

CAPÍTULO I. SALUD Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1 Consideraciones iniciales

"En definitiva, no hay salud, sin salud mental". Así concluye el director general de la Organización Mundial de la Salud, el doctor Tedros Adhanom Ghebreyesus, la introducción del informe mundial sobre salud mental en el mundo del año 2022⁴¹.

Y, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos no menciona explícitamente el derecho a la salud mental, se entiende comprendido en el contenido de su artículo relativo al derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que incluya la atención médica y los servicios necesarios para el bienestar y la salud. Sin embargo, sus autores sí consideraron añadir un segundo párrafo a ese artículo 25 de la Declaración para recoger que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales.

Llegar a ese punto fue el resultado de un largo y complejo proceso de evolución histórica, aunque los antecedentes remotos se pueden remontar prácticamente a las primeras civilizaciones. Inicialmente, el reconocimiento de la igualdad entre los seres humanos y de ciertos derechos se produjo en el plano nacional, en el seno de algunos ordenamientos jurídicos, con la progresiva inclusión del reconocimiento de una serie de derechos y libertades fundamentales en las Constituciones estatales del siglo XIX⁴². No fue hasta el siglo XX, con la preocupación inicial por parte de la Sociedad de Naciones (1919), y, posteriormente, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas (1945), cuando el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales comenzó a configurarse como un principio estructural del Ordenamiento jurídico internacional.

⁴¹ OMS, *Informe mundial sobre salud mental: transformar la salud mental para todos. Panorama general-World Mental Health Report: Transforming Mental Health for all*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud; 2022. Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240050860>. (Consultado el 15 de agosto de 2023).

⁴² Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789; *Bill of Rights* de 1689; FERNÁNDEZ LIESA, C., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*; Madrid, Thomson-Reuters, 2013.

Por ello, se puede considerar el siglo XX como el de la internacionalización de los derechos humanos o, en afortunada expresión, el de la humanización del derecho internacional⁴³.

En todo caso, en el siglo XX se produjo la proclamación, protección y defensa de los derechos humanos en el ámbito internacional, en el seno de organizaciones internacionales, tanto de carácter universal como regional. Esto comportó un cambio de gran relevancia: las cuestiones relativas a los derechos humanos (esto es: su promoción, protección y respeto) han dejado de ser un ámbito exclusivo de la competencia doméstica de los Estados; han quedado fuera –no sin resistencia por parte de algunos Estados– del principio de no intervención en los asuntos propios de la jurisdicción interna de los Estados⁴⁴. Con el camino iniciado con la adopción y proclamación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁵, el 10 de diciembre de 1948, los Estados perdieron su exclusividad respecto al trato dispensado a sus nacionales, constreñido por las obligaciones internacionales asumidas y sus mecanismos de control.

Ello ha supuesto un cambio sustancial. Así, en la sociedad internacional actual juegan un importante papel las normas o textos internacionales que buscan coordinar la actuación de los Estados estableciendo obligaciones que estos deben cumplir en sus respectivos planos nacionales. En este sentido, la labor de las Naciones Unidas y de las organizaciones internacionales a ella vinculadas cobran especial relevancia. Su aspecto más positivo es su vocación universal, lo que comporta que todos los Estados del mundo están llamados a cumplirlas abarcando en consecuencia a todos los seres humanos, aunque están limitados por la dificultad de alcanzar el consenso necesario entre todos sus miembros.

Por ello, se examina en este punto en primer lugar el marco general de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas, para examinar en segundo lugar el tratamiento del derecho de cada persona al goce del grado máximo de salud física y mental que se pueda lograr, terminando por último con el examen de la Declaración Universal sobre los derechos humanos y la labor realizada por el organismo del sistema de Naciones Unidas especializado en salud; esto es, la OMS.

⁴³ Véase, por ejemplo, PASTOR RIDRUEJO, JA., “*La humanización del derecho internacional y el acceso del individuo a sus instituciones jurisdiccionales*”, 2009, pp. 13-24; CANÇADO TRINDADE, AA., “Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional”, en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG Belo Horizonte*, 2007, nº 50, pp. 44-61.

⁴⁴ Recogido en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁴⁵ Su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

1.2 La protección internacional de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas

Sobre la base de la labor llevada a cabo por la Sociedad de Naciones⁴⁶ y de las iniciativas del periodo entre el fin de la Primera Guerra Mundial y el estallido de la Segunda, los esfuerzos por reorganizar la convivencia entre los Estados una vez acabada la contienda contemplaron la posible inclusión de la protección de los derechos humanos. Sin embargo, esta posibilidad quedó finalmente relegada a un segundo plano sin que el texto del tratado fundacional de la nueva Organización de las Naciones Unidas (ONU) incluyera una declaración de derechos humanos. Este punto se dejó para un momento posterior, una vez creada la misma⁴⁷.

En efecto, el objeto esencial de la Organización (que vería la luz tras finalizar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, ONU, tal y como quedó recogido en su Tratado constitutivo) era la salvaguarda de la paz y la seguridad en el mundo⁴⁸.

No obstante, paz y respeto de los derechos de los seres humanos están estrechamente relacionados sin que, en el fondo, quepan el uno sin el otro; y prevenir los horrores infligidos por las guerras constituyó un motor primordial del nuevo esfuerzo organizador de las relaciones entre los Estados.

Así lo deja claro el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas al afirmar la voluntad de:

*"preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas..."; y "a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"*⁴⁹.

⁴⁶ Predecesora de la Organización de las Naciones Unidas, la Sociedad de las Naciones es la organización internacional establecida en el Tratado de Versalles, el 28 de junio de 1919 con el que se puso fin a la Gran Guerra, a fin de establecer las bases para la paz y la reorganización de las relaciones internacionales una vez finalizada ésta.

⁴⁷ Labor que sería encomendada a la Comisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC), creada el 16 de febrero de 1946.

⁴⁸ Tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, la Carta de las Naciones Unidas, se firmó el 26 de junio de 1945, en San Francisco, y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año.

⁴⁹ Primer párrafo del preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

Sin embargo, ningún Capítulo de la Carta está específicamente dedicado a la protección de los derechos de todos los seres humanos, aunque a lo largo de su articulado se encuentran algunas referencias.

La primera de ellas en el artículo 1, dedicado a los propósitos de la Organización⁵⁰, que recoge en su apartado 3, el de:

"realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

Este propósito en relación con los derechos humanos se desarrolla el Capítulo IX de la Carta, dedicado a la *"Cooperación Internacional Económica y Social"* y, en particular, en sus dos primeros artículos, 55 y 56. En concreto, el primero de ellos⁵¹ reitera el compromiso de la Organización de promover el respeto universal de los derechos humanos sin ningún tipo de distinción, tratando de velar en todo momento por su efectividad al tiempo que incide en el principio de no discriminación.

Sin embargo, frente a la amplitud del mandato, debe ponerse de manifiesto la escasez de medios iniciales. En efecto, se encomienda este importante compromiso a la Asamblea General de la ONU⁵² (órgano plenario, pero cuyas resoluciones no son jurídicamente vinculantes), y al Consejo Económico y

⁵⁰ Artículo 1, Carta de la ONU: *"Los propósitos de las Naciones Unidas son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes".*

⁵¹ Artículo 55: *"Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".*

⁵² Artículo 13.1b Carta de las Naciones Unidas.

Social⁵³ (órgano principal, pero que responde ante la Asamblea General), que podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades.

Por su parte, el artículo 56 establece el compromiso de todos los Estados miembros de la Organización a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

Con estas escuetas bases, resulta admirable la gran labor realizada por Naciones Unidas y el corpus jurídico creado para la protección de los derechos de todos los seres humanos.

1.2.1 La Carta internacional de los Derechos humanos

El primer paso de gigante en esa labor se produjo con la pronta aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos. De hecho, los Estados no olvidaron el compromiso de completar la Carta de las Naciones Unidas para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento y en la primera sesión de la Asamblea General en 1946 se examinó un borrador que fue reenviado al Consejo Económico y Social para su examen por la recién creada Comisión de Derechos humanos⁵⁴ con el fin de elaborar una Carta internacional de Derechos Humanos. Ese documento se convertirá, dos años después, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Comisión de derechos humanos fue creada en febrero de 1946, siendo Eleanor Roosevelt⁵⁵, que desempeñó un papel fundamental en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, su primera presidenta. En su primer período de sesiones, celebrado a principios de 1947, la Comisión encomendó a sus miembros formular lo que denominó "*un anteproyecto de Carta internacional de Derechos Humanos*", labor que posteriormente fue asumida oficialmente por un Comité de Redacción.

⁵³ Artículo 62.2 El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades. Además, el artículo 68 prevé que el Consejo Económico y Social establecerá una comisión "*para la promoción de los derechos humanos*".

⁵⁴ El Consejo Económico y Social, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 68, el establecimiento de una comisión "*para la promoción de los derechos humanos*", la creó mediante resolución de 16 de febrero de 1946. Dejó de existir el 15 de marzo de 2006 al ser sustituida por un nuevo órgano, el Consejo de Derechos Humanos.

⁵⁵ Nominada delegada ante la delegada ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 por el presidente de los Estados Unidos, Harry S. Truman.

Tras apenas unos años de trabajo preparatorio, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) como *"ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse"*. No se logró una aprobación por unanimidad pues algunos Estados se abstuvieron, pero no registró ningún voto en contra⁵⁶.

Fue un gran logro y un paso trascendental para el desarrollo posterior de los derechos humanos. Por primera vez en la historia de la humanidad, se había creado una lista de derechos humanos fundamentales inherentes a todas las personas, por el siempre hecho de serlo; esto es, basándose exclusivamente en su condición de ser humano, sin ningún tipo de distinción o discriminación.

Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en París, como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse.

Mediante esta Declaración, los Estados se comprometieron a asegurar que todos los seres humanos, ricos y pobres, fuertes y débiles, hombres y mujeres, de todas las razas y religiones, fueran tratados de manera igual.

Establece, a lo largo de su articulado, que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que tienen derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona, a la libertad de expresión, a no ser esclavizados, a un juicio justo y a la igualdad ante la ley. También a la libertad de circulación, a una nacionalidad, a contraer matrimonio y fundar una familia, así como a un trabajo y a un salario igualitario. Con todo, se puede afirmar que su fundamento, su núcleo central, se encuentra en esa intrínseca dignidad del ser humano que hunde sus raíces en la propia naturaleza humana.

Puesto que se trata de una resolución de la Asamblea General, no constituye un conjunto de normas vinculantes, pero ha servido como fuente de inspiración al fomentar el proceso de codificación en el marco de las Naciones Unidas y ha sido tomada en consideración por las constituciones nacionales de todo el mundo, como es el caso de la Constitución española de 1978, que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁵⁷.

⁵⁶ Ocho Estados se abstuvieron: los entonces miembros del bloque socialista: Unión Soviética, Checoslovaquia, Polonia, Yugoslavia, Ucrania y Bielorrusia, además de Arabia Saudí y Sudáfrica.

⁵⁷ Artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978.

Sin embargo, la Declaración se limitaba a reconocer derechos esenciales para todos los seres humanos sin que nacieran de ellas obligaciones para los Estados. Era necesario completarla con normas convencionales que permitieran su promoción y protección lo que requirió de mucho más tiempo, varios años de trabajo, perdiéndose la unicidad del texto de la Declaración pues su contenido se desarrolló en dos diferentes Tratados.

Solo en 1966, la Asamblea General aprobó por consenso el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tardaron aún otros diez años en entrar en vigor.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge derechos como la libertad de movimiento; la igualdad ante la ley; el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de opinión y de expresión; la reunión pacífica; la libertad de asociación; la participación en asuntos públicos y elecciones; y la protección de los derechos de las minorías. Asimismo, prohíbe la privación de la vida; la tortura, las penas o los tratos crueles o degradantes; la esclavitud y el trabajo forzoso; la detención o prisión arbitraria; las injerencias arbitrarias en la vida privada; la propaganda en favor de la guerra; la discriminación y la apología del odio racial o religioso. El Pacto y su primer Protocolo Facultativo entraron en vigor en 1976. Su Segundo Protocolo Facultativo, destinado a abolir la pena de muerte, fue aprobado en 1989. Todos los Estados miembros de la Unión Europea lo son del Pacto y de sus Protocolos.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales promueve y protege, entre otros, los derechos laborales, el derecho a trabajar en unas condiciones justas y favorables; el derecho a la protección social, a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; el derecho a la vida familiar, el derecho a la salud y el derecho a la educación y a gozar de los beneficios derivados de la libertad cultural y el progreso científico. Entró en vigor en 1976 y su Protocolo Facultativo, previendo el mecanismo de supervisión, fue adoptado por la Asamblea General en el 60º aniversario de la adopción de la DUDH, el 10 de diciembre de 2008.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es la piedra angular de los derechos humanos y conforma, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos (sobre el procedimiento de quejas individuales y la pena de muerte), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo, la denominada Carta internacional de los derechos humanos, constituyendo un todo universal, independiente e indivisible, que atiende a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

En efecto, el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal afirma que: *"la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana"*. Se trata del fundamento de los Derechos Humanos, ya que:

*"todos 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"*⁵⁸.

Además, *"los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre"*, considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso⁵⁹.

Por tanto, los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

El principio de la universalidad de los derechos humanos es la base del derecho internacional de los derechos humanos⁶⁰. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos⁶¹.

Los derechos humanos son inalienables. No deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y de conformidad con las debidas garantías procesales.

Asimismo, todos los derechos humanos, sean derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, están interrelacionados y son interdependientes. Así, cualquier avance en uno de ellos facilita el avance de los demás,

⁵⁸ Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945) que han suscrito todos los Estados miembros de la Organización que ascienden a 193 desde 2011. Preámbulo.

⁵⁹ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948.

⁶⁰ En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

⁶¹ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx> (consultado el 15 de julio de 2022).

al igual que la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la vida, a la alimentación, a los servicios de salud, a la educación, a la familia o a la libertad.

Finalmente, la no discriminación es un principio transversal en el derecho internacional de derechos humanos que prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de supuestos como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, orientación sexual o cualquier otra condición.

El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*. Por lo tanto, una igualdad básica y universal en tanto que seres humanos nos engloba y nos dignifica, más allá de las diferencias que entre los miles de millones de personas puedan existir.

Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos.

La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar los derechos humanos básicos. En el plano individual, del mismo modo que debemos hacer respetar nuestros derechos humanos, también debemos respetar los derechos humanos de los demás.

Se desprende de lo anterior la existencia de una estrecha relación entre derechos humanos y la práctica médica, puesto que numerosos derechos y principios están implicados en la relación médico-paciente y en el ejercicio de los actos médicos.

Por un lado, la intrínseca dignidad humana y su respeto operan como denominador común entre derechos humanos y ejercicio de la medicina; que, en todo caso, ha de ser acorde con los principios bioéticos.

Del mismo modo, los principios de igualdad y no discriminación están estrechamente relacionados con el ejercicio profesional de los médicos, al igual que la prohibición de la tortura y de cualquier otro trato o penas crueles, inhumanos o degradantes o el derecho a la información en la relación médico-paciente o el de preservar la intimidad.

Sin embargo, esa relación queda claramente de manifiesto en el caso del derecho de cada persona al goce del grado máximo de salud física y mental que se pueda lograr, como se examinará en un epígrafe posterior.

1.2.2 Otros desarrollos normativos e institucionales

Siendo la Carta la piedra angular del sistema internacional de protección de los derechos humanos, lo cierto es que, desde las Naciones Unidas, se ha ido ampliando progresivamente el cuerpo jurídico de instrumentos de protección.

Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han configurado y ampliado el derecho internacional de los derechos humanos. Así, se han incluido, por un lado, las normas específicas relacionadas con grupos a los que necesitados del reconocimiento específico de derechos que los protegieran frente a la común discriminación que sufrían en numerosas sociedades mujeres, niños, personas con discapacidad, minorías y otros grupos vulnerables⁶²; y, por otro, aquellas destinadas a atender situaciones especialmente atroces, como la prevención del genocidio, la tortura, apartheid o desapariciones forzosas, entre otras.

De hecho, el primer Tratado internacional adoptado fue la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, en 1948. Un año antes que los Pactos se adoptó, en 1965, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; mientras que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer lo fue en 1979. Del mismo modo, la Convención sobre los Derechos del Niño (la más universal de todas, con un solo Estado miembro de las Naciones Unidas que no es Parte), fue adoptada en 1989, y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de la que no es parte ningún Estado miembro de la UE, fue adoptada en 1990. Y, más recientemente, en el año 2006, se adoptaron las dos primeras convenciones del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

La labor no se ha limitado al reconocimiento y desarrollo de los derechos, imponiendo obligaciones a los Estados (las obligaciones de respetar, proteger y realizar cada uno de los derechos); sino que, además, se han creado diferentes órganos de supervisión.

⁶²TRINIDAD NÚÑEZ, P., "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2012, nº 4, pp. 125-168.

Desde el punto de vista institucional, como órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas, se debe señalar que la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció, en primer lugar, en diciembre de 1993, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el mandato de promocionar y proteger todos los derechos humanos, priorizando el abordar las violaciones de derechos humanos más acuciantes, graves y crónicas; en particular, aquellas que supusieran un peligro inminente para la vida. No diferencia en cuanto a la atención que presta entre derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, incluido el derecho al desarrollo. Y, posteriormente, el 15 de marzo de 2006, creó el Consejo de Derechos Humanos⁶³, que se encuentra bajo su autoridad directa y que sustituyó a la antigua Comisión de Derechos Humanos de la ONU, creada, como se señaló anteriormente, en 1946. Como aspecto importante hay que destacar el nuevo mecanismo de supervisión de derechos humanos puesto en marcha por el Consejo de Derechos Humanos: el Examen Periódico Universal, que supone, a pesar de sus deficiencias, el examen cada cuatro años de la situación de los derechos humanos en los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas. Para su labor cuenta, además, con los denominados procedimientos especiales⁶⁴.

Por otro lado, nueve de los principales tratados internacionales de derechos humanos establecieron órganos para supervisar la aplicación de disposiciones de cada uno de esos tratados internacionales de derechos humanos. Cada Comité lleva el nombre del Convenio que lo crea. Entre ellos se encuentran el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño⁶⁵.

Aunque específicamente creados por cada uno de los Tratados, todos tienen la función de supervisar los informes periódicos que los Estados Partes en los Tratados se comprometen a someter sobre las medidas para implementar las

⁶³ Formado por 47 representantes de Estados y es el encargado de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo para hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos y formular recomendaciones sobre ellos; entre lo que también se incluye la respuesta a situaciones de emergencia en materia de derechos humanos.

⁶⁴ Se trata de mandatos para presentar informes y asesorar sobre derechos humanos que ejecutan expertos independientes en la materia, desde una perspectiva temática o en relación con un país específico. El sistema de los procedimientos especiales es un elemento básico del mecanismo de derechos humanos de las Naciones Unidas y abarca a todos los derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

⁶⁵ Además del Comité de Derechos Humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité contra la Tortura, Subcomité para la Prevención de la Tortura, Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y Comité contra las Desapariciones Forzadas.

disposiciones recogidas en los mismos. Por lo tanto, ejercen una función de supervisión del grado de cumplimiento de cada uno de los Estados, para lo que cuentan con los informes paralelos procedentes de diferentes sectores de la sociedad civil. Durante el proceso de supervisión, los miembros del Comité establecen un diálogo interactivo con los representantes estatales, concluyendo con la elaboración de una serie de observaciones finales o conclusiones en las que el Comité, además de reconocer los avances realizados, hacen recomendaciones u observaciones específicas para un mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas del Tratado que el Estado en concreto ha asumido para el respeto, garantía y protección de los derechos humanos, por lo que desempeñan un papel esencial en el sistema de protección de las Naciones Unidas.

Este es el primero de los mecanismos de supervisión encomendados a los Comités: el examen de informes periódicos que todos los Estados se obligan a presentar.

Los Comités publican, asimismo, Comunicaciones generales, con las que contribuyen a delimitar y aclarar el contenido de las disposiciones del Tratado, así como el alcance de los derechos recogidos en cada uno de ellos.

Por ello, aun cuando la interpretación de los Tratados corresponde a los Estados, lo cierto es que la labor de los Comités contribuye al desarrollo y a la interpretación a largo plazo del contenido de sus disposiciones⁶⁶.

Además, los principales tratados de derechos humanos establecen algunos mecanismos para denunciar violaciones de las disposiciones de los tratados ante cada uno de los órganos específicos. Se trata de las denuncias de Estado a Estado⁶⁷, las investigaciones⁶⁸ y las comunicaciones de particulares, de especial interés a los efectos de este trabajo.

⁶⁶ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «Dictámenes» adoptados por Comités de Derechos Humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Práctica española de derecho internacional, 2019, vol. 71, n° 1, pp. 241-25.

⁶⁷ Varios tratados de derechos humanos contienen cláusulas que permiten a los Estados Partes denunciar ante el órgano de tratado competente (el comité) las violaciones del tratado presuntamente cometidas por otro Estado Parte. Así, el artículo 21 de la Convención contra la Tortura, el artículo 21 del Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el artículo 32 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, el artículo 10 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008, y el artículo 12 del Protocolo Facultativo (sobre un procedimiento de comunicaciones) de la Convención sobre los derechos del niño establecen un procedimiento que faculta al comité pertinente para examinar las denuncias de un Estado Parte que considere que otro Estado Parte no está aplicando las cláusulas de la Convención. Este procedimiento se aplica únicamente a los Estados Partes que han

Así, nueve de estos tratados, bien directamente o a través de Protocolos facultativos⁶⁹, establecen un mecanismo de denuncias individuales que permite a los individuos presentar denuncias ante el correspondiente Comité por la violación de uno o varios de sus derechos recogidos en el Tratado.

Es el caso del Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁷⁰, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁷¹, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) de la Convención internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes (1984), de la Convención derechos del niño (1990), de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares trabajadores migratorios y sus familiares (1990)⁷², de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2010).

formulado una declaración en la que reconocen la competencia del comité en ese sentido. Contemplan un procedimiento algo más complejo para la resolución de disputas entre Estados, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención de los derechos del Niño.

⁶⁸ Cuando los Comités con esta competencia reciben información fidedigna que revela violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en el tratado que supervisan, el Comité contra la Tortura (artículo 20 del CAT), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (artículo 8 del Protocolo Facultativo del CEDAW), el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 6 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Comité contra las Desapariciones Forzadas (artículo 33 del CED), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11 del Protocolo Facultativo del ICESCR) y el Comité de los Derechos del Niño (artículo 13 del Protocolo Facultativo, sobre el procedimiento de comunicaciones del CRC), pueden, por propia iniciativa, iniciar investigaciones, si disponen de información fidedigna con indicios fundamentados de que han ocurrido violaciones graves o sistemáticas de estos tratados en un Estado Parte.

⁶⁹ Los Protocolos son Tratados internacionales vinculados a un Tratado internacional. En el caso del Comité contra la tortura el procedimiento de quejas individuales está previsto en el propio Convenio, en su artículo 22 aunque es necesario que el Estado Parte interesado reconozca expresamente esta competencia del Comité aceptando el procedimiento de quejas individuales.

