

Outomuro, Delia ; Mirabile, Lorena Mariel

Derechos humanos: una aproximación conceptual y su relación con la salud

Vida y Ética Año 13 N° 1, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Outomuro, Delia y Mirabile, Lorena M.. "Derechos humanos: una aproximación conceptual y su relación con la salud" [en línea]. Vida y Ética, 13.1 (2012). Disponible en:
Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derechos-humanos-aproximacion-conceptual.pdf>
[Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

DERECHOS HUMANOS: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y SU RELACIÓN CON LA SALUD

Dra. Delia Outomuro

- Médica. Licenciada en Filosofía. Doctora en Medicina
- Profesora Regular Adjunta. Facultad de Medicina (Universidad de Buenos Aires -UBA-)

Lic. Lorena Mariel Mirabile

- Licenciada en Ciencias de la Comunicación Social. Doctora en Salud Pública (UBA)
- Docente Autorizada de Bioética. Facultad de Medicina (UBA)

Palabras clave

- Derechos Humanos
- Concepto
- Historia
- Derecho a la Salud
- Bioética

Key words

- Human Rights
- Concept
- History
- Right to Health
- Bioethics

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo principal desarrollar un análisis conceptual de "Derechos Humanos". Primeramente se dará cuenta de las definiciones habituales, entre ellas, aquellas facultades e institutos que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de libertad, igualdad y dignidad humana, y que deben ser reconocidos por los ordenamientos normativos interno e internacional. A su vez, se pasará revista a sus características (innatos, necesarios, inalienables, imprescriptibles, oponibles *erga omnes*, universales, laicos, carentes de connotación ideológica, ya sea religiosa o política, fundados en una filosofía humanista e indivisibles).

Luego, se enunciarán y analizarán sus fuentes y antecedentes históricos: desde 1945 con la Carta de la ONU, hasta 1993 en la Conferencia de Viena. Además, se estudiarán los principales sistemas de protección tanto a nivel nacional como internacional. Finalmente –y como ejemplo ilustrativo de uno de los Derechos Humanos–, se explicitará a la Bioética, puntualizando el análisis en el derecho a la salud.

ABSTRACT

The main purpose of this work is to make a conceptual analysis of "Human Rights". Firstly, it will provide the customary definitions, including, inter alia, those powers and rules which have, on each period of history, set forth the demands for freedom, equality and human dignity which ought to be recognized by the domestic and international legal systems. In addition, it shall review the features thereof (i.e., innate, necessary, inalienable, imprescriptible, enforceable erga omnes, universal, lay, lacking any ideological connotation, be it religious or political, based on a humanistic philosophy and indivisible).

Then it shall enumerate and analyze the sources and historical backgrounds thereof: from 1945, with the issuance of the UN Charter, to 1993 at the Vienna Conference. In addition, the main protection systems, both at a domestic and international level, shall be studied. Finally –and by way of example of one of the Human Rights– Bioethics shall be explained with a special emphasis on the analysis of the right to health.

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años se advierte una creciente vinculación entre la Bioética y los derechos humanos (DH). Sin embargo, poco se dice acerca de qué son esos DH, de su historia o de sus fuentes. Se da por sentado que el interlocutor sabe a qué nos referimos cuando los mentamos. Tampoco se analizan otras cuestiones esenciales para el debate bioético: ¿son los DH verdaderamente objetivos o requerimientos estimativos? ¿Son una verdad absoluta y eterna o una proyección histórica propia y adecuada a un tiempo y lugar determinado? ¿Los DH tienen límites? En caso afirmativo: ¿cuáles? ¿cómo? ¿cuándo? Estos presupuestos pueden ser motivo de grandes confusiones pues es posible que los interlocutores estén hablando de cosas muy distintas aplicando la misma terminología.

En este trabajo nos proponemos elucidar el concepto de DH. Se comenzará haciendo referencia a las definiciones habituales y se pasará revista a sus características. Se describirán sus fuentes y antecedentes históricos así como los principales sistemas de protección. Finalmente, y como ejemplo de uno de los DH vinculados a la Bioética, centraremos el análisis en el derecho a la salud.

¿QUÉ SON LOS DERECHOS HUMANOS?

