

**LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL EN EL DERECHO
INTERNACIONAL**

MÓNICA MARÍA SOLER AYALA

1.020.775.010

Trabajo de Investigación Jurídica como modalidad de trabajo de grado

ASESORES

ANDRÉS FELIPE LÓPEZ, PhD y YAHIRA ROSSINI GUZMÁN, PhD

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL
CENTRO DE INVESTIGACIONES-SOCIOJURÍDICAS
BOGOTÁ, JUNIO 2021**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
1. CAPÍTULO I: Importancia del <i>hard law</i> y el <i>soft law</i> de cara al <i>corpus iuris</i> internacional del derecho a la salud mental	6
1.1. Transformación del Sistema Jurídico Internacional.....	7
1.2. Concepto e interacciones entre el <i>hard law</i> y el <i>soft law</i>	8
1.3. Derechos Humanos y <i>Soft Law</i>	14
1.4. Complejidades y retos del <i>Soft Law</i> en el derecho internacional.....	16
2. CAPÍTULO II: El derecho a la salud en el derecho internacional	19
2.1. La salud como derecho.....	19
2.1.1. Protección del derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	25
2.1.2. Protección del derecho a la salud en el Consejo de Europa.....	27
2.2. Jurisprudencia internacional sobre el derecho a la salud.....	29
2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	29
2.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo De Derechos Humanos.....	34
2.2.3. Relaciones entre la Jurisprudencia de la Corte Interamericana del tribunal Europeo de Derechos Humanos...	37
2.3. Obligaciones del Estado en relación con la prestación de servicios de salud.....	38
3. CAPÍTULO III: Marco regulatorio del derecho a la salud mental	43
3.1. Introducción a la salud mental.....	43
3.1.1. Panorama de la Salud Mental a Nivel Mundial.....	44
3.1.2. Panorama de la Salud Mental a Nivel Regional.....	45
3.2. Corpus iuris del Derecho a la Salud Mental.....	46
3.2.1. Instrumentos desarrollados en el marco de la OMS y la OPS.....	50
3.3. La atención en salud mental con enfoque comunitario: La experiencia de Colombia.....	53
3.4. Sistematización de los hallazgos.....	56
4. Conclusiones	58
5. Bibliografía	62

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende determinar el *corpus iuris* o el marco regulatorio de la obligación internacional de los Estados de garantizar el derecho a la salud mental.

Corpus iuris es un concepto al que han acudido órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que se refiere al conjunto de fuentes, principios y criterios que conforman la normativa especial aplicable en la determinación del alcance de un derecho o de una obligación internacional de los Estados. Por ejemplo, la Corte IDH en los casos *Hernández Vs. Argentina, Poblete Vilches y otros Vs. Chile y Cuscul Pivara y otros Vs. Guatemala*, acudió a este concepto para determinar el alcance y contenido del derecho a la salud.

Ahora bien, la salud mental es un asunto que en los últimos años ha cobrado relevancia a nivel internacional, entre otras razones por el incremento de la proporción de la carga global de enfermedades mentales, por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran quienes padecen algún trastorno o enfermedad mental, por la incidencia de estas enfermedades en las cifras globales de muerte y de años vividos con discapacidad, y por la interrelación entre el derecho a la salud y la realización de otros derechos que materializan el derecho a una vida digna.

De hecho, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) una enfermedad es considerada una prioridad en el campo de la salud cuando representa una carga importante en términos de mortalidad, morbilidad, discapacidad, costos económicos o violaciones a derechos humanos; todas estas condiciones que reúnen las enfermedades mentales.¹ Así, el hecho de que la salud mental se haya convertido en una preocupación en los niveles nacional, regional e internacional, explica el que estos asuntos deban ser abordados desde una perspectiva transnacional.

Paradójicamente, a nivel mundial la prevalencia y carga de enfermedades mentales contrasta con la proporción de personas que teniendo estos problemas no acceden a servicios de salud mental. De acuerdo con datos de OMS, la brecha entre la necesidad de servicios de salud mental y la provisión de estos se ubicaría entre el 35-50% en países desarrollados y entre el 76-85% en los países en desarrollo.

Por otra parte, al revisar las respuestas aportadas por el derecho internacional, encontramos que el derecho a la salud es definido como un estado de bienestar completo de la persona en las esferas física, mental y social. De ahí, que la salud sea cada vez más un asunto de derechos humanos más que una cuestión estrictamente médica y que, la salud mental sea un elemento esencial del derecho a la salud.

¹ WHO, "Scaling up Care for Mental, Neurological, and Substance Use Disorders," *MhGAP: Mental Health Gap Action Programme*, 2008, <https://doi.org/ISBN: 9789241596>. Pág.10

En ese sentido, y con el fin de responder a las dificultades y retos específicos que plantean los abordajes en salud mental, a nivel internacional se han elaborado instrumentos que a grandes rasgos apuntan a resolver las deficiencias en la cobertura, calidad e integración de los servicios de salud mental.

Así, partiendo de las cifras que dan cuenta de la importancia de promover y proteger la salud mental y con base en los instrumentos internacionales desarrollados sobre el particular, esta investigación pretende determinar el *corpus iuris* del derecho a la salud mental, el cual aún no ha sido compilado y desarrollado. El marco propuesto para ello es el derecho internacional de los derechos humanos, que través de fuentes de *hard law* y de *soft law*, permite establecer el marco regulatorio específico del derecho a la salud mental y las obligaciones internacionales del Estado para su garantía.

Por esta razón, este trabajo está dividido en tres partes. En el *primer capítulo* se estudia la evolución normativa del derecho internacional, el alcance de los conceptos de *hard* y *soft law* y sus interrelaciones. Establecida la importancia de estas interacciones particularmente en cuestiones como los derechos humanos en las que los vacíos normativos y la naturaleza de los asuntos justifica y demanda el uso de fuentes no vinculantes, en el *segundo capítulo* se entra a estudiar el contenido del derecho a la salud en el sistema universal y en los sistemas regionales de derechos humanos y de las obligaciones internacionales de los Estados en la materia. Por último, en el *tercer capítulo* se identifica y analiza el contenido del derecho a la salud mental y de las obligaciones internacionales para su garantía, a partir de la interacción entre fuentes de derecho vinculantes y no vinculantes.

Es necesario aclarar que esta investigación no pretendió solucionar todas las deficiencias y debilidades de los sistemas nacionales frente a la atención en salud mental. Sin embargo, confiamos en que identificar y entender el *corpus iuris* internacional de la obligación de garantizar la salud mental es un paso para conocer los avances y la evolución que desde una perspectiva de derecho internacional se ha logrado, así como los retos y deficiencias que persisten. En todo caso, este es un esfuerzo que se suma a los que se han realizado a nivel mundial para hacer realidad el principio propuesto por la OMS de que “*no hay salud sin salud mental*” y ojalá uno más de los que están por venir.

1. CAPÍTULO I:

IMPORTANCIA DEL *HARD LAW* Y DEL *SOFT LAW* DE CARA AL *CORPUS IURIS* INTERNACIONAL DE LA SALUD MENTAL

Estudiar y comprender la obligación internacional del Estado de garantizar la salud mental, como componente del derecho de toda persona a disfrutar del nivel más alto de bienestar físico, mental y social exige estudiar fuentes vinculantes y no vinculantes que en conjunto, determinan su alcance y contenido.

Tal como se anticipaba, esta investigación pretende abordar el marco regulatorio internacional del derecho a la salud mental, que pese haber sido desarrollado no ha sido compilado ni organizado. Es decir que, la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha planteado estándares en punto de la atención y abordaje de la salud mental, la mayoría de estos contenidos en instrumentos de *soft law*, que proporcionan guías adecuadas para los Estados al momento de estructurar sus marcos jurídicos para proteger los derechos y garantizar la salud mental de la población. De ahí la necesidad de establecer su alcance y contenido a partir de las relaciones de las fuentes de derecho internacional, tradicionalmente clasificadas en fuentes vinculantes y no vinculantes.

De igual forma, en un contexto global, asuntos como la salud mental que son hoy preocupaciones a nivel mundial, demandan respuestas transnacionales y por eso resulta necesario no solo identificar sino, además, entender la forma en la que interactúan las fuentes de derecho en el sistema jurídico internacional frente a cuestiones intrínsecamente ligadas a los derechos humanos, como la salud mental.

Por lo anterior, y con el fin de comprender la importancia de las fuentes de derecho en la determinación del *corpus iuris* internacional de la obligación de los Estados de garantizar la salud mental, en el presente capítulo se abordarán los conceptos y las relaciones entre el *hard law* y el *soft law*. Para ello, en primer lugar, se hará una breve referencia a la evolución del sistema jurídico internacional, en segundo lugar, se analizará la naturaleza y el alcance del *soft law* y su relación con las normas de carácter vinculante, posteriormente se realizará un análisis sobre el contenido y valor del *soft law* en el derecho internacional de los derechos humanos y, por último, se abordarán los retos y complejidades que este concepto plantea al derecho internacional.

1.1. Transformación del Sistema Jurídico Internacional

Sobre este punto sea lo primero advertir que el sistema legal internacional, ha dejado de ser un sistema conformado exclusivamente por naciones soberanas e independientes para ser uno altamente complejo en el que intervienen múltiples actores al momento de crear normas y de promover su cumplimiento.² Dicha transformación tendría su fundamento en las transformaciones de la sociedad internacional, las cuales habrían iniciado con la consolidación del Estado en el siglo XVI, sin perjuicio de que los cambios más significativos que incidieron en el derecho internacional ocurrieran a lo largo del siglo XX.³

Dichos cambios, que repercutieron en la comprensión y en el contenido del derecho internacional podrían resumirse en: la multiplicación del número de Estados,⁴ la aparición de nuevos actores no estatales⁵ y el consecuente debilitamiento de la soberanía estatal, la proliferación de regímenes e instituciones internacionales, el desvanecimiento de la distinción entre lo público y lo privado y la cada vez más estrecha relación entre el sistema internacional y los sistemas jurídicos nacionales.⁶

De esta forma, además de aumentar las interacciones en el sistema internacional,⁷ múltiples actores intervienen en el proceso de creación de normas de derecho internacional,⁸ cuyo punto de partida radica en la necesidad de establecer el marco regulatorio más apropiado para fomentar la cooperación entre los Estados y enfrentar los desafíos de la sociedad internacional contemporánea.⁹

Es en ese contexto que se ha vuelto más recurrente el debate tradicional entre los instrumentos de *hard* y de *soft law*, cuya interacción permite determinar el contenido de las obligaciones internacionales.¹⁰

Ahora bien, sin perjuicio de las diferencias entre uno y otro que se profundizarán más adelante, en ambos casos la alusión al término *law* o *derecho* incorpora un elemento

² Dinah Shelton, "Introduction.". © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press., 2000. Pág. 6-7.

³ Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". Mobility and Norm Change Vol 7. Galda+Wilch Verlag. 2008. Pág. 82.

⁴ En el aumento del número de Estados es una consecuencia de un cúmulo de factores entre los que se tiene: las oleadas de independencias, los procesos de descolonización y de sucesión de Estados.

⁵ Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". Pág. 82-85.

⁶ Harold Hongju Koh "Why Do Nations Obey International Law:Review Essay" The Yale Law Journal Vol 106. (1997): 2599–2659. Pág. 2604.

⁷ Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". Pág. 83

⁸ Edith Brown Weiss and Dinah Shelton "Conclusions: Understanding Compliance with Soft Law.. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press., 2000. Pág. 554.

⁹ Felicia Maxim, "Hard Versus Soft Law in International Law," Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale 2020 (2020):113-126. Pág. 133.

¹⁰ Erika B. Schlager "Human Rights. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press., 2000. Pág. 117.

normativo que denota expectativa de cumplimiento.¹¹ Esta conclusión es de enorme relevancia puesto que, si bien las obligaciones de contenido eminentemente jurídico implican mayores expectativas de acatamiento y mayores consecuencias frente al incumplimiento, los Estados progresivamente demuestran ajustar su comportamiento a compromisos internacionales no vinculantes.¹²

Una cuestión que se profundizará más adelante y que resulta de gran relevancia para esta investigación, es el hecho de que el *soft law*, es usado con mayor fuerza en ciertas áreas como el derecho internacional de derechos humanos, que refiriéndose a derechos y valores universales e inalienables,¹³ está conformado por tratados pero también estándares, principios, recomendaciones y decisiones de órganos y agencias de Naciones Unidas y organizaciones regionales,¹⁴ que sin ser vinculantes dan a los Estados guías adecuadas el cumplimiento de sus obligaciones.¹⁵

Dicho esquema de protección internacional de los derechos humanos consolidado a partir de instrumentos de carácter no vinculante se habría desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de las experiencias de la Segunda Guerra Mundial, que hoy se traducen en la existencia en un complejo sistema de normas e instituciones en materia de derechos humanos.¹⁶

La evolución del derecho internacional, marcada por la aparición de actores no estatales y la creciente relevancia de los compromisos internacionales no vinculantes, parecería explicar el hecho de que la línea divisoria entre el *hard law* y el *soft law* sea cada vez más difusa.¹⁷

1.2. Concepto e interacciones entre el *hard law* y el *soft law*.

Ahora, antes de entrar a desarrollar la forma en que interactúan las fuentes obligatorias y no obligatorias, haremos una breve referencia a la definición de cada uno de estos conceptos.

¹¹ Shelton, "Introduction. Dinah Shelton. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 2.

¹² Shelton. Pág. 10.

¹³ Felicia Maxim, "Hard Versus Soft Law in International Law," Pág. 114.

¹⁴ Erika B. Schlager "Human Rights.. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 345.

¹⁵ Erika B. Schlager "Human Rights.. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press."

¹⁶ Erika B. Schlager. "Human Rights. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 345.

¹⁷ Dinah Shelton, "Introduction. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press."

El *hard law* o “derecho duro” abarca los instrumentos o fuentes de carácter obligatorio o vinculante, mientras que al hablar de *soft law* o “derecho blando” nos referimos a los instrumentos de derecho internacional no vinculantes.¹⁸

Ahora, parte de la doctrina indica que para calificar un instrumento de derecho internacional como un instrumento de *hard law*, deberá reunir al menos las siguientes tres condiciones: crear una obligación, precisar su contenido, y por último, contar con una instancia u órgano ante el cual hacer exigible la obligación.¹⁹ Tal sería el caso de los tratados internacionales que una vez han entrado en vigor, son vinculantes para las partes que los suscriben.²⁰

Por su parte, el *soft law* al no tener naturaleza vinculante²¹ es frecuentemente como antecedente o complemento del *hard law*, como mecanismo para desarrollar consensos en áreas en las que la falta de unanimidad internacional impediría desarrollar un instrumento vinculante,²² e incluso a modo de recomendación a los Estados acerca de sus conductas.²³

En esa medida, los instrumentos no vinculantes son particularmente útiles para desarrollar principios generales en campos en los que el alcance y contenido de las obligaciones internacionales deben ser desarrollados. Algunos incluso sostienen que, el *soft law* reitera la naturaleza consensual del derecho internacional, en la medida en que contribuye a la formación de compromisos vinculantes obligatorios solo para quienes han manifestado su consentimiento en obligarse.²⁴

Justamente, uno de los fenómenos más relevantes del derecho internacional en los últimos tiempos ha sido la aparición de instrumentos de naturaleza no vinculante,²⁵ los cuales van desde declaraciones de los Estados suscritas en el marco de conferencias internacionales, resoluciones expedidas por la Asamblea General de Naciones Unidas (declaraciones de principios y resoluciones), códigos de conducta, guías y recomendaciones expedidas por organizaciones internacionales; hasta acuerdos entre Estados sin fuerza obligatoria.²⁶

¹⁸ Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law," Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale 2020 (2020):113-126. Pág. 114. Arnold N. Pronto, "Some Thoughts on the Making of International Law, *European Journal of International Law*", Volume 19, Issue 3, June 2008, (Pp. 601-616). Pág. 614 – 615.

¹⁹ Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law". Pág. 115

²⁰ Arnold N. Pronto, "Some Thoughts on the Making of International Law, *European Journal of International Law*", Volume 19, Issue 3, June 2008, (Pp. 601-616). Pag. 614 – 615; Boyle, Alan E. et Chinkin, C. M., "The making of international law", Oxford; New York, Oxford University Press, 2007, 338 p., pp. 210-260 (Law making instruments).

²¹ Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law". Pág. 115; Arnold N. Pronto, "Some Thoughts on the Making of International Law. Pag. 614 – 615; Boyle, Alan E. et Chinkin, C. M., "The making of international law", pp. 210-260 (Law making instruments).

²² Shelton, "Introduction. Dinah Shelton. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 10.

²³ Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law,"Pág. 114.

²⁴ Erika B. Schlager "Human Rights. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 117-119.

²⁵ Andrei Marmor, "Soft Law, Authoritative Advice and Non-Binding Agreements," *Oxford Journal of Legal Studies* 39, no. 3 (2019): 507-25, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqz009>. Pág. 507.

²⁶ Arnold N. Pronto, Pag. 614 – 615; Boyle, Alan E. et Chinkin, C. M. pp. 210-260 (Law making instruments).

Acá entonces se hace necesario abordar los tipos de *soft law*, trazando la distinción entre el *soft law* primario y secundario. Algunos, al establecer esta división, se refieren a los instrumentos no vinculantes creados por los Estados y aquellos producidos por las organizaciones internacionales.²⁷

En ese orden de ideas, el *primary soft law* o *soft law* primario abarca los instrumentos que sin tener carácter vinculante son producidos por los mismos Estados. Estos acuerdos o instrumentos reciben múltiples denominaciones – acuerdos, memorandos de entendimiento, agendas y programas de acción - y pueden atender a diversos objetivos.²⁸

Este es justamente el caso de las declaraciones que además de ser antecesoras de los tratados pueden contribuir al desarrollo e interpretación de normas con fuerza vinculante.²⁹ Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos definió el concepto de *derechos humanos* contenido en la Carta de Naciones Unidas y a su vez estableció las bases para los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Sin perjuicio de los múltiples instrumentos que encajan en esta categoría, todos tienen como característica común el ser producto de la concertación, pero no crear, en principio, obligaciones exigibles.³⁰ Cabe acá señalar que los tratados, como fuente que ocupa un rol central en el derecho internacional, son en esencia acuerdos de voluntades dirigidos a la producción de efectos jurídicos, esto es la creación de derechos y obligaciones que se rigen por el derecho internacional.³¹

Por su parte, el *secondary soft law*, incluye las recomendaciones, códigos de conducta comentarios generales de los órganos internacionales de supervisión de tratados, la jurisprudencia de las cortes y comisiones, informes producidos por relatores especiales o comités *ad hoc* y resoluciones que aplican normas de *hard law* o normas primarias de *soft law*.³² Acá se ubicarían las recomendaciones producidas por órganos regionales de protección a los derechos humanos como la Comisión Interamericana que, sin ser vinculantes, indican si ocurrió o no una violación a una norma contenida en un tratado de derechos humanos.³³

²⁷ Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". 130.170.

²⁸ Salem H. Nasser. Pág. 130

²⁹ Erika B. Schlager. "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press. Pág. 449.

³⁰ Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". Pág.132.

³¹ Salem H. Nasser. Pág. 132; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 2. "a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

³² Erika B. Schlager. "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press. Pág. 451; Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". 148 – 153.

³³ Ibidem. Pág. 452.