⁷⁰ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 16 diciembre 1966. Entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

⁷¹ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 10 de diciembre de 2008. Entrada en vigor 5 de mayo de 2013.

⁷² El mecanismo de reclamación individual de este Comité aún no ha entrado en vigor.

Sus respectivos Comités están facultados para examinar, en determinadas condiciones, denuncias individuales o comunicaciones de particulares.

Con carácter general, cualquier persona puede presentar una denuncia argumentando una violación de algunos de los derechos reconocidos en el mismo ante el comité creado por ese Tratado contra un Estado, siempre que se cumpla dos condiciones previas y una posterior.

Con carácter previo, es necesario, en primer lugar, que haya prestado el consentimiento para ser parte en ese tratado. Y, en segundo, que haya aceptado la competencia del Comité para examinar denuncias de particulares, ya sea mediante ratificación o adhesión a un Protocolo Facultativo o por haber formulado una declaración al efecto, con arreglo a un artículo específico de la Convención.

Con carácter posterior, es necesario que se hayan agotado los mecanismos legales nacionales de denuncia y reparación para la supuesta violación de las obligaciones derivadas del Tratado.

Las denuncias pueden ser presentadas tanto por el individuo afectado como por terceros en representación de otras personas, siempre que hayan recibido su autorización por escrito, sin que ésta tenga que ajustarse a un formato determinado⁷³.

Si el Comité determina que un Estado Parte no ha cumplido sus obligaciones en relación el Tratado, exigirá que se repare la violación y pedirá que el Estado Parte aporte información actualizada al respecto⁷⁴.

En definitiva, a pesar de las escasas referencias recogidas en la Carta, lo cierto es que se puede identificar como uno de los grandes logros de las Naciones Unidas la creación de un auténtico cuerpo normativo e institucional protector de los derechos humanos, un conjunto de normas a nivel universal e internacional, abierto a todos y para todos los seres humanos: el derecho internacional de los derechos humanos.

Este derecho internacional de los derechos humanos define todo un abanico de derechos aceptados internacionalmente, guiados por los principios de

⁷³ En determinados casos, el tercero puede presentar la denuncia sin disponer de ese consentimiento, por ejemplo, cuando una persona esté en prisión y carece de contacto con el exterior o cuando es víctima de una desaparición forzada.

⁷⁴ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, *Procedimientos para presentar denuncias individuales en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto informativo N.º 7/Rev.2, Naciones Unidas, 2013.

universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y ha establecido mecanismos para promover y proteger estos derechos y para ayudar a los Estados a ejercer sus responsabilidades.

Como cualquier sector del Ordenamiento jurídico internacional, este derecho gira en torno a los Estados, sobre los que recae la responsabilidad de promover y proteger (de forma activa, con acciones, o bien absteniéndose de ciertos comportamientos) y de lograr el efectivo disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o de los grupos.

Pero, en ese camino, los particulares han ido adquiriendo progresivamente los medios de reivindicar sus derechos en el ámbito internacional. Así, los derechos humanos adquieren un significado concreto cuando se presentan denuncias individuales, ya que, al pronunciarse un fallo en un caso individual, se llevan a la práctica normas internacionales que, de otra manera, podrían parecer generales y abstractas. Las normas que contienen los tratados internacionales de derechos humanos producen sus efectos más inmediatos cuando se las aplica a una situación de la vida cotidiana de una persona. Ello ha permitido, por ejemplo, visibilizar recientemente a nivel mundial algunos casos de prácticas abusivas constitutivas de violencia obstétrica.

1.2.3 El derecho a la salud o derecho de cada persona al goce del grado máximo de salud física y mental que se pueda lograr

Como se ha indicado anteriormente, los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin discriminación alguna y están interrelacionados, siendo interdependientes e indivisibles.

Un ejemplo claro de esta interrelación interdependencia e indivisibilidad lo constituye el derecho relativo a la salud, que forma parte fundamental de los derechos humanos y de lo que se entiende por una vida digna.

Así, está recogido inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado en su artículo 25, que establece que:

*"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad"*⁷⁵.

⁷⁵ El apartado 2 recoge una referencia particular de la maternidad y la infancia.

Sin embargo, ésta no fue su primera formulación en el ámbito internacional ya que, dos años antes, el Tratado constitutivo de la OMS, adoptado en 1946, lo recogió en su preámbulo tras exponer lo que entendía por salud.

En dicho texto se afirma que salud es: *"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades"*. Y recoge también que *"el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social"*⁷⁶.

1.2.3.1 Su inclusión y protección en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Lo anterior pone claramente de manifiesto que desde un primer momento que la salud es un objetivo de carácter relativo; ya que, en realidad, el derecho reconocido a cada persona es el de gozar del grado máximo de salud física y mental que se pueda lograr.

En todo caso, ninguno de los textos da lugar directamente al nacimiento de obligaciones jurídicas para los Estados, y hubo que esperar a que, en 1966, se adoptara el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁷ para que fuera desarrollado el contenido del artículo 25 de la Declaración Universal.

Desde entonces, se ha reconocido o se ha hecho referencia al derecho al nivel más alto posible de salud, o a elementos del mismo (por ejemplo, el derecho a la atención médica), en otros tratados internacionales de derechos humanos⁷⁸. Éste ha ido adquiriendo mayor importancia en los últimos años, tanto por los órganos que supervisan la aplicación de los tratados de derechos humanos,

⁷⁶ Preámbulo de la Constitución, 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 Estados.

⁷⁷ Entró en vigor en el plano internacional el 3 de enero de 1976 y en España el 27 de julio de 1977.

⁷⁸ El derecho a la salud se reconoce en varios instrumentos regionales. En África lo hace la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) mientras que en América se recoge en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador (1988). En Europa está reconocido en la Carta Social Europea (1961, revisada en 1996) y en la Unión Europea en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) contienen disposiciones relacionadas con la salud, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a la familia y la vida privada.

como por la Comisión de Derechos Humanos y su sucesor, el Consejo de Derechos Humanos, que, en el año 2002, creó el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, que ha presentado ya diversos informes y realizado visitas a países⁷⁹.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

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"*⁸⁰.

Por tanto, el Pacto, aunque incluye salud física y mental en el mismo plano, no recoge expresamente la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades"*. Sin embargo, la referencia que hace al *"más alto nivel posible de salud física y mental"* permite entender que se aproxima a la misma y que su contenido no se limita exclusivamente al derecho a la atención de la salud.

Aun así, es importante subrayar que en el Pacto se otorga a la salud mental, que a menudo ha sido desatendida, la misma consideración que a la salud física.

⁷⁹ Que se examinará en un epígrafe posterior.

⁸⁰ El Pacto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor en 1976, y el 1 de diciembre de 2007 había sido ratificado por 157 Estados.

Por otro lado, resulta claro, como derecho recogido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que impone una obligación de comportamiento de realización progresiva para los Estados, a diferencia del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, ya que estos se comprometen a adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena realización de los derechos⁸¹. La obligación de comportamiento de realización progresiva por los Estados no significa en absoluto que las dificultades económicas de un país le eximan de la obligación de adoptar medidas que garanticen el disfrute del derecho a la salud. Así, ningún Estado puede justificar el incumplimiento de sus obligaciones por falta de recursos, sino que todos deben garantizar el derecho a la salud en la mayor medida posible con arreglo a los recursos disponibles, incluso cuando éstos sean escasos.

En todo caso, satisfacer el derecho al *"grado máximo de salud que se pueda lograr"* exige un conjunto de criterios sociales que propicien la salud de todas las personas; entre ellos, la disponibilidad de servicios de salud, condiciones de trabajo seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos.

Por tanto, y como ya se indicó, el goce del derecho a la salud está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos; tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la no discriminación, el acceso a la información y la participación. Así, la inadecuada protección de la salud puede repercutir negativamente en la consecución de esos otros derechos y viceversa. De este modo, la salud se configura como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

De conformidad con la interpretación que de su contenido ha hecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 14⁸², el derecho a la salud o derecho de cada persona al goce del grado máximo de salud física y mental que se pueda lograr se considera un derecho inclusivo, en el sentido de que no se limita al acceso a la atención

⁸¹ Artículo 2, "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

⁸² Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Comité de Derechos, Económicos y Culturales. 22º período de sesiones Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000. U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

sanitaria o a la disponibilidad de hospitales, sino que está integrado por una serie de libertades y derechos que pueden contribuir a una vida sana, que denomina *"factores determinantes básicos de la salud"*. Se trata de los factores y condiciones que contribuyen a la protección y promoción del derecho a la salud, aparte de los servicios, los bienes y los establecimientos de salud, y ponen de manifiesto que este derecho depende del ejercicio de muchos otros derechos humanos y contribuye a su disfrute. Entre estos aspectos fundamentales, se encuentran el acceso al agua potable y condiciones sanitarias adecuadas; a alimentos aptos para el consumo, la nutrición y vivienda adecuadas, condiciones de trabajo y un medio ambiente salubres, educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, el derecho a la intimidad, al acceso a la información, a la participación y a beneficiarse de los avances científicos y sus aplicaciones, así como el fundamental derecho a no ser objeto de discriminación y a la igualdad de género.

La característica de interdependencia de los derechos humanos es más que evidente en el caso del derecho a la salud.

De acuerdo con el Comité, está claro que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano; pero, también, que entraña una serie de libertades y derechos que deben ser protegidos.

Así, en las libertades se incluyen el derecho a controlar la propia salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, el derecho a no ser sometido a tratamiento médico sin el propio consentimiento (como puede ocurrir con la experimentación e investigación médicas o la esterilización forzada), y el derecho a no padecer injerencias, a no ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Entre los derechos, el Comité recoge el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud⁸³; el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades, y la lucha contra ellas; el acceso a medicamentos esenciales; la salud materna, infantil y reproductiva; el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos; el acceso a la educación y la información sobre cuestiones relacionadas con la salud; la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional.

Además, los servicios, bienes e instalaciones de salud deben facilitarse a todos sin discriminación, de conformidad con ese principio fundamental de

⁸³ Contenido normativo del artículo 12. *"El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud"*, CESCR Observación general 14, 11 de agosto de 2000. E/C.12/2000/4.

los derechos humanos, y deben estar disponibles, ser físicamente y económicamente accesibles, aceptables y de buena calidad. Todo ello implica que cada Estado debe tener disponibles un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud y centros de atención de la salud públicos. El requisito de accesibilidad implica, igualmente, el derecho de solicitar, recibir y difundir información relacionada con la salud en forma accesible, pero sin menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad. Esta confidencialidad no puede entenderse de manera aislada o como algo accesorio. La aplicación transversal de los derechos asociados al tratamiento de categorías especiales de datos (origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física⁸⁴), está estrechamente relacionada con la protección de colectivos vulnerables para evitar problemas de discriminación, elaboración de listas negras y restricción de derechos, o cualquier otro perjuicio económico o social significativo para la persona⁸⁵.

Importante es la referencia a la ética médica y sensibilidad para con los requisitos de género y ser culturalmente apropiados que se deben respetar; así como que sean apropiados desde el punto de vista científico y médico y de buena calidad, lo que requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Es igualmente esencial la no discriminación, criterio horizontal en materia de protección de derechos humanos entendida como cualquier distinción, exclusión o restricción, que responde a diversas causas y que tiene el efecto o el propósito de dificultar o impedir el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Esta discriminación está relacionada con la marginación de determinados grupos de población y por lo general es la causa básica de las desigualdades estructurales fundamentales existentes en la sociedad. A su vez, esa situación hace a esos grupos más vulnerables a la pobreza y la mala salud. Por ello, no sorprende que los grupos tradicionalmente discriminados y marginados a menudo padezcan un número desproporcionado de problemas de salud⁸⁶. Los negativos efectos de la discriminación se agravan cuando una persona sufre una discriminación

⁸⁴ Artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos.

⁸⁵ En esta línea y especialmente, Considerandos (75) y (85) del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos.

⁸⁶ Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, OMS, *El derecho a la salud*, folleto informativo, n° 31, 2008.

doble o múltiple, por ejemplo, la basada en el sexo y la raza o en el origen nacional o la edad.

La no discriminación y la igualdad son principios fundamentales de los derechos humanos y elementos decisivos del derecho a la salud.

Resulta especialmente necesario destacar que, de acuerdo con el Comité, la no discriminación y la igualdad también significan que los Estados deben reconocer las diferencias y satisfacer las necesidades específicas de los grupos que generalmente afrontan dificultades especiales en el sector de la salud; por ejemplo, tasas de mortalidad más altas o una mayor vulnerabilidad a ciertas enfermedades. La obligación de garantizar la no discriminación requiere la aplicación de normas de salud específicas a determinados grupos de población, como mujeres, niños o personas con discapacidad.

Los Estados Partes en el Pacto tienen la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en él, lo cual supone un reconocimiento implícito de que los Estados poseen recursos limitados y que lleva tiempo aplicar las disposiciones de los tratados. Por consiguiente, algunos elementos de los derechos reconocidos en el Pacto, incluido el derecho a la salud, están sujetos a una realización progresiva. Tal vez no pueda lograrse inmediatamente la efectividad de todos los aspectos de los derechos reconocidos en el Pacto, pero los Estados deben demostrar, por lo menos, que están haciendo todo lo posible, dentro de los límites de los recursos disponibles, para proteger y promover todos los derechos enunciados en él. Por recursos disponibles se entienden los existentes en el Estado, así como los disponibles en la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales, según se señala en el párrafo 1 del artículo 2. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha subrayado que los Estados deben adoptar por lo menos una estrategia nacional para garantizar a todos el disfrute del derecho a la salud sobre la base de principios de derechos humanos que definan los objetivos de esa estrategia. El establecimiento de indicadores y referencias será decisivo para su formulación y aplicación.

En efecto, por el hecho de ser progresivo el logro de la plena efectividad del derecho a la salud, variará lo que se espere de un Estado con el tiempo. Por ello, se necesita un instrumento para hacer un seguimiento y medir esas dimensiones variables del derecho a la salud. Los indicadores, especialmente cuando están desglosados, proporcionan información útil sobre cómo se hace efectivo el derecho a la salud en un país determinado. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha elaborado un marco conceptual y metodológico para esos indicadores marco propuesto para los indicadores⁸⁷.

⁸⁷ Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos (HRI/MC/2006/7).

Los indicadores establecidos para un derecho humano ayudan a evaluar las medidas adoptadas por un Estado en cumplimiento de sus obligaciones, desde la aceptación de las normas internacionales de derechos humanos (indicadores estructurales), hasta los esfuerzos destinados a cumplir las obligaciones que se derivan de esas normas (indicadores de proceso), o los resultados de esos esfuerzos desde la perspectiva de la población (indicadores de resultados).

Los indicadores relativos al derecho a disfrutar el nivel más alto posible de salud son, por ejemplo, el número de tratados internacionales de derechos humanos relacionados con el derecho a la salud que el Estado ha ratificado (indicador estructural), la proporción de nacimientos asistidos por personal médico especializado (indicador de proceso) y la tasa de mortalidad materna (indicador de resultados)⁸⁸. También es fundamental desglosar los indicadores por grupos de población y posibles motivos de discriminación⁸⁹.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales también ha subrayado que los Estados tienen una obligación mínima básica de garantizar la satisfacción de niveles esenciales mínimos.

Con respecto al derecho a la salud, el Comité ha subrayado que los Estados deben garantizar:

- El derecho de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación, especialmente para los grupos vulnerables o marginales;
- El acceso a alimentos esenciales mínimos aptos para el consumo y suficientes desde el punto de vista nutricional;
- El acceso a una vivienda, unos servicios de saneamiento y un abastecimiento de agua potable adecuados;
- El suministro de medicamentos esenciales;
- Una distribución equitativa de todos los establecimientos, bienes y servicios de salud.

En lo referente a la obligación de respetar de los Estados, requiere que los mismos se abstengan de interferir directa o indirectamente en el derecho a

⁸⁸ Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, Naciones Unidas. *El derecho a la salud*. Folleto informativo número 31.

⁸⁹ Indicadores de derechos humanos Guía para la medición y la aplicación. Naciones Unidas. Derechos Humanos 2012.HR/PUB/12/5.

la salud. Se señalan al respecto comportamientos inadecuados entre los que quedan recogidos aquellos como: negar o limitar el acceso a los servicios de atención sanitaria; comercializar medicamentos peligrosos; retener, censurar o falsear información sanitaria o atentar contra el derecho a la intimidad. Y, el más relevante a los efectos de este trabajo, se recoge la obligación del Estado de abstenerse de imponer prácticas discriminatorias relacionadas con el estado y las necesidades de salud de las mujeres; así como limitar el acceso a los anticonceptivos y otros medios de mantener la salud sexual y reproductiva.

Por su parte, la obligación de proteger implica que los Estados deben impedir que terceros interfieran en el derecho a la salud. Los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otro tipo para lograr que los agentes privados cumplan las normas de derechos humanos cuando prestan atención sanitaria u otros servicios⁹⁰, velar por que la privatización no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud; proteger a las personas de los actos de terceros que puedan atentar contra su derecho a la salud (por ejemplo, evitar que las mujeres sean sometidas a prácticas tradicionales lesivas o que terceros las obliguen a someterse a ellas); velar por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios sanitarios, incluida la higiene ambiental, y asegurarse de que el personal de salud preste atención a las personas con discapacidad con el consentimiento libre e informado de éstas.

Finalmente, la obligación de realizar implica para los Estados adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otro tipo que sean apropiadas para la realización plena del derecho a la salud. Entre esas medidas, se recogen: la elaboración de un plan de salud nacional (que abarque los sectores público y privado); garantizar la prestación de atención sanitaria (incluidos programas de inmunización contra enfermedades infecciosas y servicios destinados a minimizar y prevenir nuevas discapacidades); garantizar la igualdad de acceso de todos a los factores determinantes básicos de la salud (por ejemplo, alimentos aptos para el consumo y nutritivos, servicios de saneamiento y agua potable); asegurarse de que las infraestructuras de salud pública presten servicios de salud sexual y reproductiva y que los médicos y otro personal de salud sean suficientes y tengan una capacitación adecuada, y proporcionar información y asesoramiento sobre cuestiones relacionadas con la salud (como el VIH, la violencia en el hogar o el consumo excesivo de alcohol, medicamentos u otras sustancias nocivas). La existencia de sistemas de salud efectivos e integrados, que

⁹⁰ Adoptando por ejemplo reglamentación de la composición de los productos alimentarios o controlando la comercialización de equipo médico y medicamentos por agentes privados.

comprendan la atención sanitaria y los factores determinantes básicos de la salud, también es esencial para garantizar el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud.

En definitiva, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solamente incluye la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención de la salud preventiva, curativa y paliativa, sino que también abarca los factores determinantes básicos de la salud⁹¹.

En concreto, en relación con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto relativo a *"la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños"*, en su Observación General nº 14 (2000)⁹², el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales entiende que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos⁹³, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto⁹⁴, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información, además de medidas para promover el sano desarrollo de los niños⁹⁵.

Una particular mención merece el derecho a la salud sexual y reproductiva, amparado igualmente en el artículo 12 del Pacto, y que implica un conjunto de libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación,

⁹¹ En la Declaración de Alma-Ata, 1978, se subraya que el acceso a la atención primaria de salud es la clave para alcanzar un nivel de salud que permita a todas las personas llevar una vida social y económicamente productiva y contribuir al disfrute del más alto nivel posible de salud.

⁹² Observación General nº14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

⁹³ En la Observación General nº14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.

⁹⁴ De acuerdo con la Observación General nº 14, el término prenatal significa existente o presente antes del nacimiento. En las estadísticas médicas, el período comienza con la terminación de las 28 semanas de gestación y termina, según las distintas definiciones, entre una y cuatro semanas antes del nacimiento. Por el contrario, el término neonatal abarca el período correspondiente a las cuatro primeras semanas después del nacimiento; mientras que el término postnatal se refiere a un acontecimiento posterior al nacimiento. En esta observación general se utilizan exclusivamente los términos prenatal y postnatal, que son más genéricos.

⁹⁵ Comité de derechos económicos, sociales y culturales: cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, Sociales y culturales. 11 de agosto de 2000. Observación General nº 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafos 14 y 22.

con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva. Entre los derechos, cabe mencionar el acceso sin trabas a toda una serie de establecimientos, bienes, servicios e información relativos a la salud, que asegure a todas las personas el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en virtud del artículo 12 del Pacto⁹⁶.

La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas.

La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es *"un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad"*⁹⁷.

La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo.

1.2.3.2 Su inclusión en otros tratados internacionales de derechos humanos: Especial atención a mujeres y a niños.

Como ya se ha apuntado anteriormente, otros instrumentos universales de protección de los derechos humanos, al igual que regionales⁹⁸ (algunos de los cuales, sólo los europeos, se examinarán en el siguiente epígrafe⁹⁹), contemplan también el derecho a la salud.

Es el caso de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)¹⁰⁰, de la Convención internacional sobre

⁹⁶ Observación General nº 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

⁹⁷ *Transformando los sistemas de salud: género y derechos en salud reproductiva. Manual de capacitación para administradores y responsables de programas de salud*. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2001 (WHO/RHR/01.29).

⁹⁸ La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10).

⁹⁹ Carta Social Europea revisada (2006) y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000.

¹⁰⁰ Artículo 5. Los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) v) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)¹⁰¹ y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)¹⁰². Son todas ellas de gran importancia, pero se realiza exclusivamente una aproximación a las disposiciones de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), y de la Convención sobre los derechos del Niño (1989), por ser los dos colectivos objeto de atención en este trabajo. Como se indicó en la introducción, la investigación se centra en la salud mental materno-infantil, sin dedicación específica a las personas con una enfermedad mental de base.

En relación con el derecho a la salud de mujeres y niños, las disposiciones más relevantes son los artículos 11 y 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, así como el artículo 24 de la Convención sobre los derechos del Niño, de 1989, por ser los dos colectivos objeto de atención en este trabajo. La mención a estos artículos aparecerá de manera recurrente a lo largo del presente trabajo; especialmente, en los supuestos de protección específicos.

Además, al igual que el Comité creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que realizan el seguimiento de la aplicación de las disposiciones del Tratado supervisando su implementación, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los derechos del Niño, cuentan con sus comités correspondientes que también han formulado observaciones o recomendaciones generales sobre el derecho a la salud y las cuestiones relacionadas con ella, que constituyen una interpretación autorizada y detallada de las disposiciones contenidas en los tratados.

A. Mujeres

Así, en el caso de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que tiene como objetivo principal

¹⁰¹ Artículos 28, 43 y 45. Así, los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud. Esa atención médica no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo. Lamentablemente, el disfrute del derecho a la salud de los migrantes a menudo está limitado por el mero hecho de serlo, además de otros factores como la discriminación, el idioma y las barreras culturales, o su situación legal. Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, Organización Mundial de la Salud, El derecho a la salud Folleto informativo nº 31, 2008.

