

REFLEXIONES SOBRE LA PROTECCIÓN NO JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD*

REFLECTIONS ON THE NON-JUDICIAL PROTECTION
OF THE RIGHT TO HEALTH

RÉFLEXIONS SUR LA PROTECTION NON JUDICIAIRE
DU DROIT À LA SANTÉ

Alejandro DÍAZ PÉREZ**

RESUMEN: El presente texto reflexiona sobre la forma en que los órganos no judiciales o jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, específicamente en México, funcionan como entidades que abonan a la justiciabilidad del derecho a la salud, considerándolos como una posible alternativa en una sociedad democrática frente a los posibles vacíos que pudieran existir en los mecanismos judiciales. La sofisticación de este tipo de garantías sería la clave de bóveda que incrementaría los niveles de protección de los derechos sociales, como el derecho a la salud.

Palabras clave: derechos sociales, derecho a la salud, protección no judicial.

ABSTRACT: This text reflects about the way in which non-judicial or jurisdictional organism for the protection of human rights, specifically in Mexico, function as entities that contribute to the justiciability of the right of health, considering them as a possible alternative in a democratic society, to the possible gaps that may exist in the judicial mechanisms. The sophistication of this type of safeguards could be the key of the vault that would increase the levels of protections of social rights such the right of health.

* Recibido el 21 de junio de 2018 y aprobado para su publicación el 7 de septiembre del 2018.

** Master en gobernanza y derechos humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Especialista en derechos humanos, y máster en derecho constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España.



Keywords: Social rights, right to health, non-judicial protection.

RÉSUMÉ: Ce texte reflète la manière dont les organismes non judiciaires ou juridictionnels pour la protection des droits de l'homme, notamment au Mexique, fonctionnent comme des entités qui contribuent à la justiciabilité du droit à la santé, en les considérant comme une alternative possible dans une société démocratique, aux éventuelles lacunes qui peuvent exister dans les mécanismes judiciaires. La sophistication de ce type de garanties pourrait être la clé qui permettrait d'augmenter les niveaux de protection des droits sociaux tels que le droit à la santé.

Mots-clés : Droits sociaux, droit à la santé, protection non judiciaire.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho a la salud como derecho social: su exigibilidad y justiciabilidad.* III. *Obligaciones de los Estados derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales.* IV. *Obligaciones específicas sobre el derecho a la salud.* V. *La protección no judicial del derecho a la salud en México.* VI. *Las medidas de reparación en la protección no judicial del derecho a la salud.* VII. *Consideraciones finales.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando reflexionamos sobre el derecho a la protección de la salud,¹ pensamos en las dificultades que pueden conllevar los derechos sociales en su concreción material. Sin embargo, las apelaciones contemporáneas sobre las mejores formas de construcción de garantías y justiciabilidad directa es un tema de central importancia.

A pesar del nivel de abstracción que la idea de universalidad de un derecho social puede tener, es indispensable robustecer la discusión para amplificar alternativas progresivas para mejorar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC),² los cuales han surgido desde la lucha ético-política del discurso y práctica de los derechos humanos.

¹ Se abordarán de manera indistinta los términos “derecho a la protección de la salud”, “derecho a la salud”, “derecho al disfrute del más alto nivel de salud”, etcétera.

² No obstante, este texto se referirá a los “DESC”. Cabe precisar que dentro de esta

El presente trabajo se enclava en ese contexto, mediante el análisis pormenorizado de cómo los órganos no judiciales o jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, específicamente en México, funcionan como entidades que abonan a la justiciabilidad del derecho a la salud, considerándolos como una posible alternativa en una sociedad democrática, frente a los posibles vacíos que pudieran existir en los mecanismos judiciales.

Hacer efectiva la justiciabilidad del derecho a la salud mediante salvaguardias administrativas abona en la ampliación de las formas de acceso a la justicia para las personas que sufren violaciones a sus derechos, desmitifica las objeciones a la exigibilidad de este tipo de derechos, y reivindica a la protección de la salud en el papel relevante que tiene, en el marco de una concepción liberal de la sociedad actual.

II. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL: SU EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD

En la teoría de los derechos humanos, se suele diferenciar —ya sea con fines pedagógicos o por un pretendido fin historicista— entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales.

Siguiendo la terminología alemana, se utiliza la expresión “derechos fundamentales” para referirse a aquellos derechos humanos que han sido constitucionalizados como tales. Algunos constitucionalistas defienden la existencia de varias “generaciones de derechos fundamentales”; la primera serían los derechos civiles y políticos. Para estas posiciones de la literatura jurídica, los derechos económicos, sociales y culturales serían derechos fundamentales de segunda o tercera generación.³ Hay quien sostiene, por el contrario, que los derechos económicos en un Estado social serían “derechos constitucionales” y en un Estado liberal “derechos fundamentales”; se trata de posiciones que adoptan un concepto muy restrictivo de la categoría “derecho fundamental”.

Sin embargo, en la doctrina sobre las generaciones de derechos, uno de sus fundamentos es justamente la división entre los derechos, pero tal diferenciación “ha implicado una dificultad para la evolución del derecho internacional

categoría de análisis se incluye también lo que extendidamente se han llamado “DESCA” (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales).

³ López Garrido, Diego *et al.*, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2016.

de los derechos humanos en esta materia, desde una perspectiva fáctica, lo que obliga... a su replanteamiento histórico-jurídico”.⁴

En esta línea, si tanto los derechos sociales como los individuales, proceden de la misma fuente normativa (por ejemplo, Constitución y los tratados internacionales), entonces “no resulta razonable distinguir los derechos en función de la supuesta diferenciación de las obligaciones atribuibles a los poderes públicos”,⁵ y por ende injustificado, “detenerse a calificar de fundamentales sólo algunos derechos sociales”.⁶

Tal diferencia tuvo que ver con la ausencia de estandarización de los niveles de protección de los derechos civiles y políticos en relación con los DESC. Por mucho tiempo, los derechos sociales tuvieron una suerte de *capitis diminutio*, con la presencia de menores niveles de protección, por considerárseles “no justiciables” y por su carácter “prestacional”, en tanto su configuración dependía enormemente de la discrecionalidad de los poderes públicos. Esa interpretación de las obligaciones estatales sería muy reducida en tanto es consecuencia de “una visión totalmente sesgada y naturalista del rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo”.⁷

Actualmente, en efectos prácticos esta línea divisoria (entre tipos de derechos) se ha difuminado, ya que han existido profundos avances en los mecanismos de protección judicial, y especialmente en los mecanismos no jurisdiccionales, así como en la sofisticación de los instrumentos utilizados por parte de diversas instituciones nacionales e internacionales para el análisis del cumplimiento progresivo de estos derechos.

Por ello, el centro del debate contemporáneo no estaría en la fundamentación de justiciabilidad de los DESC, sino en cómo articular y construir mejores formas de protección y garantía de los mismos.

En muchos países del mundo, el tratamiento constitucional de los DESC se equipara al de los derechos individuales, en tanto comparten los princi-

⁴ Bazán, Víctor y Jimena Quesada, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América Latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 248.

⁵ Herrera García, Alfonso, Comentario al libro de Bazán, Víctor y Jimena Quesada, Luis, “Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América Latina y en Europa, Buenos Aires”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLVIII, núm. 143, México, 2015, pp. 853-857.

⁶ Jimena Quesada, Luis, *La jurisprudencia europea sobre derechos sociales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 281.

⁷ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 23.

pios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En tal sentido, para solidificar la exigibilidad y justiciabilidad a los DESC cabe precisar que México forma parte de dos sistemas de protección de los derechos humanos, a saber: a) el sistema universal, y b) el sistema interamericano. En ambos casos, hay cuestiones para destacar.

1. *Sistema universal*

La adopción del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), del 16 de diciembre de 1966, constituyó un paso enorme en el reconocimiento de los DESC.⁸ Aunado a ello, otro hito importante fue la adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹ Este reconocimiento rompe la falta de protección de los DESC a nivel internacional.

La adopción por parte de la comunidad internacional del Protocolo Facultativo,¹⁰ ha permitido que los titulares de los derechos contenidos en el Pacto puedan presentar comunicaciones en contra de un Estado parte y que alegue ser víctima de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en ese instrumento. Asimismo, es un reconocimiento expreso de que la justiciabilidad de los DESC es conceptualmente posible y ofrece vías para una concreción práctica efectiva.

De igual forma, a través de las observaciones generales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)¹¹ ha articulado un trabajo extenso para dotar de contenido específico a cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto.¹²

Asimismo, en el contexto de la dimensión amplia de la justiciabilidad, otros comités de la ONU han hecho justiciables estos derechos por vía jurisprudencial, generalmente en virtud de la conexidad e interrelación con otros derechos. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la comunicación individual “Broeks vs. los Países Bajos” constató una violación al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ante la

⁸ Este instrumento fue ratificado por el Estado mexicano en mayo de 1981.