Una definición clásica de derechos humanos (DH) nos dice que son aquellas facultades e institutos que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de libertad, igualdad y dignidad humana, y que deben ser reconocidos por los ordenamientos normativos interno e internacional.

Otra definición, más abstracta, establece que los DH son "la proyección jurídica de la naturaleza humana" con las siguientes características: inherencia, necesidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad, oponibilidad *erga omnes*, universalidad, indivisibilidad e interrelación.

En ambas definiciones se vislumbra la relación, no exenta de crítica, entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo como causa origen de los DH.

De las características de los DH merece especial mención la universalidad, concepto entrelazado con el de internacionalización de los DH y el de subjetividad internacional. Describiremos brevemente qué son esas cualidades. Los DH son:

- Innatos, inherentes al hombre: es decir, son propios de la naturaleza humana.

- Necesarios: precisamente porque son innatos, no son contingentes, no son otorgados por un gobierno o estado particular.
- Inalienables: no puede renunciarse a ellos ni pueden transferirse.
- Imprescriptibles: no caducan con el transcurso del tiempo.
- Oponibles *erga omnes*: pueden ser reclamados frente a cualquier hombre o estado.
- Universales: por ser innatos e inherentes a la naturaleza humana, están presentes en todos los hombres, en todo tiempo y lugar. Son, por lo tanto, laicos, carentes de connotación ideológica, ya sea religiosa o política, fundados en una filosofía humanista.
- Indivisibles: la conocida clasificación en derechos de primera, segunda y tercera generación atenta contra esta característica, pero ella debe entenderse solo con fines didácticos o como descripción histórica del surgimiento de los DH. No ha de interpretarse que algunos tienen prioridad sobre otros o que unos son directamente ejecutables mientras que otros son programáticos.
- Interdependencia: en relación con el punto anterior, se acepta que no pueden garantizarse unos derechos en ausencia de otros pues todos se precisan mutuamente para su realización. En este sentido, no podría sostenerse, por ejemplo, un derecho de primera generación como es el derecho a la vida o a la salud sin, al mismo tiempo, promover derechos de tercera generación como la protección del medio ambiente. [1] [2]

LA UNIVERSALIDAD Y LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL

Si bien podemos hablar de universalidad de los DH a partir de 1945 con la Carta de la ONU, cabe señalar que las tres últimas características fueron explícitamente reconocidas en 1993 en la Conferencia de Viena. No están exentas de polémica, en especial la universalidad, que debe conjugarse con la diversidad cultural. Asimismo, la internacionalización -esto es el proceso por el cual se reconocen los DH fuera del propio estado- es un fenómeno en el que, si bien se ha avanzado mucho, está aún en pleno

[1] BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General de los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

[2] MANILI, Pablo, *El bloque de constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

desarrollo. Enlazado con ello, el importante concepto de subjetividad internacional implica la posibilidad de toda persona de ser sujeto de derecho frente a organismos judiciales fuera del propio estado de pertenencia. El sujeto deviene así ciudadano del mundo, pudiendo reclamar por sus derechos vulnerados ante tribunales internacionales.

El derecho internacional de los DH se rige por los siguientes principios:

1) Autoejecutividad: puede ser aplicado directamente, sin la necesidad de una norma que reglamente su aplicación en el país en cuestión.

2) Subsidiariedad: la autoejecutividad colisiona con otro principio del derecho internacional que es la soberanía de los estados; para paliar este enfrentamiento de principio surge el de la subsidiariedad, por el cual el sujeto debe agotar primero todos los recursos internos. La subsidiariedad encuentra excepciones ante: denegación o retardo injustificado de justicia, ausencia o ineficiencia de los recursos internos, inaccesibilidad a los mismos.

3) Irreversibilidad: una vez que un estado ha reconocido un DH no puede volver a desconocerlo.

4) Progresividad: la positivización de los DH se va haciendo cada vez más extensa y amplia.

5) Provisión de un estándar mínimo de DH: los estados se comprometen a garantizar un piso mínimo de derechos sin perjuicio de que su legislación interna reconozca un número mayor.