¹⁰² Artículos 25, 13 y 14. El derecho a la salud de las personas con discapacidad no puede realizarse de manera aislada. Está estrechamente relacionado con la no discriminación y otros principios de autonomía individual, participación e inclusión en la sociedad, respeto por la diferencia, accesibilidad, igualdad de oportunidades y respeto de la evolución de las facultades de los niños con discapacidad. Afortunadamente, respecto a las personas con discapacidad se ha producido un cambio de paradigma que contribuye a empoderarlas como auténticos sujetos y titulares de derechos.

promover y proteger los derechos de las mujeres en todo el mundo y eliminar todas las formas de discriminación contra ellas, contiene varias disposiciones relacionadas con la protección de la salud de las mujeres.

En concreto, el artículo 12 señala que los Estados deben adoptar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

Y, en concreto, en su párrafo 2, especifica que los Estados *"garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia"*.

En relación con el derecho a la salud, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer indica a los Estados que velen por que la mujer disponga de servicios apropiados durante el embarazo, el parto y el período posnatal, incluidos servicios de planificación de la familia y cuidados obstétricos de urgencia. En ello está implícita la exigencia de que los Estados garanticen una maternidad sin riesgo y reduzcan la mortalidad y la morbilidad maternas.

Sin duda, salud sexual y reproductiva son aspectos fundamentales del derecho de la mujer a la salud, en el que están implicados igualmente otros derechos. Los Estados deben permitir que la mujer ejerza control y decida libre y responsablemente en los asuntos relacionados con su sexualidad, en particular su salud sexual y reproductiva, libre de toda coacción, de falta de información, de discriminación y de violencia.

En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo¹⁰³ y en la Plataforma de Acción de Beijing¹⁰⁴ se puso de relieve el derecho de los hombres y las mujeres a estar informados y a tener acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables de planificación de la familia de su elección, y el derecho de acceso a servicios de atención sanitaria apropiados que permitan a la mujer tener un embarazo y un parto sin riesgo y ofrezca a las parejas las mayores probabilidades posibles de tener hijos sanos.

Siendo esta última la disposición clave, algunas otras son igualmente relevantes para el derecho a la salud de las mujeres, abordando aspectos relativos al

¹⁰³ Celebrada en septiembre 1994 en El Cairo, Egipto.

¹⁰⁴ Aprobada en el seno de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en septiembre de 1995.

acceso a la atención médica y la eliminación de la discriminación de género. Así, en relación con el derecho a la educación, se señala que las mujeres deben tener igualdad de acceso a la educación en las mismas condiciones que los hombres, y, en concreto, el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia¹⁰⁵.

Es igualmente relevante el artículo en relación con la eliminación de la discriminación en la esfera de la igualdad del empleo, especificando en particular el apartado f) del artículo 11 el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Y, además, su apartado 2 está íntegramente dedicado a impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar. Y, para ello, señala que los Estados deberán adoptar medidas para penalizar el despido por embarazo, implantar licencias de maternidad, o en términos más actuales por cuidado de hijos, potenciar los servicios para facilitar la conciliación y la protección especial durante el embarazo frente a trabajos que puedan resultar perjudiciales¹⁰⁶. Este artículo contiene un último párrafo para revisar, derogar o ampliar según corresponda la legislación protectora relacionada con las cuestiones del artículo que ha de ser examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos.

Por su parte, el artículo 16 se centra en la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. Sin referencia directa a la salud sí reconoce los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. Reconoce igualmente los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos, y los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas.

¹⁰⁵ Artículo 10. H) CEDAW.

¹⁰⁶ Artículo 11.2 CEDAW: “a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella”.

En todo caso, prima el interés superior del menor ya que se afirma que *"en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial"*.

Finalmente, aun cuando la Convención no la menciona expresamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación dejó claro en 1992, en su recomendación general n° 19 sobre la violencia contra la mujer, que la discriminación contra la mujer, tal como se define en el artículo 1 de la Convención, incluía la violencia por razón de género, que es *"la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada"*, y que constituía una violación de sus derechos humanos¹⁰⁷, lo que supuso un importante catalizador de las iniciativas para erradicarla.

En concreto, afirmó que:

*"El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia"*¹⁰⁸.

Afirmó, también, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos o libertades fundamentales; entre ellas, el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental¹⁰⁹.

La violencia de género, además de una forma más de discriminación contra las mujeres, es una causa muy extendida de daño físico y psicológico o de sufrimiento entre las mujeres, así como la conculcación de su derecho a la salud, que se examinará con más detalle en el epígrafe posterior relativo a la Organización Mundial de la Salud.

Transcurridos 25 años, el Comité decidió conmemorar el 25° aniversario de la aprobación de la recomendación general n° 19, ofreciendo a los Estados Partes orientación adicional para acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra las mujeres, con la aprobación de la Recomendación

¹⁰⁷ Recomendación general n° 19 La violencia contra la mujer 11° período de sesiones (1992). Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=11 (Consultado el 17 de julio de 2023).

¹⁰⁸ CEDAW, Recomendación General n° 19: La violencia contra la mujer. 11° período de sesiones (29/01/1992).

¹⁰⁹ Párrafos 6 y 7. Comentario General. Recomendación general n° 19 La violencia contra la mujer.

general nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general nº 19¹¹⁰.

Al respecto, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer requiere que los Estados, entre otras cosas, promulguen y apliquen leyes y políticas que protejan a las mujeres y las niñas de la violencia y el maltrato y habiliten servicios de salud física y mental apropiados. También debe impartirse capacitación al personal de salud para que sepa detectar y afrontar las consecuencias que la violencia contra la mujer tiene en la salud, al mismo tiempo que debe prohibirse la mutilación genital¹¹¹. Los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y enjuiciar actos de violencia de ese tipo ya sean perpetrados por agentes estatales o por particulares. Las mujeres que hayan sufrido cualquier forma de violencia tienen derecho a reparación y rehabilitación adecuadas que comprendan su salud física y mental.

En definitiva, como ya recogiera en 1995 la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing:

"La mujer tiene derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. El disfrute de ese derecho es esencial para su vida y su bienestar y para su capacidad de participar en todas las esferas de la vida pública y privada. La salud no es sólo la ausencia de enfermedades o dolencias, sino un estado de pleno bienestar físico, mental y social. La salud de la mujer incluye su bienestar emocional, social y físico; contribuyen a determinar su salud tanto factores biológicos como el contexto social, político y económico en que vive",

siendo la discriminación de todo tipo su mayor obstáculo¹¹².

Las mujeres se enfrentan con problemas de salud especiales y formas concretas de discriminación específicas en este ámbito de la salud¹¹³.

¹¹⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-gender-based-violence> (Consultado el 20 de julio 2023).

¹¹¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendaciones generales nº 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer y nº 24 (1999) sobre la mujer y la salud.

¹¹² UN Women. Disponible en: https://beijing20.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA_S_Final_WEB.pdf (Consultado el 13 de agosto de 2023).

¹¹³ Además, se da también una superposición de discriminaciones. Mujeres indígenas, mujeres migrantes, etc. A este respecto, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (se insta a los Estados, por ejemplo, en el artículo 14 a asegurar a "la mujer en las zonas rurales... su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios" y a "tener acceso a servicios adecuados de atención médica... asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia". Cd. DEL VAS GONZÁLEZ, J. M., SALAMANCA AGUADO, E., "Mujeres con discapacidad: situación jurídica actual y perspectivas de futuro", *Género y derecho: luces y sombras en el ordenamiento jurídico español*, coord. por María Soledad de la Fuente Núñez de Castro, María Angeles Liñán García; Juana María del Vas González (aut.), 2008, pp. 187-208.

B. Niños. Atención especial a la primera infancia

Lo mismo ocurre con la infancia y la adolescencia. Los niños afrontan problemas de salud especiales de acuerdo con la etapa de su desarrollo físico y mental, por lo que una deficiente atención y cuidado redunda negativamente de forma más significativa. Por ello, no solo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales les presta especial atención, sino que en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹⁴ establece que los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y de acceso a los servicios sanitarios.

Puesto que el derecho a la salud es un derecho humano universal reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la interpretación del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño ha de tener en cuenta las orientaciones recogidas en la ya examinada Observación General nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puesto que algunas de las obligaciones del Estado en relación con la realización del derecho del niño a la salud coinciden con las obligaciones generales dimanantes del derecho universal a la salud.

Por otro lado, el derecho del niño a la salud es un derecho inclusivo que viene igualmente determinado por la Constitución de la OMS, que define salud, como ya se ha señalado, como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades¹¹⁵. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que los demás tratados básicos de derechos humanos que cuentan con disposiciones relacionadas con la salud se aplican tanto a los adultos como a los niños y, en consecuencia, constituyen fuentes adicionales de orientación a la hora de hacer efectivo el derecho del niño a la salud. Y, por supuesto, ha de realizarse siempre respetando el principio de

¹¹⁴ Adoptada en 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Es el más universal de todos los tratados de derechos humanos ya que son partes todos los Estados (196) con la única excepción de Estados Unidos que la firmó, pero no ha llegado a ratificarla. Cuenta con tres Protocolos Facultativos relativos a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000 (173 Estados Partes, incluida España desde 2002); el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 6 de septiembre de 2000 (178 Estados Partes, España desde 2001), y el relativo a un procedimiento de comunicaciones de 28 de febrero de 2012 que cuenta solo con 50 Estados Partes. España aceptó el procedimiento de comunicaciones el 3 de junio de 2013. Desde entonces se han presentado varias contra España en relación con las deportaciones de menores no acompañados y la determinación de la edad. Solo una con referencia al artículo 24 de la CdN (22/2017 B. v Spain). Tabla de opiniones y seguimiento *Table of Views adopted by the Committee on the Rights of the Child and Follow-up status*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/individual-communications> (Consultado el 18 de agosto de 2023).

¹¹⁵ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, A/HRC/22/31, 4 de diciembre de 2012.

no discriminación, principio transversal en todos los tratados de derechos humanos.

Como se señaló en la Introducción, la Convención de los derechos del Niño presta atención específica a los niños mental o físicamente impedidos, al reconocer que deberán disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, así como a los menores internados en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental. No se limita al reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, sino que señala que los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios, y que adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. Además, recoge una serie de medidas apropiadas para asegurar la plena aplicación de este derecho¹¹⁶.

En todo caso, el artículo 24 de la Convención de los derechos del Niño pide a los Estados que aseguren la plena aplicación de este derecho y, en particular, que adopten medidas para:

a) *Reducir la mortalidad infantil y en la niñez*¹¹⁷;

¹¹⁶ Artículos 23, 25, 26 CdN, 1989. Y estrechamente relacionado en el artículo 27 reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Los niños que han sufrido abandono, explotación, maltrato, tortura o cualquier otra forma de trato o castigo cruel, inhumano o degradante también requieren una protección especial del Estado. El artículo 39 CdN subraya la obligación del Estado de promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de los niños. TRINIDAD NÚÑEZ, P., *El niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, 2002; SALAMANCA AGUADO, E., “El protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía”, *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, 2003, nº 6.

¹¹⁷ Al respecto; el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General nº15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), de 17 de abril de 2013 insta a que se preste especial atención a la mortalidad neonatal, que constituye una proporción cada vez mayor de la mortalidad de niños menores de 5 años, así como a hacer frente a la morbilidad y mortalidad de adolescentes, que suele quedar relegada en el orden de prioridades. Mediante las intervenciones se ha de prestar atención a la mortinatalidad, las complicaciones en los partos prematuros, la asfixia al nacer, el peso bajo al nacer, la transmisión materno-infantil del VIH y otras infecciones de transmisión sexual, las infecciones neonatales, la neumonía, la diarrea, el sarampión, la subnutrición, la malnutrición, la malaria, los accidentes, la violencia, el suicidio y la morbilidad y mortalidad de madres adolescentes. Se recomienda fortalecer los sistemas sanitarios para facilitar esas intervenciones a todos los niños en el contexto de un proceso ininterrumpido de atención en materia de salud reproductiva, materna, del recién nacido y del niño, incluidas pruebas de detección de defectos congénitos, servicios de parto en condiciones seguras y atención del recién nacido. Deben realizarse periódicamente comprobaciones de la mortalidad materna y perinatal con fines de prevención y rendición de cuentas.

- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud¹¹⁸;*
- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;*
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;*
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos¹¹⁹;*

¹¹⁸ La Observación General nº15 señala que los Estados han de dar prioridad al acceso universal de los niños a servicios de atención primaria de salud prestados lo más cerca posible de los lugares de residencia de los niños y su familia, especialmente en contextos comunitarios. Aunque la configuración y el contenido precisos de los servicios variarán de un país a otro, en todos los casos serán precisos sistemas sanitarios eficaces, lo cual incluye un mecanismo sólido de financiación; personal debidamente capacitado y pagado; información fiable que sirva de fundamento a la adopción de decisiones y políticas; instalaciones debidamente mantenidas y sistemas de logística para suministrar medicamentos y tecnologías de calidad; y solidez en el liderazgo y la gobernanza. La prestación de servicios sanitarios en las escuelas ofrece una oportunidad importante de promover la salud y detectar enfermedades y aumenta el acceso de los niños escolarizados a los servicios sanitarios. Deberían emplearse conjuntos de servicios recomendados, como por ejemplo las Intervenciones, productos y directrices esenciales para la salud reproductiva, de la madre, el recién nacido y el niño. Preocupa al Comité el aumento de la mala salud mental en los adolescentes, en concreto trastornos en el desarrollo y la conducta, depresión, trastornos alimentarios, ansiedad, traumas psicológicos resultantes del abuso, la desatención, la violencia o la explotación, el consumo indebido de alcohol, tabaco y drogas, comportamientos obsesivos, como un uso excesivo de Internet y otras tecnologías hasta un punto adictivo y la autolesión y el suicidio. Cada vez se es más consciente de la necesidad de prestar mayor atención a las problemáticas sociales y de conducta que socavan la salud mental, el bienestar psicosocial y el desarrollo emocional de los niños. El Comité advierte del peligro del recurso excesivo a la medicalización y el internamiento e insta a los Estados a que adopten un enfoque basado en la salud pública y el apoyo psicosocial para hacer frente a la mala salud mental de los niños y adolescentes e invertir en enfoques de atención primaria que faciliten la detección y el tratamiento precoces de los problemas psicosociales, emocionales y mentales de los niños.

¹¹⁹ Las obligaciones correspondientes a esta disposición comprenden el aporte de información en materia de salud y el apoyo para el uso de esta información. La información en materia de salud ha de ser accesible físicamente, comprensible y adecuada para la edad y el nivel de estudios de los niños. Debe impartirse información sobre la salud infantil a todos los padres, a título individual o en grupos, a la familia ampliada y a otros cuidadores por diversos conductos, como clínicas, clases de paternidad, folletos de información pública, órganos profesionales, organizaciones comunitarias y los medios de comunicación.

f) *Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia para reducir la mortalidad infantil y en la niñez, asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres, y combatir las enfermedades y la malnutrición*¹²⁰.

Además, los Estados deberán adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud del niño, así como a alentar la cooperación internacional para la progresiva realización de este derecho¹²¹.

De lo anteriormente recogido, se desprende la estrecha vinculación y dependencia de la salud infantil y la materna, dado que se incluye expresamente la

¹²⁰ La prevención y la promoción de la salud han de estar orientadas a los principales problemas de salud a los que hacen frente los niños en la comunidad y el país en su conjunto. La reducción de la carga que constituyen las lesiones infantiles exige estrategias y medidas dirigidas a disminuir los ahogamientos, las quemaduras y otros accidentes. La violencia es causa destacada de la mortalidad y la morbilidad de los niños, especialmente en la adolescencia, el Comité subraya la necesidad de crear un entorno que proteja al niño de la violencia y fomente su participación en los cambios de actitud y comportamiento en el hogar, en la escuela y en los espacios públicos; de apoyar a los padres y cuidadores para que practiquen una crianza saludable; y de poner en cuestión actitudes que perpetúen la tolerancia de la violencia en todas sus formas, así como su condonación, en particular regulando las descripciones de violencia que aparecen en los medios de comunicación. En relación con la orientación a los padres el Comité afirma en el párrafo 67 que: *“Los padres son la fuente más importante de diagnóstico y atención primaria precoces en el caso de los niños de corta edad, y el factor protector más importante contra las conductas de alto riesgo entre los adolescentes, como el consumo de sustancias y las relaciones sexuales de riesgo. También desempeñan una función central en la promoción del desarrollo del niño en condiciones sanas, la protección de los niños frente a las lesiones causadas por accidentes, lesiones y violencia, y la mitigación de los efectos negativos de las conductas de riesgo. Los procesos de socialización de los niños, que son esenciales para que entiendan el mundo en el que crecen y se adaptan a él, se ven muy influidos por sus padres, la familia ampliada y otros cuidadores. Los Estados han de adoptar intervenciones con base empírica en pro del buen ejercicio de la paternidad, como educación en técnicas de paternidad, grupos de apoyo y asesoramiento familiar, en particular en el caso de las familias cuyos hijos sufren problemas de salud y problemas sociales de otro tipo”*. Promueve la completa eliminación del castigo corporal. Atiende igualmente a la planificación de la familia señalando que los métodos anticonceptivos a corto plazo, como los preservativos, los métodos hormonales y los anticonceptivos de emergencia, deben estar a disposición inmediata de los adolescentes sexualmente activos. También deben facilitarse métodos anticonceptivos permanentes y a largo plazo. El Comité recomienda que los Estados garanticen el acceso al aborto en condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es en sí legal.

¹²¹ Artículo 24.3 y 24.4 de la Convención de los Derechos del Niño. Los gobiernos y el personal de salud deben tratar a todos los niños y adolescentes de manera no discriminatoria, lo cual significa que deben prestar especial atención a las necesidades y los derechos de grupos determinados, por ejemplo, los niños pertenecientes a minorías o a comunidades indígenas, los niños intersexuales, y, en general, las niñas y las adolescentes, a las que en muchos contextos se impide el acceso a una amplia gama de servicios, incluida la atención sanitaria. Más concretamente, las niñas deben tener acceso en condiciones de igualdad a una nutrición adecuada, a entornos salubres y a servicios de salud física y mental. Deben adoptarse medidas apropiadas para abolir las prácticas tradicionales que afectan de manera negativa sobre todo a la salud de las niñas, por ejemplo, la mutilación genital femenina, el matrimonio a edad temprana y la alimentación y cuidado preferencial de los niños.

necesidad de atención sanitaria prenatal y postnatal a las madres, así como las ventajas de la lactancia materna.

Hasta la fecha, el Comité de los Derechos del Niño, creado por la Convención de los derechos del Niño, ha adoptado 25 Observaciones Generales y está en proyecto la n° 26, relativa a los derechos del niño y el medio ambiente, con especial atención al cambio climático¹²².

El contenido del artículo 24 ha de ser entendido en el sentido de la Observación General n° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), de 17 de abril de 2013¹²³, que, como señala, obedece a la importancia de estudiar la salud infantil desde la óptica de los derechos del niño, en el sentido de que todos los niños tienen derecho a oportunidades de supervivencia, crecimiento y desarrollo en un contexto de bienestar físico, emocional y social al máximo de sus posibilidades.

De conformidad con el artículo 1 de la Convención de los derechos del Niño, entiende por “niño” todo menor de 18 años de edad, y por “el derecho del niño a la salud”, definido en el artículo 24, como un derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud. El enfoque integral en materia de salud sitúa la realización del derecho del niño a la salud en el contexto más amplio de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Señala algunas cuestiones ya tratadas, como la importancia de la atención primaria de salud, enfoque definido en la Declaración de Alma-Ata, atendiendo a las prioridades cambiantes en el ámbito de la salud.

En todo caso, recoge como principios y premisas para realizar el derecho del niño a la salud la indivisibilidad e interdependencia de los derechos del niño, el derecho a la no discriminación, el interés superior del niño¹²⁴, consideración

¹²² Entre ellas, Observación General n° 20 (2016), sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, de 6 de diciembre de 2016; la Recomendación General n° 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General n° 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, de 14 de noviembre de 2014; Observación General n° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), de 29 de mayo de 2013.

¹²³ Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.

¹²⁴ El interés superior del menor fue objeto de la Observación General n° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

de primer orden en todas las acciones que afectan a la infancia¹²⁵, el derecho del niño a ser escuchado y a la evolución de las capacidades y trayectoria vital del niño.

Particularmente pertinente a los efectos de este trabajo es el contenido de la Observación en relación con el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y factores que determinan la salud del niño, puesto que afirma que, conforme al artículo 6, los Estados tienen la obligación de garantizar la supervivencia, el crecimiento y el desarrollo del niño, en particular las dimensiones físicas, mentales, espirituales y sociales de su desarrollo. Por ello, *"hay que determinar sistemáticamente los numerosos riesgos y factores de protección que determinan la vida, la supervivencia, el crecimiento y el desarrollo del niño para idear y poner en práctica intervenciones de base empírica encaminadas a hacer frente a los diversos determinantes que surgen durante la trayectoria vital"*.

Para afirmar a continuación que:

*"entre los principales determinantes de la salud, la nutrición y el desarrollo del niño, cabe mencionar la realización del derecho de la madre a la salud y el papel de los progenitores y otros cuidadores. Un número considerable de fallecimientos de lactantes tiene lugar en el período neonatal, como consecuencia de la mala salud de la madre antes del embarazo, en el curso de este, después de él y en el período inmediatamente posterior al parto, así como de prácticas de lactancia natural que distan mucho de ser óptimas. El comportamiento de los progenitores y otros adultos que influyen en el niño en el ámbito de la salud y otros ámbitos conexos tiene gran repercusión en la salud del niño"*¹²⁶.

Y, también, que:

"la infancia es un período de crecimiento constante que va del parto y la lactancia a la edad preescolar y la adolescencia. Cada fase reviste importancia en la medida en que comporta cambios diversos en el desarrollo físico, psicológico, emocional y social, así como en las expectativas y las normas. Las etapas del desarrollo del niño son acumulativas; cada una repercute en las etapas ulteriores e influye en la salud, el potencial, los riesgos y las oportunidades del niño. Entender la trayectoria vital es decisivo para apreciar

¹²⁵ Y que se determina en función de sus necesidades físicas, emocionales y educativas, la edad, el sexo, la relación con sus padres y cuidadores y su extracción familiar y social y tras haberse escuchado su opinión, de conformidad con el artículo 12 de la Convención.

¹²⁶ Parágrafos 16 a 18 de la Observación General nº 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).

la manera en que los problemas de salud de la infancia afectan a la salud pública en general"¹²⁷.

Asimismo, especifica la noción del más alto nivel posible de salud que ha de tener en cuenta tanto las condiciones biológicas, sociales, culturales y económicas previas del niño como los recursos de que dispone el Estado, complementados con recursos aportados por otras fuentes, entre ellas, organizaciones no gubernamentales, la comunidad internacional y el sector privado; y especifica las libertades y el derecho a la salud.

En concreto, en relación con la alimentación recogido en el artículo 24. 2.c relativo a *"Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente"*¹²⁸, el Comité afirma que *"la lactancia natural exclusiva debe protegerse y promoverse durante los 6 primeros meses de vida y, en combinación con alimentación complementaria, debe proseguir, preferentemente hasta los 2 años de edad, de ser viable"*. Las obligaciones de los Estados en este ámbito se definen en el marco de *"proteger, promover y apoyar"*, adoptado por unanimidad por la Asamblea Mundial de la Salud, y han de incorporar en su derecho interno, aplicar y hacer cumplir

¹²⁷ Parágrafo 22 de la Observación General nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).