⁹ Hasta ahora, 45 países lo han firmado.

¹⁰ Cabe precisar que México aún no ha ratificado dicho protocolo facultativo.

¹¹ Órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del PIDESC por sus Estados parte.

¹² Como ejemplo la Observación general 14 sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, entre otros.

negativa a las mujeres de beneficios de seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres.¹³

También el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha adoptado recomendaciones generales relacionadas con la “circuncisión femenina” (14) y “la mujer y la salud” (24). Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño emitió las observaciones generales sobre “VIH/sida y los derechos de los niños” (3), “la salud y el desarrollo de los adolescentes” (4), y “sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud” (15).

2. Sistema interamericano

Dentro del sistema interamericano, sus órganos principales, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han aportado avances capitales para la justiciabilidad de los DESC. Si bien es cierto que el parámetro de tutela de los órganos del sistema es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es un tratado que centralmente reconoce derechos civiles y políticos, también cabe señalar que este hace referencia a derechos económicos, sociales y culturales.¹⁴

Asimismo, los países de la región, considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto constituyen un todo indisoluble, adoptaron el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”).

En ese contexto, en un principio la Corte IDH dotó de justiciabilidad a los DESC, principalmente por vía de conexidad con los derechos civiles.¹⁵

¹³ Comunicación 172/1984. A42/40 (1987).

¹⁴ Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

¹⁵ Corte IDH, *caso González Lluy y otros vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de septiembre de 2015, párrafo 177.

También, al interpretar de manera amplia el contenido y alcance de las garantías judiciales (artículo 8) y la protección judicial (artículo 25) previstas en la CADH, ha considerado dimensiones de estos derechos en relación con la tutela efectiva de los derechos sociales, como la protección de la salud, los derechos de los pueblos indígenas, o los derechos laborales, etcétera.

Aunado a lo anterior, a través de medidas de reparación, ha vinculado remedios efectivos para garantizar, por ejemplo, la revisión y atención médica de todos los miembros de comunidades indígenas, especialmente niños, niñas, personas mayores y mujeres; la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación, que respeten sus usos y costumbres y medidas necesarias para que se proporcione infraestructura sanitaria adecuada.¹⁶

Sin embargo, el paso de mayor trascendencia realizado por la Corte Interamericana ha sido con la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*, en la cual por primera vez en su historia dictó una condena específica por la violación del artículo 26 de la CADH, con motivo de la vulneración del derecho al trabajo, en particular de los derechos a la estabilidad laboral y de asociación.

Al analizar el fondo del caso, el tribunal regional afirmó su competencia a la luz de la CADH y con base en el principio *iura novit curia*, para estudiar la petición inicial sobre la afectación de derechos laborales. En ese sentido, la Corte reiteró “la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.¹⁷

Este paso significativo fue replicado por la Corte en las sentencias de los casos de los *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, y *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.¹⁸

En el caso de la CIDH, al ser un órgano que cuenta con facultades de promoción y protección de los derechos humanos en las Américas, y destacando

¹⁶ Corte IDH, *caso Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, párrafo 205, y *caso Samboyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, párrafos 224 y 225.

¹⁷ Corte IDH, *caso Lagos del Campo vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2017, párrafo 141.

¹⁸ En la misma línea, en su función no consultiva, al emitir la opinión consultiva 23/17 sobre las “obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal-interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos”.

su labor de monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha emitido valiosos documentos que contienen estándares específicos vinculados a los derechos sociales.

En su informe temático sobre “Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos”, ha enfatizado que es “deber de los Estados garantizar el derecho a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el acceso a servicios de salud materna en condiciones de igualdad, ... particularmente en la implementación de intervenciones claves que contribuyan a garantizar la salud materna, como la atención de las emergencias obstétricas”.¹⁹

De tal forma, vale destacar que el 3 de abril de 2014 la CIDH decidió constituir una relatoría especial sobre derechos económicos, sociales y culturales, que tiene funciones primordiales para la consolidación de la justiciabilidad de los DESC en las Américas.

III. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS DERIVADOS DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Habida cuenta las objeciones que en algún momento existieran frente a los derechos sociales, en el sentido de que éstos podrían tener problemas de concreción y tener un alto grado de indeterminación, por su carácter “difuso”, la especial aportación del Comité DESC de la ONU ha sido crucial para identificar con toda nitidez las obligaciones que los Estados tienen frente a estos derechos.

En 1990, 1998, 2009 y 2017 respecto a la interpretación del PIDESC dicho Comité emitió —respectivamente— las observaciones generales 3, sobre “La índole de las Obligaciones de los Estados Partes”, 9 sobre “La aplicación interna del Pacto”; 20 sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, y 24, “Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales”.

El artículo 2 del PIDESC contempla un bastión de obligaciones especialmente importantes para los Estados.²⁰ Este precepto debe concebirse en

¹⁹ OEA/Ser.L/V/II, 7 de junio de 2010, párrafo 84.

²⁰ “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar

una relación dinámica con el resto de las disposiciones del Pacto. El Comité ha enfatizado que estas obligaciones comportan dos tipos de deberes: a) de comportamiento, y b) de resultado; esto es, si bien el Pacto “contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato”.²¹

Por ello, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados partes; la primera consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos se ejercerán “sin discriminación”, y la segunda consiste en el compromiso de “adoptar medidas” (*to take steps*), compromiso que no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración.²² Este deber de comportamiento debe realizarse por “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”.²³

Además, el Comité asume como un deber de los Estados, tomar medidas que permitan ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. Estos recursos legales no necesariamente deben ser exclusivamente judiciales, ya que los de carácter administrativo también pueden ser adecuados, en tanto sean “accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces”.²⁴

Sobre los deberes de carácter progresivo, el párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. Asimismo, “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a

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.

²² Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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 social.

²³ Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

²¹ Comité DESC. Observación general 3. “La índole de las Obligaciones de los Estados Partes”, parr. 1.

²² *Ibidem*, párrafos 2 y 3.

²³ *Ibidem*, párrafo 3.

²⁴ Comité DESC. Observación general 9, “La aplicación interna del Pacto”, párrafo 9.

una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.²⁵

En ese sentido, la noción “hasta el máximo de los recursos de que disponga” debe entenderse no sólo en relación con los recursos financieros existentes a nivel interno, sino también a los que pone a disposición del Estado la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales, por lo que, cuando se afirme que un Estado no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos que se disponga, deben examinarse detenidamente las medidas legislativas o de otra índole que se hayan realizado.

Para determinar si esas medidas son “adecuadas” o “razonables”, deberá considerarse lo siguiente: a) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) si el Estado parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) si la decisión se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el PIDESC; e) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas, y f) si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.²⁶

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente regresivo... requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse... en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles”. Además, en el caso de que un Estado aduzca “limitaciones de recursos”, deberá explicar la medida regresiva adoptada, que se examinará de acuerdo con las circunstancias concretas del país y con arreglo a criterios objetivos; a saber:

- a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute básicos;
- c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un periodo de recesión económica; d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado deba satisfacer con

²⁵ Observación general 3, párrafo 10.

²⁶ Comité DESC, Declaración sobre la Evaluación de la obligación de adoptar hasta el máximo de los recursos de que disponga, de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto, 21 de septiembre de 2007, párrafo 8.

los recursos limitados de que dispone, por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado trató de encontrar opciones de bajo costo; y f) [s]i el Estado recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional”.²⁷

Por otro lado, la aplicación en sede interna del PIDESC debe realizarse considerando el principio que deriva del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por el cual un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a los DESC.

Vale la pena destacar que los Estados deben realizar una interpretación *pro persona* cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo; el derecho internacional exige que se opte por esta última.²⁸

Aunado a lo establecido, existen instrumentos de *soft law* que proporcionan claridad sobre los alcances de las obligaciones estatales. “Los Principios de Limburgo” relativos a la aplicación del PIDESC, se crearon con el fin de considerar la naturaleza de las obligaciones de los Estados partes del PIDESC, así como la cooperación internacional.²⁹ Posteriormente, con el objetivo de ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo con respecto al alcance de las violaciones a los DESC y las respuestas y recursos adecuados a los mismos, se construyeron las “Directrices de Maastricht”.

De manera adicional, se han delimitado las obligaciones que los Estados tienen en el contexto de actividades empresariales que pudieran afectar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. En principio, los Estados partes pueden ser directamente responsables de la acción o inacción de las entidades empresariales: a) si la empresa de que se trate actúa, de hecho,

²⁷ Corte IDH, *caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de julio de 2009, nota al pie 89.

²⁸ Observación general 9, *ibidem*, párrafo 14.