Estas normas secundarias son producidas por instituciones u órganos cuyo mandato se deriva de un tratado, en otras palabras, de la voluntad de los Estados, razón por la cual su competencia se restringe al cumplimiento de las funciones y objetivos establecidos en el instrumento documento que dio lugar a su creación.³⁴ De ahí que, ante la proliferación de los mecanismos y órganos de supervisión del cumplimiento de obligaciones derivadas de los tratados, haya también aumentado la creación de normas secundarias de *soft law*.³⁵

Algunas de las ventajas del *soft law* señaladas por la doctrina se refieren principalmente a la creación de un marco flexible para su negociación y a la imposición de costos muy bajos para la soberanía de los Estados, lo que de hecho contribuye a que se adhieran fácilmente bajo un marco de cooperación internacional.³⁶

Ahora bien, tal como se anticipó, la división tajante entre *soft law* y *hard law* es cada vez más difícil de establecer en el sistema internacional contemporáneo en el que las fuentes vinculantes y no vinculantes interactúan permanentemente y de forma dinámica. Es frecuente ver que, instrumentos de *soft law* incorporan mecanismos de supervisión, propios de los tratados o que, los mismos tratados incorporan disposiciones de *soft law* en la medida en que no establecen una obligación concreta, tal como ocurre con las disposiciones de fomento a la cooperación internacional.³⁷

Una aproximación ajustada a esta realidad llevaría a pensar que, más que la naturaleza vinculante o no vinculante, el cumplimiento de los Estados a sus compromisos internacionales, está directamente relacionado con factores como la existencia de mecanismos efectivos de supervisión y monitoreo. Es decir que, la ausencia de una obligación vinculante, si bien reduce en el corto plazo la posibilidad de hacer exigibles los compromisos, no niega la existencia de un profundo y sincero compromiso con las normas establecidas en instrumentos de *soft law*.³⁸

Ahora, son muchos los factores que inciden en el comportamiento de los Estados respecto de sus obligaciones internacionales, siendo algunos de estos, las relaciones entre los participantes y las estructuras institucionales que fomenten los instrumentos de transparencia y de supervisión, estos últimos, cada vez más frecuentes para el monitoreo de los compromisos de carácter no obligatorio.³⁹

³⁴ Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". Pág. 148.

³⁵ Erika B. Schlager "Human Rights". © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 450-451.

³⁶ Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law". Pág. 116.

³⁷ Shelton, "Introduction. Dinah Shelton. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 10.

³⁸ Shelton.

³⁹ Edith Brown Weiss and Dinah Shelton "Conclusions: Understanding Compliance with Soft Law. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 539.

Al advertir este fenómeno hay quienes sostienen que es necesario replantear las aproximaciones a las fuentes tradicionales de derecho internacional. Es decir que, si los Estados en efecto están cumpliendo y demandan el cumplimiento de las reglas y principios contenidos en los instrumentos de derecho no vinculante (*soft law*), tal como lo hacen con los tratados y la costumbre, la lista de fuentes de derecho internacional debe ser revisada.⁴⁰

De acuerdo con esta postura, existirían compromisos internacionales que no encajan dentro de las categorías tradicionales del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber: los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En esa medida, el *soft law*, sería la respuesta a ese desarrollo regulatorio que no se podría enmarcar dentro de ninguna de las fuentes tradicionales.⁴¹

Ahora, al observar el Artículo 38 1(d) del Estatuto de la Corte, encontramos una mención a los “medios auxiliares” para la determinación de las reglas de derecho, lo que comprende las decisiones judiciales de cortes internacionales y la doctrina especializada.⁴² Sobre este punto cabe precisar que las decisiones de cortes y tribunales internacionales tienen carácter obligatorio para las partes del conflicto, pero son una fuente auxiliar de interpretación para todos los demás sujetos de derecho internacional.⁴³

Ante este panorama es posible advertir que, a pesar de los debates sobre el valor jurídico de los instrumentos de *soft law*, estos ocupan un rol central en el sistema regulatorio internacional.⁴⁴ Esto en la medida en que contribuyen al desarrollo del derecho internacional, permiten llenar vacíos en las normas aplicables y sobre todo, abordar asuntos que no podrían ser regulados a través de instrumentos vinculantes.⁴⁵ En opinión de la autora, esto es particularmente cierto frente a materias que escapan a la órbita del derecho mismo y que exigen la interacción con otras disciplinas, tal y como ocurre con la salud mental en donde instrumentos no vinculantes están llamados a dotar de contenido las obligaciones internacionales de los Estados, conformando lo que sería el *corpus iuris* internacional sobre la materia.

En cuanto a las relaciones entre el denominado *hard law* y el *soft law* es posible agrupar las opiniones de la doctrina en tres corrientes principales, a saber: positivista, racionalista y

⁴⁰ Shelton, “Introduction. Dinah Shelton. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press.” Pág. 10.

⁴¹ Felicia Maxim, “Hard Law versus Soft Law in International Law”. Pág. 116.

⁴² Tradicionalmente se sostiene que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, contiene las fuentes de derecho internacional. Esta norma dispone:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, (...)”

⁴³ Felicia Maxim, “Hard Law versus Soft Law in International Law”. Pág. 117.

⁴⁴ Felicia Maxim, “Hard Law versus Soft Law in International Law”. Pág. 122; Andrei Marmor, “Soft Law, Authoritative Advice and Non-Binding Agreements,” Pág. 507.

⁴⁵ Felicia Maxim, “Hard Law versus Soft Law in International Law”. Pág. 123.

constructivista.⁴⁶ La primera reconoce la existencia del *hard law* y no reconoce ningún valor al *soft law* más que ser un punto de partida para la creación de instrumentos internacionales de carácter obligatorio; la postura racionalista sostiene que estos dos tipos de “derecho”, poseen atributos diferentes, lo que justifica el que uno y otro sean usado en contextos diferentes; mientras que los constructivistas priorizan los instrumentos de *soft law* por su flexibilidad y sus limitaciones para coartar la soberanía de los Estados.⁴⁷

De esta forma, las interacciones y usos del *hard law* y el *soft law* en un sentido teórico pueden ser: antagónicos, complementarios o alternativos.⁴⁸

Más allá de las posturas teóricas sobre las relaciones entre el *soft-law* y el *hard-law*, este trabajo pretende demostrar que las relaciones entre las fuentes del derecho internacional han evolucionado a tal punto que, estándares, principios y recomendaciones no vinculantes, en materia de salud mental, elaborados por organismos especializados como la OMS, autoridad directiva y coordinadora de los asuntos de sanidad internacional,⁴⁹ y por órganos de Naciones Unidas, integran el *corpus iuris*⁵⁰ de este derecho, dotándolo de contenido y especificando las obligaciones concretas de los Estados que de este se derivan. Este resulta entonces un buen ejemplo de los usos dinámicos y complementarios del *hard* y el *soft law*.

Lo anterior, dado que por una parte las enfermedades y problemas mentales que representan una preocupación a nivel internacional,⁵¹ justifican que las estrategias regulatorias apunten al uso de fuentes formales e informales, en lo que de hecho se ha denominado gobernanza en salud.⁵² Pero por otro lado, las recomendaciones, informes, estudios, planes, códigos de buenas prácticas, etc., desarrolladas en el marco del mandato de las organizaciones internacionales, son a su vez mecanismos para el cumplimiento de los objetivos y propósitos de dichas organizaciones, los cuales además están previstos en

⁴⁶ Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law". Pág. 122.

⁴⁷ Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law". Pág. 122-123.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Artículo 2 a) de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 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 y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

⁵⁰ *Corpus iuris* es un concepto al que ha acudido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que se refiere al conjunto de fuentes, principios y criterios que conforman la normativa especial aplicable en la determinación del alcance de un derecho. En casos como: *Hernández Vs. Argentina*, *Poblete Vilches y otros Vs. Chile* y *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, la Corte IDH acudió a este concepto para determinar el alcance y contenido del derecho a la salud.

⁵¹ Organización Mundial de la Salud, *Plan de Acción sobre Salud Mental 2013- 2020*. Párr. 32.

⁵² La gobernanza en salud se refiere al conjunto de acciones y los mecanismos adoptados por una sociedad para promover y proteger la salud de la población. Las normas que contengan estas acciones pueden ser formales o informales, permitir o prohibir conductas. Los mecanismos de gobernanza pueden situarse en un nivel local o subnacional. Sophie Harmana, "Global Health Governance," *Global Health Governance*, no. 1 (2012): 1–177, <https://doi.org/10.4324/9780203157817>. Pág. 6

sus actos de constitución.⁵³ Siendo, en el caso de la OMS su finalidad máxima, alcanzar para todas las personas el nivel más alto de salud posible.⁵⁴

1.3. Derechos Humanos y *Soft Law*

En el acápite anterior ya se advertía que el *soft law* es usado con mayor frecuencia en ciertas áreas del derecho internacional, como los derechos humanos,⁵⁵ razón por la cual este punto se hará una breve explicación acerca de la forma en que interactúan las fuentes de derecho internacional en este campo del derecho internacional.

Desde una lógica histórica acerca de la evolución del derecho internacional encontramos que, las transformaciones de la comunidad internacional llevaron a sustituir la idea intereses estatales independientes y superpuestos, por una lógica de cooperación y una comprensión del derecho intrínsecamente ligada a valores y necesidades sociales.⁵⁶ Desde esa perspectiva, es el reconocimiento de la existencia de valores comunes como la dignidad humana, lo que da origen a un sistema internacional de normas, cuyo propósito es atender esas necesidades comunes y proteger los derechos y libertades humanas.⁵⁷

Así las cosas, el derecho internacional de los derechos humanos, desde sus inicios ha utilizado de instrumentos de *hard* y de *soft law* para establecer las garantías y principios fundamentales de toda persona, así como las obligaciones de los Estados para su realización.⁵⁸

Las lecciones de la Segunda Guerra Mundial, aunadas al legado de las revoluciones vividas en Inglaterra, Estados Unidos, Francia, México, Rusia y China, trajeron consigo una tendencia universal de aceptación de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del siglo XX.⁵⁹

Prueba de ello es la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que además de ser el documento constitutivo de dicha organización, consagra la voluntad de sus miembros de tomar acciones tanto conjuntas como individuales para la consecución de los objetivos de respeto y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁶⁰

⁵³ Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law". Pág.123.

⁵⁴ Artículo 1 de Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

⁵⁵ Felicia Maxim, "Hard Versus Soft Law in International Law," Pág. 114.

⁵⁶ Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". Pág.84.

⁵⁷ Salem H. Nasser. Pág. 84-85.

⁵⁸ "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 449.