¹²⁸ Deber de incorporar las nuevas tecnologías de eficacia demostrada en el ámbito de la salud infantil, con inclusión de medicamentos, equipo e intervenciones; en función de cada contexto, medidas encaminadas al cumplimiento por los Estados de sus obligaciones de garantizar el acceso a alimentos inocuos, nutricionalmente adecuados y culturalmente apropiados y luchar contra la malnutrición. Las intervenciones directas en el ámbito de la nutrición de las embarazadas van encaminadas a hacer frente a la anemia y la carencia de ácido fólico y yodo y aportar suplementos de calcio. Todas las mujeres en edad reproductiva deben recibir prevención y tratamiento de la eclampsia y la preeclampsia en aras de su salud y del desarrollo saludable del feto y el lactante. Importante la alimentación escolar, lucha contra la obesidad infantil, evitar la *"comida rápida"*; el agua potable salubre y el saneamiento son esenciales para el pleno disfrute de la vida y los demás derechos humanos y los Estados deben adoptar medidas para hacer frente a los peligros y riesgos que la contaminación del medio ambiente local plantea a la salud infantil en todos los entornos. Para la crianza y el desarrollo del niño en condiciones sanas son fundamentales viviendas adecuadas que incluyan instalaciones para preparar alimentos exentos de peligro, un entorno sin humos, ventilación apropiada, la gestión eficaz de los desechos y la eliminación de los desperdicios de las viviendas y sus intermediaciones, la ausencia de moho y otras sustancias tóxicas y la higiene familiar. Debe impartirse información sobre la salud infantil a todos los padres, a título individual o en grupos, a la familia ampliada y a otros cuidadores por diversos conductos, como clínicas, clases de paternidad, folletos de información pública, órganos profesionales, organizaciones comunitarias y los medios de comunicación.

normas acordadas internacionalmente en el ámbito del derecho del niño a la salud¹²⁹.

La nutrición adecuada y el seguimiento del crecimiento en la primera infancia revisten especial importancia. Cuando sea necesario, deberá ampliarse la gestión integrada de la malnutrición aguda grave mediante intervenciones en centros y en las comunidades, así como el tratamiento de la malnutrición aguda moderada, incluidas intervenciones de alimentación terapéutica.

Finalmente, en relación con el artículo 24, párrafo 2 d) *"Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres"*, el Comité observa que la mortalidad y morbilidad prevenibles asociadas con la maternidad constituyen graves violaciones de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y amenazan gravemente su propio derecho a la salud y el de sus hijos. El embarazo y el parto son procesos naturales que conllevan riesgos para la salud consabidos susceptibles de prevención y respuesta terapéutica si se identifican en fases tempranas. Durante el embarazo, el parto y los períodos prenatal y posnatal pueden surgir situaciones de riesgo que repercutan a corto y a largo plazo en la salud y el bienestar de la madre y el niño¹³⁰. Por ello, el Comité alienta a los Estados a que adopten enfoques en materia de salud que presten atención a la especificidad del niño a lo largo de los distintos períodos de la infancia. Asimismo, señala que:

*"la atención que reciben las mujeres antes, durante y después del embarazo tiene repercusiones profundas en la salud y el desarrollo de sus hijos. El cumplimiento de la obligación de garantizar el acceso universal a un conjunto completo de intervenciones en materia de salud sexual y reproductiva deberá basarse en el concepto de atención ininterrumpida que empieza en el período anterior al embarazo, prosigue durante el embarazo y el parto y se extiende hasta el período posterior al parto. La atención oportuna y de calidad durante estos períodos sucesivos ofrece importantes oportunidades de prevenir la transmisión intergeneracional de la mala salud y tiene grandes repercusiones en la salud del niño durante toda su trayectoria vital"*¹³¹.

¹²⁹ Entre ellas el Código Internacional para la Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna y las subsiguientes resoluciones pertinentes de la Asamblea Mundial de la Salud, así como el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Deben adoptarse medidas especiales para promover el apoyo a las madres en las comunidades y el lugar de trabajo en el contexto del embarazo y la lactancia natural y establecerse servicios de guardería viables y asequibles; también debe promoverse el cumplimiento del Convenio nº 183 (2000) de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), de 1952. Párrafo 44 de la Observación General nº 15.

¹³⁰ Párrafo 51 de la Observación General nº 15.

¹³¹ Párrafo 53 de la Observación General nº 15.

El Comité recomienda que las intervenciones en el ámbito de la protección social garanticen la cobertura universal de la atención o el acceso financiero a ella, bajas de paternidad retribuidas y otras prestaciones en materia de seguridad social, así como legislación para limitar la comercialización y la promoción indebidas de sucedáneos de la leche materna, así como que los Estados incorporen oportunidades de educación, sensibilización y diálogo dirigidas a los niños y los hombres en los servicios de salud sexual, reproductiva e infantil teniendo en cuenta que es fundamental la participación de los niños varones y los hombres para planificar y garantizar condiciones sanas en el embarazo y el parto.

Las obligaciones y responsabilidades del Estado coinciden con lo ya expuesto de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho. Entre las obligaciones centrales recoge las de revisar el entorno jurídico y normativo nacional y subnacional y, cuando proceda, enmendar las leyes y políticas; garantizar la cobertura universal de servicios de calidad de atención primaria de salud, en particular en la esfera de la prevención, la promoción de la salud, los servicios de atención y tratamiento y los medicamentos básicos; dar respuesta adecuada a los factores subyacentes que determinan la salud del niño; y elaborar, ejecutar, supervisar y evaluar políticas y planes de acción presupuestados que conformen un enfoque basado en los derechos humanos para hacer efectivo el derecho del niño a la salud. Además del deber de promover el conocimiento por los agentes no estatales de sus responsabilidades y velar por que todos ellos reconozcan, respeten y hagan efectivas sus responsabilidades ante el niño, aplicando, cuando sea necesario, procedimientos de diligencia debida. Las responsabilidades de los padres, que se extienden a otros cuidadores, han de ser siempre cumplidas en el interés superior del niño con apoyo del Estado, de ser preciso. Teniendo en cuenta la capacidad en desarrollo del niño, los padres y cuidadores deben cuidar y proteger al niño y ayudarlo a crecer y desarrollarse de manera saludable. En materia de responsabilidad, subraya la de las entidades dedicadas a investigaciones relacionadas con los niños, con inclusión de académicos, empresas privadas y otras instancias, a efectos de respetar los principios y disposiciones de la Convención y las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos y recuerda que el interés superior del niño siempre prevalecerá sobre el interés de la sociedad en general o el adelanto científico.

La Observación no olvida ni la cooperación internacional ni la rendición de cuentas o la inversión. El cumplimiento por los Estados Partes de las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 24 exige la adopción de un proceso cíclico de planificación, aplicación, seguimiento y evaluación que sirva de base a la planificación ulterior, una aplicación modificada y una labor renovada de seguimiento y evaluación. Los Estados deben velar por la participación significativa de los niños e incorporar mecanismos de comunicación de los resultados para facilitar los ajustes necesarios durante el ciclo.

Junto a la Observación General nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), la ya referida Observación General nº 7 de 2005, relativa a la realización de los derechos del niño en la primera infancia, resulta especialmente relevante a los efectos de este trabajo.

Es significativo, y prueba de la poca atención prestada a la atención perinatal y a la primera infancia, que el Comité reconozca que la Observación es resultado de la escasa información sobre la primera infancia proporcionada en los informes de los Estados, reducida prácticamente a informar sobre mortalidad infantil, el registro de los nacimientos y la atención de la salud y de su deseo de impulsar el reconocimiento de los niños pequeños como portadores de todos los derechos consagrados en la Convención, dado que estima que la primera infancia es un período esencial para la realización de estos derechos.

La definición de "*primera infancia*" elaborada por el Comité abarca todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar y hasta la transición al período escolar hasta los 8 años de edad, aunque reconoce las disparidades existentes entre los Estados, aunque les sugiere reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición de trabajo¹³². Este trabajo, no obstante, se centrará solo en los tres primeros años de la primera infancia así entendida.

La primera infancia, afirma el Comité, es un período esencial para la realización de los derechos del niño dadas las características particulares de esta primera infancia, pues se trata del período de más rápido crecimiento y cambio de todo su ciclo vital, en términos de maduración del cuerpo y sistema nervioso, de movilidad creciente, de capacidad de comunicación y aptitudes intelectuales, y de rápidos cambios de intereses y aptitudes. El Comité incide en que, en esta etapa, los niños crean vínculos emocionales fuertes con sus padres u otros cuidadores, de los que necesitan recibir cuidado, atención, orientación y protección, que deben ofrecerse de maneras que sean respetuosas con su individualidad y con sus capacidades cada vez mayores. Los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes¹³³.

¹³² Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad. En otros, en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar.

¹³³ Señala también como características las relaciones con otros y las interacciones con el medio, si bien las experiencias de crecimiento varían en función de determinadas circunstancias e influidas por las creencias culturales.

El Comité reafirma que la Convención sobre los derechos del Niño debe aplicarse de forma holística en la primera infancia, teniendo en cuenta los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. La Convención exige que los niños, en particular los niños muy pequeños, sean respetados como personas por derecho propio. En el ejercicio de sus derechos, los niños pequeños tienen necesidades específicas de cuidados físicos, atención emocional y orientación cuidadosa, así como en lo que se refiere a tiempo y espacio para el juego, la exploración y el aprendizaje sociales. Como mejor pueden planificarse estas necesidades es desde un marco de leyes, políticas y programas dirigidos a la primera infancia; en particular, un plan de aplicación y supervisión independiente.

Respetar los intereses, experiencias y problemas bien diferenciados que afrontan todos los niños pequeños es el punto de partida para la realización de sus derechos durante esta fase esencial de sus vidas sobre la que existe:

"un creciente corpus de teoría e investigación que confirma que los niños pequeños deben considerarse idóneamente como agentes sociales cuya supervivencia, bienestar y desarrollo dependen de relaciones estrechas y se construyen sobre esa base. Son relaciones mantenidas normalmente con un pequeño número de personas clave, muy a menudo los padres, miembros de la familia ampliada y compañeros, así como con cuidadores y otros profesionales que se ocupan de la primera infancia. Al mismo tiempo, la investigación sobre las dimensiones sociales y culturales de la primera infancia insiste en las diversas formas en las que se comprende y produce el desarrollo en la primera infancia, en particular las diferentes expectativas de los niños pequeños y la multiplicidad de disposiciones para su cuidado y educación".

Cabe destacar, igualmente, las referencias a las responsabilidades de los padres y la asistencia de los Estados Partes¹³⁴, que está vinculada al requisito de actuar en interés superior del niño en relación con la evolución de las facultades; esto es, el proceso de maduración y aprendizaje¹³⁵ tendente a promover el desarrollo y bienestar del niño. Se subraya que la Convención hace hincapié en que *"ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño"*, reconociéndose a padres y madres como cuidadores en pie de igualdad (artículo 18.1), aunque el Comité reconoce que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres. Del mismo modo, estima que la mejor forma de prestar una asistencia adecuada a los padres puede ser en el marco de políticas globales en favor de la primera infancia; y, en particular, mediante la atención de la salud, el cuidado y la educación durante los primeros años.

¹³⁴ Artículos 5 y 18 CdN.

¹³⁵ Artículo 5 CdN.

1.2.4 Enfoque de salud basado en derechos humanos

En relación con la salud, resulta claro que las normas, políticas y programas de salud que adopten los Estados pueden promover o violar los derechos humanos y, más concretamente, el derecho a la salud, en función de la manera en que se formulen y se apliquen.

Por otro lado, existe consenso en considerar que, por un lado, la adopción de medidas orientadas a respetar y proteger los derechos humanos afianza la responsabilidad del sector sanitario respecto de la salud de cada persona, y que, por otro, las violaciones o la inobservancia de los derechos humanos pueden conllevar graves consecuencias sanitarias.

Un enfoque de la salud basado en los derechos humanos ofrece estrategias y soluciones que permiten afrontar y corregir las desigualdades, las prácticas discriminatorias y las relaciones de poder injustas que suelen ser aspectos centrales de la inequidad en los resultados sanitarios¹³⁶.

El objetivo de un enfoque basado en los derechos humanos es que todas las políticas, estrategias y programas se formulen con el fin de mejorar progresivamente el goce del derecho a la salud para todas las personas.

Se pueden sintetizar en siete los principios fundamentales para un enfoque de la salud basado en derechos humanos.

En primer lugar, el ya referido como *Principio transversal de no discriminación*, tendente a procurar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, por ejemplo, discapacidad, edad, estado civil y familiar, orientación e identidad sexual, estado de salud, lugar de residencia y situación económica y social¹³⁷.

En segundo lugar, el *Principio de disponibilidad*, implica que se cuente con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud, se encuentra estrechamente vinculado con

¹³⁶ Todavía hoy en muchos países se dan este tipo de inequidades derivadas de relaciones de poder injustas en relación con las mujeres, con las personas con problemas de salud mental e incluso con el albinismo o, como ocurre en Occidente, con los ancianos y/o personas especialmente vulnerables. Todo ello está en estrecha relación con el principio de justicia, recogido en el Capítulo anterior y que se desarrollará igualmente en el Capítulo relativo a limitación del esfuerzo terapéutico.

¹³⁷ Así lo consideró expresamente el Comité de los derechos económicos, sociales y culturales en 2009, en Comentario General nº 20 en relación con el principio de no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales.

el tercero, el *Principio de accesibilidad*. Por él, esos establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles para todos. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: la no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica (asequibilidad) y el acceso a la información.

Le siguen el *Principio de aceptabilidad*, que supone que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, y sensibles a las necesidades propias de cada sexo y del ciclo vital; el *Principio de calidad*, tendente a asegurar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad; y el de *rendición de cuentas*, ya que los Estados son responsables del respeto y cumplimiento de los derechos humanos.

Finalmente, se encuentra, también, el *Principio de universalidad*; pues, como ya se indicó, los derechos humanos son universales e inalienables, de forma que todo ser humano, todas las personas, en cualquier lugar del mundo, debe poder disfrutarlos¹³⁸.

En definitiva, el derecho humano a la salud evidentemente no implica, ni supone, el derecho a estar sano; sino que, en realidad, reconoce el derecho de las personas a acceder a los servicios de cuidados médicos: esto es, a recibir la atención de los profesionales de la medicina, correspondiendo a los Estados la obligación de proporcionar un sistema de protección sanitaria que lo permita, lo que establece el vínculo entre la salud como derecho humano y como servicio público, puesto que los Estados, que han de respetarlo y protegerlo, deben hacerlo a través de sistemas sanitarios adecuados.

Por otro lado, aunque no se recoge expresamente, debe lógicamente desprenderse de una correcta interpretación del mencionado artículo 12 del Pacto que la obligación de que "*se creen condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*" comprende todas las fases de la vida, desde su nacimiento hasta su final.

En este enfoque de derechos humanos de la salud, pero también de cooperación internacional, el Secretario General de las Naciones Unidas lanzó en septiembre de 2015 la "*Estrategia mundial sobre la salud de las mujeres, los niños y los adolescentes (2016-2030)*" como plataforma para aplicar los Objetivos de Desarrollo Sostenible centrados en la salud de las mujeres, los niños y los adolescentes. Su predecesora, la "*Estrategia mundial para la salud de la mujer y el niño 2010-2015*", tenía como objetivo apoyar la consecución

¹³⁸ Alto Comisionado para los Derechos Humanos y Organización Mundial de la Salud. El derecho a la salud. Derechos humanos nº 31, Organización Mundial de la Salud, Nota descriptiva, nº 323 diciembre de 2015.

de los Objetivos de Desarrollo del Milenio 4, 5 y 6 relativos a reducir la mortalidad infantil, mejorar la salud materna, y combatir el VIH, la malaria y otras enfermedades para 2015.

La renovada Estrategia global se basa en nuevas pruebas, incluida la necesidad de centrarse en grupos de población críticos, como los recién nacidos y los adolescentes, para construir la resiliencia de los sistemas sanitarios y para mejorar la calidad de los servicios sanitarios.

Por otro lado, en 2016 se creó el Grupo de Trabajo de Alto Nivel para la Salud y los Derechos Humanos de las Mujeres, los Niños y los Adolescentes por iniciativa conjunta de la entonces Directora General de la OMS y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el objetivo de incluir asegurar el apoyo político, tanto a nivel nacional como internacional, para la aplicación de las acciones relacionadas con los derechos humanos de la Estrategia Mundial para la Salud de la Mujer, el Niño y el Adolescente. El Grupo de Trabajo de Alto Nivel presentó su informe, *"Liderar la realización de los derechos humanos a la salud y a través de la salud (2017)"*, a la Asamblea Mundial de la Salud el 22 de mayo de 2017, así como al Consejo de Derechos Humanos, en su 35ª sesión, en junio de ese mismo año¹³⁹.

Las principales recomendaciones del informe son la defensa del derecho a la salud en la legislación nacional; establecer un enfoque basado en los derechos para la financiación de la salud y la cobertura sanitaria universal; abordar los derechos humanos como determinantes de la salud, eliminar las normas sociales, de género y culturales que impiden la realización de los derechos; y garantizar la responsabilidad ante el pueblo y para el pueblo.

La importancia de este enfoque de salud basado en derechos humanos se pone igualmente de manifiesto por la creación en 2002 por parte de la Comisión de Derechos Humanos un Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, a cuya formulación ha contribuido muy significativamente,¹⁴⁰ cuyo mandato el Consejo de Derechos Humanos refrendó y amplió¹⁴¹.

Partiendo de la definición del derecho a la salud física y mental ya examinado, como derecho inclusivo, que abarca no solo los cuidados sanitarios oportunos

¹³⁹ OMS, *Leading the Realization of Human Rights to Health and Through Health*. Informe del Grupo de Trabajo de Alto Nivel para la Salud y los Derechos Humanos de las Mujeres, los Niños y los Adolescentes. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/Health/ReportHLWG-humanrights-health.pdf> (Consultado el 28 de agosto de 2023).

¹⁴⁰ Resolución 2002/31, de abril de 2002.

¹⁴¹ Resoluciones 6/29 de 14 de diciembre de 2007, y, última renovación hasta la fecha, resolución 42/16, de 7 de octubre de 2019.

y apropiados, sino también los factores subyacentes que determinan el estado de salud y que comprende una serie de libertades y derechos y teniendo en cuenta las normas internacionales de derechos humanos pertinentes, el mandato del Relator Especial es prestar atención a los grupos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y marginación, aplicar una perspectiva de género y atender a las necesidades de los niños en el ejercicio del derecho a la salud.

En el ejercicio de su mandato, el Relator Especial presenta informes anuales al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General sobre las actividades y estudios realizados con miras a la aplicación del mandato, vigila la situación del derecho a la salud en todo el mundo; determina las tendencias relacionadas con el derecho a la salud física y mental; realiza visitas a los países; recibe comunicaciones con respecto a los supuestos casos de violaciones del derecho a la salud y otras cuestiones relacionadas con el mandato y promueve la plena realización del derecho a la salud, a través del diálogo con los actores pertinentes mediante la participación en seminarios, conferencias, reuniones de expertos. Presta especial atención a los que se encuentran en situaciones vulnerables¹⁴².

En ellos se ha evidenciado que el pilar central del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud descansa en un sistema de salud eficaz e integrado que abarque la atención de salud y los factores subyacentes determinantes de la salud, que responda a las prioridades nacionales y locales y que sea accesible para todos. Por ello, se reconoce cada vez más que un sistema

¹⁴² Pueblos indígenas, migrantes y los refugiados, desplazados internos, personas afectadas por la extrema pobreza, comunidades minoritarias personas con discapacidad, personas que viven en residencias personas recluidas, personas que consumen drogas, y personas LGTBIQ+ y de género diverso.

¹⁴³ Si bien fue la Organización Mundial de la Salud, que se examina en el siguiente epígrafe la que identificó los “seis elementos integrantes fundamentales” que constituyen un sistema de salud: a) Servicios de salud. “Son buenos servicios de salud los que llevan a cabo intervenciones sanitarias eficaces, seguras y de calidad, tanto personales como no personales, destinadas a quienes las necesitan, cuando y donde se necesitan, con una pérdida mínima de recursos.” b) Personal sanitario. “Un personal sanitario eficaz es el que trabaja de manera atenta a las necesidades, equitativa y eficiente para conseguir los mejores resultados sanitarios posibles, dados los recursos disponibles y las circunstancias, es decir, un personal en número suficiente y con una gama adecuada de competencias, distribuido equitativamente, competente, atento a las necesidades y productivo.” c) Sistema de información sanitaria que asegura la producción, el análisis, la difusión y el empleo de información fiable y oportuna sobre los determinantes de la salud, los resultados del sistema de salud y la situación sanitaria. d) Productos médicos, vacunas y tecnologías. e) Financiación de la salud “con miras a garantizar que la población pueda recurrir a los servicios necesarios y se halle protegida contra una catástrofe financiera o el empobrecimiento resultante del pago de esos servicios.” f) Liderazgo, gobernanza, rectoría. Este elemento “entraña la necesidad de procurar que existan marcos normativos estratégicos en combinación con el establecimiento efectivo de alianzas para fines de supervisión, con una reglamentación e incentivos apropiados, con la debida atención al diseño de sistemas y con la rendición de cuentas”.

de salud fuerte y eficaz es un elemento esencial de una sociedad sana y equitativa, y una institución social fundamental en cualquier sociedad. Con ello, se expone la necesidad de contar con un servicio público de salud para garantizar el derecho humano al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Sin ese sistema, nunca se podrá realizar el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud¹⁴³.

En relación con los sistemas nacionales de salud, el Relator Especial ha subrayado que, desde el punto de vista del derecho a la salud, un sistema de salud nacional debe tener varios componentes: un sistema adecuado para recopilar datos que permitan hacer un seguimiento de la realización del derecho a la salud; datos desglosados por factores como el sexo, la edad y las zonas urbanas/rurales; capacidad nacional para producir un número suficiente de trabajadores sanitarios competentes que disfruten de buenas condiciones de empleo; y un proceso para la preparación de evaluaciones del impacto en el derecho a la salud, antes de dar el toque final a las principales políticas relacionadas con la salud.

Por otro lado, también se ha confirmado que la salud no sólo es un problema de derechos humanos, sino también uno de los elementos fundamentales del desarrollo sostenible, de la reducción de la pobreza y de la prosperidad económica, y que un sistema de salud fuerte es un elemento esencial de una sociedad sana y equitativa.