²⁹ El texto contiene 103 principios, que “en la primera parte se abordan observaciones genéricas, principios interpretativos y violación de los DESC y en la segunda se exponen la presentación y preparación de los informes de los Estados [y] la función del Comité [DESC]”. Cfr. Tello Moreno, Luisa Fernanda, *Panorama general de los DESC en el derecho internacional de los derechos humanos*, 3a. ed., México, CNDH, 2015, p. 52.

siguiendo las instrucciones de ese Estado parte o bajo su control o dirección al realizar el comportamiento en cuestión, como puede suceder en el contexto de los contratos celebrados por las autoridades públicas; b) cuando una entidad empresarial esté facultada por el derecho del Estado parte para ejercer atribuciones del poder público o en circunstancias tales que requieran ese ejercicio de atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales, o c) en el caso y en la medida en que el Estado parte reconozca y adopte ese comportamiento como propio.³⁰

El Comité ha referido que los Estados tienen tres tipos de obligaciones principales en relación con empresas privadas: i) obligaciones de respetar, ii) obligaciones de proteger, y iii) obligaciones dar efectividad, que deben observarse tanto en el territorio nacional como a las situaciones que tienen lugar fuera del territorio nacional sobre las que los Estados partes pueden ejercer un control.³¹

La obligación de respeto de los DESC “se vulnera cuando los Estados partes dan prioridad a los intereses de las empresas en detrimento de los derechos del Pacto sin la debida justificación o cuando aplican políticas que afectan negativamente a esos derechos”.³²

El deber de proteger significa que “los Estados partes deben prevenir de manera eficaz toda conculcación de [estos derechos] el contexto de las actividades empresariales. [Tal deber incluye] la adopción de medidas legislativas, administrativas, educativas y otras medidas apropiadas para asegurar una protección eficaz...”.³³

Finalmente, la obligación de dar efectividad en el contexto de actividades empresariales requiere que los Estados partes adopten las medidas necesarias hasta el máximo de sus recursos disponibles para facilitar y promover el disfrute de los [DESC]... [e]l cumplimiento de esas obligaciones puede exigir la movilización de recursos por el Estado, entre otras cosas, mediante la aplicación de sistemas de fiscalidad progresiva...³⁴

Por tanto, este cúmulo de instrumentos que identifican las obligaciones para los Estados en materia de DESC dan luz en la exigibilidad y justiciabilidad

³⁰ Comité DESC, Observación general 24, *Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, 2017, párrafo 11.

³¹ *Ibidem*, párrafo 10.

³² *Ibidem*, párrafo 12.

³³ *Ibidem*, párrafos 14 y 15.

³⁴ *Ibidem*, párrafo 23.

de estos derechos, que hoy en día cuentan con distintos niveles de protección y garantía.

IV. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

Una vez analizados los deberes estatales frente a los DESC, es importante examinar las obligaciones que han sido desarrolladas sobre el derecho a la salud.

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce que toda persona tiene derecho a la protección de la salud. Los artículos 10.1 y 10.2, incisos a) y b) del Protocolo San Salvador, reconocen que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

Además, el derecho a la salud es reconocido en numerosos instrumentos, a saber: en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11, y el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁵

El Comité DESC ha definido al derecho a la salud “como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.³⁶

En el aspecto normativo, el derecho a la salud entraña libertades y derechos. De acuerdo con el Comité,

entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura

³⁵ Esta misma cuestión se encuentra regulada en otros instrumentos regionales, como la Carta Social Europea, en su forma revisada (artículo 11), y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 16).

³⁶ Observación general 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 11 de mayo de 2000, párrafos 1 y 9.

el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.³⁷

Asimismo, en el marco de una interpretación extensiva, este derecho social no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación, e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

De manera central, los Estados tienen la obligación de garantizar cuatro principios fundamentales: 1) disponibilidad, 2) accesibilidad, 3) aceptabilidad, y 4) calidad.

En relación con la *disponibilidad*, los Estados deben contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Dichos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS).³⁸

Sobre la *accesibilidad*, “Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”.³⁹ La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: a) no discriminación,⁴⁰ b) accesibilidad física,⁴¹ c) accesibilidad económica (asequibilidad).⁴² y d) acceso a la información.⁴³

³⁷ Observación general 14, *ibidem*, párrafo 8

³⁸ *Ibidem*, párrafo 12.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ El acceso debe ser sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

⁴¹ Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/sida.

⁴² Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad.

⁴³ Comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.

De acuerdo con el Comité DESC, la *aceptabilidad* significa que “todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida”.

En cuanto a la *calidad*, los servicios de salud deben ser brindados con pertinencia cultural, científica, y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

En conexión con estas obligaciones, debe subrayarse que existen otras, que requieren esfuerzos estatales focalizados en ciertas temáticas. En tal sentido, los Estados tienen que adoptar las medidas necesarias para reducir la mortalidad materna e infantil y garantizar los derechos en el ámbito reproductivo. También deben centrarse en el mejoramiento de la higiene ambiental e industrial en contextos de los servicios sanitarios básicos. De igual forma, los Estados deben tomar acciones de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, especialmente las de transmisión sexual como el VIH/sida.

Asimismo, incorporar en planes y servicios sanitarios la perspectiva de género y el análisis de manera interseccional, para generar políticas públicas relacionadas con grupos de atención prioritaria o especial vulnerabilidad, como niñas, niños y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, personas LGBTI y pueblos indígenas.

Una obligación general trascendental es la del carácter *progresivo* del derecho a la salud, que implica que a lo largo de un determinado periodo no debe interpretarse en el sentido de que prive de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados. *A contrario sensu*, la realización progresiva implica la obligación constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización de este derecho.⁴⁴

En ese contexto, al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados: la obligación de *respetar*, *proteger* y *cumplir*. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover.

⁴⁴ Observación general 14, *ibidem*, párrafo 31.

En sede interna, los Estados deben generar estrategias nacionales de salud para identificar los pertinentes indicadores y bases de referencia del derecho a la salud. El objetivo de los indicadores debe consistir en vigilar, en los planos nacional e internacional, las obligaciones asumidas por el Estado.

Estos indicadores son fundamentales para garantizar el avance progresivo del derecho a la salud, por lo que las entidades públicas pueden seguir metodologías de vigilancia que son ampliamente aceptadas por la comunidad internacional.⁴⁵ Para este fin, debe seguirse un marco conceptual y metodológico que incluya al menos los siguientes indicadores: 1) estructurales, 2) de proceso, y 3) de resultado.

Los *indicadores estructurales* reflejan la ratificación y adopción de instrumentos jurídicos y la existencia de mecanismos institucionales básicos que se consideran necesarios para facilitar la realización de un derecho humano. Los *indicadores de proceso* reflejan todas las medidas (programas públicos e intervenciones concretas) que un Estado está adoptando para materializar su intención o su compromiso de alcanzar los resultados que corresponden a la realización de un determinado derecho, y los *indicadores de resultado* muestran el grado de realización de un derecho humano en un determinado contexto.⁴⁶

Finalmente, es preciso señalar que los Estados también tienen el deber de protección contra violaciones a los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las entidades privadas que otorgan servicios de sanidad. Por ello, si bien es cierto que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación del derecho a la salud cometida por particulares que ocurra dentro de su jurisdicción, éste puede resultar responsable si devienen tres condiciones: i) al momento de los hechos existe una situación de riesgo real e inmediato; ii) las autoridades conocían o debían tener conocimiento de dicha situación, y iii) no adoptar las medidas razonables y necesarias para prevenir o evitar ese riesgo.⁴⁷

⁴⁵ Por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH) impulsó la elaboración de un marco conceptual y metodológico para establecer los indicadores necesarios para vigilar el ejercicio de los derechos humanos que fue emitido en la 20a. reunión de los presidentes de órganos de tratados de derechos humanos, en Ginebra, durante los días 26 y 27 de junio de 2008.

⁴⁶ OACNUDH y CNDH, *Indicadores sobre el derecho a la salud en México*, México, 2011, pp. 17 y 18.

⁴⁷ Corte IDH, *caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de noviembre de 2014, párrafo 523.

V. LA PROTECCIÓN NO JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD EN MÉXICO

Una de las vías fundamentales para hacer efectiva la justiciabilidad del derecho a la salud tiene que ver con el desarrollo de salvaguardias no judiciales o administrativas, para garantizar de la manera más amplia posible el acceso a la justicia para las víctimas de violaciones a este derecho.