6) Coincidencia con el derecho interno: no puede haber contradicciones entre el derecho internacional de los DH y las normas propias del estado que ha firmado el tratado, quedando obligado a hacer las reformas pertinentes. [3]

ANTECEDENTES DE LOS DH

Desde que el hombre es hombre, ha luchado por obtener cada vez más derechos. A lo largo de la historia, esos derechos han sido arrancados al poder, ya sea de manera pacífica o, más frecuentemente, por medio de violentos enfrentamientos. Sin embargo, no se trataba de derechos en el sentido que hoy damos a los derechos humanos pues carecían de la propiedad de universalidad. Se tenían derechos solo si se pertenecía a un grupo social, a la *polis* o al Estado; por ejemplo en Roma, si se era ciudadano romano.

[3] Ídem.

VIDA Y ÉTICA

Otros antecedentes que van marcando la evolución histórica hacia esta categoría conceptual instaurada en la posguerra, a mediados del siglo XX, son:

- 1215 - Carta Magna de Juan sin Tierra: el rey de Inglaterra reconoce ciertos derechos como el derecho a la propiedad, pero son derechos solo de los nobles.
- 1776 - Declaración de Virginia: se reconoce que los hombres son por naturaleza libres e independientes y que tienen derecho a la vida, a la libertad y a la felicidad. Pero "los hombres" son los blancos; los indios y los negros quedan al margen.
- 1789 - Revolución Francesa, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: he aquí el germen de la universalidad de los DH. Por primera vez se reconoce que todos los hombres tienen derechos por el solo hecho de ser hombres y que el Estado debe reconocerlos.
- 1917 - Revolución Rusa: se reconocen para el proletariado algunos derechos laborales y sociales.
- 1930 - Estado Benefactor y constitucionalismo social: los derechos sociales y económicos son positivizados en varias constituciones.
- 1945 - ONU: ese año se reúnen en la ciudad de San Francisco cincuenta países y firman la Carta de las Naciones Unidas que tiene entre sus propósitos asegurar la paz mundial, fomentar la amistad entre las naciones colaborando mutuamente en la solución de los problemas sociales y económicos, promover el desarrollo y respeto por los DH. Si bien se hace una mención general, no se especifica cuáles son esos derechos.
- 1948 - Declaración Universal de Derechos Humanos: queda establecida la universalidad como característica primordial de los DH y se mencionan veintiocho de ellos.

A partir de entonces se van sucediendo una serie de pactos internacionales que contribuyen a la internacionalización y progresión de los DH, reconociéndose los derechos de primera generación (civiles y políticos) y luego los de segunda generación (sociales, económicos y culturales). En las décadas de los '70 y '80 surgen los derechos de tercera generación llamados derechos de los pueblos, derechos colectivos o derechos de incidencia colectiva, como son los relacionados con la protección del medio ambiente, con la paz o la autodeterminación de los pueblos; algunos autores incluyen en esta categoría a los derechos de los usuarios y consumidores. A diferencia de los ante-

riores, son derechos que afectan no solo a un individuo aislado sino al grupo, y requieren también del compromiso de todos para su defensa. [4] [5]

FUENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se reconocen fuentes internacionales y nacionales, a saber:

Fuentes internacionales:

1) Costumbre: la forma reiterada, permanente y prolongada en que se tratan los estados.

2) Tratados: si bien son firmados por personas individuales, ellas no actúan por sí mismas sino en representación de los estados; son entonces los estados los que se comprometen a cumplir lo pactado y son sus ciudadanos los beneficiarios. No se trata de tratados-contrato como entre particulares porque no hay una prestación y una contraprestación. Son más bien tratados-ley, donde todas las partes se obligan a cumplir las mismas cosas. Otra característica es que pueden realizarse reservas. Sin embargo, éstas no

pueden ser amplias ni oponerse al espíritu del tratado.

3) Jurisprudencia: los fallos de las cortes internacionales constituyen una fuente considerable.

4) Principios generales del derecho: por ejemplo, *pacta sunt servanda*, *sine lege nulla poena*, *nemo auditur quem propriam turpitudinem allegans*, etc.

5) Resoluciones de las Asambleas Generales de la ONU y de la OEA.

Fuentes nacionales:

- 1) Constitución Nacional
- 2) Leyes Nacionales
- 3) Constituciones Provinciales
- 4) Leyes Provinciales
- 5) Ordenanzas [6]

SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En nuestro país contamos con los siguientes sistemas de protección:

[4] Ídem.

