Así, la lección aprendida es que la violación de derechos garantizados en el Convenio puede ser tanto por acciones como por omisiones directamente atribuibles al Estado, o por omisión indirecta que impida la vulneración de derechos humanos de otra entidad. En lo que respecta a lo ya referidos indígenas, como no puede ser de otro modo,

⁶¹ CIDH, Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, de 21 de mayo de 2013.

⁶² CIDH, Caso De la Cruz Flores vs. Perú, de 18 de noviembre de 2004, caso Montero Aranguren vs. Venezuela, de 5 de julio de 2006 y caso Juan García Cruz y Santiago Silvestre v. México, de 17 de marzo de 2013.

⁶³ CIDH, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia n° 43/03 de 4 de julio de 2006.

⁶⁴ *Ibid*, párrafo 89.

⁶⁵ CIDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, Sentencia n° 111/10 de 31 de agosto de 2012.

la Corte nos deleita con sorpresas e interesantes sentencias. En el asunto Rosendo Cantú contra México⁶⁶, una menor indígena violada por miembros del ejército mexicano no fue adecuadamente atendida por los servicios médicos procedentes. En esta situación la Corte fue y es tajante al reafirmar que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”⁶⁷. En definitiva, se pone en entredicho la garantía de este derecho cuando no se proporciona la debida atención médica. De hecho, en el caso Xákmok Kásek la decisión de la Corte, entre otras medidas que no vienen al caso, es que se establezca en la zona objeto de disputa “un puesto de salud permanente y con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada”⁶⁸.

En definitiva y, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Derecho a la vida incluye que se le facilite de manera proporcional el acceso a todas aquellas condiciones y servicios que permitan vivir con dignidad⁶⁹. Por lo que el propio Estado ostenta una obligación internacional de que se desarrolle un eficiente servicio de salud que no vulnere el derecho a la vida y a vivir con dignidad⁷⁰. La multitud de caso vinculados con salud, en las diferentes perspectivas posibles, ha permitido que en la actualidad dicho derecho esté siendo indirectamente precisado y “protegido a través de interpretaciones amplias”⁷¹.

4. Jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la salud

Como no puede ser de otro modo, el TEDH, desde su inicio, ha velado en múltiples y diversas situaciones por la garantía del derecho a la salud, a pesar de que como ya se ha mencionado, no está específicamente contemplado en el Convenio. A falta del reconocimiento exacto del derecho a la salud, el concepto base desde el que se plantea las líneas generales de protección es la definición de salud dada por la OMS⁷². Todo ello sin perjuicio de que la conexión que

⁶⁶ CIDH, *Caso Rosendo Cantú Y Otra vs. México*, Sentencia n° 36/09 de 15 de mayo de 2011.

⁶⁷ *Ibid*, párrafo 108.

⁶⁸ CIDH, *Caso Xákmok Kásek ss. Paraguay*, de 24 de agosto de 2010.

⁶⁹ CIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia n° 33/96 de 19 de noviembre de 1999. CIDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Sentencia n° 67/02 de 17 de junio de 2005.

⁷⁰ CIDH, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia n° 43/03 de 4 de julio de 2006.

⁷¹ Oscar Parra Vera, *op. cit.*, p. 797.

⁷² Por ejemplo, en el Asunto Hatton y otros contra Reino Unido, se hace alusión a que: “health as a

existe con otros derechos (esencialmente el derecho a la vida), también ayuda a bruñir la propia idea.

De manera parecida a la CIDH, pero con un fundamento radicalmente distinto para tratarse de la misma materia, las principales líneas de pronunciamiento del TEDH son con relación a los casos de negligencias médicas, bioética (aborto, pruebas de embarazos, situaciones al final de la vida...), medioambiente (ruido o contaminación), respecto con especiales situaciones personales (inmigrantes o presos) o salud mental, fundamentalmente. Así las cosas, en las siguientes líneas, voy a intentar conectar asuntos llamativos que considero que ponen de manifiesto la sugestiva evolución sobre la protección de la salud.