⁵⁹ Burns H Weston. *Human Rights*. Human Rights Quarterly. (1984). Vol. 6, No. 3, pp. 257-283. (Pub) Johns Hopkins University Press. Pág. 261.

⁶⁰ Burns H Weston. *Human Rights*. Pág. 262.

Así, en la Carta queda consignado el propósito de los Estados de:

(Art. 1.3) “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.*”⁶¹ (Énfasis fuera del texto original)

Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 viene a ser el primer instrumento adoptado por los Estados miembro de las Naciones Unidas. Dicho texto, pese a no ser vinculante desarrolla el concepto de derechos humanos, contenido en la Carta de Naciones Unidas,⁶² definiéndolos como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades.”⁶³ (Énfasis fuera del texto original)

En 1966, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales llenan la expectativa de los redactores de la Declaración Universal, de consagrar los derechos allí reconocidos en instrumentos con fuerza vinculante. En todo caso, dada la trascendencia de la Declaración, podría sostenerse que esta es vinculante bien como una fuente de interpretación autorizada de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, o bien, como costumbre internacional.⁶⁴

Ahora, la configuración del derecho internacional de los derechos humanos es especialmente compleja en virtud de la existencia de órganos judiciales y cuasi judiciales que, construyen su jurisprudencia a partir de una combinación de *hard* y *soft law*.⁶⁵ Tal como se señaló previamente, una decisión de órganos judiciales como la Corte Interamericana será vinculante y obligatoria para el Estado parte de la controversia, no así para los demás Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para quienes lo resuelto por la corte tendrá efectos de interpretación respecto del asunto sometido al conocimiento de la corte.⁶⁶

Esto encuentra su fundamento en lo dispuesto en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que al mismo tiempo que establece que las decisiones judiciales

⁶¹. Asamblea General de Naciones. *Carta de las Naciones Unidas*. (1945). En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional Art. 1.3.

⁶² “Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press.” Pág. 449; Burns H Weston. *Human Rights*. 274.

⁶³NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

⁶⁴ “Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press.”Pág. 449.

⁶⁵ “Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press.” Pág. 451.

⁶⁶ Salem H. Nasser. “Sources and Norms of International Law: A study on soft law”. 62.

son un medio auxiliar de interpretación,⁶⁷ hace una referencia expresa al Artículo 59 del mismo Estatuto reiterando que los efectos jurídicos producidos por las decisiones de los órganos judiciales están limitados a las partes de la controversia.⁶⁸

Con esto, queda claro que las decisiones judiciales son fuente de derecho internacional en el sentido de que producen efectos jurídicos y crean derechos y obligaciones para las partes en conflicto y que, en adelante para la comunidad internacional constituirán referencias sobre la interpretación del alcance y el contenido de las obligaciones jurídicas de los Estados,⁶⁹ es decir, *soft law*.

Hasta acá, encontramos que en el campo de los derechos humanos no es usual encontrar normas exclusivamente de *hard* o de *soft law*. De hecho, este es un buen ejemplo de la manera en que las interacciones entre el *hard law* y el *soft law* permiten determinar el contenido de las obligaciones internacionales.⁷⁰ Es así como el *soft law* entra a formular y reformular el derecho contenido en los tratados de derechos humanos para aplicarlo a casos y circunstancias específicas.⁷¹

1.4. Complejidades y retos del *Soft Law* en el derecho internacional.

Sin perjuicio de sus usos antagónicos, alternativos y complementarios, el concepto del *soft law* no ha estado exento de críticas, dadas las complejidades que plantea a nivel teórico y práctico. Tanto es así que, los debates que ha suscitado el denominado *derecho suave* dividen a los autores y académicos en dos corrientes:⁷² i) quienes defienden el *soft law* y lo consideran un instrumento para el desarrollo y el progreso del *hard law* y ii) por otro lado, quienes consideran que este concepto además de desafortunado,⁷³ diluye la distinción

⁶⁷ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59."

⁶⁸ El Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que:

"La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido."

⁶⁹ Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". 62 y 63. Felicia Maxim, "Hard Law versus Soft Law in International Law". Pág.119.

⁷⁰ "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 455.

⁷¹ "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 461.

⁷² Jean D'Aspremont and Tanja Aalberts, "Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks," *Leiden Journal of International Law* 25, no. 2 (2012): 309–12, <https://doi.org/10.1017/S0922156512000040>. Pág. 309-310.

⁷³ Jaye Ellis, "Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law," *Leiden Journal of International Law* 25, no. 2 (2012): 313–34, <https://doi.org/10.1017/S0922156512000052>. Pág. 333.

entre lo que es derecho y lo que no, y en esa medida tiene el efecto de deformar y debilitar la autoridad del derecho.⁷⁴

Estos últimos, los críticos del *soft law*, reconocen las debilidades del derecho internacional siendo una de estas su bajo nivel cumplimiento por parte de la comunidad internacional.⁷⁵ Pese a esto, insisten en la necesidad de mantener la distinción binaria del derecho (lo que es derecho y lo que no), dado que hacerlo permite garantizar principios fundamentales del derecho internacional como lo son: el orden democrático, el imperio de la ley y el derecho a la autodeterminación.⁷⁶

Algunos incluso sostienen que las funciones del derecho internacional de ordenar las relaciones entre naciones soberanas e iguales y contribuir a la realización de los fines comunes de la comunidad internacional, dependen de que el derecho internacional cumpla con los atributos de voluntariedad, neutralidad y positivismo,⁷⁷ propios del *hard law*.

Ahora, esta confrontación sobre el rol del *soft law* radica en la comprensión misma del derecho internacional, lo que deriva en que estas posturas sean *per se* irreconciliables.⁷⁸ En otras palabras, los riesgos y las críticas al *soft law* radican en buena parte en la manera definirlo⁷⁹ y es por esa razón que teóricos contemporáneos como Jean D'Aspremont plantean acercamientos a esta categoría trascendiendo esa la clásica división binaria del derecho internacional.⁸⁰

De acuerdo con D'Aspremont y sin perjuicio de las posturas disímiles en relación con el derecho no vinculante que aún persisten, es posible encontrar puntos de acuerdo frente a cuestiones como el hecho de que la existencia del *soft law* es una realidad innegable que incide en el *hard law* y que, a su vez los llamados instrumentos de gobernanza global no van a desaparecer.⁸¹ En sus palabras, más que “*satanizar*” el *soft law*, la apuesta debe ser por asumirlo como un elemento práctico de gobernanza internacional que exige la reconceptualización de los límites del derecho y las formas de crearlo.⁸²

⁷⁴ D'Aspremont and Aalberts, “Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors’ Introductory Remarks.” Pág. 309-310.

⁷⁵ Ellis, “Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law.”

⁷⁶ Ellis. Pág. 321.

⁷⁷ Ellis. Pág. 321 – 322.

⁷⁸ D'Aspremont and Aalberts, “Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors’ Introductory Remarks.” Pág. 310.

⁷⁹ Ellis, “Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law.” Pág. 322.

⁸⁰ Ellis.; D'Aspremont and Aalberts, “Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors’ Introductory Remarks.”; “Dinah Shelton - Non - Binding Rules,” n.d.

⁸¹ D'Aspremont and Aalberts, “Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors’ Introductory Remarks.” Pág. 311

⁸² D'Aspremont and Aalberts.

Ya se advertía que las divisiones estrictas entre el *hard* y el *soft law* tienden a ser cada vez más difusas,⁸³ lo que explica que en la práctica parte del *hard law* opere de la misma forma que el *soft law*, al existir por ejemplo mecanismos de supervisión al cumplimiento de los compromisos internacionales, sean estos vinculantes o no vinculantes.⁸⁴ Esto es lo que justifica la necesidad de ampliar el concepto de derecho con el fin de abarcar todos los instrumentos en materia de gobernanza global.⁸⁵

Al respecto, algunos teóricos han sostenido que es el reconocimiento y no el consentimiento lo que confiere a una norma carácter obligatorio.⁸⁶ Por su parte, quienes abogan por un planteamiento más conservador, ven en las teorías que reducen el valor del consentimiento de los Estados un riesgo para el orden, la estabilidad y certeza del derecho internacional,⁸⁷ y de hecho, insisten en la necesidad de proteger las fronteras del derecho para así mantener la distinción entre esta y otras disciplinas.⁸⁸

Todos estos debates teóricos exigen abordar cuestiones que escapan el objeto de esta investigación, como lo es definir el concepto de derecho o redefinir el requisito del consentimiento como un requisito indispensable o condición *sine qua non* para conferir a una norma efectos vinculantes.⁸⁹ Con el fin de abordar el objeto de investigación, el presente trabajo si bien reconoce la existencia de estos complejos debates teóricos, parte de asumir la existencia del *soft law* como una realidad que contribuye a la determinación del alcance y contenido de las obligaciones de los Estados respecto de los derechos humanos y concretamente respecto del derecho a la salud mental. Ahora, más allá de su conveniencia a nivel teórico, es necesario reconocer que la existencia de principios, recomendaciones y guías no vinculantes, que escapan incluso los límites y fronteras del derecho, enriquecen el contenido de prerrogativas humanas como la salud, en beneficio de la población y si se quiere, de la comunidad internacional.

⁸³ Shaffer and Pollack, "Hard Versus Soft Law in International Security." Pág. 115. Erika B. Schlager "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press."

⁸⁴ Shelton, "Introduction. Dinah Shelton. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press." Pág. 11; D'Aspremont and Aalberts, "Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks." Pág. 311.

⁸⁵ D'Aspremont and Aalberts, "Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks." Pág. 311.

⁸⁶ Ellis, "Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law." Pag.318; D'Aspremont and Aalberts, "Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks."

⁸⁷ Ellis, "Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law." Pág. 334.

⁸⁸ Ellis. Pag. 334.

⁸⁹ D'Aspremont and Aalberts, "Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks." Pág. 312; Ellis, "Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law." Pág. 318.

CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA SALUD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Habiendo descrito las relaciones entre las fuentes del derecho internacional que permiten determinar el contenido de los derechos y obligaciones internacionales, en este capítulo entraremos a desarrollar concretamente el alcance del derecho a la salud en el sistema jurídico internacional.