[5] TRAVIESO, Juan Antonio, *Historia de los derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Heliasta, 1993.

[6] MANILI, Pablo, *El bloque...*, op. cit.

1) Sistema nacional: fundamentalmente por la Constitución Nacional.

2) Sistema internacional: a través de la ONU.

3) Sistema interamericano: por medio de la OEA.

Sistema nacional

Nuestra Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, contempla la protección de los DH en el artículo 43 y en el artículo 75, incisos 22 y 24. El primero se refiere al recurso de amparo, al *habeas corpus* y al *habeas data*.

El inciso 22 del artículo 75 consta de tres párrafos: el primero señala que los pactos internacionales tienen jerarquía suprallegal. El segundo, luego de mencionar una serie de tratados, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica, establece que tales pactos "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Las tres alocuciones contenidas en el entrecomillado han sido objeto de debate. La primera de ellas ("en las condiciones de su vigencia") es entendida por parte de la doctrina como haciendo referencia a las reservas u otras

observaciones con las cuales se firmó el pacto; otros interpretan la expresión en el sentido de respetar el pacto de la forma en que el mismo es respetado y aplicado en la jurisprudencia de los órganos internacionales de justicia. La segunda alocución deja en claro que no hay contradicciones entre el contenido de los pactos y nuestra Constitución; y la tercera completa la idea expresando que los derechos defendidos en los pactos son un plus añadido a los de nuestra Carta Magna y, en caso de existir redundancia, se aplicará la norma que otorgue mayor protección. Termina este párrafo señalando que la denuncia de intratado por el Poder Ejecutivo requiere la aprobación de las dos terceras partes de cada cámara del Legislativo. Finalmente, el tercer párrafo deja abierta la puerta para que nuevos tratados se incorporen con rango constitucional si es que cuentan con la aprobación de las dos terceras partes de cada cámara.

El inciso 24 del artículo 75 describe la forma en que se aprueban los pactos con jerarquía superior a las leyes, dependiendo de si se realizan con estados americanos o de otros continentes. En el primer caso se precisa mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras. En el segundo, luego de la aprobación por mayoría absoluta de los presentes de ambas cámaras, debe esperarse un lapso de 120 días y luego, si corresponde, se

aprueba por mayoría absoluta de los miembros de cada cámara.

También los Códigos y las leyes nacionales, así como las constituciones y leyes provinciales, contemplan la protección de los DH. Incluso, antes de la reforma constitucional de 1994, eran las leyes las que hacían referencia al amparo y al *habeas corpus*.

Sistema internacional. ONU

En la Carta de la ONU de 1945 se crean los siguientes órganos encargados de llevar a cabo los propósitos del pacto:

- Asamblea General
- Consejo de Seguridad (integrado por USA, URSS, Gran Bretaña, Francia y China; con poder de veto sobre las resoluciones de la Asamblea)
- Consejo de Administración Fiduciaria
- Consejo Económico y Social
- Corte Internacional de Justicia
- Secretaría

A partir de entonces y luego de la Declaración Universal de DH de 1948, se

fueron firmando unos siete tratados (contra la discriminación racial, contra la discriminación de la mujer, contra la tortura, sobre los derechos del niño, etc.) y cada uno acompañado por un órgano o comisión homónima encargada de supervisar el cumplimiento del pacto por los países firmantes. Para ello, las comisiones se valen de:

- Informes periódicos: los estados firmantes deben enviar un primer informe al año o dos de la firma y después un informe periódico, en general cada cuatro años. Estos informes son evaluados por la comisión pertinente en presencia de un representante del Estado, luego se emite un informe final, eventualmente con recomendaciones.
- Recepción de peticiones: ya sea individuales o de los estados parte; no todas las comisiones están habilitadas para esto y, de estarlo, deben contar con el reconocimiento de su competencia por parte del estado firmante.
- Investigaciones: de oficio o a pedido de parte; tampoco todas las comisiones pueden llevarlas a cabo y ha de contarse con la aceptación del estado investigado.