A partir de lo previsto en el apartado B del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el país se ha articulado un sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos, conformado por una Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)⁴⁸ y 31 organismos estatales de derechos humanos, que funcionan de manera complementaria a los órganos judiciales del Estado mexicano.⁴⁹

Por ello, para la garantía efectiva de los derechos humanos, y en cumplimiento de las obligaciones previstas en distintos instrumentos normativos, todas las autoridades deben guiar sus decisiones bajo el principio de efecto útil (*effet utile*), que implica la aceptación, implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por los órganos de derechos humanos del país, de forma tal que estos derechos en la práctica sean efectivamente protegidos.

En ese sentido, a continuación se analizan pormenorizadamente las formas en que específicamente la CNDH ha construido la protección no jurisdiccional del derecho a la salud y robustecido la exigibilidad y justiciabilidad en México de este derecho social, a través de la emisión de recomendaciones derivadas de investigaciones en casos de presuntas violaciones a los derechos humanos (sistema de peticiones individuales), o por recomendaciones generales, que se emiten con objeto de proponer a las diversas autoridades del país, los cambios y modificaciones de leyes y reglamentos, así como de prácticas

⁴⁸ En junio de 1990 nació por decreto presidencial, y se construyó como un organismo desconcentrado de dicha secretaría. Posteriormente, en 1992 se adicionó a la Constitución federal el apartado B del artículo 102, para elevar a la CNDH a rango constitucional y bajo la naturaleza jurídica de un organismo descentralizado. Finalmente, el 13 de septiembre de 1999, dicho organismo nacional se constituyó como una institución con plena autonomía de gestión y presupuestaria.

⁴⁹ La CNDH es un organismo que cuenta con más de veintisiete años de existencia, y tiene el nivel presupuestario más alto de América Latina, y uno de los mayores a nivel mundial en instituciones de su naturaleza.

administrativas que procuren y garanticen una mejor y más amplia protección de los derechos humanos.⁵⁰

1. *El derecho a la protección de la salud en sentido amplio*

En términos generales, la OMS ha conceptualizado el término “salud” como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.⁵¹

Para la CNDH, este derecho social debe entenderse como la prerrogativa de exigir al Estado un sistema capaz de proteger y velar por el restablecimiento de la salud, que demanda la observancia de elementos esenciales que garanticen servicios médicos en condiciones de disponibilidad.⁵²

En tal sentido, derivado del análisis de los precedentes existentes en el sistema no jurisdiccional en México, el núcleo de protección del derecho a la salud es muy amplio, por lo que inicialmente se diseccionará en dos niveles: i) la inadecuada atención o negligencia médica, y ii) el incumplimiento de obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, en servicios de salud.

A. *La inadecuada atención o negligencia médica*

En sus determinaciones, la CNDH ha referido los términos “negligencia médica”⁵³ e “inadecuada atención médica”⁵⁴ de manera indistinta para describir aquellas situaciones en las cuales concurre la “mala práctica” médica que implica la inobservancia de la *lex artis*, la deontología médica o de normas del ejercicio profesional. Este deber del personal médico que brinda servicios de salud constituye una obligación de medios y no de resultados, lo que significa que el profesional de la salud debe ofrecer a sus pacientes los conocimientos de su ciencia y pericia, así como actuar con la debida diligencia; sin embargo,

⁵⁰ El artículo 6o., fracción VIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

⁵¹ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*), núm. 2, p. 100.

⁵² CNDH, Recomendación general 15, 23 de abril de 2009, párrafo 24.

⁵³ CNDH, Recomendación 7/2010, 19 de febrero de 2010.

⁵⁴ CNDH, Recomendación 35/2010, 15 de junio de 2010.

esto no implica que en todo caso el resultado sea pueda ser atribuible al personal médico.

La investigación de los casos de inadecuada atención o negligencia médica tienen un alto nivel de complejidad para establecer el vínculo o nexo causal entre las acciones u omisiones que se pretenden atribuir al personal médico involucrado y el impacto directo en la violación al derecho a la salud. Sin embargo, la Comisión ha encontrado hipótesis de negligencia médica; por ejemplo, cuando existen omisiones al establecer la gravedad del o la paciente, no llevar a cabo una exploración física integral, actualizada y metódica, realizar procedimientos quirúrgicos de manera innecesaria y sin informar al paciente, y no brindar el tratamiento médico oportuno,⁵⁵ entre otros.

El criterio que a menudo ha seguido en este tipo de vulneraciones tiene que ver con la utilización de experticias médicas que den cuenta detalladamente de la atención médica proporcionada basada esencialmente en el expediente clínico que la propia autoridad investigada debe proporcionar.⁵⁶ Por ello, la determinación de responsabilidad conlleva un componente altamente técnico-científico; no obstante, desde 1993 hasta la fecha la CNDH ha emitido al menos 115 recomendaciones a diversas autoridades del sistema de salud federal y de las entidades federativas.⁵⁷

B. Incumplimiento de obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, en servicios de salud

De manera previa, se ha expuesto que es un deber del Estado garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en los servicios de salud, con la finalidad de alcanzar el disfrute del nivel más alto posible de salud. Al respecto, la CNDH ha emitido resoluciones emblemáticas (*leading cases*). Para fines del análisis, cabe destacar el contenido de la Recomendación 18/2016, en tanto en dicho caso concurrieron el incumplimiento de las cuatro obligaciones citadas, y por ende resulta un caso de especial relevancia.

Este caso se relaciona con la afectación que sufrieron 31 niñas y niños indígenas, de los cuales dos perdieron la vida en el contexto de la aplica-

⁵⁵ CNDH, Recomendación general 29, 30 de junio de 2016, párrafo 79.

⁵⁶ Por ejemplo, en las recomendaciones 6/2011, 65/2012, 46/2013, 8/2014, 15/2014, 20/2015, 33/2016, 26/2017, entre otras.

⁵⁷ De acuerdo con la revisión de las recomendaciones publicadas en la propia página web de la CNDH. Consulta del 3 de febrero de 2018.

ción de diversas vacunas, en las instalaciones de la Unidad Médica Rural “La Pimienta”,⁵⁸ población que se localiza en el municipio de Simojovel, en la región norte del estado de Chiapas.⁵⁹ La Comisión consideró que las víctimas del caso se encontraban en un alto grado de vulnerabilidad, potencializada por una triple condición, al ser menores de edad, indígenas y el nivel de marginación que sufren.⁶⁰

Una vez finalizada la investigación, el organismo concluyó que las afectaciones a los menores fueron resultado del “procedimiento de manejo y mecanismo en la aplicación de la [vacuna], aunada a los factores de riesgo y el incumplimiento de las obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en los servicios de salud..., mismos que son directamente imputables a servidores públicos del IMSS”.⁶¹

Sobre el incumplimiento del deber de disponibilidad, la unidad médica tenía “diversas deficiencias tanto de infraestructura, mobiliario y equipamiento médico, mismas que imposibilita[ron] otorgar un servicio de calidad, todo lo antes mencionado son anomalías consideradas graves y representa[ron] un riesgo sanitario...”.

En relación con la obligación de accesibilidad, el centro de salud Simojovel se encuentra ubicado a una distancia geográfica de diez km (la duración de dicho trayecto es de aproximadamente treinta minutos en vehículo y dos horas treinta minutos a pie, por la precaria condición de las vías de comunicación terrestre) de la población de “La Pimienta”. En vista de las diversas complicaciones que los menores de edad tuvieron, sus padres realizaron un segundo traslado al hospital IMSS-Bochil, que se encontraba 43.6 km de distancia. Por tal cuestión, y el restringido horario del funcionamiento de la unidad médica rural (8:00 a 16:00 horas), la autoridad federal contravino el deber de accesibilidad.⁶²

Por lo que respecta a la aceptabilidad, la inobservancia de este principio se configuró, al existir una comunicación que no fue culturalmente adecuada con los servidores públicos de la unidad médica rural y del centro de salud

⁵⁸ La Unidad pertenecía al Programa Federal “IMSS PROSPERA”, del Instituto Mexicano del Seguro Social.

⁵⁹ De acuerdo con la información oficial, ese municipio cuenta con un grado de marginación muy alto, con una población total de 40,297 habitantes, de los cuales 33,335 son indígenas, en su mayoría hablantes de las lenguas tsotsil y tseltal.

⁶⁰ CNDH, Recomendación 18/2016, 29 de abril de 2016, párrafo 72.

⁶¹ *Ibidem*, párrafo 80.

⁶² *Ibidem*, párrafo 120.

Simojovel, ya que las víctimas pertenecen a la etnia tsotsil, y no todos tenían conocimiento del idioma español.⁶³ En ese sentido, el hospital, al no contar bienes y servicios que fueran culturalmente adecuados y personal médico que brindara el servicio en la lengua materna indígena a los usuarios del servicio, incumplió el deber de aceptabilidad.