El Relator ha realizado numerosos informes temáticos¹⁴⁴, debiéndose destacar, entre ellos, el presentado en 2015 dedicado a la primera infancia¹⁴⁵, señalando los progresos alcanzados en la salud y promoción del desarrollo en la primera infancia. Subraya que los derechos de los niños pequeños a la salud y el desarrollo están intrínsecamente vinculados entre sí de dos maneras principales: en primer lugar, porque la mala salud limita el desarrollo y, en segundo porque, los tres aspectos principales de desarrollo del niño en la primera infancia —físico, socioemocional y lingüístico-cognitivo— afectan a la salud durante toda la vida. E incide en las cuestiones ya señaladas en el

¹⁴⁴ Los últimos dedicados a la alimentación, nutrición y el derecho a la salud (A/78/185) e Innovación digital, tecnologías y derecho a la salud HRC/53/65. Los informes anuales del Relator Especial se han centrado en: esclarecer las fuentes y el contenido del derecho a la salud, la discriminación y el estigma en relación con ese derecho; el derecho a la salud sexual y reproductiva, examinando la relación que existe entre la pobreza y el derecho a la salud, en particular las estrategias de reducción de la pobreza, las enfermedades desatendidas, y el derecho a la salud y la prevención de la violencia; a discapacidad mental y el derecho a la salud; un sistema de salud accesible a todos y los indicadores relacionados con el derecho.

¹⁴⁵ A/70/213 El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 30 de julio de 2015. En 2016, el informe del Relator especial estuvo dedicado a la salud de los adolescentes (A/HRC/32/32).

epígrafe anterior: las obligaciones relacionadas con el derecho a la salud para promover el desarrollo del niño en la primera infancia (titular de derechos, derecho a la supervivencia y el desarrollo y su relación con la salud, interés superior y las opiniones de los niños). Reitera, asimismo, los factores básicos determinantes del derecho a la salud: nutrición adecuada, con referencia a la nutrición inicial en el útero vinculada a la de la madres, y después del nacimiento, afirma que se puede asegurar una nutrición adecuada mediante el inicio de la lactancia materna, la lactancia materna exclusiva durante seis meses y continuada hasta al menos el segundo año de vida; protección frente a toda formas de violencia, igualdad y no discriminación y una atención particular a las niñas, a los niños y niñas con discapacidad y a los intersexuales.

Además, pone el acento los sistemas de salud, incluidos los servicios de atención de la salud y los servicios preventivos que deben ofrecer, en cooperación con los servicios sociales, de protección de la infancia, educacionales y de otra índole pertinentes, un conjunto completo de atención para los niños y las familias. Así, afirma:

"Los sistemas de salud son fundamentales para la atención de las mujeres embarazadas, el parto, la atención postnatal de la madre y el niño y el cuidado de los niños pequeños. Son importantes no solo en relación con las intervenciones biomédicas específicas sino también porque constituyen a menudo la única infraestructura que llega a los niños pequeños, en particular a los menores de 3 años, y pueden en consecuencia iniciar y fomentar la promoción de la salud y el apoyo de los servicios sociales para promover el desarrollo en la primera infancia y prevenir los riesgos."

Resalta, además, que se trata de ir más allá de un modelo biomédico de la atención de la salud del niño como se pone de manifiesto, particularmente, en los párrafos d), e) y f) del artículo 44 de la Convención de los derechos del Niño, incluida la atención prenatal y postnatal de las madres, el acceso a la educación y la información sobre la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento y la prevención de accidentes, así como el desarrollo de la atención preventiva. La Convención refleja la comprensión de que la salud física y mental del niño en la primera infancia se ve afectada por el medio ambiente, incluidas las relaciones en el seno de la familia, la comunidad y la sociedad en general, lo que ha dado lugar a la consideración de las cuestiones de desarrollo y conducta como componentes centrales de la pediatría moderna.

Entre las recomendaciones que formula el Relator a los gobiernos se encuentran, entre otras, la de *"considerar a los niños más pequeños, especialmente los recién nacidos y los lactantes, como titulares de derechos y a aunar fuerzas con todas las partes interesadas pertinentes para lograr un avance decisivo mediante la reducción significativa de las tasas de mortalidad y morbilidad"*. Además de adoptar un enfoque más amplio en inversiones,

introducir medidas jurídicas y normativas que promuevan iniciativas eficaces para mejorar la calidad de las relaciones entre los niños pequeños y los padres, promover la competencia en la crianza de los hijos, y equipar y apoyar a los padres con técnicas de crianza de los niños pequeños en forma no violenta; insta:

"A dotar a los servicios de atención primaria de la salud y los servicios pediátricos no solo de vacunas y medicamentos modernos que salvan vidas sino también de conocimientos e intervenciones eficaces y culturalmente apropiadas, basadas en investigaciones en los ámbitos de la neurociencia, la psicología, la pediatría del desarrollo y la psiquiatría pediátrica".

Señala, también, la necesidad de formar en derechos humanos a las personas que trabajan con niños, entre los cuales se encuentran los profesionales sanitarios, incluyendo *"el desarrollo en la primera infancia y el impacto de la calidad de las relaciones en la salud física y mental en la infancia y durante toda la vida"*, la importancia de seguir aplicando las directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños y la necesidad de eliminar la colocación a largo plazo de los niños de corta edad en instituciones, así como de poner fin al cuidado en instituciones de los niños durante los cinco primeros años de vida, entre otras.

En 2017, se presentó el primer informe dedicado a la salud mental, con el fin de impulsar su promoción para todas las edades y en todos los entornos, que fueron seguidos de otros tres en los años siguientes, y que se examinarán en el siguiente Capítulo, dedicado a la salud mental.

1.3 La cooperación internacional para la protección universal de la salud física y mental: la Organización Mundial de la Salud

Sin ningún ánimo de exhaustividad, se dedican unos párrafos a los aspectos más básicos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), por ser la agencia especializada de las Naciones Unidas que tiene como misión principal promover la salud.

Tras la creación de la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, la primera Asamblea Mundial de la Salud tuvo lugar en Ginebra, Suiza, en 1948, donde se aprobó, antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Constitución de la OMS, que entró en vigor el 7 de abril de ese mismo año. La Organización, que respondía a la necesidad de cooperación internacional en el campo de la salud para prevenir y controlar enfermedades y promover el bienestar de la humanidad, tenía como misión principal la promoción de la salud, la prevención enfermedades y la mejora del bienestar de las personas en todo el mundo.

En su preámbulo, como ya se ha señalado con anterioridad, se define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, definición que ha sido universalmente asumida. Por su parte, el artículo 1 de la Constitución de la OMS afirma que: *"El objetivo de la Organización Mundial de la Salud será alcanzar para todos los pueblos el nivel más alto posible de salud"*.

Esto significa que el objetivo principal de la OMS es promover la salud y el bienestar en su sentido más amplio, abarcando tanto la salud física como la mental y social y asegurar que todas las personas tengan la oportunidad de disfrutar de un estado de completo bienestar, y no solo la ausencia de enfermedades.

Dado que la salud es uno de los derechos humanos, la OMS se esfuerza por garantizar que este derecho se cumpla a nivel global, independientemente del origen, género, raza, religión, posición social o económica del individuo.

La Constitución de la OMS establece los principios y objetivos fundamentales de la organización, que incluyen la promoción del más alto nivel posible de salud para todas las personas, la cooperación internacional en cuestiones de salud y la lucha contra enfermedades transmisibles y no transmisibles.

Desde su creación, la OMS ha desempeñado un papel esencial en la promoción de la salud global, la prevención de enfermedades, la respuesta a emergencias de salud pública, la formulación de políticas de salud, la cooperación técnica con los países y la mejora de los sistemas de salud en todo el mundo y sigue haciendo un mundo cada vez más interconectado e interdependiente.

La OMS cuenta con una estructura organizativa integrada por la Asamblea Mundial de la Salud, el Consejo Ejecutivo, el Director General y la Secretaría, aunque cuenta con numerosos comités técnicos y expertos en las distintas áreas, con comités de emergencia y con oficinas regionales y en países.

La Asamblea Mundial es el máximo órgano de toma de decisiones, se reúne anualmente y está compuesta por representantes de los Estados miembros. Establece políticas, aprueba el presupuesto de la organización y elige al Director General. También revisa y aprueba resoluciones sobre cuestiones de salud global. El Consejo Ejecutivo es el encargado de implementar las decisiones de la Asamblea Mundial de la Salud. Está compuesto por 34 miembros que son elegidos por la Asamblea y se reúnen dos veces al año para supervisar el trabajo de la OMS y tomar decisiones sobre cuestiones administrativas y financieras. El Director General es igualmente nombrado por la Asamblea y es responsable de supervisar y coordinar todas las actividades, de la ejecución de las políticas y programas aprobados por la Asamblea y de representar a

la Organización. Se encuentra al frente de la Secretaría, órgano de administración de la OMS, encargado de implementar las políticas y programas de la organización.

Su papel esencial en la promoción de la cooperación internacional en el campo de la salud se realiza tanto a través del establecimiento de normas y directrices internacionales en áreas clave de la salud (que facilitan que los países adopten enfoques comunes en la protección de la salud), como de las actividades de monitoreo y vigilancia. Con ellas, evalúa la situación de salud a nivel mundial, lo que incluye la recopilación y análisis de datos sobre enfermedades, sistemas de salud y determinantes de la salud. Esto facilita a los Estados la toma de decisiones informada y abordar los desafíos de salud de manera más efectiva. Además, la OMS juega un papel fundamental en la coordinación de respuestas internacionales a emergencias de salud pública, como pandemias, brotes de enfermedades infecciosas y crisis humanitarias, así como en el desarrollo de capacidades, proporcionando apoyo técnico y asistencia a los países en desarrollo para fortalecer sus sistemas de salud, capacitar a profesionales de la salud y mejorar la infraestructura sanitaria. La OMS promueve también la investigación en salud a nivel internacional y fomenta la colaboración entre países para abordar los desafíos sanitarios globales, como la investigación de vacunas y tratamientos.

A lo largo de su existencia, la OMS ha aprobado numerosas normas y directrices en diversas áreas de la salud con el objetivo de establecer estándares y recomendaciones que los países miembros pueden adoptar y aplicar en sus sistemas de salud¹⁴⁶.

Es importante destacar que, en principio, la mayoría de los actos, recomendaciones y directrices de la OMS no son jurídicamente vinculantes por sí mismas, si bien su adopción y aplicación efectiva por los Estados tiene un impacto significativo en la mejora de la salud pública y la protección de los derechos humanos en el ámbito de la salud. No obstante, algunas de ellas sí son tratados internacionales jurídicamente vinculantes, como el Reglamento Sanitario Internacional o el Convenio Marco para el Control del Tabaco.

Entre sus múltiples ámbitos de trabajo, se ha esforzado por la promoción tanto de la salud materna e infantil como de la salud mental. Así, ha contribuido a la reducción de la mortalidad materna y neonatal, promoviendo la atención prenatal y el parto seguro, a la mejor atención posnatal y la salud infantil, con la inmunización infantil y la promoción de la lactancia materna. Al respecto,

¹⁴⁶ Regulación de medicamentos; vacunación; seguridad alimentaria; control de enfermedades infecciosas; control del tabaco (con la adopción del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco); acceso a servicios de salud; respuesta a emergencias de salud pública; fortalecimiento de los sistemas de salud; cooperación internacional, marco ético y profesional y orientación a los Estados.

ha emitido directrices para promover y apoyar la lactancia materna exclusiva durante los primeros seis meses de vida, destacando los beneficios para la salud del bebé y la madre. Y ha trabajado en la promoción de la salud mental y la reducción del estigma asociado a las enfermedades mentales, reconociendo la importancia de la salud mental en el bienestar general, emitiendo directrices para mejorar la atención en salud mental, promoviendo la desestigmatización y la atención integral de las personas con trastornos mentales. Todos ellos se examinarán en posteriores Capítulos.

1.4 La protección de la salud en el ámbito regional europeo

En el ámbito regional, coexisten el Consejo de Europa y la Unión Europea, dos Organizaciones muy distintas, pues el Consejo de Europa es una organización intergubernamental de cooperación, mientras que la Unión Europea lo es de integración. Por lo tanto, ambas tienen fines y miembros diferentes, y cuentan con instituciones dispares y medios de acción diversos.

A pesar de estas claras diferencias, el Consejo de Europa y la Unión Europea comparten algunos aspectos. Por un lado, ambas son organizaciones gubernamentales regionales europeas, puesto que europeos son sus Estados miembros. Por otro lado, ambas comparten la membresía común de los 27 Estados de la Unión Europea, todos ellos igualmente miembros del Consejo de Europa.

Sin embargo, el vínculo más estrecho entre ambas organizaciones es, sin duda, el conjunto de valores comunes sobre los que ambas se asientan y que guían toda su actuación. Así, el respeto y la protección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho constituyen para ambas organizaciones cuestiones primordiales e irrenunciables.

Por ello, no es de extrañar que se haya desarrollado entre ambas una intensa cooperación con el fin de beneficiarse mutuamente de sus respectivos conocimientos y competencias, y evitar duplicidades distorsionantes. Esta cooperación cubre todos los sectores del Consejo de Europa y una amplia gama de actividades, lo que convierte a la Unión Europea en el socio institucional más importante del Consejo de Europa, tanto desde un punto de vista político como técnico.

1.4.1 La labor del Consejo de Europa y la protección de los derechos humanos

El Consejo de Europa es la primera y más antigua de las organizaciones europeas con fines políticos creadas al final de la Segunda Guerra Mundial,

anterior por tanto a la Unión Europea, y completamente distinta a ella, aunque la relación entre ambas ha sido muy estrecha.

Creada por el Tratado de Londres, Estatuto del Consejo de Europa, el 5 de mayo de 1949, es una organización regional europea que tiene como objetivo configurarse como organización unificadora y guardiana de los valores democráticos en el continente europeo al tiempo que contribuye a su unificación. El Estatuto del Consejo de Europa fue adoptado por 10 Estados, pero la Organización cuenta en la actualidad con 46 Estados miembros, desde que el 16 de marzo de 2022 su Comité de Ministros acordó que la Federación Rusa dejara de ser miembro del Consejo de Europa con efecto inmediato.

De acuerdo con su Estatuto, su finalidad es realizar 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. Esta finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁴⁷.

A través de la cooperación entre sus Estados miembros, el Consejo de Europa busca un continente donde los derechos fundamentales sean respetados, la democracia sea sólida y el estado de derecho esté salvaguardado. Así, cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de los fines del Consejo.

De acuerdo con el Estatuto, cuenta con dos órganos principales, el Comité de Ministros y la Asamblea Consultiva, aunque a lo largo de los años han sido creados varios otros. El Comité de Ministros es el principal órgano de adopción de decisiones en el que están representados todos los Estados. La Asamblea Consultiva es el foro democrático de seguimiento y debate entre los parlamentarios. Ambos son asistidos por la Secretaría.

Uno de los éxitos más significativos en materia de promoción de los derechos humanos fue la adopción en Roma, el 4 de noviembre de 1950, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)¹⁴⁸, que establece una serie de derechos y

¹⁴⁷ Artículo 1 Estatuto del Consejo de Europa. España se incorporó en 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1978/03/01/pdfs/A04840-04844.pdf>. (Consultado el 3 de octubre de 2023).

libertades que los Estados miembros se comprometen a respetar y proteger. Pero, además, crea un mecanismo de supervisión y seguimiento, centrado en la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos humanos, creado en 1959¹⁴⁹.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido desarrollado y modificado en numerosas ocasiones, con la adopción de distintos protocolos adicionales y normativos destinados, bien a incorporar el reconcomiendo de otros derechos y libertados a los contemplados en el texto original, bien a mejorar las garantías de supervisión y control establecidas¹⁵⁰.

El Protocolo n.º 11, adoptado el 11 de mayo de 1994 y con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998, modificó radicalmente el mecanismo de garantía establecido en 1950 al instituir un único órgano de control jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de carácter permanente y jurisdicción obligatoria, permitiendo de ese modo, y por primera vez en la historia, el acceso directo de los particulares a una instancia judicial internacional¹⁵¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que, con el paso de los años, se ha convertido en la institución insignia del Consejo de Europa) es el responsable de examinar las demandas individuales presentadas por los particulares contra los Estados, así como las demandas interestatales, y dictar sentencias sobre la existencia o no de violaciones de los derechos humanos. Las sentencias del Tribunal son vinculantes para los Estados miembros y no pueden ser objeto de ningún procedimiento de apelación, si bien la supervisión de su ejecución corresponde al Consejo de Ministros.

Los 27 Estados miembros de la Unión Europea son miembros del Consejo de Europa y Partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950.

¹⁴⁸ Entró en vigor internacionalmente el 3 de septiembre de 1953. España firmó el Convenio en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, lo ratificó el 4 de octubre de 1979.

¹⁴⁹ Desde 1954 hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 de la CEDH, el 31 de octubre de 1998, los individuos no podían tener acceso directo al TEDH, sino que debían acudir a la Comisión, que determinaba si procedía o no el examen por parte del Tribunal. La Comisión Europea de Derechos Humanos, que se reunió en Estrasburgo desde julio de 1954 hasta octubre de 1999, era un organismo que, junto con el TEDH y el Comité de Ministros de Consejo de Europa, supervisó el cumplimiento por los Estados de las obligaciones asumidas por ellos en el CEDH.

¹⁵⁰ Son un total de dieciséis Protocolos. El primero fue adoptado en 1952, y el último, hasta la fecha, en 2013, relativo a la solicitud de opiniones consultivas, que entró en vigor el 1 de agosto de 2018 para los Estados Partes que lo han firmado y ratificado, entre los que no se encuentra España.

¹⁵¹ Implicó la abolición de la Comisión lo que implicó el acceso directo de los individuos al Tribunal. Sin embargo, de acuerdo con el Protocolo 11, la Comisión continuó en funciones hasta el 31 de octubre de 1999 con el fin de instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor del Protocolo.

1.4.1.1 La Carta Social Europea

El derecho al grado máximo de salud que se pueda lograr no está recogido en el Convenio de Roma. Los derechos económicos, sociales y culturales, salvo la propiedad, están contemplados en la Carta Social Europea.

La Carta Social Europea establece unos derechos y libertades, así como un mecanismo de supervisión para garantizar su respeto por los Estados Partes, pero al margen de la jurisdicción del Tribunal de Derechos Humanos.

Adoptada en 1961, la Carta fue revisada en 1996 y entró en vigor en el año 1999.

Los derechos garantizados por la Carta se pueden agrupar en torno a: vivienda¹⁵²; educación (incluyendo entre otros el acceso a la educación y a la formación profesional para las personas con discapacidades)¹⁵³; empleo (con, por ejemplo, el derecho al acceso al trabajo para las personas con discapacidades o la protección contra el acoso sexual y psicológico)¹⁵⁴; protección jurídica y social¹⁵⁵; movimiento de las personas¹⁵⁶ y no discriminación (con, entre otras, la prohibición de la discriminación sobre la base de responsabilidades

¹⁵² Acceso a una vivienda adecuada y asequible; reducción del número de personas sin hogar; política de vivienda orientada a todas las categorías desfavorecidas; procedimientos para limitar el desalojo forzoso; igualdad de acceso para los no nacionales a la vivienda social y a subvenciones para el pago de la vivienda, y construcción de viviendas y subvenciones para el pago de la vivienda en función de las necesidades familiares.

¹⁵³ Educación primaria y secundaria gratuita; servicios de orientación profesional gratuitos y eficaces; acceso a la formación inicial (educación secundaria general y profesional), a la educación universitaria y la educación superior no universitaria, y a la formación profesional, incluida la formación continua; medidas especiales para residentes extranjeros; integración de los niños con discapacidades en la vida escolar general.

¹⁵⁴ Prohibición del trabajo forzoso; prohibición del empleo de niños menores de 15 años; condiciones de trabajo especiales entre los 15 y los 18 años; derecho a ganarse la vida en una ocupación elegida libremente; una política económica y social concebida para asegurar el pleno empleo; condiciones de trabajo equitativas en lo que respecta a la remuneración y las horas de trabajo; libertad para crear sindicatos y organizaciones de empleadores con miras a defender los intereses económicos y sociales; libertad para decidir si se quiere formar parte o no de los mismos; promoción de la consulta colectiva, la negociación colectiva, la conciliación y el arbitraje voluntario; protección en caso de despido; el derecho a la huelga, y; acceso al trabajo para las personas con discapacidades.

¹⁵⁵ Situación jurídica del menor; el trato de los delincuentes juveniles; protección contra el abuso y los malos tratos; prohibición de todas las formas de explotación (sexual o de otro tipo); protección jurídica de la familia (igualdad de los cónyuges en el seno la pareja y con respecto a los hijos, protección de los hijos en caso de ruptura familiar); el derecho a la seguridad social, el bienestar social y los servicios sociales; el derecho a ser protegido contra la pobreza y la exclusión social; cuidado de los niños, y; medidas especiales para atender las necesidades de los ancianos.

¹⁵⁶ El derecho a la reagrupación familiar; el derecho de los nacionales a abandonar el país; garantías procesales en caso de expulsión, y; simplificación de las formalidades de inmigración.

familiares, y el derecho de las personas con discapacidades a la integración social y a la participación en la vida comunitaria)¹⁵⁷.

Recoge, igualmente, todos los relativos al ámbito de la salud que se examinan en el siguiente epígrafe.

La supervisión del correcto cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados corresponde al Comité Europeo de Derechos Sociales¹⁵⁸, integrado por quince miembros independientes e imparciales elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por un período de seis años, renovable una vez.

Hay dos procedimientos de control.

El primero está basado en los informes nacionales, de carácter anual, en los cuales los Estados indican como han implementado la Carta. El Comité examina los informes y decide si la situación en los países en cuestión está en conformidad con la Carta. Su opinión final queda recogida en las "conclusiones", que se publican anualmente. Si un Estado no toma medidas con respecto a una decisión del Comité, de modo que no cumple con la Carta, el Comité de Ministros formula una recomendación dirigida a dicho Estado, pidiéndole que cambie la situación en la legislación y/o la práctica¹⁵⁹.

El segundo es un procedimiento de reclamaciones colectivas, establecido por un Protocolo abierto a la firma en 1995 y que entró en vigor en 1998. En este caso, las reclamaciones sobre la aplicación inadecuada de la Carta pueden presentarse ante Comité Europeo de Derechos Sociales por todos

¹⁵⁷ El derecho de hombres y mujeres a la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo; la garantía para todos los nacionales y extranjeros con residencia y/o trabajando legalmente de que todos los derechos estipulados en la Carta se aplican con independencia de la raza, el sexo, la edad, el color, la lengua, la religión, las opiniones, el origen nacional, el origen social, el estado de salud o la vinculación con una minoría nacional.

¹⁵⁸ El Comité determina si la legislación y la práctica en los Estados Partes cumplen con lo establecido en la Carta (artículo 24 de la Carta, enmendada por el Protocolo de Turín de 1991).

¹⁵⁹ A raíz de una decisión adoptada por el Comité de Ministros en 2006, las disposiciones de la Carta se han dividido en cuatro grupos temáticos. Los Estados Partes presentan anualmente un informe sobre las disposiciones relativas a uno de los cuatro grupos temáticos. Por consiguiente, cada disposición aceptada de la Carta es objeto de un informe cada cuatro años. Los cuatro grupos de disposiciones son los siguientes: Grupo 1: Empleo, formación e igualdad de oportunidades (Artículos 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24, 25); Grupo 2: Salud, seguridad social y protección social (Artículos 3, 11, 12, 13, 14, 23, 30); Grupo 3: Derechos laborales (Artículos 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28, 29); Grupo 4: Niños, familias, inmigrantes (Artículos 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31).

los Estados que han aceptado el procedimiento, así como por una serie de organizaciones¹⁶⁰.