Como es evidente, el Tribunal ha tenido ocasión de estudiar el derecho a la salud en numerosas ocasiones en relación con las negligencias médicas. La sentencia *Asiye Genç contra Turquía*⁷³, en la que muere un recién nacido por motivo de la descoordinación y la falta de medios, es un claro ejemplo en el que la violación del derecho a la salud conecta con la violación del derecho a la vida, lo cual como es incuestionable, es absolutamente condenado por el Tribunal que pone de relieve la estricta necesidad de que se garantice un servicio de urgencia adecuado. En parecidos términos, en el *Caso Center of Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu contra Rumania*⁷⁴ se reconoce la violación de los artículos 2, 13 y 46 del Convenio, por la muerte de un menor discapacitado que no recibe los cuidados suficientes ni el tratamiento más adecuado, o en el *Asunto Šilih contra Eslovenia*⁷⁵ se sentencia que la muerte ocasionado por el suministros de medicamentos, a los que el paciente era alérgico, por motivo de una negligencia médica, acaba siendo una violación del derecho a la vida. En cualquier caso, no siempre los errores por descuido son responsabilidad del servicio público, en el caso *Otgon contra República de Moldavia*⁷⁶ la violación del artículo 8 viene motivada tras la ingestión de agua de un grifo público infectado.

También, la evolución del derecho a la salud nos permite poder ir conociendo como el TEDH va posicionándose respecto a novedosas (sub)disciplinas como la bioética⁷⁷, en relación a nuevas situaciones sobre las que se tienen que ir definiendo los límites, siempre con proporcionalidad y de conformidad con la postura del

state of complete physical, mental and social well-being” is, in the specific circumstances of this case, a precondition to any meaningful privacy, intimacy, etc., and cannot be unnaturally separated from it”. *Caso Hatton y otros contra Reino Unido* [GC], nº 36022/97, TEDH de 8 de julio de 2003, párrafo 11.

⁷³ *Caso Asiye Genç c. Turquía* [C], nº 24109/07, TEDH de 27 de abril de 2015.

⁷⁴ *Caso Center of Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu contra Rumania* [GC], nº 47848/08, TEDH de 17 julio 2014.

⁷⁵ *Caso Šilih contra Eslovenia* [GC], nº 71463/01, TEDH de 9 abril de 2009.

⁷⁶ *Caso Otgon contra República de Moldavia* [C], nº 22743/07, TEDH de 25 octubre de 2016.

⁷⁷ “El Tribunal es plenamente consciente de la importancia de los problemas planteados en el presente asunto, que toca cuestiones médicas, jurídicas y éticas de la mayor complejidad.” *Caso Lambert y otros contra Francia* [GC], nº 46043/2014, TEDH de 5 de junio de 2015, párr. 181.

Estado en concreto. En el asunto *Lambert y otros contra Francia*⁷⁸, las autoridades dejan morir a una persona en estado vegetativo –a pesar de que se desconoce su postura– en contra los progenitores. De manera que el caso, considerablemente controvertido y sensible, es resuelto de la siguiente manera: en primer lugar, el Tribunal va simplificando el asunto al delimitar que la situación se encuadra en un caso de retirada de las medidas de soporte vital, por lo tanto, no de eutanasia. El siguiente movimiento para dilucidar la controversia es conocer el tratamiento que existe, especialmente jurídico, para dicha situación con vistas a garantizar el artículo 2 en su conexión con el 8.2; ¿permite la legislación del Estado la retirada del tratamiento médico y la nutrición del paciente?, ¿se tiene en cuenta la opinión del sujeto principal?, ¿hay un sistema jurídico con suficientes garantías que proteja los derechos de los afectados? Comprobado que existe una normativa en relación con la situación y que es un caso controvertido sobre el que no existe un consenso⁷⁹ por los Estados europeos, cabe tener en cuenta si es viable que la decisión final la adopte el Estado en aras de mantener el equilibrio en el conflicto de intereses. “En consecuencia, el Tribunal considera que, tanto en este ámbito que se refiere al final de la vida como en aquel que se refiere al principio de la vida, procede acordar un margen de apreciación a los Estados, no solo en cuanto a la posibilidad de permitir o no la interrupción de un tratamiento que mantiene la vida artificialmente y sus modalidades de aplicación, sino también en cuanto a la manera de alcanzar un equilibrio entre la protección del derecho a la vida del paciente y la del derecho al respeto de su vida privada y de su autonomía personal. Este margen de apreciación sin embargo, no es ilimitado”⁸⁰ aunque en este caso se le reconoció.