Finalmente, sobre el componente de calidad en el servicio de salud, la unidad médica presentaba problemas estructurales, al constatar que era “evidente la falta de mantenimiento... debido a que en general la infraestructura se encuentra en malas condiciones de conservación [y] grietas en sus paredes”.⁶⁴ Tales condiciones dieron como resultado que el principio de calidad en el servicio otorgado fuera incumplido en agravio de las víctimas.

2. *El ámbito de la salud materna y la salud reproductiva*

Por otra parte, dentro de la protección no judicial del derecho a la salud, se han articulado estándares específicos tomando en cuenta los efectos diferenciados que se presentan en atención al género. Un aspecto relevante tiene que ver con la atención médica en el marco obstétrico, ya que las muchas afectaciones a los derechos y salud reproductiva ocurridas durante la atención al embarazo, parto y puerperio en las instituciones de salud son una práctica que aqueja a las mujeres y adolescentes gestantes, y que también se presenta en casos de niñas embarazadas.

Sobre este tema, la CNDH ha reiterado la importancia de llevar a cabo un adecuado seguimiento del embarazo y vigilancia obstétrica, de acuerdo con las normas oficiales,⁶⁵ mediante la aplicación de procedimientos indicados y regulados para la atención del embarazo, parto y puerperio; ello, con el propósito de detectar y prevenir los factores de riesgo en el binomio materno-fetal.⁶⁶ Asimismo, el personal médico involucrado en la atención obstétrica tiene un deber de especial garantía del derecho a la salud materna, en un doble aspecto, a saber: “I. [d]e manera preventiva, que incluyen las de promoción general y

⁶³ *Ibidem*, párrafo 123.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 129.

⁶⁵ Por ejemplo: NOM 007-SSA2-1993, “Atención de la Mujer Durante el Embarazo, Parto y Puerperio y del Recién Nacido. Criterios y Procedimientos para la Prestación del Servicio” (actualmente NOM-007-SSA2-2016 “Para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida”).

⁶⁶ CNDH, Recomendación 9/2017, 17 de marzo de 2017, párrafo 77.

las de protección específica”, así como “II. [c]jurativas, que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno”.⁶⁷

En el análisis de la atención médica a las mujeres con embarazo, la CNDH ha enfatizado que la protección a la salud prenatal se encuentra interconectada con la preservación y el adecuado desarrollo del producto hasta la conclusión de la gestación; es decir, en la medida en que sean satisfechos con efectividad los derechos de la mujer embarazada a la protección de la salud, se garantiza la viabilidad del producto y la protección de la expectativa de vida humana. Lo anterior, en el entendido de que “la defensa del producto de la gestación se realiza esencialmente a través de la protección a la mujer”.⁶⁸

A. *Violencia obstétrica*

En el mismo contexto, han sido identificadas prácticas relacionadas con la violencia de género en la atención médica que guardan relación con “con un modelo biomédico que desestima los elementos emocionales y sociales de la salud dando predominio al cuerpo y los elementos biológicos”.⁶⁹ Esta problemática se ha conceptualizado como “violencia obstétrica”, con la finalidad de visibilizar la violencia de género que las mujeres a menudo sufren durante su atención reproductiva.

Durante los años 2015, 2016 y 2017 dicho organismo ha emitido veintiocho recomendaciones por el sistema de peticiones individuales, y una recomendación general sobre violencia obstétrica.⁷⁰

La violencia obstétrica tiene uno de sus orígenes en las relaciones asimétricas de poder, donde convergen el género, las jerarquías, la “lucha por la posesión del conocimiento legitimado”,⁷¹ la influencia del sexismo y el androcentrismo en el campo de la medicina, la preeminencia del parto medicalizado sobre el natural y el ejercicio de prácticas patriarcales y autoritarias sobre las decisiones y el cuerpo de la mujer.⁷² Asimismo, el discurso dominante en la práctica médica se manifiesta en la patologización de los síntomas “caracte-

⁶⁷ CNDH, Recomendación 6/2017, 28 de febrero de 2017, párrafo 47.

⁶⁸ CNDH, Recomendación 5/2017, 28 de febrero de 2017, párrafo 52.

⁶⁹ CNDH, Recomendación general 31, 31 de julio de 2017, párrafo 8.

⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 60.

⁷¹ Bellón Sánchez, Silvia, “La violencia obstétrica desde los aportes de la crítica feminista y la biopolítica”, *Revista Dilemata*, año 7, núm. 18, 2015, p. 94.

⁷² Recomendación general 31, 31 de julio de 2017, párrafo 12.

rísticos de la mujer”, lo que conduce a la medicalización y apropiación de sus procedimientos naturales y fisiológicos.⁷³

En vista del número de precedentes que la CNDH ha tenido sobre esta práctica, ha construido su propio concepto de violencia obstétrica, que define como

una modalidad de la violencia institucional y de género, cometida por prestadores de servicios de la salud, por una deshumanizada atención médica a las mujeres durante el embarazo, parto o puerperio que le genere una afectación física, psicológica o moral, que incluso llegue a provocar la pérdida de la vida de la mujer o, en su caso, del producto de la gestación o del recién nacido, derivado de la prestación de servicios médicos...⁷⁴

El tal sentido, se han examinado aquellas acciones u omisiones específicas que constituyen violencia obstétrica; a saber: a) el abuso físico, generalmente cuando el personal médico utiliza el uso de la fuerza en la atención obstétrica; b) abuso verbal, cuando concurre la actitud de enojo y las expresiones inapropiadas a la paciente, así como el trato descortés y violento, consistente en gritos, regaños e insultos;⁷⁵ c) discriminación basada en la etnia o religión, particularmente migrantes y refugiadas son quienes se ven frecuentemente afectadas; d) prácticas relacionadas con el personal médico que se opone a proveer de calmantes o medicamentos para el dolor; e) los procedimientos quirúrgicos, como las episiotomías, en algunos casos fueron efectuados sin anestesia o la utilización de fórceps, a pesar de no ser recomendados por la OMS; f) el abandonado por largo tiempo a las pacientes; g) ausencia de atención médica profesional en el momento del parto; h) la patologización del parto al indicar cesáreas innecesarias; i) la realización injustificada de tactos vaginales.⁷⁶

Asimismo, derivado de las disposiciones normativas, en algunas entidades federativas del país se han identificado prácticas de violencia obstétrica, tales como: i) omitir la atención oportuna y eficaz de las emergencias obstétricas; ii) obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, aun cuando existen los medios necesarios para la realización del parto vertical; iii) obstaculizar sin causa médica justificada el apego precoz del niño

⁷³ *Ibidem*, párrafo 13.

⁷⁴ CNDH, Recomendación 3/2017, 22 de febrero de 2017, párrafo 41.

⁷⁵ CNDH, Recomendaciones 19/2015, 20/2015, y 48/2017.

⁷⁶ CNDH, Recomendación 48/2017, 19 de octubre de 2017, párrafo 54.

o niña con su madre, negándole la posibilidad de cargarlo y amamantarlo inmediatamente después de nacer; iv) alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer; v) practicar la cesárea, aun cuando existen condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer, entre otras.

Considerando la compleja problemática de salud que representa la violencia obstétrica en los servicios de salud, ha resultado fundamental el trabajo que este organismo de protección no jurisdiccional de los derechos humanos ha realizado para hacer visible y en consecuencia justiciable la protección de las víctimas de violencia obstétrica.

B. Consentimiento previo, libre e informado en servicios de anticoncepción

La CNDH ha identificado prácticas de anticoncepción y esterilización forzada en diversas instituciones de salud. En ese sentido, en algunas clínicas rurales del país se obliga a las mujeres —particularmente indígenas— que acuden a consulta, a utilizar el dispositivo intrauterino (DIU) como método de control natal; además, son amenazadas de que en caso de no aceptar perderían “apoyos de programas gubernamentales”.⁷⁷ Ante dicha situación, en el sistema no jurisdiccional se han construido estándares de protección y salvaguardias específicas para garantizar el consentimiento previo, libre e informado sea.

Al respecto, la Comisión ha destacado algunos elementos que son parte integrante de un proceso de consentimiento informado: i) informar sobre la naturaleza del procedimiento, opciones de tratamiento y alternativas razonables, que incluye los posibles beneficios y riesgos de los procedimientos propuestos; ii) tomar en cuenta las necesidades de la persona, así como asegurar que la persona comprenda la información brindada, y iii) asegurar que el consentimiento que se se brinde sea libre y voluntario.⁷⁸

Por ello, las autoridades tienen la obligación de garantizar el acceso a la información completa, oportuna y adecuada sobre aspectos relativos a la sexualidad y reproducción, incluidos los beneficios, riesgos y eficacia de los métodos anticonceptivos.⁷⁹ Asimismo, el personal médico debe respetar la

⁷⁷ CNDH, Recomendación general 4, 16 de diciembre de 2002, p. 1.