Las comisiones solo pueden elevar informes con recomendaciones ya que no están constituidas por jueces sino por

expertos. Asimismo, pueden aplicarse sanciones de tipo económico a los estados que incumplen un tratado. [7]

Sistema interamericano. OEA

En 1948 se firma la Declaración Interamericana de Deberes y Derechos del Hombre. Con el propósito de que no sea una mera expresión de deseos sino un pacto de cumplimiento efectivo es que en 1959 se crea un organismo encargado de ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o simplemente Comisión, que entra en vigencia en 1960.

En 1969 se firma la Convención Interamericana de Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que entra en vigencia en 1978. Este pacto consta de: preámbulo, primera y segunda parte y consideraciones transitorias. En la primera parte se proclaman los derechos civiles y políticos y se hace mención a los sociales, económicos y culturales. En la segunda parte se describen los organismos encargados de garantizar su respeto, es decir, la Comisión antes citada, y se agrega la Corte Interamericana de Derechos Humanos o simplemente Corte.

La Comisión está conformada por siete miembros, expertos en el tema y de reconocida autoridad moral. Duran cuatro años en su función pudiendo ser reelectos; no debe haber más de un miembro de la misma nacionalidad. La Comisión opera de la siguiente forma:

1) Recibe denuncias individuales, de grupos de personas o de ONGs con personería jurídica en alguno de los estados parte.

2) Analiza la admisibilidad de las mismas; para ello tiene en cuenta que se cumplan estos requisitos:

- Identificación del denunciante (nombre y apellido, nacionalidad, profesión, domicilio, etc.).
- Descripción de los hechos y debida fundamentación.
- Agotamiento de los recursos internos (condición vinculada al principio de subsidiariedad antes mencionado y con las excepciones también antedichas).
- Lapso no mayor a 6 meses de haber sido notificado el denunciante, por

[7] TRAVIESO, Juan Antonio, *Los derechos humanos en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.

parte del Estado, de la sentencia definitiva (la Comisión puede aceptar otro plazo razonable).

- Ausencia de litis internacional pendiente.
- Ausencia de cosa juzgada internacional.

3) Una vez admitido el caso, la Comisión comienza las investigaciones, cita testigos, analiza las pruebas presentadas, etc. y remite al Estado que presuntamente incumplió con sus obligaciones un informe confidencial, otorgándole un plazo de tres meses para revertir la situación. En todo momento se trata de llegar a una solución amistosa entre las partes. Si esto no ocurre, o si el caso no es llevado a la Corte por la Comisión o por el Estado, se emite otro informe ya no confidencial sino público. Si bien no se trata de una sentencia no debe menospreciarse el efecto que la publicación de estos informes tiene en la opinión pública y la presión política que pueden ejercer.

La Corte está compuesta también por siete miembros pero en este caso se trata de jueces, también con solvencia moral y académica. Duran seis años en su cargo y pueden ser reelectos. Tampoco puede haber más de un juez de la misma nacio-

nalidad y, de acuerdo al caso, pueden ser designados algunos *ad hoc*. La Corte funciona con un quórum de cinco. Tiene competencia consultiva y contenciosa. Sus fallos son definitivos e inapelables y sus sentencias vinculantes, de cumplimiento obligatorio. Tienen acceso a la Corte solo los estados y la Comisión, no las personas, de modo que la subjetividad internacional es indirecta, a través de la Comisión. [8]

LÍMITES DE LOS DERECHOS HUMANOS. ESTADO DE SITIO

Ríos de tinta se escriben acerca de si los DH son o no absolutos. Desde el liberalismo más extremo, con una posición atomista del individuo y una concepción del mismo como anterior a la sociedad, los DH son absolutos. Ideologías filosóficas y antropológicas de corte comunitarista advierten lo contrario pues conciben a la sociedad como anterior al sujeto y, en consecuencia, al bien común por sobre los derechos individuales.

Sin entrar en esta polémica cabe decir que, aun en el marco de un pensamiento liberal, los DH tienen límites y ellos están plasmados en los mismos instrumentos que los promueven. Así, es ampliamente

[8] MANILI, Pablo, *El bloque...*, op. cit.

aceptado que el primer límite del derecho de una persona es el derecho de otra. La sobrevida del propio estado de derecho que es el que garantiza la vigencia de los DH es también otro límite no discutido. Esto se vincula con el instituto de estado de sitio al que nos referimos a continuación.