2.1. La Salud como derecho

La teoría según la cual la salud es considerada un derecho humano, tiene su fundamento en los imperativos de proteger y salvaguardar la dignidad humana y es por eso que el desarrollo del derecho a la salud se ha dado de forma paralela a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, en respuesta a la transición desde un paradigma estrictamente médico, que se ocupa de regular los procedimientos médicos, hacia uno en el que el objetivo central es la protección de los derechos humanos. Algunos autores incluso sostienen que, a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, los derechos humanos influenciaron de tal forma la asistencia y atención en salud que, trazar una línea entre estas áreas es una tarea difícil.⁹⁰

De esta forma, los derechos humanos empiezan a ser un elemento esencial de la doctrina constitucional, que prioriza a la persona humana y sus derechos, y cuya evolución da lugar a la creación de un sistema internacional de protección de derechos humanos,⁹¹ del que emergen distintos instrumentos de protección de la persona humana producto de los esfuerzos de la comunidad internacional.

Tal es el caso de los servicios y la atención en salud, cuya regulación ha estado permeada por el discurso de los derechos humanos, de lo cual son prueba el Tribunal de Nuremberg (1945-1946) y la construcción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,⁹² ambos eventos derivados de las experiencias aprendidas en la Segunda Guerra Mundial.

⁹⁰ Toma Birmontiene, "The Development of Health Law as a Way to Change Traditional Attitudes in National Legal Systems. The Influence of International Human Rights Law: What Is Left for the National Legislator?," *European Journal of Health Law* 17, no. 1 (2010): 23–35, <https://doi.org/10.1163/157180909X12605339167070>. Pág. 24.

⁹¹ Birmontiene. Pág. 25.

⁹² Jean McHale, "Fundamental Rights and Health Care," *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, 2010, 282–314, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511750496.007>. Pág. 283.

Así, algunos autores al estudiar el alcance jurídico⁹³ y médicamente relevante⁹⁴, de elementos hoy esenciales para la realización de tratamientos médicos, como lo es el principio del *consentimiento informado* encuentran que su origen se remontaría a la creación del Tribunal de Nuremberg, instaurado a finales de la Segunda Guerra Mundial con el fin de juzgar y sancionar los crímenes contra la paz cometidos por miembros del Eje europeo.⁹⁵ Al descubrirse la realización de experimentos médicos en seres humanos a gran escala por parte del gobierno alemán, fue adoptado el denominado Código de Nuremberg,⁹⁶ conforme al cual el consentimiento voluntario del paciente además de ser esencial, tiene como objetivo principal prohibir la experimentación en seres humanos de forma involuntaria.⁹⁷

Ahora bien, la evolución de los derechos humanos ha derivado en que teóricamente exista una división entre los derechos con contenido negativo y los de contenido positivo. Los primeros, denominados también derechos civiles y políticos, que por regla general no implican erogaciones de recursos públicos. Por su parte, los derechos positivos o de contenido socioeconómico hacen parte de las declaraciones de derechos humanos más modernas y suelen involucrar gasto público. Dentro de los derechos sociales y económicos encontramos, el derecho a la educación, al trabajo y, por su puesto el derecho a la salud.⁹⁸ No obstante, esta visión fragmentada ha sido gradualmente reemplazada por una visión integral de los derechos humanos a la luz de los principios de interdependencia, indivisibilidad, e interrelación.⁹⁹

Concretamente, el derecho a la salud aparece por primera vez consagrado expresamente en 1946 en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en donde la salud es considerada en términos holísticos, como “un *estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.¹⁰⁰

⁹³ Peter H. Schuck, “Rethinking Informed Consent”. Yale Law School, Faculty Scholarship Series paper 2765 (1994) pp. 900-959; Juana I Acosta. *Vaccines, informed consent, effective remedy and integral reparation: an international human rights perspective*. Artículo en prensa.

⁹⁴ Bradford H Gray, “Complexities of Informed Consent”. En: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 437, *Medical Ethics and Social Change* (1978), pp. 37-48. (Pub). Sage Publications, Inc. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1042491>; Naomi Pfeiffer, Priscilla Alderson and others. *Informed Consent*. *British Medical Journal*, Vol. 315, No. 7102 (1997), pp. 247-254.(Pub): BMJ, disponible en <http://www.jstor.org/stable/25175274> ; VAN STADEN C. W. and KRÜGER C. *Incapacity to Give Informed Consent Owing to Mental Disorder*. *Journal of Medical Ethics*, Vol. 29, No. 1 (2003), pp. 41-43. Pub: BMJ. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/27719005>.

⁹⁵ Naciones Unidas, “Comisión Preparatoria de La Corte Penal Internacional” 51986 (2003): 1–51. Párr. 1-3

⁹⁶ Tribunal de Nuremberg. *Código de Nuremberg*. (1947).

⁹⁷ Juana I Acosta. *Vaccines, informed consent, effective remedy and integral reparation: an international human rights perspective*. Artículo en Prensa. Pág. 6

⁹⁸ McHale, “Fundamental Rights and Health Care.” Pág. 284.

⁹⁹ La Corte Interamericana en el caso Pobletes Vilches y otros Vs. Chile, sostuvo que los derechos deben ser entendidas de forma integral, como derechos humanos sin jerarquía entre sí. Ver: Corte IDH. Caso Pobletes Vilches y otros Vs. Chile. (F, R y C). Sentencia del 8 de marzo de 2018 (F, R y C). Párr. 100.

¹⁰⁰ La Constitución de la OMS fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. WldHlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

En el marco de la Conferencia Internacional de la Salud de 1946, los Estados miembros de la OMS acordaron un principio internacional fundamental, de acuerdo con el cual: "(...) 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..." (Énfasis fuera del texto original).

Por su parte, el Comité Ejecutivo de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), en el marco de la misión de brindar asistencia técnica a los Estados, ha abordado la relación que existe entre la salud y los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁰¹ En su Plan Estratégico (2008-2012), ya se señalaba que el derecho internacional de los derechos humanos, consagrado en tratados y otros instrumentos internacionales y regionales, ofrece un marco conceptual y jurídico unificados de estrategias y medidas para evaluar el progreso, aclarar la rendición de cuentas y las responsabilidades de los distintos actores llamados a participar en el sistema de salud.¹⁰²

Así, para la OPS son aplicables para la protección de la salud, los instrumentos internacionales de derechos humanos con un valor jurídico vinculante como los tratados, convenciones y protocolos, tanto como las directrices y estándares internacionales dictados por los órganos de Naciones Unidas o de la OEA, o por las instancias creadas en virtud de los tratados de derechos humanos.¹⁰³

De acuerdo con dicha organización, las directrices y estándares, pese a no tener un valor vinculante, proporcionan una guía adecuada para interpretar las disposiciones de los tratados, y su valor radica en el consenso general de los Estados miembros del órgano respectivo, sobre la necesidad de proteger los derechos humanos, especialmente los de las personas en situación de vulnerabilidad.¹⁰⁴ Este argumento es central al momento de determinar y comprender el llamado *corpus iuris* de la salud mental, compuesto en buena parte por normas de *soft law* que, bajo una lógica de protección a la persona y a su dignidad, desarrollan el contenido de obligaciones internacionales de los Estados sobre la materia.

Ahora, en línea con dicho planteamiento, la OPS encuentra tres tipos de vínculos entre la salud y el ejercicio de los derechos humanos, a saber:¹⁰⁵

¹⁰¹ Organización Mundial et al., Consejo Directivo 62 del Comité Regional para las Américas "La Salud y los Derechos Humanos: Documento Conceptual" (2010). Pág. 1

¹⁰² La Agenda de Salud para las Américas (2008-2017), elaborada en el marco del mandato de la OPS, fue aprobada en Panamá el 3 de junio del 2007 y es un instrumento político de alto nivel en aspectos de salud, que orienta la elaboración de futuros planes nacionales de salud y los planes estratégicos de todas las organizaciones interesadas en la cooperación en salud con los países de las Américas. Organización Mundial et al., Consejo Directivo 62 del Comité Regional para las Américas "La Salud y los Derechos Humanos: Documento Conceptual" (2010). Pág. 3.

¹⁰³ Organización Mundial et al., Consejo Directivo 62 del Comité Regional para las Américas "La Salud y los Derechos Humanos: Documento Conceptual" (2010). Párr. 15- 19.

¹⁰⁴ Organización Mundial et al., Consejo Directivo 62 del Comité Regional para las Américas". Pág. 7

¹⁰⁵ Organización Mundial de la Salud et al. Pág.4

1. La correlación entre cierto grado de salud mental y física y la posibilidad de ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales, y viceversa.
2. La incidencia de las violaciones a derechos humanos en el bienestar físico, mental y social de las personas.
3. El rol de los planes, programas y legislaciones sobre salud pública que bien pueden ser herramientas para hacer efectivos los derechos humanos, o por el contrario ser un obstáculo para su ejercicio.

De acuerdo con la postura de la OPS, el derecho internacional de derechos humanos proporciona un marco conceptual fundamental para la formulación de acciones que mejoren la salud de la población y para el seguimiento a los compromisos internacionales de los Estados respecto de los servicios y la atención en salud.¹⁰⁶

En ese sentido y con el fin de concretar estos vínculos, a continuación, exponemos algunos de los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes y su relación con el derecho a la salud.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), adoptada en 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas¹⁰⁷ es la primera declaración que, partiendo de la dignidad inherente al ser humano, hace un reconocimiento universal a los derechos humanos. Pese a no ser vinculante, este texto consolida presupuestos de igualdad, libertad y dignidad, pero también ideales progresistas en materia social.¹⁰⁸

El derecho a la salud es reconocido en el artículo 25.1 de la DUDH, dentro del grupo de los derechos económicos, como un componente del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado y comprende la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.¹⁰⁹

Posteriormente, otros instrumentos del sistema universal de derechos humanos vienen a desarrollar el contenido de la Declaración, con un carácter de obligatoriedad, estos son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).¹¹⁰ Ahora, sin restar la importancia del PIDCP, este último es el primer tratado internacional que consagra el compromiso de

¹⁰⁶ Organización Mundial de la Salud et al. Pág. 10

¹⁰⁷ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General en París el 10 de diciembre de 1948 con 48 votos a favor, 8 abstenciones y 2 votos en contra. A/RES/217(III). La difícil tarea de su elaboración correspondió a la Comisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social.