Igualmente, situaciones actuales como el aborto, pruebas de embarazos, eutanasia o casos en relación con trasplantes de órganos, generan colisiones entre los propios derechos. Por mencionar otro caso relevante, en el asunto *Elberte contra Latvia*⁸¹, se estudia y confirma la violación de los artículos 3 y 8 por la extracción de órganos para crear implantes biológicos, destinados a una farmacéutica, sin consultar ni obtener autorización de los familiares del fallecido. Es evidente que dicho suceso no solo contraviene derechos fundamentales, sino que es completamente incoherente con las prácticas que derivan del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina⁸².

⁷⁸ Caso *Lambert y otros contra Francia* [GC], nº 46043/2014, TEDH de 5 de junio de 2015.

⁷⁹ “Respecto a la cuestión del suicidio asistido, el Tribunal ha señalado, en el marco del artículo 8 del Convenio que no existe consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto al derecho de una persona a decidir de qué manera y en qué momento debe finalizar su vida y concluyó que el margen de apreciación de los Estados en este ámbito era “considerable””, párr. 145, Caso *Lambert y otros contra Francia* [GC], nº 46043/2014, TEDH de 5 de junio de 2015.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 148.

⁸¹ Caso *Elberte contra Latvia* [C], nº 61243/08, TEDH de 13 de enero de 2015.

⁸² Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, en vigor desde 1 de diciembre de 1999. En vigor para España desde el 1 de enero de 2000.

Otra cuestión que genera numerosa jurisprudencia es la relativa al acceso a tratamientos. En relación con ello hay casos que, en esencia, se repiten en el tiempo, como el asunto *Dubská y Krejzová contra República Checa*⁸³ en el que reconoce que prohibir la asistencia médica en partos en domicilios viola el derecho a la salud y a la vida privada, fundamentándose en que la elección del lugar donde dar a luz o las circunstancias entran dentro del ámbito de la vida privada de la madre (a lo que yo me cuestiono: ¿solo de la madre?). Mientras que otras situaciones provocan el debate y posicionamiento del Tribunal sobre cuestiones novedosas. Por ejemplo, En el asunto *Hristozov y otros contra Bulgaria*⁸⁴, el TEDH declara que no existe violación del artículo 8 por parte de Bulgaria cuando no permite el uso de medicina experimental contra el cáncer. Como magníficamente comentan Fernández Piedralba, García Esteban y Cabo Pérez⁸⁵ negar el acceso de ciertos medicamentos, que no se saben si son efectivos, no provoca un sufrimiento físico. “A este respecto, el Tribunal señala que el artículo 3, no sitúa a los Estados contratantes en la obligación de satisfacer las diferencias entre los diferentes niveles de atención médica disponible en varios países”⁸⁶. Recuérdese, que el propósito de proporcionar el más alto nivel posible de salud es un objetivo que cada Estado intentará ofrecer en función de las circunstancias particulares. En la misma línea, menos comprensible parece el caso *Panaitescu contra Rumanía*⁸⁷ en el que se condena a dicho Estado por violación del artículo 2 al no haber facilitado a una familia sin recursos, el tratamiento correspondiente para afrontar un caso de cáncer.

En otro sentido, fue especialmente interesante la jurisprudencia sobre salud y medioambiente en la que España ha sido protagonista. El conocido caso contra España *Moreno Gómez*⁸⁸, en el que la contaminación acústica es la causante de insomnio y graves problemas de salud, o el de *López Ostra*⁸⁹, donde los gases y malos olores también provocaban problemas de salud, suponen sentencias de obligado conocimiento.