Definimos al estado de sitio (ES) como un instituto de emergencia que tiene como propósito defender el orden constitucional y las autoridades establecidas por dicho orden ante dos situaciones que lo ponen en peligro: la conmoción interna y el ataque exterior. Se entiende por conmoción interna cualquier circunstancia que altere el orden público y por ataque exterior la invasión del territorio nacional por una potencia extranjera, la declaración de guerra o la amenaza o riesgo de que ello ocurra.

En caso de conmoción interna, el ES es declarado por el Congreso Nacional y, si éste estuviera en receso, por el presidente; al entrar en sesión, el Congreso deberá ratificarlo o suspenderlo. Si se trata de un ataque exterior, corresponde al presidente junto con el Senado declararlo y, si el Senado estuviera en receso, el presidente deberá convocarlo a sesión extraordinaria.

El ES puede aplicarse en todo el territorio nacional o en parte de él y debe ser

por tiempo limitado. Sus efectos son la suspensión de los derechos y garantías constitucionales. Existe diversidad de opinión en la doctrina en cuanto al alcance de esta suspensión, desde posiciones amplias, amplia con control judicial de racionalidad, hasta interpretaciones limitadas y restringidas de la libertad personal. Es de hacer notar que la persona afectada puede solicitar revisión de la medida mediante la presentación de un *habeas corpus*.

El ES está contemplado en el artículo 23 de la Constitución Nacional y en el artículo 27, capítulo IV, del Pacto de San José de Costa Rica. El primero otorga al Presidente la facultad de arrestar a las personas y de trasladarlas de un punto a otro de la nación si no prefirieran salir del territorio argentino, pero le impide condenar o aplicar penas por sí mismo. El segundo deja en claro que la medida debe estar absolutamente fundamentada, por tiempo limitado, y que el estado que lo implemente debe comunicarlo de inmediato a los estados parte del tratado. Asimismo señala que no todos los derechos pueden ser suspendidos y que, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad física, al nombre, a la nacionalidad, a la protección de la familia, a la libertad religiosa y de conciencia, a la no esclavitud y servidumbre, al debido proceso, entre otros, no pueden suspenderse.

El derecho a la salud

En una primera aproximación a este tema, quizás resulta aclaratorio distinguir entre dos derechos: derecho a la salud y derecho a la asistencia sanitaria. Suele decirse que no hay un derecho a la salud porque ello implicaría el deber de garantizar el estado de salud de las personas, lo cual es imposible. En realidad, lo que se puede garantizar es solo el acceso a la asistencia sanitaria por lo que, en rigor de verdad, habría que hablar más apropiadamente de un derecho a dicha asistencia.

Algunos distinguen entre derechos negativos y positivos. La salud no parece ser un derecho positivo precisamente porque no se la puede garantizar, pero sí sería un derecho negativo. Ello significa que podemos exigir a nivel de justicia que no se nos dañe, que se proteja nuestra integridad física y nuestro derecho a la vida. Esta es, precisamente, la idea que sobre el derecho a la salud tienen los liberales; en su defensa de otro derecho humano, el derecho a la propiedad, sugieren evitar cualquier distribución coercitiva de bienes, incluso a través de impuestos. La atención sanitaria, a diferencia del derecho a la salud, no podría entonces ser exigida a nivel de justicia, aunque sí brin-

darse por beneficencia y benevolencia, incluso como un ideal moral.

Desde una perspectiva no liberal y de corte más socialista, el derecho a la asistencia sanitaria es exigible a nivel de justicia igual que el derecho a la salud.

En esta última línea de pensamiento se ubica la OMS:

"El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

El derecho a la salud obliga a los Estados a generar condiciones en las cuales todos puedan vivir lo más saludable posible. Esas condiciones comprenden la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El derecho a la salud no se limita al derecho a estar sano". [9]

Queda claro que el concepto de salud que aquí se está manejando es un concepto amplio; junto con la atención médica, es decir, con el acceso a los ser-

[9] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *El derecho a la salud*, nota descriptiva n° 323, agosto 2007 [en línea], disponible en: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/index.html>> [consulta: 30/10/11].

vicios de salud, el Estado debe garantizar la satisfacción de las necesidades básicas (alimento, vivienda, vestido).