¹⁰⁸ Ana Cristina Gallego Hernández, "The Right to Health in the Jurisprudence of European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights," *Araucaria* 20, no. 40 (2018): 631–53, <https://doi.org/10.12795/araucaria.2018.i40.26>.

¹⁰⁹ De acuerdo con el Art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "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 u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

¹¹⁰ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (Número de resolución: A/RES/2200(XXI)A-C). En vigor desde el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27 del propio texto.

los Estados por garantizar derechos de esta naturaleza, entre estos, el “*derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”.¹¹¹

Así mismo, el derecho a la salud está contenido en las siguientes disposiciones de los tratados aprobados en el marco del sistema universal de derechos humanos: el Art. 5 e) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales creado en virtud del PIDESC, en su Observación General No.14, haciendo una interpretación extensiva del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto, reitera que este, además de ser un derecho indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, supone “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.¹¹²

Así mismo, la Observación General No.14 establece los elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud, cuya aplicación dependerá de las condiciones existentes en cada Estado, a saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.¹¹³ El Comité a su vez ha entrado a precisar el alcance de cada uno de estos elementos así:

“a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos 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 OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud (6) deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad a su vez presenta cuatro dimensiones superpuestas i) No discriminación, ii)

¹¹¹ Art. 12.1 del PIDESC Art. 12.1: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

¹¹²Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14. “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” E/C.12/2000/4. (2000) Párr. 4

¹¹³ Ibidem. Párr. 12.

Accesibilidad física, iii) Accesibilidad económica (estar al alcance de todos), iv) Acceso a la información relacionada con la salud.

c) Aceptabilidad. 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, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico 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.”¹¹⁴

Hasta acá se tiene que, la salud concreta en sede de derecho, la búsqueda del bienestar personal de todo ser humano, a nivel físico, mental y social, lo que a su vez exige que los Estados garanticen, de acuerdo con sus posibilidades, las condiciones básicas necesarias para la realización de dicho bienestar.

No puede perderse de vista que, desde la adopción de los dos Pactos internacionales de derechos humanos de 1966 tanto la situación mundial como el concepto mismo de salud han experimentado cambios importantes debido a las inquietudes sociales que empiezan a surgir a raíz de fenómenos como el crecimiento de la población mundial, el conflicto armado, la expansión de cierta enfermedades, así como el rol de los principales factores determinantes de la salud, que abarcan otros servicios esenciales, más allá de la atención médica adecuada (vivienda, trabajo, educación, medio ambiente sano).¹¹⁵ Esto es justamente lo que explica el que la salud mental se haya convertido en una preocupación a nivel mundial, llevando al desarrollo de instrumentos internacionales que determinan el alcance de las obligaciones de los Estados sobre la materia, y que por lo mismo sea un asunto del que deba ocuparse el derecho internacional.

De igual forma, como se verá más adelante, esta evolución también ha influido en la comprensión que tienen los sistemas regionales de protección a los derechos humanos sobre el derecho a la salud, para los cuales los Estados tienen los deberes de promover el mejoramiento de las condiciones de salud de la población y de garantizar el acceso a atención médica de calidad.¹¹⁶

¹¹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14. “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” E/C.12/2000/4. (2000). Párr. 12.

¹¹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14. Párr. 10 y 11.

¹¹⁶ Corte IDH. Caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Párr. 118; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. (E, F, R y C). Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Párr. 105; *Caso Hernández Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395. Párr. 76.

De lo anterior se desprende que el derecho a la salud sea actualmente abordado desde un enfoque holístico del que hace parte el componente bienestar mental el cual el Estado está obligado a garantizar. Así mismo, dicho marco de normas y principios generales sobre el derecho a la salud resulta aplicable a la salud mental y sirve de base para determinar el *corpus iuris* internacional sobre la materia.

2.1.1. Protección del derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Previo a la creación del sistema europeo de derechos humanos, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), fue elaborada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,¹¹⁷ con un sentido programático y aspiracional más que vinculante. Dicha declaración en su artículo 11 consagra el “*derecho a la salud y a la preservación del bienestar.*”¹¹⁸

Posteriormente, en el contexto de los Estados Americanos en 1969 se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),¹¹⁹ que actualmente sigue siendo el instrumento de derechos humanos más importante en la región. Ahora, pese a que esta Convención no reconoce de forma expresa el derecho a la salud, si contiene referencias indirectas a este derecho en los artículos 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 15 (Derecho de Reunión), 16 (Libertad de Asociación), 22 (Derecho de Circulación y de Residencia), e incluso contempla una protección intrínseca del derecho a la salud en los artículos 4 y 5 (vida e integridad personal)¹²⁰ que reiteran el principio prevalente de dignidad humana y la prohibición de la

¹¹⁷ La Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

¹¹⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 11. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

¹¹⁹ Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

¹²⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Art. 12. Libertad de Conciencia y de Religión.** 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la *salud* o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. **Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.** 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la *salud* o la moral públicas. **Art. 15. Derecho de Reunión.** Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la *salud* o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. **Art. 16. Libertad de Asociación.** 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la *salud* o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. **Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia.** 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad

tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Así mismo, el artículo 26 que contempla la obligación de “Desarrollo Progresivo” de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

De la CADH es muy importante resaltar que, con su introducción a la esfera jurídica internacional se consolida el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cuyo propósito es promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región. Este sistema está principalmente conformado por dos órganos: i) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ii) la Corte Interamericana de Derechos Humanos;¹²¹ esta última con competencia para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”.¹²²

Ahora, en lo relativo a la protección de los derechos sociales y económicos, los Estados de la OEA posteriormente aprueban el Protocolo Adicional a la CADH, “Protocolo de San Salvador”,¹²³ el cual expresamente consagra y desarrolla el derecho a la salud,¹²⁴ en los mismos términos del PIDESC, esto es, como el derecho al nivel más alto de bienestar físico, mental y social, a lo que suma el reconocimiento de la salud como un “bien público global”.

Sin embargo, pese a la inclusión del derecho a la salud en el Protocolo de San Salvador, los Estados limitaron la competencia contenciosa de la Comisión y la Corte IDH al conocimiento de denuncias individuales en relación con los derechos sindicales (art.8) o el derecho a la educación (art. 13), lo que se traduce en que, en principio, el derecho a la salud no sea directamente justiciable en estas instancias. Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido abriendo la posibilidad para que otros derechos de contenido social, económico y cultural sean directamente justiciables,¹²⁵ entre estos el derecho a la salud.¹²⁶

De igual forma, el derecho a la salud está reconocido en otros instrumentos del Sistema Interamericano como la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los

nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

¹²¹ Art. 33 de la CADH.

¹²² Art. 62.3 de la CADH.

¹²³ Fue aprobado en 1988 y entró en vigor en 1999. A la fecha, el PSS ha sido firmado por 19 Estados y ratificado por 16: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, y Uruguay.

¹²⁴ Protocolo de San Salvador, Art. 10. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

¹²⁵ La Corte en el caso Empleados de la Fábrica de Fuegos vs. Brasil, entra a determinar los alcances del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la seguridad, salud e higiene del trabajador, a la luz del corpus iuris internacional sobre la materia y de la normatividad interna del Estado de Brasil. Corte IDH. Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil. (E, F, R y C). Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C. No. 407.

¹²⁶ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. (E, F, R y C) Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.; *Caso Hernández Vs. Argentina*. (E, F, R y C). Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.

Derechos de las Personas Mayores,¹²⁷ y en otros instrumentos regionales como la Carta Social Europea (art. 11) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 16).

2.1.2. Protección del derecho a la salud en el Consejo de Europa

A la par de la conformación de la OEA, en Europa se comenzaba a erigir el Consejo de Europa, con la finalidad de lograr “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”.¹²⁸ El mecanismo para este fin radica en el trabajo conjunto entre los países de la región, en asuntos de interés común en materia económica, social, cultural, científica, jurídica; así como la promoción y garantía “de los derechos humanos y las libertades fundamentales.”¹²⁹

De esta manera, y con el propósito de cumplir los objetivos previstos en el Estatuto de la organización, en 1950 el Consejo Europeo adopta el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,¹³⁰ conocido también como el “Convenio Europeo de los Derechos Humanos” (en adelante CEDH). Este tratado vincula a todos los países de la organización en un compromiso con la defensa y protección de los derechos humanos, a la vez que instaura un sistema judicial efectivo concretado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH o el Tribunal).¹³¹

Al igual que la CADH, el Convenio Europeo no consagra el derecho a la salud, pese a lo cual si incluye una mención a este derecho en el artículo 8.2. (Derecho al respeto a la vida privada y familiar).¹³² No obstante, al igual que en el Sistema Interamericano, posteriormente es adoptada la Carta Social Europea de 1961¹³³ la cual consagra el

¹²⁷ El artículo 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores dispone que “La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación.” Otras disposiciones del tratado relativas al del derecho a brindar el consentimiento libre e informado a tratamientos de salud (art. 11) y a recibir servicios de cuidado a largo plazo (art.12), contemplan una protección del derecho a la salud, de acuerdo a la luz de los principios fundamentales de dignidad, integridad y autonomía.

¹²⁸ Estatuto del Consejo de Europa, Tratado de Londres, del 5 de mayo de 1949, en vigor desde el 3 de agosto de 1949 de conformidad con el artículo 42.b del mismo. España ratifica dicho instrumento el 24 de noviembre de 1977, BOE N°. 51/1978, de 1 de marzo de 1978.

¹²⁹ Estatuto del Consejo de Europa, Art. 1.

¹³⁰ Elaborado en Roma el marco del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1953. En vigor el 3 de septiembre de 1953 de conformidad con el artículo 59 de instrumento. Roma, 4.XI.1950

¹³¹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del CEDH y en el Protocolo 11.