La reclamación debe contener el nombre y los datos de contacto de la organización que presenta la reclamación; una prueba de que la persona que presenta y firma la queja está autorizada a representar a la organización que presenta la reclamación; el Estado contra el que se dirige la reclamación; una indicación de las disposiciones de la Carta presuntamente vulneradas, y el objeto de la reclamación, es decir, el punto o los puntos con respecto a los cuales el Estado en cuestión ha incumplido presuntamente las disposiciones de la Carta, junto con los argumentos pertinentes y documentos de apoyo.

El Comité examina la reclamación y, si se han reunido los requisitos formales, la declara admisible. Una vez que la reclamación ha sido declarada admisible, se pone en marcha un procedimiento escrito, con un intercambio de argumentos entre las partes. El Comité puede estimar oportuno celebrar una audiencia pública.

El Comité adopta una decisión sobre el fondo de la reclamación, y la envía a las partes interesadas y al Comité de Ministros en un informe, que se hace público en los cuatro meses inmediatamente posteriores a su envío.

Por último, el Comité de Ministros adopta una resolución. Si lo considera apropiado, puede recomendar que el Estado en cuestión tome medidas específicas para una correcta aplicación de la Carta.

1.4.1.2 El derecho a la salud y a la asistencia sanitaria

Como se ha indicado, el derecho a la salud está recogido en la Carta Social Europea y, por lo tanto, sujeto a la supervisión del Comité Europeo de Derechos Sociales, sobre la base de los informes de los Estados y la publicación de sus conclusiones anuales. Cada año, el Comité examina los informes presentados por los Estados miembros y procede a decidir si la situación del país con

¹⁶⁰ La Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria y Empleadores de Europa y Organización Internacional de Empleadores; las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultativo en el Consejo de Europa y que figuran en una lista elaborada a tales efectos por el Comité Gubernamental y las organizaciones de empleadores y sindicatos del país en cuestión, así como las organizaciones no gubernamentales si los Estados lo han aceptado expresamente. En el informe de actividades 2022 publicado en agosto 2023 (se señala que se presentaron 16 reclamaciones colectivas en 2022 contra 8 Estados Partes en la Carta, 4 de ellas contra España. En 2022, el Comité Gubernamental examinó las medidas de seguimiento adoptadas por los Estados con respecto a las conclusiones de no conformidad alcanzadas por el CEDS sobre los artículos de la Carta Social Europea relativos al grupo temático “*Salud, seguridad social y protección social*” (Conclusiones 2021). Disponible en: <https://rm.coe.int/prems-128723-gbr-2005-ra-16x24-web-corrected/1680acbbe0> (Consultado el 10 de octubre de 2023).

respecto al derecho a la salud y otros derechos sociales y económicos está o no en conformidad con la Carta Social Europea.

En la Parte I de la Carta, los Estados reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes. Dentro de estos derechos, se encuentran los siguientes: el que tiene toda persona a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar, el derecho de las trabajadoras a una protección especial, en caso de maternidad y en los casos procedentes, y el derecho de la infancia y la juventud a una adecuada protección social, jurídica y económica.

El principal artículo que se centra en el derecho a la salud es el artículo 11, si bien otros artículos están estrechamente relacionados¹⁶¹. Afirma que, con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, los Estados se comprometen (directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas) a tomar las medidas necesarias para garantizar los siguientes fines:

1. *“Eliminar en la medida de lo posible las causas de una salud deficiente.*
2. *Establecer servicios formativos y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma;*
3. *prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes”*¹⁶².

Al respecto, el Comité señala¹⁶³ que el artículo 11 consagra el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y el derecho de acceso a la asistencia sanitaria. Según el artículo 11, la salud es un estado de completo bienestar

¹⁶¹ Aunque el artículo 12 recoge el derecho al a seguridad social y el 13 el derecho a la asistencia social y médica, velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. Por su parte, el artículo 14 recoge el derecho a los beneficios de los servicios sociales y el artículo 15 el de las personas discapacitadas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, así como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3) aunque ya se señaló la estrecha relación del derecho a la salud con el resto de los derechos.

¹⁶² Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021. La Carta Social Europea Revisada entró en vigor en España el 1 de julio de 2021.

¹⁶³ Compendio de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. *Digest of the Case Law of The European Committee of Social Rights*. Consejo de Europa, junio 2022. Disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd> (Consultado el 11 octubre de 2023).

físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, de conformidad con la definición de salud ya recogida de la OMS. Asimismo, impone una serie de obligaciones positivas y negativas. Las obligaciones de los Estados en virtud de esa disposición no se limitan únicamente a garantizar el disfrute del derecho a beneficiarse de cualquier medida positiva y proactiva del Estado que permita el disfrute del más alto nivel posible de salud (como garantizar la igualdad de acceso a una atención sanitaria de calidad). Ni sus deberes se limitan a la adopción de las medidas destacadas en el artículo 11 de la Carta. Más bien, la noción de protección de la salud incorpora la obligación de que el Estado se abstenga de interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. Esta interpretación del artículo 11 es coherente con la protección jurídica que ofrecen otras importantes disposiciones internacionales de derechos humanos relacionadas con la salud. Los mecanismos de salud pública deben garantizar medidas especiales para proteger la salud de las madres, los niños y las personas mayores.

Los sistemas sanitarios deben responder adecuadamente a los riesgos para la salud evitables, es decir, aquellos que pueden controlarse mediante la acción humana. Los principales indicadores son la esperanza de vida y las principales causas de mortalidad, que deben mejorar y no situarse muy por detrás de la media europea.

Se trata de riesgos evitables y deben tomarse todas las medidas necesarias, sobre todo en los sistemas sanitarios muy desarrollados, para reducir estas tasas lo más cerca posible de cero. Un problema recurrente de incumplimiento de esta disposición son las elevadas tasas de mortalidad infantil y materna en varios países que, cuando se examinan junto con otros indicadores sanitarios básicos, apuntan a deficiencias en el sistema sanitario. Entre los riesgos evitables se incluyen los derivados de amenazas medioambientales.

El derecho a la protección de la salud incluye el derecho de acceso a la asistencia sanitaria, y ese acceso debe garantizarse a todas las personas sin discriminación. Esto implica que la asistencia sanitaria debe ser efectiva y asequible para todos, y que los grupos vulnerables con un riesgo especialmente alto (como las personas sin hogar, las personas que viven en la pobreza, las personas mayores, las personas con discapacidad, las personas que viven en instituciones, las personas detenidas en prisiones y las personas en situación migratoria irregular) deben recibir la protección adecuada.

Las restricciones a la aplicación del artículo 11 no pueden suponer un impedimento para que los grupos desfavorecidos ejerzan su derecho a la salud. Este enfoque exige una interpretación estricta de la forma en que se aplica el ámbito de aplicación personal de la Carta en relación con el artículo 11 sobre el derecho a la protección de la salud, en particular con su primer apartado

sobre el acceso a la asistencia sanitaria¹⁶⁴. La legislación o la práctica que niega el derecho a la asistencia médica a los extranjeros, dentro del territorio de un Estado Parte, incluso si se encuentran allí ilegalmente, es contraria a la Carta. Se señala igualmente que el coste de la asistencia sanitaria no debe representar una carga excesivamente pesada para el individuo y que los pagos directos no deben ser la principal fuente de financiación del sistema sanitario. En relación con las condiciones que rigen el acceso a la asistencia, deben tener en cuenta la Recomendación 1626 (2003) de la Asamblea Parlamentaria sobre *"la reforma de los sistemas de asistencia sanitaria en Europa: conciliar equidad, calidad y eficiencia"*, que invita a los Estados miembros a tomar como criterio principal para juzgar el éxito de las reformas de los sistemas sanitarios el acceso efectivo a la asistencia sanitaria para todos, sin discriminación, como un derecho humano básico.

Las disposiciones para el acceso a la asistencia no deben provocar retrasos innecesarios en su prestación. La gestión de las listas de espera y los tiempos de espera en la asistencia sanitaria se consideran a la luz de la Recomendación (99) 21 del Comité de Ministros sobre los criterios para dicha gestión. El acceso al tratamiento debe basarse en criterios transparentes, acordados a nivel nacional, que tengan en cuenta el riesgo de deterioro del estado clínico o de la calidad de vida; el número de profesionales sanitarios y el equipamiento deben ser adecuados. En el caso de los hospitales, debe aspirarse al objetivo fijado por la OMS para los países en desarrollo de 3 camas por cada 1.000 habitantes. Una densidad muy baja de camas hospitalarias, combinada con listas de espera, podría ser un obstáculo para el acceso a la atención sanitaria del mayor número posible de personas. Las condiciones de estancia en el hospital, incluidos los hospitales psiquiátricos, deben ser satisfactorias y compatibles con la dignidad humana.

Señala, asimismo, que la asistencia sanitaria debe ser eficaz y asequible para todos y que el objetivo ha de ser la equidad sanitaria, tal como la define OMS. En concreto, la ausencia de diferencias evitables, injustas o remediables entre grupos de personas, independientemente de que esos grupos se definan social, económica, demográfica o geográficamente o por otros medios de estratificación.

¹⁶⁴ De conformidad con el apartado 1 del Apéndice, las personas cubiertas por los artículos 1 a 17 y 20 a 31 de la Carta incluyen a los extranjeros únicamente en la medida en que sean nacionales de otras Partes que residan legalmente o trabajen de forma regular en el territorio de la Parte en cuestión. La restricción del ámbito de aplicación personal no debe interpretarse de forma que prive a los migrantes en situación irregular de la protección de sus derechos más básicos consagrados en la Carta, ni que menoscabe sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida o a la integridad física o la dignidad humana. Compendio de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. *Digest of the Case Law of The European Committee of Social Rights*. Consejo de Europa, junio 2022. Disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd> (Consultado el 11 octubre de 2023).

Además, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para tratar a los enfermos, incluida la disponibilidad de un número suficiente de camas de hospital, unidades de cuidados intensivos y equipos. Deben tomarse todas las medidas posibles para garantizar que se despliega un número adecuado de profesionales sanitarios y que sus condiciones de trabajo son saludables y seguras¹⁶⁵, lo que incluye el suministro del equipo de protección personal necesario.

Como parte de las obligaciones positivas que surgen en virtud del derecho a la protección de la salud, los Estados Partes deben proporcionar atención adecuada y oportuna sobre una base no discriminatoria, incluidos los servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva. En consecuencia, un sistema de atención sanitaria que no contemple las necesidades sanitarias específicas de las mujeres no será conforme con el artículo 11, ni con el artículo E, relativo a la no discriminación¹⁶⁶ tomado juntamente con el artículo 11. Además, el Comité considera que cualquier tratamiento médico sin consentimiento informado plantea necesariamente cuestiones en virtud del artículo 11 de la Carta.

El consentimiento informado ha sido definido por el Relator Especial de la ONU, sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de la siguiente manera:

*"El consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención médica, sino una decisión voluntaria y suficientemente informada, que protege el derecho del paciente a participar en la toma de decisiones médicas y asigna deberes y obligaciones asociados a los profesionales sanitarios. Sus justificaciones normativas éticas y jurídicas se derivan de su promoción de la autonomía, la autodeterminación, la integridad corporal y el bienestar del paciente"*¹⁶⁷.

El Comité considera, teniendo en cuenta en particular el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo) de 1997 del Consejo de Europa, así como la posición bien establecida de otros órganos de derechos humanos) que todo tratamiento médico sin consentimiento libre e informado (salvo estrictas excepciones) no puede ser compatible con la integridad física y necesariamente con el derecho a la protección de la

¹⁶⁵ De conformidad con el artículo 3 de la Carta, derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.

¹⁶⁶ Parte V, Artículo E. No discriminación: "Se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación".

¹⁶⁷ Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, informe 2009, 1 de agosto de 2009, A/64/272.

salud. Un tratamiento médico sin consentimiento libre e informado vulnera la integridad física y psicológica, y en ciertos casos puede ser perjudicial para la salud tanto física como psicológica. Garantizar el libre consentimiento es fundamental para el disfrute del derecho a la salud, y es parte integrante de la autonomía y la dignidad humana y de la obligación de proteger el derecho a la salud.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, se contemplan los centros de atención de salud accesibles y eficaces para toda la población; políticas para la prevención de enfermedades, que incluyan, en particular, la garantía de un entorno saludable; eliminación de riesgos profesionales para asegurar la protección de la seguridad y la salud en el trabajo; así como protección de la maternidad.

En efecto, el artículo 8 de la Carta contempla la protección de la maternidad, pero recogido exclusivamente como derecho de las trabajadoras.

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen:

- 1. A garantizar a las trabajadoras, antes y después del parto, un descanso de una duración total de catorce semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la seguridad social o por subsidios sufragados con fondos públicos;*
- 2. A considerar ilegal que un empleador despida a una mujer durante el período comprendido entre el momento en que comuniqué su embarazo a su empleador y el fin de su permiso de maternidad, o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante ese período*
- 3. A garantizar a las madres que amamanten a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo;*
- 4. A regular el trabajo nocturno de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos;*
- 5. A prohibir el empleo de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados por su carácter peligroso, penoso o insalubre, y a adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de estas mujeres en materia de empleo."*

En sus Conclusiones de 2019, relativas a España y por tanto antes de la entrada en vigor en nuestro país de la Carta Social Revisada, el Comité Europeo de

Derechos Sociales consideró que España no había cumplido correctamente dos aspectos relacionados con la maternidad recogidos en la Carta en relación con el despido de una embarazada y al derecho a la lactancia en la administración pública¹⁶⁸.

Por otro lado, resulta significativo destacar que en el Comité señala que el texto revisado contiene enmiendas que toman en cuenta la evolución del Derecho de la Unión desde 1961; y, como ejemplo de la interpretación de la Carta a la luz del Derecho de la Unión, que influye en su implementación, señala las modificaciones introducidas en los derechos de la mujer para garantizar la plena igualdad entre mujeres y hombres, con la única excepción de la protección de la maternidad, que se inspiran directamente en el Derecho de la Unión Europea (artículo 8 de la Carta).

Por ejemplo, la definición de la trabajadora protegida por la Carta (embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia) se inspira en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)¹⁶⁹.

Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, el Comité afirma¹⁷⁰ que las Partes se comprometen a proporcionar a las trabajadoras un permiso remunerado, prestaciones adecuadas de seguridad social o prestaciones con cargo a fondos públicos para que las trabajadoras tengan licencia antes y después del parto hasta un total de, al menos, 14 semanas.

El artículo 8.1 reconoce los derechos de las trabajadoras a la licencia de maternidad y a prestaciones laborales: el derecho al permiso por maternidad, el

¹⁶⁸ “*The Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with Article 8.3 of the 1961 Charter on the ground that it has not been established that women working in the public sector are entitled to paid breastfeeding breaks. The Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with Article 8.2 of the 1961 Charter on the ground that the reasons for dismissal of an employee during pregnancy or maternity leave go beyond the admissible exceptions*”. Comité Europeo de Derechos Sociales, Conclusiones 2019, España. Grupo temático Niños familias y migrantes. Disponible en: <https://rm.coe.int/rapport-esp-en/16809cfbea> (Consultado el 4 de octubre de 2023).

¹⁶⁹ *Compendio de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Digest of the Case Law of The European Committee of Social Rights*. Consejo de Europa, junio 2022. Disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd> (Consultado el 11 de octubre de 2023).

¹⁷⁰ *Compendio de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Digest of the Case Law of The European Committee of Social Rights*. Consejo de Europa, junio 2022. Disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd> (Consultado el 11 de octubre de 2023).

derecho a las prestaciones de maternidad, la prohibición de despido y la reparación en caso de despido improcedente.

En relación con los dos primeros de interés para el objeto de estudio de este trabajo, el Comité señala que el derecho a una licencia de maternidad de no menos de 14 semanas debe estar garantizado por ley. Este derecho está diseñado tanto para otorgar protección a las mujeres empleadas en caso de maternidad como para reflejar un interés más general en la salud pública, es decir, la salud de la madre y del niño. Debe garantizarse para todas las categorías de empleados y la licencia debe ser de maternidad y no de enfermedad.

La legislación nacional, por un lado, debe conceder a las mujeres el derecho a utilizar total o parcialmente el derecho reconocido a cesar en el trabajo durante un período mínimo de 14 semanas, permitiéndoles libertad de elección mediante un sistema de prestaciones fijado en un nivel adecuado; y, por otro lado, debe obligar al empresario a respetar la libre elección de las mujeres.

La legislación nacional puede permitir que las mujeres opten por un período más corto de licencia de maternidad. El requisito de 6 semanas de licencia postnatal es un medio para lograr la protección prevista en el artículo 8. Cuando la licencia obligatoria sea inferior a 6 semanas, los derechos garantizados en el artículo 8 puede lograrse mediante la existencia de salvaguardias jurídicas adecuadas que protejan plenamente el derecho de las mujeres empleadas a elegir libremente cuándo regresar al trabajo después del parto (en particular, un nivel adecuado de protección para las mujeres que han dado a luz recientemente y desean disfrutar de la maternidad plena). Esto es, para cumplir adecuadamente el artículo 8.1, los Estados Partes deben garantizar que existen salvaguardias legales que eviten cualquier presión de los empleadores sobre las mujeres para que acorten su licencia de maternidad, un acuerdo con los interlocutores sociales sobre la cuestión de la licencia postnatal que protege la libre elección de las mujeres, quienes deben estar protegidas en la ley y en la práctica contra presiones indebidas que las inciten a tomar menos de 6 semanas de licencia postnatal.

Esa protección se garantizará, por ejemplo, mediante legislación contra la discriminación en el trabajo basada en el género y las responsabilidades familiares; con un acuerdo entre los interlocutores sociales que proteja la libertad de elección de las mujeres interesadas; o con un marco jurídico general en torno a la maternidad (por ejemplo, si existe un sistema de licencia parental mediante el cual cualquiera de los padres pueda tomar una licencia remunerada al final de la licencia de maternidad). Los convenios colectivos pueden ofrecer protección adicional.

En cuanto al derecho a las prestaciones de maternidad, los Estados Partes han de garantizar que las mujeres empleadas sean compensadas adecuadamente

por su pérdida de ingresos durante el período de licencia de maternidad. La modalidad de compensación está dentro del margen de apreciación de los Estados, y puede ser una licencia remunerada (pago continuo de salarios por parte del empleador), una prestación de maternidad de la seguridad social, cualquier prestación alternativa de fondos públicos o una combinación de dichas compensaciones; si bien, independientemente de la modalidad de pago, el nivel deberá ser adecuado¹⁷¹.

Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a considerar ilegal que un empleador notifique a una mujer su despido durante el período comprendido entre el momento en que ésta le notifica empleador que está embarazada hasta el final de su permiso de maternidad, o a notificarle el despido en un momento en que el aviso expiraría durante dicho período.

La Carta recoge igualmente el derecho de los niños y los adolescentes a la protección, centrado especialmente en los aspectos laborales, considerando la edad mínima de admisión al trabajo los 15 años¹⁷² y el de los niños y jóvenes a protección social, jurídica y económica para facilitar que puedan crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales. Por ello, los Estados deben *"garantizar a los niños y jóvenes, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus progenitores, los cuidados, la asistencia, la educación y la formación que necesiten, en particular disponiendo la creación o el mantenimiento de instituciones o servicios adecuados y suficientes a tal fin"*, así como protegerlos contra la negligencia, violencia o explotación, además de garantizar una protección y una ayuda especial por parte del Estado a los niños y jóvenes que se vean privados temporal o definitivamente del apoyo de su familia y una educación primaria y secundaria gratuita¹⁷³.

1.4.1.3 Biomedicina y derechos humanos

Los rápidos avances de la biología y la medicina y de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la

¹⁷¹ No deberá reducirse sustancialmente en comparación con el salario anterior, ni ser inferior al 70% de ese salario. Además, la tasa mínima de compensación no deberá ser inferior al umbral de pobreza definido como el 50% del ingreso mediano equivalente, calculado sobre la base del valor del umbral de riesgo de pobreza de Eurostat. Si el beneficio en cuestión cae entre el 40 y el 50% del ingreso mediano equivalente, otros beneficios, incluidos los relacionados con la asistencia social o la vivienda, se tendrán en cuenta. Sin embargo, una tasa fijada en menos del 40% de la renta mediana equivalente es manifiestamente inadecuada, de modo que combinarla con otras prestaciones no puede armonizar la situación con el artículo 8.1. Un período requerido de doce meses de contribución al plan de seguridad social antes del embarazo para tener derecho a prestaciones de maternidad no estará en conformidad con la Carta.

¹⁷² Artículo 7 de la Carta.

¹⁷³ Artículo 17 de la Carta.

biología y la medicina llevaron a la elaboración de un 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 que se firmó en Oviedo el 4 de abril de 1997¹⁷⁴.

El objeto y finalidad del Convenio es proteger al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina, partiendo de que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia¹⁷⁵. Además, reitera que las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada y recoge además la "*lex artis*", al referirse a las normas de conducta aplicables junto al respeto a las normas y obligaciones profesionales en toda intervención en el ámbito de la sanidad¹⁷⁶.

El Convenio desarrolla en términos jurídicos las reglas de la ética médica formuladas clásicamente en cuatro principios: autonomía, confidencialidad, beneficencia/ no maleficencia y justicia. Es, por tanto, el primer tratado internacional relativo a la biomedicina o bioética¹⁷⁷ y está basado, como ya se ha apuntado, en el sistema internacional universal y regional de protección de los derechos humanos. Consta de un preámbulo y 38 artículos, distribuidos en 14 Capítulos entre los que cabe destacar, además de las disposiciones generales ya examinadas el relativo al consentimiento¹⁷⁸, la vida privada y el derecho a la información, genoma humano, investigación científica y extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos para trasplante¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Ratificado por España el 23 de julio de 1999.

¹⁷⁵ Artículos 1 y 2 del Convenio Oviedo de 1997.

¹⁷⁶ Artículo 4. Obligaciones profesionales y normas de conducta. "*Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso*".

¹⁷⁷ Se ha optado por el término biomedicina por ser un Tratado internacional de carácter jurídicamente vinculante y entender que la bioética no tiene ese carácter jurídicamente vinculante, aunque sus normas y principios deban inspirar las distintas legislaciones o normas jurídicas.

¹⁷⁸ Capítulo I Disposiciones Generales, arts. 1 a 4. Capítulo II. Consentimiento, arts. 5 a 9.

¹⁷⁹ Capítulo III. Vida privada y derecho a la información art. 10. Capítulo IV. Genoma humano, arts. 11-14. Capítulo V. Investigación científica, arts. 15-18. Capítulo VI. Extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos para trasplantes, arts. 19-22.