La atención de la salud (AS) involucra la atención médica (AM) pero es mucho más amplia que ella. Desde un modelo holístico que abarque de modo integral el proceso salud-enfermedad, no pueden excluirse las miradas de otras disciplinas más allá de la medicina, ni tampoco las acciones sobre otros aspectos de la realidad más allá del cuerpo. Así, la AS reclama el trabajo de antropólogos, sociólogos, asistentes sociales, psicólogos, etc. y acciones sobre el medio ambiente, la economía, el trabajo, la vivienda, la educación, etc.

La AM consiste en la totalidad de los servicios médico-sanitarios que se prestan directamente a las personas para la atención de su salud y que, por tanto, incluyen las medidas que se toman tanto para la promoción de la salud como para la prevención, la recuperación y rehabilitación de las enfermedades. Es decir que: promoción, protección o prevención, recuperación y rehabilitación son las funciones de la AM.

Es sabido que los determinantes de la salud guardan una relación inversamente proporcional con el gasto en salud. [10]

En lo que hace a la influencia de los distintos determinantes de la salud en la disminución de la mortalidad, se aceptan las siguientes proporciones:

- Herencia (biología humana) (27%)
- Entorno (19%)
- Estilo de vida (43%)
- Sistema sanitario (11%)

Por su parte, el gasto respectivo se sitúa en los siguientes niveles:

- Herencia (6,9%)
- Entorno (1,6%)
- Estilo de vida (1,5%)
- Sistema sanitario (90%)

Resulta fácil advertir que la mayor inversión debería estar en modificar el entorno y el estilo de vida. En este último punto es importante aclarar que no se trata de culpabilizar a la víctima. No puede responsabilizarse íntegramente al sujeto de sus "malos hábitos y costumbres". Tanto el Estado como la sociedad deben hacerse cargo de la parte de responsabilidad que les compete. Pensemos, por ejemplo, en la publicidad que promueve el tabaquismo o en los ideales de

[10] DEVERS, G. E. Alan, "An Epidemiological Model for Health Policy Analysis", *Soc Ind Res*, v. 2, (1976), pp. 453-466.

belleza postulados actualmente en los medios de comunicación.

El derecho a la salud así concebida está consagrado en tratados internacionales como también en las constituciones de países de todo el mundo. A modo de ejemplo, la OMS cita: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Carta Social Europea (1961), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988).

En especial, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que:

"1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

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

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad". [11]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas –que supervisa la aplicación del tratado respectivo– en 2000 realizó un informe con una observación general sobre el derecho a la salud. La misma deja

[11] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [en línea], disponible en: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>> [consulta: 30/10/11].

en claro que la salud debe entenderse del modo que hemos señalado:

"El Comité interpreta el derecho a la salud... como un derecho inclusivo que no solo 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 sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional". [12]

El último enunciado de la observación que transcribimos nos introduce en el delicado tema de distinguir entre **necesidades** y **meros deseos**. Innumerables debates han existido en torno a qué debe entenderse por "necesidad" y qué criterio utilizar para dirimir entre necesidades objetivas y deseos subjetivos. Algunos hablan de necesidades "verdaderas" y de

necesidades "falsas". Sin embargo, parece más adecuado distinguir entre necesidades y deseos. Las primeras están más ligadas a lo biológico (alimentación, ropa, vivienda, etc.) y, por ende, tienen límite. De todos modos, no siempre es fácil poner un tope o límite ya que nada es exclusivamente biológico sino que es entrelazada con lo cultural y es en este punto donde las necesidades pueden tornarse difusas (la alimentación es una necesidad pero qué, cómo, cuándo y dónde comer corresponde a la cultura). En cambio, los deseos son psicológicos, no biológicos, y son ilimitados ya que buscan la autogratificación, que nunca es total pues una vez alcanzado el objeto de deseo se busca otro y así continuamente. Pero el tema no está aún zanjado. [13]

Cada comunidad, incluso cada individuo, puede entender como necesidad de AM cosas muy distintas. Desde la óptica de la medicina también la caracterización de las necesidades de AM puede diferir respecto de lo que la comunidad o el individuo consideran. La medicina puede entonces incurrir en **medicalización** y generar una **demanda inducida**. Dicho de otro modo: existen situaciones individuales o grupales que requieren AM pero que no responden a una entidad gnoseológica

[12] COMITÉ DESC, *Observación General n. 14* [en línea], disponible en <http://observatoriopoliticasocial.org/index.php?option=com_content&view=article&id=39&Itemid=308> [consulta: 02/05/12].