⁷⁸ CNDH, Recomendación 61/2016, 16 de diciembre de 2016, párrafo 39.

⁷⁹ CNDH, Recomendación 31/2016, 30 de junio de 2016, párrafo 24.

elección de un método anticonceptivo, y bajo ninguna circunstancia éstos podrán deliberadamente imponer alguno, aun cuando consideren que un método determinado es mejor que otro.⁸⁰

Otro estándar adoptado fue a partir de la Recomendación 61/2016, y guarda relación con el momento en que es recabado el consentimiento. Al respecto, constituye una vulneración al derecho al consentimiento previo e informado si éste se obtiene en el momento operatorio; por ejemplo, cuando la mujer aún se encuentra con “la cavidad abdominal abierta, bajo medicación, con efectos de la anestesia (aún y cuando esta sea regional) y estrés quirúrgico”. De igual forma, no es aceptable tomar la opinión de la paciente durante el acto quirúrgico o transoperatorio.⁸¹

En esta línea, los casos de métodos de anticoncepción permanentes exigen mayores controles para garantizar el consentimiento libre e informado, por lo cual, ante un tratamiento de “carácter intrusivo e irreversible, que no tiene un propósito terapéutico”; por ejemplo, una oclusión tubaria bilateral (OTB), “el proceso de consentimiento informado adquiere un alcance mayor y contenido especial”.⁸²

Por otra parte, actualmente en México doce entidades federativas del país han incluido a la falta de consentimiento libre e informado en servicios de anticoncepción o planificación familiar como un acto constitutivo de violencia de género.⁸³ Derivado de ese contexto, hay un consenso importante para visibilizar que las prácticas médicas que no respetan la decisión de las mujeres sean consideradas como una forma específica de violencia contra la mujer, en el ámbito de la salud.

3. *La salud y los pueblos indígenas*

México es un país con una profunda composición pluricultural, que de acuerdo con el artículo 2o. de la Constitución está sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. De acuerdo con la Encuesta Intercensal de 2015, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), de

⁸⁰ CNDH, Recomendación 58/2016, 14 de diciembre de 2016, párrafo 84.

⁸¹ Corte IDH, *caso I.V vs. Bolivia*, audiencia pública del 2 de mayo de 2016. Experticia de Christina Zampas, propuesta por la CIDH.

⁸² CNDH, Recomendación 61/2016, *ibidem*, párrafo 62.

⁸³ CNDH, Recomendación 61/2016, *ibidem*, párrafo 61, y Recomendación 3/2017, *ibidem*, párrafo 42.

los 119 millones 530 mil 753 personas que habitan el país, 21.50% de ellas se auto-adscribieron como indígenas.

En este sentido, diversos estudios han mostrado las desigualdades prevalentes entre la población indígena en relación con la no indígena, tanto en condiciones de vida como en perfil epidemiológico y expectativas de vida;⁸⁴ la población indígena en condiciones de pobreza casi duplica al de la población no indígena, y el 21.5% de la población indígena carece de acceso a los servicios de salud.⁸⁵ Esa profunda desigualdad en el acceso al disfrute del nivel más alto posible de salud se exagera al tratarse de mujeres indígenas y población afrodescendiente.

Existen también otros aspectos que repercuten de manera ostensible en el acceso a la salud, como la violencia doméstica, la criminalización del aborto y la feminización de la pobreza. En el caso de las mujeres indígenas, son concomitantes la discriminación, la violencia y la subordinación, que viven ellas al interior de las propias comunidades.⁸⁶

No obstante el efecto de tales afectaciones, la CNDH ha resaltado que en un alto número de padecimientos de salud por parte de las personas indígenas y afrodescendientes o afromexicanas tienen un componente de “mortalidad evitable”, ya que son condiciones médicas que son susceptibles de prevención primaria y tratamiento oportuno, y en otros casos son tratables con recursos y tecnología que deben estar disponibles en cualquier red de servicio público.⁸⁷

En tal sentido, toda atención de salud debe considerarse la perspectiva cultural, y las necesidades particulares de los pueblos indígenas, como el reconocimiento y respeto a los saberes propios, cosmovisiones, espiritualidad; la inclusión del enfoque de género, y se garantice una atención de salud de calidad desde la cosmovisión indígena. Aunado a lo anterior, debe profundizarse el fortalecimiento de la medicina tradicional, la vinculación de las prácticas indígenas tradicionales con la biomedicina, y prácticas de prevención de la violencia en la atención de la salud, con la implementación de programas de parto humanizado y la inclusión de la partería tradicional en la estructura institucional de salud.

⁸⁴ CNDH y CIESAS, *Informe especial sobre el derecho a la protección de la salud de las mujeres indígenas en México*, 2017, p. 25.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 33.

4. *El derecho a la información en servicios de salud*

En virtud de su interrelación, en materia de salud el derecho a la información comprende “el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. El acceso a la información no debe menoscabar el derecho a que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad”.⁸⁸ Este derecho no implica “solamente proporcionar toda la información sino hacerlo de la manera más adecuada a las características del [o la] paciente”.⁸⁹ La CNDH ha centrado la mayor parte de sus precedentes en el análisis de un aspecto específico del derecho a la información en los servicios de salud: el derecho a contar con un expediente clínico.

Este aspecto encuentra justificación en tanto dicho organismo ha documentado “omisiones sistemáticas por parte del personal de salud de diversas instituciones públicas en la elaboración de los expedientes clínicos de las y los pacientes que acuden a los servicios de salud de los distintos niveles de atención pública”.⁹⁰ Desde 2010 hasta 2016 hubo incumplimiento de las normas oficiales mexicanas sobre la integración del expediente clínico en 96 recomendaciones emitidas a diversas instituciones de salud pública.⁹¹

La CNDH ha sostenido que el derecho a la información en materia de salud comprende al menos tres aspectos fundamentales:⁹² 1) el acceso para recibir todo tipo de información relacionada con la atención de la salud; 2) la protección de los datos personales, y 3) la información debe cumplir con los principios de accesibilidad,⁹³ confiabilidad,⁹⁴ verificabilidad,⁹⁵ veracidad⁹⁶ y oportunidad.⁹⁷

⁸⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en la Observación general 14, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párrafo 12, inciso IV.

⁸⁹ Vall, Aurora y Rodríguez, Concepción, “El derecho a la información del paciente: una aproximación legal y deontológica”, *Revista BID*, núm. 21, diciembre de 2008.

⁹⁰ CNDH, Recomendación general 29, 31 de enero de 2017, párrafo 3.

⁹¹ *Ibidem*, párrafo 5.

⁹² *Ibidem*, párrafo 105.

⁹³ La información debe encontrarse disponible para el paciente.

⁹⁴ Debe sustentarse en criterios, prácticas, estudios y análisis realizados por una institución profesional y especializada en la disciplina médica.

⁹⁵ Se pueda corroborar con la institución médica tratante.

⁹⁶ Que permita conocer la verdad sobre la atención otorgada al o la paciente.

⁹⁷ Mediante datos actualizados sobre el estado de salud de la persona.

También, ha insistido en que ante solicitudes de información realizadas por parte de los usuarios y/o usuarias, las entidades de salud la proporcionen sin obstáculo alguno, al considerar que por regla general la confidencialidad del expediente clínico no es oponible al titular de los datos personales contenidos en el mismo, toda vez que "...dicha información se ubica dentro de la definición de datos personales..., ya que éstas no se generaron de forma abstracta, sino en clara relación con el estado de salud del paciente y su evolución".⁹⁸

VI. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN LA PROTECCIÓN NO JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD

1. *Medidas de reparación recomendadas por la CNDH*

Las medidas de reparación para las víctimas de violaciones al derecho a la salud son una parte esencial para la justiciabilidad de este derecho social. La Comisión, al ser un órgano de naturaleza no judicial, puede con mayor flexibilidad profundizar en mecanismos de reparación ostensiblemente más amplios que los que generalmente ordenan los órganos judiciales, ya sean locales o federales.

Como efecto de los documentos de recomendación, en todos los casos la Comisión solicita como medida inicial que las víctimas de las violaciones a los derechos humanos sean inscritas en el Registro Nacional de Víctimas,⁹⁹ a fin de que tenga acceso al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral, que se encuentra a cargo de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV). Para fines de la reparación integral, la CNDH ha considerado tanto la dimensión individual como colectiva de las vulneraciones al derecho a la salud, y ha ordenado varios tipos de medidas, que podrían agruparse de la forma siguiente: a) medidas de compensación; b) medidas de rehabilitación; c) medidas de satisfacción, y d) garantías de no repetición.

A. *Medidas de compensación*

La compensación es una medida vinculada con la indemnización monetaria a las víctimas de las vulneraciones. Constituye la medida más frecuen-

⁹⁸ CNDH, Recomendación general 29, *ibidem*, párrafo 49.