¹³² Art. 8. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹³³ Carta Social Europea, fue adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, en vigor desde el 26 de febrero de 1965.

“derecho a la protección de la salud”¹³⁴, pero de forma un poco más restringida que el Protocolo de San Salvador.

La creciente relevancia que los derechos humanos han adquirido respecto de la prestación de servicios de salud en el continente europeo se debe en buena parte a la adopción del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Convenio de Oviedo) de 1997. Esto es así, dado que los miembros del Consejo de Europa, mediante dicho instrumento se obligan a proteger la dignidad del ser humano y a respetar sus derechos y libertades fundamentales en el marco de las intervenciones producto del avance de la biología y la medicina.¹³⁵

El Convenio de Oviedo es actualmente el único instrumento internacional vinculante en materia de bioética, y aunque lo es exclusivamente para los países europeos que lo han ratificado, este proporciona una guía para la correcta interpretación y aplicación de algunos derechos y principios esenciales en el marco de la prestación de servicios médicos, tales como: el consentimiento informado, el respeto a la vida privada, el derecho a la información y la prohibición contra la discriminación.¹³⁶

De lo anterior se observa que, en lo que respecta al continente europeo, la creación de instrumentos de derechos humanos como la CEDH, con sistemas judiciales efectivos, materializa los esfuerzos de la comunidad internacional por crear una cultura de respeto a los derechos inherentes al ser humano. Algunos incluso afirman que, el nivel de influencia de esta Convención en los sistemas constitucionales de los países de Europa Central y del Este ha alcanzado niveles sin precedentes, inimaginables en 1950, momento en que la CEDH fue adoptada.¹³⁷

Más aun, el sistema europeo evidencia que, además de los principios desarrollados en el marco del sistema universal y del Consejo de Europa en cuanto a la atención en salud, todos los países miembros de esta organización contemplan en su legislación interna principios de protección a los derechos humanos en la prestación de dichos servicios. Lo anterior, pone de presente que, con independencia de la forma legal que adquiera la protección del derecho a la salud en el derecho interno su marco regulatorio estará dictado no solo por la constitución de cada Estado, sino particularmente por el derecho internacional, en este caso, por la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH.¹³⁸

¹³⁴ Art 12 de la Carta Social Europea.

¹³⁵ Art. 1 del Convenio de Oviedo, adoptado por el Consejo de Europa en Oviedo el 4 de abril de 1997.

¹³⁶ McHale, “Fundamental Rights and Health Care.” Pág. 285; Juana Acosta, “Vaccines, informed consent, effective remedy and integral reparation: an international human rights perspective.” Pág. 9

¹³⁷ Birmontiene, “The Development of Health Law as a Way to Change Traditional Attitudes in National Legal Systems. The Influence of International Human Rights Law: What Is Left for the National Legislator?”

¹³⁸ Birmontiene. Pág. 26 y 27.

Así las cosas, partiendo del cambio de paradigma respecto del derecho a la salud, desde una mirada centrada en regulaciones de los procedimientos y tratamientos médicos, hacía un modelo basado en los derechos humanos, es evidente que las cuestiones jurídicas sobre la materia deben ser resueltas desde allí. Es precisamente este nuevo paradigma lo que explica y justifica aproximarse a lo resuelto por el derecho internacional respecto del derecho a la salud mental, para así determinar su contenido y el de las obligaciones del Estado para su garantía. Lo anterior, sin que se pretenda entrar a resolver si es el progreso de la medicina el que ha influido en el desarrollo de los derechos humanos o *viceversa*.¹³⁹

2.2. Jurisprudencia internacional sobre el derecho a la salud.

2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tal como se anticipó, la CADH prevé un sistema para la vigilancia y protección de los derechos contenidos en este instrumento, siendo la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), los órganos autorizados para conocer los asuntos que versen sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las que, en todo caso no contienen una protección expresa del derecho a la salud.

Al estudiar la jurisprudencia de la Corte IDH en casos en los que un Estado es declarado responsable por impedir el acceso a servicios adecuados de salud, lo primero que se observa es un reconocimiento al vínculo estrecho que existe entre los derechos a la vida e integridad personal y la adecuada atención en salud.¹⁴⁰ Es entonces bajo este razonamiento que la Corte ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados por los afectaciones graves a la vida e integridad personal como consecuencia de la ausencia de una atención médica adecuada o problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos de salud.¹⁴¹

En cuanto a la conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, la Corte IDH en el caso *Niños de la Calle vs. Guatemala* sostuvo una tesis que resulta a todas luces determinante al momento de establecer el alcance del concepto de *vida digna*. Según la Corte, el derecho a la vida es un derecho fundamental que además es prerequisite para el disfrute de todos los derechos humanos y por esta razón no son admisibles los enfoques restrictivos del mismo. En palabras de este tribunal “*el derecho fundamental a la vida*

¹³⁹ Birmontiene. Pág. 27.

¹⁴⁰ CortelDH. Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. (E, F, R y C) sentencia del 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 147; Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. (E, F, R y C). Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. Párr. 220;

¹⁴¹ Corte IDH. Caso *Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. (F, R y C). Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 121; Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. (E, F, R y C) sentencia del 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 147; Caso *Tibi vs. Ecuador*. (E, F, R y C). Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 156; CortelDH. Caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. (F, R y C). Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Párr. 301

comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.¹⁴²

De esta forma, la aproximación planteada por Corte IDH permite concluir que en efecto existe una relación entre la vida y otros derechos como la salud, entendida como un estado bienestar completo del ser, que materializan la dignidad inherente al ser humano.

Por otra parte, otro grupo importante de casos han llegado al conocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), en relación con violaciones del derecho a la salud de grupos o poblaciones vulnerables. En estricto sentido, al pronunciarse sobre el deber de garantizar los derechos a la vida (art. 4) y a la integridad personal (art. 5), la Corte IDH ha sostenido que ciertas condiciones específicas que sitúan a las personas en una posición de vulnerabilidad obligan a los Estados a otorgar una protección especial. Tal sería el caso de poblaciones particularmente vulnerables como los indígenas o las personas con discapacidad,¹⁴³ los niños y niñas,¹⁴⁴ las mujeres¹⁴⁵ y recientemente las personas mayores¹⁴⁶.

Dicha protección especial, en los términos de la Corte IDH supone tanto abstenciones para impedir la violación a la integridad personal, como la obligación de adoptar medidas positivas determinables en función a las condiciones particulares del sujeto de derecho.¹⁴⁷ Lo anterior, sin perjuicio de los deberes en relación con las personas privadas de la libertad, respecto de quienes el Estado tiene una posición especial de garante, en atención al grado de control que las autoridades penitenciarias ejercen sobre las mismas.¹⁴⁸

En este punto, cabe hacer unas precisiones sobre dos casos de particular relevancia para el estudio que se adelanta, los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil y Furlán y Familiares vs. Argentina*. En ambos casos, la Corte reconoció expresamente la protección especial de la

¹⁴² Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. (F) Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63. Párr. 144.

¹⁴³ CortelDH *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Vs. Paraguay*, (F, R y C). Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. (F, R y C), Sentencia 31 de enero de 2006. Serie C No.140. Párr. 111.

¹⁴⁴ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. (E, F, R y C). Sentencia 1 de septiembre de 2015. Serie C. No. 298; *Caso Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay*. (E, F, R y C). Sentencia 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso González Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. (E, F, R y C). Sentencia 29 de febrero de 2016. Seria C. No. 312; *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. (F, R y C). Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

¹⁴⁶ Corte IDH. *Caso Pobletes Vilches y otros vs. Chile*. (F, R y C). Sentencia del 8 de marzo de 2018. Seria C- No. 349. Párr. 131.

¹⁴⁷ CortelDH *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Vs. Paraguay*. (F, R y C). Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. (F, R y C). Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. párr. 227; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. (F, R y C), Sentencia 31 de enero de 2006. Serie C No.140. párr. 111; CortelDH. *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*. (E, F, R y C). Sentencia 31 de agosto de 2012. Serie C. Nº 245, Párr. 134; *Caso Ximenes López vs Brasil*. (F, R y C). Sentencia 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Párr. 103.

¹⁴⁸ Corte IDH. *Caso González Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. Párr. 168; *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20. Párr. 60

que son titulares las personas con discapacidad mental como consecuencia de la interrelación que existe entre factores adversos como la pobreza extrema y el incremento de las probabilidades de padecer discapacidades mentales, que obligan al Estado a incorporar medidas de prevención y a dar a quienes las padecen de discapacidades mentales un tratamiento preferencial apropiado para su condición¹⁴⁹.

Adicionalmente, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, en el que se estudia la muerte de una persona con discapacidad mental hospitalizada en una institución de atención psiquiátrica, la Corte IDH encuentra que, derivado del deber de especial protección, los Estados tienen la obligación de regular y fiscalizar toda atención en salud prestada a personas bajo su jurisdicción, con independencia de si se trata de un prestador de servicios de carácter público o privado.¹⁵⁰ Más adelante, se volverá sobre esta tesis, que además reviste una trascendencia de enormes proporciones en lo que respecta a los deberes del Estado, no solo en relación con la prestación de servicios de salud, sino también de cara a la regulación y fiscalización de dichos servicios.

En esa misma línea, la Corte en el caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*, declaró la responsabilidad del Estado como consecuencia de la infracción al deber de fiscalizar y supervisar la prestación de servicios de salud por un particular, referida en el caso concreto a la atención médica prestada por un profesional no autorizado en una institución que carecía de un control estatal, en detrimento del derecho a la integridad de la señora Suarez Peralta.¹⁵¹ En dicho caso y en el caso *I.V. vs Bolivia*, la Corte reiteró que los Estados tienen la obligación de proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción, velar y supervisar la calidad y las condiciones en que se prestan los servicios de salud.¹⁵²

Así, en virtud del deber de garantía los Estados están obligados a establecer estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas de salud con el fin de impedir violaciones a derechos humanos en el marco de la prestación de dichos servicios.¹⁵³ Así mismo, el deber de fiscalizar y supervisar debe estar orientado a garantizar los elementos esenciales del derecho a la salud, conforme a lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 14, a saber: la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud.¹⁵⁴

¹⁴⁹ CortelDH. Caso *Furlán y familiares vs. Argentina*. (E, F, R y C). Sentencia 31 de agosto de 2012. Serie C. Nº 245, Párr. 134. CortelDH. *Ximenes Lopez vs Brasil*. (F, R y C). Sentencia 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Párr. 104; Artículo II de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; DFID: *Disability, poverty and development*. (2000). Disponible en: www.dfid.gov.uk/pubs/files/disabilities.pdf

¹⁵⁰ CortelDH. *Ximenes Lopez vs Brasil*. (F, R y C). Sentencia 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Párr. 89.