En relación con el consentimiento, debe destacarse que la regla general es que solo se pueden realizar intervenciones en el ámbito de la sanidad después de que la persona afectada haya dado su consentimiento libre e informado¹⁸⁰, salvo en situaciones de urgencia¹⁸¹, y que, en cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento. Además, habrán de ser tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

Atiende igualmente la protección de las personas que no tienen capacidad para expresar su consentimiento por lo que solo se puede intervenir si redunde en su beneficio directo¹⁸² así como de las personas que sufren trastornos mentales graves, que solo podrán ser sometidas, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso¹⁸³.

En realidad, el Convenio se concibió como una convención marco, que contiene una normativa de mínimos, pudiendo los Estados ampliar la protección que prevé la adopción de Protocolos adicionales que incorporen normas complementarias y más detalladas. Hasta la fecha se han adoptado cuatro¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Lo que implica que la persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

¹⁸¹ Artículo 8: “Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada”.

¹⁸² En el caso de los menores ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez. Cuando la persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

¹⁸³ Artículo 7 Convenio Oviedo 1997.

¹⁸⁴ Artículo 31, relativo a los protocolos “con el fin de desarrollar, en los ámbitos específicos, los principios contenidos en el presente Convenio”. Los Protocolos adicionales adoptados hasta la fecha son cuatro: el Protocolo adicional relativo a la prohibición de clonar seres humanos (CETS 168), abierto a la firma en París el 7 de enero de 1998 y que entró en vigor el 1 de marzo de 2001; el Protocolo adicional sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano (CETS 186), abierto a la firma en Estrasburgo el 24 de enero de 2002, entrada en vigor el 1 de mayo de 2006; el Protocolo adicional sobre investigación biomédica (CETS 195), adoptado en Estrasburgo, el 30 de junio de 2004, abierto a la firma el 25 de enero de 2005 y entrado en vigor el 1 de septiembre de 2007; y el Protocolo adicional sobre pruebas genéticas con fines médicos (CETS 203), abierto a la firma en Estrasburgo el 27 de septiembre de 2008 y que entró en vigor el 1 de julio de 2018.

Finalmente, cabe destacar, por un lado, que, en relación con la interpretación del Convenio, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos, con independencia de todo litigio concreto que se desarrolle ante un órgano jurisdiccional, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio¹⁸⁵ así los informes nacionales sobre la aplicación del Convenio a instancias del Secretario General del Consejo de Europa. Y, por otro, la obligación de debate público establecida para los Estados Partes que deben encargarse de que:

*"las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina sean objeto de un debate público apropiado, a la luz, en particular, de las implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y de que sus posibles aplicaciones sean objeto de consultas apropiadas"*¹⁸⁶.

1.4.1.4 La protección de la salud y los derechos humanos para todos

La protección de la salud y los procesos de consulta pública son valores importantes para el Consejo de Europa y sus Estados miembros. Junto a la labor de supervisión y aplicación de la Carta Social Europea, el Consejo de Europa presta asistencia a los Estados miembros en la aplicación de *"la salud y los derechos humanos para todos"* teniendo en cuenta a las minorías y a los grupos vulnerables a través del Comité de Expertos sobre la buena gestión en el cuidado de la salud.

El Comité de ministros creó en 1953 el Comité Europeo de la Salud (CES) para fomentar una cooperación europea más estrecha en la promoción de la salud con el objetivo de crear las condiciones necesarias para salvaguardar y mejorar la salud de los ciudadanos europeos¹⁸⁷.

Tiene encomendado contribuir al fortalecimiento de la cohesión social promoviendo el acceso equitativo a servicios de atención sanitaria, incluida la

¹⁸⁵ A solicitud, señala el art. 29, del Gobierno de una de las Partes, una vez informadas las demás Partes o por el Comité Director para la bioética, mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

¹⁸⁶ Artículo 28 del Convenio.

¹⁸⁷ Los miembros del CES son nombrados por los gobiernos de todos los Estados miembros y son altos funcionarios de salud pública o especialistas en la materia y eligen a diez miembros para formar parte de la Mesa durante un mandato de dos años mientras que el Presidente es elegido por el Comité Plenario de entre los miembros de la Mesa por un año, renovable una sola vez. El Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa, la Comisión Europea y el Consejo Europeo pueden estar representados en las reuniones sin derecho a voto. Otros Estados y organizaciones a los que el Comité de Ministros haya concedido el estatuto de observador podrán ser invitados a enviar representantes en calidad de observadores sin derecho a voto. Canadá, la Santa Sede, Japón, México, Estados Unidos de América, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, la República Federativa de Yugoslavia, así como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja tienen estatus de observadores.

prevención; promover un mejor funcionamiento de los servicios sanitarios orientados al paciente y, al mismo tiempo, respetuosos con las dimensiones democráticas, éticas y de derechos humanos de la prestación de asistencia sanitaria, teniendo en cuenta un enfoque integral de la salud y los derechos humanos; promover los derechos de los pacientes, la participación ciudadana y la protección de las personas vulnerables; desarrollar la cooperación europea entre los Estados miembros en materia de promoción de los derechos humanos y mejora de la salud de las poblaciones europeas en sus diversos aspectos¹⁸⁸; revisar, en cooperación con los comités pertinentes del Consejo de Europa, las cuestiones éticas y reglamentarias que se plantean en el ámbito de la política sanitaria¹⁸⁹; preparar, sobre la base de un análisis de buenas prácticas, recomendaciones y otros instrumentos¹⁹⁰; garantizar la difusión de las recomendaciones y otros resultados y llevar a cabo evaluaciones de su impacto en los Estados miembros y contribuir a la preparación de las Conferencias de Ministros de Sanidad del Consejo de Europa y garantizar su seguimiento, teniendo en cuenta las decisiones pertinentes del Comité de Ministros, así como cooperar activamente con otros organismos internacionales pertinentes, en particular la OMS, y con la UE¹⁹¹.

Por tanto, la estrategia del CES está basada en un enfoque integrado de los avances médicos, por una parte; y, por otra, en los valores del ser humano. Sus actividades están encaminadas a la democratización y humanización de los servicios sanitarios. Contribuye así a lo establecido en la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno que tuvo lugar en Varsovia, en el año 2005, y en la cual se reconoció la protección de la salud como un derecho humano social y una condición esencial para la cohesión social y la estabilidad económica.

El Comité Europeo de la Salud aprueba recomendaciones basadas en el trabajo realizado por comités de expertos que se elevan al Comité de ministros,

¹⁸⁸ En particular, a la luz de las respuestas dadas por el Comité de Ministros a las recomendaciones pertinentes adoptadas por la Asamblea Parlamentaria y de los trabajos de las Conferencias Ministeriales, mediante estudios conjuntos sobre problemas comunes, el intercambio de información, conocimientos y experiencia y, en su caso, mediante recomendaciones, y otros instrumentos como herramientas de referencia, guías de aplicación.

¹⁸⁹ En particular, la identificación de políticas, puntos de referencia y ejemplos de buenas prácticas para la atención orientada al paciente, con vistas a mejorar la política y la práctica en los Estados miembros mediante informes, seminarios, conferencias y actividades específicas de difusión y asistencia

¹⁹⁰ Como herramientas de referencia, guías de aplicación que ofrezcan a los Estados miembros asesoramiento innovador y práctico en los ámbitos relativos a la equidad en el acceso a una asistencia de calidad adecuada y a unos servicios que respondan a las necesidades de la población de los Estados miembros.

¹⁹¹ Así como colaborar con los órganos del Consejo de Europa que se ocupan de cuestiones sanitarias, en particular la Asamblea Parlamentaria y la Conferencia de las ONG internacionales del Consejo de Europa, y apoyar sus actividades, de conformidad con el mandato otorgado por el Comité de Ministros y en el marco del Enfoque Estratégico de la Salud pública y las actividades conexas.

órgano decisorio del Consejo de Europa¹⁹². Los comités de expertos han abordado muchos ámbitos temáticos, como la buena gobernanza, el desarrollo y la promoción de políticas sanitarias, la salud mental, los cuidados paliativos, el papel de los pacientes y los grupos vulnerables¹⁹³.

Para finalizar, una breve referencia a la Farmacopea Europea, fruto del Convenio sobre la Elaboración de una Farmacopea Europea, que se abrió a la firma el 22 de julio de 1964, con el fin de disponer de medicamentos seguros, efectivos y de alta calidad, y que hoy se erige como un símbolo del compromiso de Europa para salvaguardar la salud pública y garantizar el acceso a los medicamentos y la asistencia sanitaria de buena calidad. La Farmacopea Europea es el libro de referencia jurídicamente vinculante para el control de calidad de los medicamentos y sus ingredientes tanto para humanos como para animales, en Europa y otros lugares. Actualmente, la Dirección Europea de Calidad del Medicamento y la Asistencia Sanitaria del Consejo de Europa, es la encargada de su elaboración y publicación¹⁹⁴, y está reconocida como una de las principales organizaciones en materia de protección de la salud pública. Garantiza la disponibilidad y el acceso a los medicamentos, las sustancias de origen humano y los productos sanitarios de consumo de buena calidad y seguros, desde su desarrollo inicial hasta su uso por pacientes y profesionales sanitarios¹⁹⁵.

La misión de la Dirección Europea de la Calidad del Medicamento y la Asistencia Sanitaria del Consejo de Europa es contribuir al derecho humano básico de acceder a medicamentos y a asistencia sanitaria de calidad, y promover y proteger la salud humana y animal.

Sin embargo, pese a la encomiable (y, en muchos casos, pionera) labor realizada por el Consejo de Europa –en aras a una mejor protección de los derechos humanos, en general, y del derecho a la salud y a la atención sanitaria, en particular–, y de todas las actividades relacionadas con la salud pública en

¹⁹² Entre las actividades anteriores del CES se encuentran los trabajos sobre trasplante de órganos y transfusión de sangre, que ahora son competencia de la Dirección Europea de Calidad del Medicamento y Asistencia Sanitaria creada en 1996.

¹⁹³ Entre las actividades anteriores del CES se encuentran los trabajos sobre trasplante de órganos y transfusión de sangre, que ahora son competencia de la Dirección Europea de Calidad del Medicamento y Asistencia Sanitaria creada en 1996 con el objetivo de mejorar la salud pública en los Estados.

¹⁹⁴ 39 Estados miembros del Consejo de Europa y la Unión Europea, junto con 32 observadores de todo el mundo, contribuyen a la labor de la Comisión Europea de Farmacopea, el órgano rector de la Farmacopea Europea.

¹⁹⁵ Consejo de Europa. Disponible en: <https://www.coe.int/es/web/portal/-/22-july-1964-convention-on-the-elaboration-of-a-european-pharmacopoeia-opened-for-signature> (Consultado el 24 de agosto 2023).

los Estados miembros, con el objetivo de mejorar la salud y el bienestar de los ciudadanos y promover políticas y prácticas de atención médica efectivas y éticas, se apreciaba una laguna en relación con la salud mental. En mayo de 2021, un grupo de expertos de Naciones Unidas¹⁹⁶ pidió al Consejo de Europa que retirase el proyecto de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo por mantener un enfoque de políticas y prácticas de salud mental basado en la coacción, considerado incompatible con los principios y estándares contemporáneos de derechos humanos. *"Cuando hay esfuerzos en todo el mundo para reformar la política de salud mental, nos sorprende que el Consejo de Europa, una importante organización regional de derechos humanos esté planeando adoptar un tratado que revertiría los desarrollos positivos en Europa, y que provocaría un efecto disuasivo en otras partes del mundo,"* dijeron los expertos¹⁹⁷. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa también se pronunciaron en contra del proyecto de Protocolo. En junio de 2022, el Comité de Ministros del Consejo de Europa suspendió la adopción del Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo hasta finales del año 2024¹⁹⁸.

1.4.2 La protección de los derechos humanos en la Unión Europea

Si bien los Tratados constitutivos no mencionaban los derechos fundamentales, su protección siempre ha estado presente en el Ordenamiento jurídico de la Unión gracias a la labor realizada por el Tribunal de Justicia, con sede en Luxemburgo.

En efecto, desde su función de garante del respeto y aplicación del Derecho de la Unión, el hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) reconoció la protección de los derechos fundamentales en el Ordenamiento comunitario a través de los principios generales del Derecho, asumiendo el mismo la supervisión de esa protección. Es el conocido como sistema pretoriano¹⁹⁹ de protección de los derechos fundamentales en la UE.

¹⁹⁶ El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, la enviada Especial del Secretario General sobre Discapacidad y Accesibilidad, la Relatora Especial sobre el derecho a la salud física y mental y la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad.

¹⁹⁷ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/2021/05/un-rights-experts-call-council-europe-stop-legislation-coercive-mental-health-measures> (Consultado el 2 de agosto 2023).

¹⁹⁸ Publicado en prensa. Disponible en: <https://consaludmental.org/sala-prensa/celebran-paralizacion-protocolo-europeo-internar/> (Consultado el 20 agosto 2023).

¹⁹⁹ Con origen en el Derecho Romano, en la época de la República, se entiende por derecho pretorio o pretoriano el creado mediante la aplicación de criterios de equidad formulados por jueces completando o supliendo lo dispuesto en las leyes.

Asimismo, el Tribunal identificó, partiendo, por un lado, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, elaborado por el Consejo de Europa; y, por otro, de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, cuáles eran los derechos fundamentales a proteger en el ámbito comunitario.

Se plantearon dos caminos para mejorar la protección de los derechos humanos en la UE. Por un lado, la opción de la adhesión de las todavía Comunidades Europeas²⁰⁰ al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Por otro lado, dotar a la UE con un catálogo propio de derechos fundamentales. La primera de estas opciones se vio descartada por cuestiones técnicas jurídicas ya que el Tribunal de Justicia declaró que, *"en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio"*.

En la segunda vía, se dio un paso esencial en el año 2000 con la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE por parte del Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo, en la que quedaron recogidos los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la UE. La redacción del borrador de la Carta finalizó el 26 de septiembre del año 2000. El 2 de octubre, la Convención aprobó formalmente el texto y se lo transmitió al presidente del Consejo Europeo. El 7 de diciembre del año 2000, fue proclamada por el Consejo Europeo de Niza. No obstante, su proclamación solemne no confirió a la Carta un carácter jurídicamente vinculante²⁰¹. Aunque la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)²⁰² se erigió como la piedra angular de la dimensión interna del sistema de protección de derechos humanos en UE, de la protección de todas las personas que se encuentran en territorio de la Unión.

La CDFUE garantiza, en primer lugar, los derechos de los ciudadanos de la UE, pero también de los no ciudadanos que legalmente se encuentren bajo su jurisdicción. Además, establece los derechos fundamentales que son vincu-

²⁰⁰ La personalidad jurídica de la UE fue reconocida formalmente primera vez hasta la adopción del Tratado de Lisboa y recogida en el artículo 47 del TUE. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf> (Consultado el 12 de julio de 2021).

²⁰¹ Algunos Estados miembros se opusieron a su incorporación a los Tratados constitutivos. Otros, por el contrario, al igual que el Parlamento Europeo, deseaban dotar a la Carta de un valor jurídico vinculante. Esto no impidió que las instituciones de la Unión Europea la erigieran rápidamente en el símbolo de respeto de los derechos fundamentales. QUESADA ALCALÁ, C., "Los derechos fundamentales en la Constitución española y en la Constitución Europea: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional", *Estudios de Derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Margarita Serna Vallejo (aut.), Consuelo Arranz de Andrés (aut.), 2009, pp. 757-776.

²⁰² Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403-> (Consultado el 11 de diciembre de 2023).

lantes para las instituciones y organismos de la UE y también para los gobiernos nacionales cuando estén aplicando la legislación de la UE. Recoge en la legislación de la UE un conjunto de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE. La Carta no sustituye en absoluto a los sistemas nacionales de protección de derechos fundamentales, sino que se limita a complementarlos.

Tras el fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004, hubo que esperar al Tratado de Lisboa de 2007, y a su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, para que la Carta alcanzara un reconocimiento jurídico vinculante, ocupando un lugar al mismo nivel que los tratados constitutivos. Pasó de ser un instrumento político para tener carácter jurídico vinculante pero carente de mecanismos propios de supervisión de su cumplimiento.

No se crean nuevos derechos, pero sí se les da una mayor visibilidad y claridad y los dota en el ámbito de la UE de una mayor seguridad jurídica. Comprende todo tipo de derechos, civiles, políticos, sociales incluyendo aquellos que ha sido necesario especificar más recientemente, debido a los avances científicos y el desarrollo de las nuevas tecnologías²⁰³.

Por tanto, el respeto de los derechos humanos es una de las obligaciones fundamentales de la UE en el ejercicio de sus competencias, cuando aplica las políticas y los programas que obligan a todas las instituciones de la UE como a cada uno de sus Estados miembros. Si los derechos fundamentales de una persona no se respetan, serán los tribunales nacionales competentes los que se pronuncien al respecto²⁰⁴. En casos específicos, cuando un Estado miembro no respeta la legislación de la UE e infringe los derechos de una persona, la Comisión Europea también puede llevar al Estado miembro ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

²⁰³ La *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, enero 2009, Fundación BBVA. La Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y funciones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los países de la UE, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la UE y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.fbbva.es/publicaciones/carta-de-los-derechos-fundamentales-de-la-union-europea-comentario-articulo-por-articulo/> (Consulta el 7 de julio 2021).

²⁰⁴ Aunque, dado que los Estados miembros de la UE son Partes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales los particulares también pueden dirigirse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, que resuelve sobre las violaciones de los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Europea.

Por lo que respecta a España, hay que recordar que, con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, estableció que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución española y en el artículo 1.8 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la CDFUE, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007.

La Carta consta de un Preámbulo y 54 artículos articulados en torno a siete Títulos, que comprenden todo tipo de derechos, ya sean individuales, políticos y sociales, los derechos derivados de los avances de la biomedicina y del desarrollo de las nuevas tecnologías. Los derechos, tras un Preámbulo donde se describen los principios inspiradores de la Carta, se sistematizan alrededor de siete Títulos, seis con los derechos proclamados y el último con las cláusulas generales o transversales.

Los derechos se enumeran en seis Títulos: Dignidad, Libertad, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia.

Los tres primeros, relacionados con los derechos civiles y políticos, plantearon pocos problemas en su formulación. Se trata de los Títulos I, II y III, relativos a la dignidad humana, las libertades y la igualdad respectivamente²⁰⁵.

El Título IV lleva por título Solidaridad en lugar de derechos sociales se examina en el siguiente apartado. Por su parte el Título V sobre ciudadanía enumera los derechos de los ciudadanos europeos, mientras que el Título VI relativo a la Justicia recoge el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y derechos de la defensa Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito.

²⁰⁵ La dignidad humana se declara inviolable, toda persona tiene derecho a la vida, no puede sufrir la pena de muerte y tiene derecho a su integridad física y psíquica, de ahí la prohibición de las prácticas eugenésicas y la clonación de seres humanos, la tortura, la esclavitud y el trabajo forzoso.

El Título II, relativo a las libertades, es el más extenso recogiendo una larga lista desde el derecho a la libertad y seguridad, respeto a la vida privada y familiar, protección de datos personales, derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión e información, libertad de reunión y asociación, libertad de las artes y las ciencias, derecho a la educación, libertad para trabajar y trabajar, libertad para realizar negocios, derecho a la propiedad, derecho al asilo, protección en caso de expulsión, expulsión y extradición.

El Título III, sobre igualdad, enumera la igualdad ante la ley, la no discriminación, el respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del niño, de las personas mayores y la integración de personas con discapacidad.

1.4.2.1 La solidaridad en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: La protección de la salud

El Título IV de la Carta está dedicado a la solidaridad, denominación que recibió finalmente en lugar de la más tradicional de derechos sociales, recogiendo en sus doce artículos, del artículo 27 al 38, derechos tales como el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho de negociación y de acción colectiva, incluida la huelga, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso de despido, el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios de interés económico general, la protección del medio ambiente y de los consumidores. Por tanto, su contenido esencial, es el relativo a los trabajadores y sus condiciones, incluida la ayuda y la cohesión social, los denominados clásicamente derechos sociales.

Una atención particular se presta a los niños y a los jóvenes en el artículo 32, con la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, basado en la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, así como en el artículo 7 de la Carta Social Europea y en los puntos 20 a 23 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores²⁰⁶.

Por su parte, el artículo 33, tras garantizar, basado en el artículo 16 de la Carta Social Europea, la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social atiende a la conciliación familiar señalando que:

"con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad²⁰⁷, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño".

Se basa, asimismo, en el artículo 8 de la Carta Social Europea, relativo a la protección de la maternidad, y se inspira en el artículo 27 de la Carta Social revisada en lo relativo al derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares, a la igualdad de oportunidades y de trato, y en la Directiva 92/85/

²⁰⁶ La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas. En cuanto a los jóvenes se admitidos a trabajar se señala que deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.

²⁰⁷ El término "maternidad" abarca el período desde la concepción a la lactancia.

CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental. Y señala que con el término "maternidad" se entiende el periodo que abarca desde la concepción a la lactancia²⁰⁸. Por su parte, el artículo 34 relativo a la seguridad social y ayuda social recoge expresamente la maternidad, junto a la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez.

Y, si bien el sistema de seguridad social constituye un instrumento esencial para facilitar la protección de la salud de todas las personas, la protección de la salud está contemplada en el artículo 35, estableciendo por tanto una distinción entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a prestaciones médico-sanitarias, englobadas en el derecho a la seguridad social²⁰⁹.

La protección de la salud está contemplada en el artículo 35 que señala que:

"Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana".

En lógica concordancia con las normas internacionales en la materia ya examinadas, y en estrecha relación con otras disposiciones de la Carta, se trata de un artículo que recoge principios basados tanto en el artículo 168 TFUE, así como en los artículos 11 y 13 de la Carta Social Europea²¹⁰.

No obstante, cabe distinguir dos componentes diferentes. En primer lugar, el derecho de toda persona a acceder a la prevención y atención sanitaria, en las condiciones establecidas en cada uno de los Estados. En segundo, recoge el deber transversal de la UE de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana en la definición y ejecución de todas sus políticas.

Respecto al derecho a la prevención y atención sanitaria, dado que UE carece de competencias en materia sanitaria, corresponde a los Estados concretar el contenido de ese derecho, así como los requisitos para acceder al mismo.

²⁰⁸ European Union Agency for Fundamental Rights. Disponible en: <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/33-vida-familiar-y-vida-profesional> (Consultado el 11 de julio 2023).

²⁰⁹ LÓPEZ ESCUDERO, M., "Comentario al artículo 35". En Araceli Mangas Martí, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, pp. 594-605.

²¹⁰ European Union Agency for Fundamental Rights. Disponible en: <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/35-proteccion-de-la-salud#explanations> (Consultado el 21 agosto de 2023).

Sin embargo, el artículo 35 reconoce este derecho a toda persona por lo que queda configurado como un derecho subjetivo de titularidad universal, sin distinciones de ningún tipo²¹¹, y así debe ser respetado por los Estados. Además, trata conjuntamente la prevención y la atención sanitaria, poniendo de relieve la importancia de la medicina preventiva en cualquier política sanitaria por contribuir a un mejor estado de salud y a un ahorro de costes.