[13] OUTOMURO, Delia, *Manual de Fundamentos de Bioética*, Buenos Aires, Editorial Magister, 2004.

descripta; viceversa, existen entidades patológicas claramente descriptas que no requieren AM porque quienes las padecen no se beneficiarían con ella.

Además, no siempre la necesidad se transforma en **demanda**. Si la población no percibe algo como necesidad difícilmente lo reclame y se convierta en demanda **manifiesta**, quedando así en el plano de la demanda **no manifiesta**. Si no hay demanda manifiesta, no se percibe el valor de uso de los recursos sanitarios y, por ende, no se los utiliza. Es decir, la **utilización** de los recursos depende de la percepción de su **valor de uso**, percepción que se hace posible a partir de la **demanda manifiesta**.

En otras palabras: en la población puede haber necesidades no percibidas y, por tanto, no demandadas. A su vez, la población puede tener necesidades que incluyen tanto necesidades reales como deseos. Finalmente, los profesionales de la salud plantean necesidades que suelen exceder las necesidades reales, medicalizando situaciones que no significan un verdadero problema sanitario ni individual ni grupal. Por lo expuesto, la definición de "necesidad" debe ser consensuada entre la población y los profesionales de la salud; la correspondiente asignación de recursos constituye una decisión técnico-política.

La observación citada también señala que:

"El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados...: **a) Disponibilidad**: cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. **b) Accesibilidad**: presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) no discriminación; ii) accesibilidad física; iii) accesibilidad económica (asequibilidad); y iv) acceso a la información. **c) Aceptabilidad**: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados... y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate. **d) Calidad**: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad".

Con respecto a la condición de **accesibilidad** entendemos que la misma también comprende: accesibilidad **geográfica, económica, cultural y legal**. La primera se mide no solo en distancia sino también -y especialmente- en tiempo. Un consultorio puede estar cerca del usuario pero los medios de transporte ser inadecuados.

cuados. La segunda forma tiene que ver con el arancelamiento de los servicios, el costo de los medicamentos, de las prótesis requeridas, etc. y está íntimamente ligada al poder adquisitivo de la población y de la política sanitaria implementada en relación a quién costea el gasto en salud. La gratuidad de los servicios facilita la accesibilidad pero no la garantiza pues pueden existir barreras culturales que la impidan. Abundan las experiencias de campo en este sentido, especialmente en el área de obstetricia. La posible pertenencia a distintos estratos socioculturales del médico y del usuario también puede obstaculizar el uso de los servicios ya que toda relación médico-paciente involucra valores y creencias no siempre compartidas. La formación humanística del médico y el trabajo en un equipo interdisciplinario son esenciales para franquear estas barreras. Finalmente, los obstáculos legales se vinculan con la coexistencia de distintas formas de AM: privada, por obra social o prepagas, estatal, etc. A veces, el usuario se encuentra cerca de un centro de salud pero le está vedado

acceder a él por no poseer cobertura para ello. El establecimiento de convenios es una manera de paliar este tipo de dificultades. [14] [15]

A MODO DE CIERRE

Sin duda, no hemos agotado el tema de los derechos humanos ni mucho menos el del derecho a la salud. Tampoco fue esta nuestra intención. Como señalamos en la introducción, consideramos oportuno dejar en claro de qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos y qué se entiende por derecho a la salud. Quisimos también mostrar que al hablar de estos derechos, si bien nos movemos en el marco de un discurso filosófico e ideológico, estamos fundamentalmente en el ámbito del derecho positivo. Esto tiene vital importancia pues permite pasar del debate teórico a la aplicación práctica y concreta de normas nacionales e internacionales en materia de derechos, entre ellos del derecho a la salud.

[14] OUTKA, G., "Social Justice and Equal Access to Health Care", *Journal of Religious Ethics*, (1974), pp. 21-23.

[15] CORTINA, A., *Por una ética del consumo*, Madrid, Taurus, 2002.