⁹⁹ Es el mecanismo administrativo y técnico que soporta todo el proceso de ingreso y registro de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos al Sistema, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley General de Víctimas.

temente solicitada y con mayores niveles de cumplimiento por parte de las autoridades responsables. El concepto de indemnización incluye el daño material e inmaterial provocado, además de considerarse las “consecuencias patrimoniales de las violaciones de derechos humanos que hayan sido declaradas, la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos”.¹⁰⁰

Asimismo, deben seguirse ciertos criterios objetivos para dicho fin, como el tipo de derecho violado, la temporalidad de la misma, el impacto biopsicosocial; esto es, con respecto al impacto en su vida privada e integridad psicofísica, en su esfera familiar, social y cultural, laboral y profesional, y en su situación económica.¹⁰¹ También, el dictar una reparación “reforzada” en los casos de grupos en presumibles circunstancias de desventaja o vulnerabilidad,¹⁰² y en donde sea constatado un “daño al proyecto de vida”.¹⁰³

B. Medidas de rehabilitación

Las medidas de rehabilitación pretenden reparar las afectaciones físicas, psíquicas o morales que puedan ser objeto de atención médica o psicológica.¹⁰⁴ Dicha medida en casos del ámbito de salud es especialmente importante; por ello, la CNDH ha solicitado que tanto a las víctimas directas como indirectas (familiares) se les proporcione “atención médica, psicológica y tanatológica”.¹⁰⁵ Además, la atención debe ser proporcionada “por personal profesional especializado... prestarse de forma continua hasta que alcance su total sanación física, psíquica y emocional, ...atendiendo a su edad y sus especificidades de género”.¹⁰⁶

¹⁰⁰ CNDH, Recomendación 48/2017, 19 de octubre de 2017, párrafo 82.

¹⁰¹ CNDH, Recomendación 5/2017, 28 de febrero de 2017, párrafo 79.

¹⁰² CNDH, Recomendación 9/2017, 17 de marzo de 2017, párrafo 81.

¹⁰³ El proyecto de vida es “la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, actitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”. *Cfr.* Corte IDH, *caso Loaiza Tamayo vs. Perú, fondo*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 147.

¹⁰⁴ Calderón, Jorge, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 176.

¹⁰⁵ CNDH, Recomendación 49/2017, 19 de octubre de 2017, párrafo 75.

¹⁰⁶ CNDH, Recomendación 48/2017, 19 de octubre de 2017, párrafo 72.

Asimismo, los tratamientos deben incluir la provisión de medicamentos;¹⁰⁷ incluso la atención médica puede tener un carácter “permanente” o “vitalicio”,¹⁰⁸ ordenando la filiación de oficio a los sistemas de sanidad para las víctimas, cuando así sea requerido,¹⁰⁹ así como medidas para asegurar el acceso gratuito a centros de bienestar infantil (o guarderías) con que cuenta la autoridad responsable de la vulneración.¹¹⁰

C. Medidas de satisfacción

Las medidas de satisfacción tienen el objetivo de reintegrar la dignidad de las víctimas y ayudar a reorientar su vida o memoria.¹¹¹ En primer término, cabe precisar que la emisión y versión pública de un documento de recomendación por violaciones a los derechos humanos tiene también un componente simbólico, y puede considerarse ensimismo como una forma de satisfacción moral para las víctimas.

Por otra parte, en el contexto del deber de investigar, la Comisión Nacional ha instado a “colaborar ampliamente” en el trámite de la queja administrativa para iniciar un procedimiento disciplinario ante la instancia que corresponda.¹¹² En cuanto al inicio de una denuncia de carácter penal, derivado de violaciones al derecho a la salud, esta cuestión conlleva un debate especial respecto de la proporcionalidad que la medida de reparación puede representar, ya que “la criminalización y tratamiento por la vía penal de los casos vinculados a violencia obstétrica, resultan ser medidas poco efectivas para asegurar una atención obstétrica adecuada, ya que se centra en la responsabilidad individual invisibilizando la institucional”.¹¹³

Por ello, las medidas de carácter penal estarían reservadas a conductas que sean especialmente lesivas o graves, que su tratamiento merezca una investigación punitiva; por ejemplo, en casos vinculados a negligencias médicas que hayan derivado en violaciones al derecho a la vida,¹¹⁴ las prácticas de esteriliza-

¹⁰⁷ CNDH, Recomendación 6/2017, 28 de febrero de 2017, párrafo 73.

¹⁰⁸ CNDH, Recomendación 24/2017, 21 de junio de 2017, párrafo 77.

¹⁰⁹ CNDH, Recomendación 45/2017, 29 de septiembre de 2017, párrafo 67

¹¹⁰ CNDH, Recomendación 38/2017, 14 de septiembre de 2017, párrafo 63.

¹¹¹ Calderón, Jorge, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, cit., p. 177.

¹¹² CNDH, Recomendación 24/2017, 21 de junio de 2017, recomendación “SEXTA”.

¹¹³ CNDH, Recomendación general 31, 31 de julio de 2017, párrafo 77.

¹¹⁴ CNDH, Recomendación 49/2017, 19 de octubre de 2017, recomendación “QUINTA”.

ción forzada,¹¹⁵ y abusos sexuales en contextos de revisiones ginecológicas.¹¹⁶ Por otra parte, como una forma de satisfacción para las víctimas, la Comisión ha solicitado la realización de un acto de disculpa pública.¹¹⁷

D. *Garantías de no repetición*

Este tipo de medidas tienen como principal objetivo evitar la repetición de los hechos que ocasionaron la violación. Una de las medidas más recurrente se refiere a la capacitación en materia de derechos humanos a servidores públicos, con la finalidad de desarrollar sus capacidades, nuevos conocimientos, nivel de especialización, y sensibilización frente a actos u omisiones que en sus labores pudieran constituir vulneraciones.

En esta línea, la Comisión ha solicitado a las entidades públicas de sanidad, que diseñen e impartan cursos enfocados en las normas oficiales en materia de salud,¹¹⁸ sobre el derecho a la protección de la salud materna, la violencia obstétrica, la prevención de muerte neonatal,¹¹⁹ la actualización en la detección y tratamiento de la diabetes,¹²⁰ entre otras.

De igual forma, las medidas se han extendido no sólo al personal público de salud, sino también en el campo educativo, de manera sostenida, desde los inicios de la formación médica, pasando por las prácticas de servicio social, hasta los niveles de estudios de posgrado,¹²¹ y en relación con médicos especialistas, que éstos sean sometidos a un procedimiento de certificación y recertificación ante consejos de especialidades médicas.¹²²

Con la finalidad de establecer medidas de carácter continuo, la Comisión ha solicitado que dentro de los hospitales públicos se implementen “campañas” de difusión relacionadas con la exteriorización y amplia difusión de “los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y sobre la erradicación de la violencia obstétrica”,¹²³ Con el mismo enfoque, ha solicitado adoptar una “política pública de prevención de violaciones a los derechos humanos de las

¹¹⁵ CNDH, Recomendación 61/2016, 16 de diciembre de 2016, párrafo 140.

¹¹⁶ CNDH, Recomendación 34/2016, 15 de julio de 2016, párrafo 97.

¹¹⁷ CNDH, Recomendación 18/2016, 29 de abril de 2016, recomendación “CUARTA”.

¹¹⁸ CNDH, Recomendación 7/2017, párrafo 102.

¹¹⁹ CNDH, Recomendación 48//2017, 19 de octubre de 2017, párrafo 77.

¹²⁰ CNDH, Recomendación 9/2017, recomendación “SEGUNDA”.

¹²¹ CNDH, Recomendación general 29, párrafo 74.

¹²² CNDH, Recomendación 5/2017, recomendación “CUARTA”.

¹²³ CNDH, Recomendación 3/2017, párrafo 52.

mujeres en ocasión del embarazo, el parto y el puerperio, centrada en el reconocimiento de la mujer como protagonista, en la relación materno-fetal”, e incluso la implementación de un “Modelo de Atención a las Mujeres durante el Embarazo, Parto y Puerperio con Enfoque Humanizado, Intercultural y Seguro”, en conexión con el fortalecimiento del proceso de vinculación de las parteras y parteros tradicionales¹²⁴ al sistema nacional de salud.¹²⁵

Ahora bien, una garantía de no repetición fundamental tiene que ver con las medidas que deben adoptarse para asegurar un sistema de sanidad que garantice este derecho de manera óptima y con calidad, tanto material como administrativa y humana. En tal sentido, en diversos casos la Comisión ha instado a diversas instituciones de salud del Estado mexicano (ya sea a nivel estatal o federal), a que “[s]e tomen las medidas para que se asignen... los recursos humanos y técnicos necesarios, para que no se repitan”¹²⁶ los hechos violatorios del derecho a la salud.