Pero, aunque la UE carece de competencias específicas en esta materia, el Derecho de la UE sí incide en el ejercicio y disfrute de este derecho sobre todo en el supuesto de la libre circulación de personas²¹². Así, para facilitar el acceso a asistencia sanitaria pública en cualquiera de los 27 países de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suiza o el Reino Unido, en las mismas condiciones y al mismo coste que las personas aseguradas en el país de que se trate, siempre y cuando dicha asistencia resulte necesaria desde el punto de vista médicos se estableció la tarjeta sanitaria europea²¹³.

Por lo que respecta al segundo componente, garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana en la definición y ejecución de todas las políticas de la UE coincide en esencia con el apartado 1 del artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y se examina a continuación.

1.4.2.2 La protección de la salud humana en las políticas de la UE: La política sanitaria

En ningún caso la UE define las políticas sanitarias, ni la organización o el suministro de servicios sanitarios y de atención médica, aunque su acción

²¹¹ Ciudadanos, extranjeros, migrantes regulares e irregulares, etc.

²¹² Como es el caso del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos delEEE y de Suiza) y el Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004 Texto pertinente a efectos delEEE y para Suiza con su última modificación hasta la fecha, el Reglamento (UE) n° 1372/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2013, por el que se modifican el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

²¹³ Con vistas a la introducción de la Tarjeta Sanitaria Europea (TSE), el Reglamento (CE) 631/2004 armonizó los derechos a la asistencia sanitaria durante una estancia temporal para todas las diferentes categorías de asegurados (trabajadores por cuenta ajena, autónomos, estudiantes, desempleados, pensionistas, etc.). El concepto de asistencia sanitaria “*inmediata*” por el concepto de asistencia sanitaria “*necesaria*” en la letra a) del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento 1408/71. Se definen también grupos específicos de prestaciones que deben considerarse como “*asistencia necesaria*”; en particular, prestaciones relacionadas con el embarazo y el parto; las prestaciones relacionadas con enfermedades preexistentes y crónicas y la asistencia necesaria para la que se requiere un acuerdo previo con la unidad médica especializada. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=559&langId=es> (Consultado el 3 de septiembre de 2023).

completa las políticas nacionales y permite la cooperación entre países miembros en el campo de la sanidad pública en cumplimiento de lo establecido en los Tratados constitutivos.

En efecto, el artículo 168.1 afirma: *"Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana"*.

Por ello, y porque gozar de buena salud es una de las preocupaciones de los ciudadanos europeos, la UE trabaja para lograr un mayor nivel de protección de la salud a través de sus políticas y actividades. La acción de la UE en materia de sanidad consiste en mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades y los peligros para la salud, incluidos los que están vinculados a los estilos de vida de los europeos, así como fomentar la investigación²¹⁴. Cabe subrayar que esa acción complementaria de las políticas nacionales *"se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica"*²¹⁵.

Para ello, fomentará la cooperación entre los Estados y, en caso necesario, prestará apoyo a su acción mientras que los Estados en colaboración con la Comisión, han de coordinar entre sí sus políticas y programas respectivos en los ámbitos del artículo 168.1. Se ha de favorecer igualmente la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública.

Además, para contribuir a los objetivos del artículo y frente a los problemas comunes de seguridad, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, pueden adoptar medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre; medidas en los ámbitos

²¹⁴ Disponible en: https://eurlex.europa.eu/summary/chapter/public_health.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D29 (consultado el 3 de septiembre de 2023); LLORCA CASTRO, F., "Políticas de Salud en la Unión Europea: ¿Hacia un Sistema Europeo de Salud Pública?", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 2006, vol. 4, no 4, pp. 727-743.; DE LA MATA BARRANCO, I., "Ciudadanía sanitaria europea. La salud y la Unión Europea", *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 2009, vol. 7, nº 4, pp. 541-548.

²¹⁵ Artículo 168.1 TFUE que continúa indicando que *"Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas. La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención"*.

veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública; medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios así adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas; medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, a la alerta en caso de tales amenazas y a la lucha contra las mismas; así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros²¹⁶.

En todo caso, la acción de la UE en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros, por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios. Por lo tanto, son los Estados los principales responsables de la protección de la salud y de los sistemas sanitarios, aunque sin duda la pandemia de COVID-19 impulsó el protagonismo de la política de salud pública de la UE²¹⁷.

Sus objetivos son proteger y mejorar la salud de los ciudadanos de la Unión; promover la modernización y la digitalización de los sistemas e infraestructuras sanitarios; mejorar la resiliencia de los sistemas sanitarios europeos y equipar a los países de la Unión para mejorar la prevención y la gestión de futuras pandemias.

²¹⁶ Apartados 4 y 5 artículo 168 TFUE.

²¹⁷ El Tratado de Maastricht de 1992, por el que se creó la Unión Europea, introdujo la salud pública en el Tratado constitutivo. Aunque su ámbito de aplicación era más bien limitado, creó una base jurídica clara para la adopción de medidas de salud pública. La política de salud pública de la Unión tiene su origen en las disposiciones sobre salud y seguridad y, con posterioridad, se desarrolla como resultado de la libre circulación de personas y mercancías en el mercado interior, que exige coordinación en el ámbito de la salud pública. Varios factores, incluida la crisis de la encefalopatía espongiforme bovina («enfermedad de las vacas locas») a finales del siglo XX, colocaron la salud y la protección de los consumidores en un lugar destacado de la agenda política. La creación de agencias especializadas como la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), en 1993, y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC), en 2004, mostraron el compromiso cada vez mayor de la Unión con la política sanitaria. La salud pública se ha beneficiado también de acciones en ámbitos políticos tales como el medio ambiente y la alimentación, entre muchos otros. La creación de la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA) en 2006 en virtud del marco REACH para la evaluación y el registro de sustancias químicas y la creación de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) en 2002, constituyeron otros buenos indicadores de los amplios esfuerzos orientados a mejorar la salud de los ciudadanos de la Unión. La pandemia de COVID-19 puso de relieve la necesidad de que la UE dispusiera de una capacidad de respuesta rápida que le permitiera reaccionar ante las amenazas sanitarias importantes de manera coordinada, especialmente en una época en que, dada la rapidez de los transportes mundiales, las enfermedades resultan fácilmente transmisibles. En esta línea, la Comisión creó un nuevo organismo específico, la Autoridad de Preparación y Respuesta ante Emergencias Sanitarias (HERA), en septiembre de 2021.

En 1993, la Comisión publicó una Comunicación sobre el marco de actuación en el ámbito de la salud pública, que establecía ocho ámbitos de acción, como la promoción de la salud, el cáncer, las drogas y las enfermedades raras, precursor de los posteriores programas plurianuales de salud hasta el actual programa “UEproSalud (2021-2027)”²¹⁸.

La necesidad de coordinar mejor la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades implica abordar las causas subyacentes de la mala salud vinculada al estilo de vida y a los factores económicos y medioambientales, lo que introduce la salud en el resto de las políticas²¹⁹. Es el enfoque de “*La Salud en Todas las Políticas*”, por el carácter intersectorial de las cuestiones de salud pública, que pretende integrar los aspectos sanitarios en todas las políticas pertinentes.

Junto a este enfoque, las principales cuestiones objeto de atención son la prevención de enfermedades y fomento de la salud, con el cáncer, las enfermedades transmisibles y las amenazas transfronterizas, las medidas de lucha contra la COVID-19. En 2013, se lanzó una acción común de duración limitada, 2013-2018, sobre Salud y Bienestar Mentales de la UE, que creó un marco europeo para la acción en materia de salud y bienestar mentales. El pasado 7 de junio de 2023, la Comisión adoptó la Comunicación sobre un enfoque global de la salud mental, que ayudará a los Estados miembros y a las partes interesadas a actuar rápidamente para hacer frente a los retos en materia de salud mental, que se entiende como un punto de partida para un nuevo enfoque.

Los cambios sociales y la transición demográfica, con el envejecimiento de la población y la llegada de migrantes, junto a la regulación de los medicamentos y ensayos clínicos, con el acceso a medicamentos asequibles y la lucha contra la escasez de medicinas, así como la salud en línea o *eHealth*, la prestación de servicios sanitarios transfronterizos y la evaluación de las tecnologías sanitarias son los principales ejes de actuación de la acción de la UE en materia de salud pública²²⁰.

²¹⁸ Reglamento (UE) 2021/522 por el que se establece un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud («programa UEproSalud») para el período 2021-2027.

²¹⁹ Por poner un ejemplo, mitigar las consecuencias del cambio climático también supone tratar los problemas de salud que provoca o agrava, como el número creciente de muertes causadas por olas de calor y catástrofes naturales, y los patrones de infección cambiantes para las enfermedades de origen hídrico y las transmitidas por insectos, caracoles u otros animales de sangre fría.

²²⁰ KURRER, C., LIPCANEANU, N., “La salud pública”. *Ficha temática sobre la UE. Parlamento Europeo*. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/49/la-salud-publica> (Consultado el 5 de septiembre de 2023); MARCOS MARTÍN, M.T., QUESADA ALCALÁ, C., “Influencia de la Unión Europea en la protección de la salud en España”, en *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Ana Fernández-Coronado González, Salvador Pérez Álvarez (dir.), 2014, pp. 31-59.

1.5 El derecho a la protección de la salud en España

El título I de la Constitución Española de 1978 es el dedicado a los derechos y deberes fundamentales. Su capítulo tercero recoge el artículo 43, en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud, y que se denomina *"De los principios rectores de la política social y económica"*.

Por ello, de acuerdo con el artículo 53.3 de la Constitución el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el mencionado capítulo informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero dichos principios sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen²²¹.

El artículo 43 consta de tres apartados y afirma:

1. *"Se reconoce el derecho a la protección de la salud."*
2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto."*
3. *Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio."*

Los principios y criterios sustantivos que permiten el ejercicio en España de este derecho se regularon por la Ley 14/1986, General de Sanidad y se concretan en: financiación pública, universalidad y gratuidad de los servicios sanitarios en el momento del uso; derechos y deberes definidos para los ciudadanos y para los poderes públicos; descentralización política de la sanidad en las Comunidades Autónomas; prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados e integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud²²².

²²¹ Son igualmente medidas constitucionales de protección de este derecho el Defensor del Pueblo y la prohibición de la adopción de Decretos-Leyes que afecten al derecho a la protección de la salud al igual que a cualquier otro derecho, deber o libertad recogida en el Título I de la Constitución.

Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/constitucion/articulo43CE.htm> (Consultado el 2 de septiembre de 2023).

²²² Ministerio de Sanidad, *La protección de la salud en España*; 2008. Disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/docs/proteccion08.pdf> (Consultado el 7 septiembre de 2023).

1.5.1 El Sistema Nacional de Salud

Así, en España, la gestión de la salud está descentralizada y dividida en sistemas autonómicos de salud, conocidos como Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Cada una de las 17 Comunidades Autónomas y las dos ciudades autónomas (Ceuta y Melilla) tiene su propio sistema de salud, lo que significa que la atención médica y la gestión de los servicios de salud son responsabilidad de las autoridades regionales.

Por lo tanto, el Sistema Nacional de Salud (SNS) es el conjunto coordinado de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y los Servicios de Salud de las diferentes Comunidades Autónomas (CC.AA.) que integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con la ley, son responsabilidad de los poderes públicos. Los principios relacionados con la coordinación sanitaria a nivel estatal están recogidos en la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, que además concreta los instrumentos de colaboración y crea como órgano de coordinación el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS).

Posteriormente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud contempla el Consejo Interterritorial con este mismo carácter de órgano de coordinación, y profundiza en materia de coordinación y cooperación dentro del Sistema Nacional de Salud.

Las competencias del Estado en materia de sanidad se articulan en tres ámbitos. En primer lugar, las bases y coordinación general de la sanidad; en segundo, la sanidad exterior y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales y, finalmente, la legislación sobre productos farmacéuticos.

La competencia del Estado relativa a las bases y la coordinación general se concreta en la aprobación de normas que fijen las condiciones y requisitos mínimos, persiguiendo una igualación básica de condiciones en el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos. Incluye la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias.

La segunda competencia implica la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros. Además, comporta la cooperación internacional, con otros Estados y con organizaciones internacionales, en cuestiones como el Control epidemiológico, la lucha contra las enfermedades transmisibles, la conservación de un medio ambiente saludable, la elaboración, perfeccionamiento y puesta en práctica de normativas internacionales,

la investigación biomédica y en otros campos relacionados con el campo de la salud.

Finalmente, en relación con los productos farmacéuticos, corresponden al Estado la legislación sobre productos farmacéuticos, la evaluación, autorización y registro de medicamentos de uso humano, de uso veterinario y productos sanitarios, decidir la financiación pública y fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios, garantizar el depósito de sustancias estupefacientes de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales, importación de medicación extranjera y urgente no autorizada en España, mantener un depósito estatal estratégico de medicamentos y productos sanitarios para emergencias y catástrofes y adquisición y distribución de medicamentos y productos sanitarios para programas de cooperación internacional²²³.

Además, en coordinación con las Comunidades Autónomas y sin menoscabo de sus competencias, la Administración del Estado desarrolla igualmente actuaciones en materia de control sanitario del medio ambiente y de alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos, reglamentación, autorización y registro u homologación de los medicamentos de uso humano y veterinario y, sobre los primeros, ejerce las competencias de inspección y control de calidad, determinación, con carácter general, de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios, fomento de la calidad en el Sistema Nacional de Salud, formación sanitaria postgrado en centros y unidades docentes acreditados al efecto y establecimiento del Sistema de Información del Sistema Nacional de Salud.

Por lo que respecta a las Comunidades Autónomas, todas han asumido paulatinamente competencias en esta materia en un proceso de transferencia que se inició en 1981 y culminó en 2002, manteniendo la Administración General del Estado (AGE) la gestión de la sanidad en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, a través de Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA). Por tanto, las Comunidades Autónomas ejercen sus competencias en la planificación sanitaria, la salud pública y la asistencia sanitaria para lo que han asumido las funciones y servicios, los bienes, derechos y obligaciones relativos a dichas competencias, el personal y los créditos presupuestarios adscritos. Cada una de ellas cuenta con un Servicio de Salud, que es la estructura administrativa y de gestión que integra todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias.

²²³ Los principios y criterios sustantivos para fomentar el Uso Racional del Medicamento se encuentran en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Para que el Sistema Nacional de Salud mantenga una identidad común y responda a los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta el Estado autonómico, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación ciudadana. Equidad para garantizar el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos. Calidad para conjugar la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas y orientar los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen. Y, por último, participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, que permita además el intercambio de conocimientos y experiencias²²⁴.

Por otro lado, para una respuesta completa y actual al requerimiento contenido en el artículo 43 de la Constitución Española y, en consecuencia, tratar de alcanzar y mantener el máximo nivel de salud posible de la población se aprobó la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

En su Exposición de Motivos, define la salud como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, que proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar. Y considera que salud y educación se relacionan íntimamente y facilitan el deseable bienestar social y el necesario desarrollo económico sostenible. Existe suficiente conocimiento científico para poder asegurar que un alto nivel de salud mejora la productividad en todos los ámbitos analizados, de ahí que la inversión en salud, incluyendo la inversión en las estructuras que aseguran la salud de la población, sea una de las políticas públicas más rentables y, si además respeta la equidad efectiva, esencialmente justa.

Proteger y promover la salud de las personas, tanto a nivel individual como colectiva, debe hacerse desde el riguroso conocimiento científico y con la anticipación necesaria y para ello, señala la Ley, se requiere un sistema de salud pública que aúne y coordine en tres ámbitos de acción: el propio de los dispositivos de salud pública; las acciones de prevención y promoción de la salud en los servicios sanitarios, y las acciones y programas que, sin ser sanitarios, tienen efecto sobre la salud.

²²⁴ Ministerio de Sanidad, *La protección de la salud en España*; 2008. Disponible en: <https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/docs/proteccion08.pdf> (Consultado el 7 septiembre de 2023).

La ley, que establece las bases legales que sustentan las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas en materia de salud pública, se estructura en un título preliminar, seis títulos, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

El Título preliminar establece en su capítulo I el objeto y ámbito de la ley. En el capítulo II, con el artículo 3 como única disposición, se recogen los principios generales de acción en salud pública. Se trata de los principios de equidad, de salud en todas las políticas, de pertinencia, de precaución, de evaluación, de transparencia, de integralidad y de seguridad.

El Título I consta de tres capítulos y se ocupa de los derechos y deberes de los ciudadanos y de las obligaciones de las Administraciones en salud pública. La ley reconoce el derecho de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, a la información en materia de salud pública, con las limitaciones previstas en la normativa vigente.

El Título II describe las actuaciones de salud pública y consta de nueve capítulos. Los capítulos I y II están dedicados a la regulación de la vigilancia y promoción de la salud, mientras que el capítulo III establece las líneas generales que deben seguir las políticas en materia de prevención de problemas de salud y sus determinantes, que tienen por objeto reducir la incidencia y la prevalencia de ciertas enfermedades, lesiones y discapacidades en la población, y atenuar sus consecuencias negativas mediante políticas de carácter sanitario, ambiental, económico, laboral, alimentario o de promoción de la actividad física, entre otras. La coordinación de la promoción de la salud y la prevención de enfermedades y lesiones en el Sistema Nacional de Salud está desarrollada en el capítulo IV, estando dedicado el V a la importancia de una gestión sanitaria adaptada a la salud pública, en línea con el informe de la OMS de 2000²²⁵. El capítulo VI aborda las actuaciones de la salud pública en materia de protección de la salud, que van dirigidas a la prevención de los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas²²⁶. El capítulo VII determina la aplicación en España de la evaluación de impacto en salud, es decir, la combinación de procedimientos, métodos y herramientas mediante la cual un programa o norma pueden ser evaluados en relación con sus efectos y la distribución de los mismos sobre la salud de la población. El capítulo VIII está dedicado a la

²²⁵ OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2000 - Mejorar el desempeño de los sistemas de salud*. 53ª Asamblea Mundial de la Salud; 2000.

²²⁶ En coherencia con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la promoción y protección de la salud laboral, así como la prevención de los factores de riesgo en este ámbito, deben ser contempladas en la Cartera de servicios de la salud pública.

sanidad exterior y la salud internacional, competencia de la Administración central como se indicó anteriormente, y el IX regula un Sistema de información en salud pública, que posibilita el intercambio de la información necesaria para el mejor desarrollo de las actuaciones en materia de salud pública, con respeto a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. La mención hecha por la Ley 33/2011 a la Ley Orgánica 15/1999, debe entenderse hecha hoy en día a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

El Título III regula la planificación y coordinación de la salud pública, con el objetivo de contribuir a mantener y mejorar la salud de la población a través de una organización que permita coordinar los recursos existentes de una manera eficiente. Se dispone la articulación de la salud pública en España a través de la Estrategia de Salud Pública, que define las actuaciones dirigidas a los principales factores determinantes de la salud e identifica sinergias con políticas de otros departamentos y Administraciones.

Se crea, asimismo, el Consejo Asesor de Salud Pública como órgano colegiado de consulta y participación, adscrito al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en el que están representados los departamentos de la Administración General del Estado, cuyas políticas inciden en la salud y aquellas otras Administraciones, organismos y organizaciones que aseguren una adecuada gobernanza del sistema.

El Título IV se ocupa del personal profesional y de investigación en salud pública, y se divide en dos capítulos. El primer capítulo habla de la formación y desarrollo profesional, y el segundo de la investigación. Se reconoce el carácter multidisciplinar de la salud pública. Ello supone que los profesionales de salud pública no son necesariamente profesionales sanitarios, tal como se establece en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; no obstante, su desempeño profesional específico y principal, debe consistir en el desarrollo de las actuaciones descritas en el Título II y circunscritas a la salud pública. El Título V regula la autoridad sanitaria estatal y sus agentes, completándose con el VI, que recoge las infracciones y sanciones, seguido de las disposiciones adicionales, derogatoria y finales.

1.5.2 Los derechos y deberes de los pacientes

Como se ha señalado en el epígrafe anterior, el capítulo I del Título I está dedicado a los derechos de los ciudadanos en materia de salud pública, mientras que en el capítulo II se establecen los deberes de los ciudadanos y en el capítulo III las obligaciones de las Administraciones públicas.

En relación con los derechos de los ciudadanos en materia de salud pública, se recogen cuatro derechos: a la información, de participación, a la igualdad y a la intimidad, confidencialidad y respeto de la dignidad, al tiempo que, como deberes, se recogen el de colaboración y el de comunicación.

El ejercicio del derecho de las personas a la protección de la salud y recibir atención sanitaria se desglosa en una serie de derechos y deberes de los usuarios de los servicios sanitarios, esto es, de los pacientes.

La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales ha sido señalado por todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia y, muy en particular, por el Consejo de Europa, con la adopción del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. El Convenio, como se señaló anteriormente, establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina, y aborda la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias.

Si bien es cierto que la plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud fue objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se completan las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales.

En este sentido, la Ley 41/2002 refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado. Asimismo, la Ley trata con profundidad todo lo referente a la documentación clínica generada en los centros asistenciales, subrayando especialmente la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto. Así, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, ya derogada, calificaba a los datos relativos a la salud de los ciudadanos como datos especialmente protegidos, estableciendo un régimen singularmente riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión,

estableciendo un régimen singularmente riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión. En la actualidad y tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, los datos relativos a la salud de los ciudadanos se encuadran entre las categorías especiales de datos, siendo acreedores de un riguroso régimen de protección frente a cualquier tratamiento, especialmente en lo que se refiere a su obtención, custodia y eventual cesión, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Dato Personales y Garantía de los Derechos Digitales

Los derechos básicos de paciente se pueden sintetizar en: derecho a la información sanitaria y asistencial y a la información epidemiológica; derecho a la intimidad; respeto de la autonomía del paciente; derecho de acceso a la historia clínica; derecho a decidir sobre su salud con consentimiento informado, esto es libre y voluntario tras recibir información; derecho a la intimidad y privacidad; derecho a que se respete su voluntad (pudiendo manifestar de forma anticipada los cuidados y tratamientos de salud que desea recibir, para que su voluntad se cumpla si llega un momento en el que no puede expresar personalmente sus deseo a través del denominado "*documento de instrucciones previas*"); y derecho a reclamar y a sugerir.

El deber principal del paciente es facilitar los datos sobre su estado de salud de manera leal y verdadera así colaborar en la obtención de esa información, especialmente cuando sea necesaria por razones de interés público o para la asistencia sanitaria. Deberá, lógicamente, respetar las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como medidas sanitarias adoptadas para la prevención de riesgos, la protección de la salud y la lucha contra las amenazas a la salud pública y colaborar en la consecución de los fines de tales medidas. Y, por último, debe usar adecuadamente las instalaciones y servicios sanitarios, según a las normas generales de utilización y las establecidas por los centros, servicios y establecimientos y mantener el respeto debido al personal de los centros, servicios y establecimientos, y a los otros pacientes, familiares y acompañantes.