En relación con especiales situaciones personales, por ejemplo, resulta llamativo, aunque el asunto se inadmite por falta de consenso de los Estados, el caso *Koldo Aparicio Benito contra España*, en el que un interno de un centro penitenciario reivindica espacios para no fumadores en prisión. El TEDH, tímidamente, reconoce que el hecho de ser forzado a compartir un ambiente en el que se fuma, podría constituir una violación del artículo 8.

⁸³ Caso *Dubská y Krejzová v. República Checa Bulgaria* [C], n° 28859/11 y 28473/12, TEDH de 11 de diciembre de 2014

⁸⁴ Caso *Hristozov y otros contra Bulgaria* [C], n° 358/12, TEDH de 13 noviembre 2012.

⁸⁵ Eva Fernández Piedralba, Noemí García Esteban, Pablo Cabo Pérez, “La bioética en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en DS: Derecho y salud, Vol. 26, N° Extra 1, 2016, pp. 206-208.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 208.

⁸⁷ Caso *Panaitescu contra Rumanía* [C], n° 30909/06, TEDH de 10 de abril de 2012.

⁸⁸ Caso *Moreno Gómez contra España* [C], n° 4143/02, TEDH de 16 de noviembre de 2004.

⁸⁹ Caso *López Ostra contra España* [C], n° 16798/90, TEDH de 9 de diciembre de 1994.

Finalmente, otro de los ítems que he considerado que recoge un grupo importante de pronunciamientos es todo lo relacionado con el acceso a expedientes médicos personales de acuerdo con el principio de confidencialidad. Por regla general, estos casos suelen fundamentarse en el propio artículo 8, como por ejemplo ocurrió en el asunto *Konovalova contra Rusia*⁹⁰ cuya demandante alegaba violación de su vida privada⁹¹ tras la asistencia en su parto, sin su consentimiento, de estudiantes de medicina. El TEDH es claro al declarar que el artículo 8 estaría garantizado siempre que exista una norma jurídica que plantee dicha situación y siempre que la misma cumpla con la legalidad y proporcionalidad. De manera parecida, Eslovaquia incurre en responsabilidad en el caso *K.H. y otros*⁹² al violar el artículo 8 tras impedir a los interesados el acceso a los expedientes médicos, tras un tratamiento ginecológico que les deja estériles. E igualmente en *L.L. contra Francia*⁹³, se viola la confidencialidad de la información personal relativa a la salud, tras la revelación, en un proceso civil, de información sobre el expediente médico de una de las partes, a pesar de que ello resultaba relevante.

5. Conclusiones

La primera y más evidente conclusión, tras el estudio de la jurisprudencia reciente del TEDH y la CIDH, es que existe un diálogo entre ambos tribunales, los cuales luchan por la garantía del derecho a la salud eficientemente.

De acuerdo con los casos más relevantes y llamativos de la última década, las preocupaciones y las controversias en cuestiones de salud entre América y Europa comienzan a equipararse. Como se ha intentado demostrar, ambas regiones estudian cómo evitar la vulneración del derecho a la salud en cuestiones de reproducción asistida, en cuanto a ciertos grupos vulnerables o en las repetitivas negligencias médicas, entre otros casos. Todo ello pone de relieve que los Estados americanos evolucionan favorablemente y que los contratemplos (entre ellos también los sanitarios) se ven igualmente afectados por el fenómeno de la globalización, lo cual acaba impulsando a que exista una más fácil homogenización de las causas que vulneran el derecho a la salud. Por tanto, considero que esa relativa semejanza irá demostrando que cada vez es más fácil y sencilla la retroalimentación entre los dos sistemas regionales que ocupan este estudio.

⁹⁰ Caso *Konovalova contra Rusia* [C], n° 37873/04, TEDH de 16 de febrero de 2015.

⁹¹ “La integridad física de una persona, ya que el cuerpo de una persona es el aspecto más íntimo de la vida privada, y la intervención médica, incluso si es de menor importancia, constituye una injerencia e este derecho”. Eva Fernández Piedralba, Noemí García Esteban, Pablo Cabo Pérez, *op. cit.*, pp. 205.

⁹² Caso *K.H. y otros contra Eslovaquia* [C], n° 32881/04, TEDH de 28 abril de 2009.