Asimismo, ha pedido que se establezca un programa para dotar a los centros de salud, “de los instrumentos, equipo, medicamentos, infraestructura, personal médico y todo aquello que garantice los estándares de accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad y calidad en los servicios de salud que brinde”.¹²⁷ Tales medidas incluyen la adecuación de los horarios de funcionamiento de las clínicas u hospitales públicos y la identificación culturalmente adecuada entre personal que brinda la atención, cuando se trate de personas indígenas.¹²⁸

En cuanto a la adopción de medidas legislativas, el organismo ha exhortado a las instancias competentes que sea estudiado el contenido de las normas oficiales mexicanas y “se realicen las modificaciones que se estimen necesarias, para cumplir el derecho a la información en la salud”.¹²⁹

VII. CONSIDERACIONES FINALES

De manera pormenorizada se ha expuesto la forma en que los órganos no judiciales como la CNDH emiten determinaciones que incluyen medidas de

¹²⁴ Las parteras y/o parteros tradicionales son agentes comunitarios de salud, que forman parte de la medicina tradicional indígena, reconocidas por la Organización Mundial de la Salud y el marco normativo mexicano.

¹²⁵ CNDH, Recomendación general 31, 31 de julio de 2017, recomendaciones “PRIMERA” y “SEGUNDA”.

¹²⁶ CNDH, Recomendación 46/2017, párrafo 58.

¹²⁷ CNDH, Recomendación 18/2016, recomendación “SEGUNDA”.

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo 125.

¹²⁹ *Ibidem*, párrafo 50.

reparación en diferentes niveles en el contexto de violaciones al derecho a la salud. Estos remedios administrativos planteados son centrales para los alcances de la eficacia de la justiciabilidad de este derecho en el ámbito material.

Lo anterior cobra relevancia, considerando la dificultad que los recursos judiciales disponibles presentan para la protección efectiva del derecho a la salud. En este sentido, si se analiza el procedimiento de amparo, éste suele ser sumamente complejo, por las rígidas reglas procesales que sigue y la limitación de los efectos del mismo, que de manera general es únicamente *inter partes*. Estas limitantes dificultan la justiciabilidad del derecho a la salud en sede judicial, y por ende se vuelve indispensable el reforzamiento de mecanismos administrativos para generar salvaguardias más robustas.

En contraste con las condiciones advertidas, las resoluciones de la CNDH tienen un efecto *erga omnes* incluso en aquellas que se emiten como consecuencia de una petición individual, ya que —como se ha expuesto previamente— las medidas de reparación solicitadas incluyen la compensación, restitución, satisfacción y garantías de no repetición. Tal cuestión implica que las medidas no se centren únicamente en la dimensión individual, sino en el ámbito colectivo y en la visibilización de problemáticas de carácter sistémico o estructural de las instituciones de salud.

Esta incidencia de documentos de recomendación sobre el derecho a la salud representa el 29.5% del total de las resoluciones que en los últimos años ha emitido la CNDH; esto es, casi una tercera parte del total, y constituye el derecho vulnerado más recurrente. Esa especial centralidad que este derecho social ha tenido para la Comisión Nacional es de suma importancia para la justiciabilidad de este derecho social, y representa un avance sustancial en la eficacia que este tipo de órganos de protección tienen frente a salvaguardas judiciales. Por tanto, la cuestión no es un tema menor, considerando la dificultad que aun en las democracias contemporáneas conlleva el reto de garantizar con mayores niveles el derecho a la salud.

Sin embargo, también vale hacer mención de que estos órganos de protección de los derechos humanos presentan otra cara de la moneda, que constituyen algunas problemáticas que deben ser corregidas para su funcionamiento óptimo. De acuerdo con diversos informes,¹³⁰ existen prácticas de opacidad en las determinaciones o decisiones que se toman sobre el fondo de las investigaciones. Por ejemplo, en los documentos de “conciliación”, en

¹³⁰ Por ejemplo, Human Rights Watch, *Informe la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: una evaluación crítica*, 2008.

donde la autoridad o institución responsable en cuestión reconoce la responsabilidad por las violaciones documentadas y se compromete a implementar las medidas de reparación propuestas por la CNDH, esta no es pública ni difunde información sobre el caso.

Asimismo, todas las investigaciones iniciadas son confidenciales hasta en tanto no sea concluida. Sin bien la confidencialidad de los datos es importante, ésta no debe restringirse al grado de denegar el acceso a la justicia de las víctimas. De igual forma, se ha identificado que al interior de dichas instituciones existen interpretaciones autorrestrictivas del principio de legalidad, que no necesariamente son compatibles con las obligaciones generales que derivan de la Constitución o de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. También, en los casos en que se emiten medidas cautelares por actualizarse los elementos de gravedad, urgencia e irreparabilidad, no se lleva con regularidad el seguimiento del cumplimiento de las mismas, y no existe información pública disponible sobre este particular.

No obstante lo anterior, aunque no ha sido del todo explorado, el papel de los organismos nacionales de derechos humanos tiene una relevancia vital en la construcción de justiciabilidad efectividad de los derechos sociales, y especialmente el de protección de la salud, en tanto pueden ser remedios adecuados, al ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. Los órganos de naturaleza no judicial pueden con mayor flexibilidad profundizar en mecanismos de reparación ostensiblemente más amplios que los que generalmente ordenan los órganos judiciales.

En suma, estos órganos de derechos humanos, funcionan como entidades que abonan a la justiciabilidad del derecho a la salud, considerándolos como una posible alternativa en una sociedad democrática, frente a los posibles vacíos que pudieran existir en los mecanismos judiciales. La sofisticación de este tipo de salvaguardias, sería la clave de bóveda que incrementaría los niveles de protección de los derechos sociales como el derecho a la salud.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- BAZÁN, Víctor y JIMENA QUESADA, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América Latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

- BELLÓN SÁNCHEZ, Silvia, “La violencia obstétrica desde los aportes de la crítica feminista y la biopolítica”, *Revista Dilemata* año 7, núm. 18, 2015.
- CALDERÓN, Jorge, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, Comentario al libro de Bazán, Víctor y Jimena Quesada, Luis, “Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América Latina y en Europa, Buenos Aires”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XLVIII, núm. 143, 2015.
- JIMENA QUESADA, Luis, *La jurisprudencia europea sobre derechos sociales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego *et al.*, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2016.
- OACNUDH y CNDH, *Indicadores sobre el derecho a la salud en México*, México, OACNUDH-CNDH, 2011.
- TELLO MORENO, Luisa Fernanda, *Panorama general de los DESCAs en el derecho internacional de los derechos humanos*, 3a. ed., México, CNDH, 2015.
- VALL, Aurora y RODRÍGUEZ, Concepción, “El derecho a la información del paciente: una aproximación legal y deontológica”, *Revista BID*, núm. 21, diciembre de 2008.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2009.
- Caso González Lluy y otros vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de septiembre de 2015.
- Caso Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005.
- Caso Sanhoyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006.
- Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de noviembre de 2014.
- Caso Lagos del Campo vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2017.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

- Observación general 3, “*La índole de las Obligaciones de los Estados Partes*”, 1990.
Observación general 9, “*La aplicación interna del Pacto*”, 1998.
Observación general 14, “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2000.
Observación general 24, “*Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*”, 2017.

Recomendaciones e informes emitidos por la CNDH

- Recomendación 7/2010, 19 de febrero de 2010.
Recomendación 35/2010, 15 de junio de 2010.
Recomendación 18/2016, 29 de abril de 2016.
Recomendación 31/2016, 30 de junio de 2016.
Recomendación 34/2016, 15 de julio de 2016.
Recomendación 58/2016, 14 de diciembre de 2016.
Recomendación 61/2016, 16 de diciembre de 2016.
Recomendación 3/2017, 22 de febrero de 2017.
Recomendación 5/2017, 28 de febrero de 2017.
Recomendación 6/2017, 28 de febrero de 2017.
Recomendación 7/2017, 28 de febrero de 2017.
Recomendación 9/2017, 17 de marzo de 2017.
Recomendación 24/2017, 21 de junio de 2017.
Recomendación 38/2017, 14 de septiembre de 2017.
Recomendación 45/2017, 29 de septiembre de 2017.
Recomendación 46/2017, 29 de septiembre de 2017.
Recomendación 48/2017, 19 de octubre de 2017.
Recomendación 49/2017, 19 de octubre de 2017.
Recomendación general 4, 16 de diciembre de 2002.
Recomendación general 15, 23 de abril de 2009.
Recomendación general 29, 31 de enero de 2017.
Recomendación general 31, 31 de julio de 2017.
Informe Especial sobre “*El derecho a la protección de la salud de las mujeres indígenas en México*”, 2017. 