⁹³ Caso *L.L. c. Francia* [C], n° 7508/02, TEDH de 10 de octubre de 2006.

En cualquier caso, que exista esta fluida jurisprudencia y un concepto cada vez más perfecto se corresponde a los esfuerzos que durante décadas se están haciendo a diferentes niveles para ir concienciando de la necesidad de garantizar, de la forma más perfecta, el referido derecho humano a la salud. Es decir, que el derecho a la salud consista en un derecho humano primordial, indivisible, interdependiente y autónomo, y que éste estuviera recogido únicamente en la DUDH, parece ser ya razón suficiente para que la comunidad internacional institucionalizada, individual y colectivamente, velara por su integridad. No obstante (y afortunadamente) la intención de que prevalezca lo más intacto posible, ha motivado que constantemente se esté trabajando en su perfección (práctica y teórica) de ahí los diferentes instrumentos que consagran al mismo. En este sentido, considero que es especialmente significativa la referencia que contiene el Protocolo de San Salvador, en el que como se ha comentado en el texto, por primera vez se reconoce la salud como un bien público. O lo que es lo mismo, se enfatiza sobre la necesidad de que a la población se le garantice el derecho a la salud, ya que la falta del mismo generará consecuencias negativas de todos los niveles, desde pandemias hasta falta de desarrollo a largo plazo.

En definitiva, el estudio realizado nos demuestra que los instrumentos jurídicos y los mecanismos de garantías consisten en un tutor⁹⁴ erguido que permite el crecimiento vertical del tronco del derecho a la salud. De manera que una vez delimitado el concepto y la intensidad del derecho, la jurisprudencia va podando la copa creciente de conformidad con la evolución social y las circunstancias.

⁹⁴ “Tutor: caña o estaca que se clava al pie de una planta para mantenerla derecha en su crecimiento”. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=aze4nV6> Consultado el 20 de mayo de 2018.

Referencias bibliográficas:

- Ana Cristina Gallego Hernández, “El Derecho a la salud y la comunidad internacional institucionalizada” en *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, (2018).
- Eva Fernández Piedralba, Noemí García Esteban, Pablo Cabo Pérez, “La bioética en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *DS: Derecho y salud*, Vol. 26, N°. Extra 1, 2016.
- Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Civitas, Madrid, 1988.
- Inge Kaul, and Ronald Mendoza, “Advancing the concept of public goods”, [in Inge Kaul et al coord.: *Providing global public goods: Managing globalization*, Oxford University Press, 2003].
- Jaime Oraá, “La Declaración Universal de Derechos Humanos” [en Felipe Gómez Isa, José Manuel Pureza, coord.: *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, HumanitarianNet, Bilbao, 2003].
- José Luis Monereo Pérez, “Derecho a la salud”, [en Cristina Monereo Atienza, José Luis Monereo Pérez, coord.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2014].
- Oscar Parra Vera, “La protección del Derecho a la Salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” [en Laura Clérico, et al coord.: *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013].
- Carta Social Europea, Turín, 18 de octubre de 1961, en vigor desde 1973.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Conferencia Sanitaria Internacional de Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Este texto ha sido reformado en la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor el 18 de julio de 1978.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General, A/RES/217(III).
- Estatuto del Consejo de Europa, Tratado de Londres, del 5 de mayo de 1949, en vigor desde el 3 de agosto de 1949.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 adoptada por la Asamblea General (Número de resolución: A/RES/2200(XXI)A-C)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 adoptada por la Asamblea General (Número de resolución: A/RES/2200(XXI)A-C)
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.
- Reglamento Sanitario Internacional, adoptado por la Asamblea Mundial de la Salud el 23 de mayo de 2005, WHA58.3 “Revisión del Reglamento Sanitario Internacional”, en vigor desde el 15 de junio de 2007.
- Observación General 14 22º período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, CESCR.
- Observación General 3 -U.N. Doc. E/1991/23 (1990).
- Resolución de la Asamblea General, “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, Sexagésimo período de sesiones, 24 de octubre de 2005, (A/RES/60/1).
- Resolución de la Asamblea General, 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (A/RES/2200(XXI)A-C).