¹⁵¹ Corte IDH. Caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*. (E, F, R y C). Sentencia del 21 de mayo de 2013. Serie C. No. 261. Párr. 153.

¹⁵² Corte IDH. Caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*. (E, F, R y C); Corte IDH. Caso *I.V. vs Bolivia*. (E, F, R y C). Sentencia 30 de noviembre de 2016. Serie C. No. 329. Párr. 154.

¹⁵³ Corte IDH. Caso *I.V. vs Bolivia*. Párr. 154.

¹⁵⁴ Corte IDH. Caso *Suarez Peralta vs. Ecuador*. Párr. 152.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha reconocido que el principio de no discriminación es una de las dimensiones que integra el requisito esencial de accesibilidad de los servicios de salud.¹⁵⁵

En este punto, se hace necesario hacer expresa mención a la jurisprudencia de la Corte que ha reconocido que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, dentro de los que se encuentra el derecho a la salud, son directamente justiciables, a partir de una interpretación “sistemática, teleológica y evolutiva” de los artículos 26 y 29 de la Convención Americana, según la cual este tratado abarca y protege las normas económicas, sociales, de educación, ciencia y cultura contenidas en la carta de la OEA.¹⁵⁶

La aproximación a la justiciabilidad de los DESC fue acogida por la Corte IDH por primera vez en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* al estudiar las obligaciones del Estado respecto de la protección del derecho a la estabilidad laboral.¹⁵⁷ Dicho abordaje fue reiterado en el caso *Pobletes Vilches vs. Chile* del año 2018, en el que por primera vez la Corte IDH, al estudiar la responsabilidad del Estado por la atención médica brindada a una persona mayor en un hospital público, declara responsable a un Estado por violación al derecho a la salud de forma autónoma, con base en el artículo 26 de la CADH.¹⁵⁸

Es así como, a partir de la autonomía que se le ha reconocido al derecho a la salud, la Corte en el caso *Pobletes Vilches vs. Chile* y posteriormente en los casos, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* y *Hernández vs. Argentina*, se ha pronunciado sobre el *corpus iuris* internacional para determinar el contenido del derecho a la salud frente a cuestiones específicas como la atención de urgencias o las obligaciones de los Estados respecto de las personas portadoras del VIH.¹⁵⁹

Según la interpretación de la Corte IDH, los derechos de contenido económico y social (protegidos por el artículo 26 de la CADH) se desprenden dos tipos de obligaciones, unas generales de adopción progresiva y otras de carácter inmediato.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. (E, F, R y C). Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Párr. 173; *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Párr. 121.

¹⁵⁶ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. (E, F, R y C). Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359 Párr. 97; *Caso Pobletes Vilches y otros vs. Chile* (F, R y C). Sentencia del 8 de marzo de 2018. Serie C- No. 349. Párr. 143; *Caso Hernández Vs. Argentina*. (E, F, R y C). Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395. Párr. 62.

¹⁵⁷ *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. (E, F, R y C). Sentencia del 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Párr. 145-149.

¹⁵⁸ Corte IDH. *Caso Pobletes Vilches y otros vs. Chile* (F, R y C). Sentencia del 8 de marzo de 2018. Serie C- No. 349. Párr. 143.

¹⁵⁹ Corte IDH. *Caso Hernández Vs. Argentina*. (E, F, R y C). Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395. Párr. 66; *Caso Pobletes Vilches vs. Chile*. Párr. 174; *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. (E, F, R y C). Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 196; *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. (E, F, R y C). Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359 Párr. 110.

¹⁶⁰ Corte IDH. *Caso Pobletes Vilches y otros vs. Chile*. Párr. 104.

Respecto del deber de adoptar medidas progresivas, sostiene que este implica para los Estados la obligación de avanzar de forma eficaz y expedita hacia la plena efectividad de los DESC¹⁶¹ y que no puedan adoptar medidas de carácter regresivo frente a su protección. Por su parte, las obligaciones de carácter inmediato se traducen en el deber de adoptar medidas adecuadas, eficaces y concretas para la efectiva realización de tales derechos y sobre todo, que garanticen el *acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas por cada uno de estos*.¹⁶²

Ahora bien, en punto del derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto bienestar social, físico y mental”, el Tribunal observa que en un sentido similar al del Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, reconoce la obligación de los Estados de adoptar medidas orientadas a la *“prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”*.^{163 164}

En concreto, la operatividad de esta obligación comienza con el deber de regulación y fiscalización de los servicios de salud, sean estos públicos o privados, y con el desarrollo de programas nacionales para lograr una prestación de servicios de calidad.¹⁶⁵ De igual forma, la Corte partiendo de lo dispuesto en la observación General No. 14 del Comité DESC, reitera que el derecho a la salud abarca una atención oportuna, adecuada y eficaz, en la que se deben priorizar los grupos y poblaciones vulnerables, conforme a los recursos disponibles y a la legislación nacional aplicable.¹⁶⁶ De ahí que, además del deber de progresividad, respecto de la salud, sea necesario materializar el principio de no discriminación en su acceso, disponiendo medidas positivas en favor de los grupos vulnerables.

Desde esa perspectiva, y sin pretender ahondar en la tesis de la Corte sobre la autonomía y justiciabilidad de los DESC, resulta determinante el alcance que se ha otorgado al derecho a la salud como derecho fundamental, ligado enteramente a la posibilidad de vivir de forma digna y que comprende no solo la ausencia de enfermedades sino un *estado completo de bienestar físico, mental y social*.¹⁶⁷

De igual forma, del análisis realizado por la Corte en los casos citados se desprende justamente la posibilidad de dotar de contenido las obligaciones específicas del Estado frente a cuestiones de salud que merecen un tratamiento especial como la atención de las

¹⁶¹ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 31.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

¹⁶⁴ Corte IDH. Caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. (E, F, R y C). Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359 Párr. 104.

¹⁶⁵ Corte IDH. Caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Párr. 106; Corte IDH. Caso *Pobletes Vilches y otros vs. Chile*. Párr. 104.

¹⁶⁶ Corte IDH. Caso *Hernández Vs. Argentina*. Párr.78; Caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Párr. 106; Corte IDH. Caso *Pobletes Vilches y otros vs. Chile*. Párr. 118.

¹⁶⁷ Corte IDH. Caso *Pobletes Vilches y otros vs. Chile*. Párr. 118.

personas mayores,¹⁶⁸ las personas que viven con el VIH¹⁶⁹ o con tuberculosis,¹⁷⁰ a partir de un uso interrelacionado y complementario de instrumentos de *hard law* y de *soft law*.¹⁷¹

Debe señalarse que este tipo de análisis aún no ha sido realizado respecto de la atención en salud mental, de ahí que sea necesario abordar y desarrollar los estándares internacionales que determinan el contenido específico del derecho a la salud mental y las obligaciones del Estado correlativas para su efectividad.

2.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Pese a no estar contemplado el derecho a la salud en el Convenio Europeo, el TEDH al igual que la Corte IDH, ha conocido de múltiples casos en los que ha estado involucrado el derecho a la salud. A falta de reconocimiento expreso, el concepto base desde el que se han sentado las líneas generales de protección, ha sido la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud,¹⁷² es decir como un estado completo de bienestar que incorpora distintas esferas del ser.¹⁷³

Ahora, las principales líneas de pronunciamiento del TEDH se han dado respecto de casos de negligencias médicas, bioética, medioambiente y salud mental.¹⁷⁴ De hecho, dado el alcance restringido del convenio europeo en cuanto al reconocimiento de derechos sociales el Tribunal ha acudido a la aplicación de la teoría de la conexidad entre estos y los derechos civiles y políticos, para así extender su alcance.¹⁷⁵

En su jurisprudencia, el TEDH ha precisado la relación que existe entre el derecho a la vida privada y la protección a la integridad personal. De lo anterior se desprende que, pese a que Convenio Europeo no protege un nivel específico de atención médica, la atención adecuada en salud está estrechamente ligada a la integridad física y psicológica y los

¹⁶⁸ Corte IDH. Caso Pobletes Vilches y otros vs. Chile.

¹⁶⁹ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. (E, F, R y C). Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359 Párr. 146-149.

¹⁷⁰ Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Párr.80.

¹⁷¹ La Corte IDH en los casos Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, al entrar a determinar al alcance del derecho a la salud de las personas que viven con el VIH, acudió a las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos elaboradas conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), instrumento que por lo demás no tiene naturaleza vinculante.

¹⁷² Hernández, "The Right to Health in the Jurisprudence of European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights." Pág. 647.

¹⁷³ TEDH, Caso Hatton y otros contra Reino Unido (No. 36022/97), Sentencia del 8 de julio de 2003, párrafo 11.

¹⁷⁴ Hernández, "The Right to Health in the Jurisprudence of European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights." Pág. 647.

¹⁷⁵ Magda Yadira R, "THE RIGHT TO HEALTH IN THE CASE LAW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS El Tema de La Protección de Los Derechos Sociales En Los Tribunales Se Ha Vuelto Un Lugar Central En Los Reclamos Judiciales , En El Caso Del Ejercicio Del Derecho a La Salud ," 2016. Pág. 202.

Estados tienen la obligación positiva de garantizar a las personas bajo su jurisdicción su integridad personal.¹⁷⁶

En un sentido similar al de la Corte IDH, el Tribunal Europeo ha precisado que el CEDH establece la obligación de los Estados de proteger el derecho a la vida de las personas, lo que de suyo implica el deber de adoptar medidas de carácter positivo y que, al extrapolarse al ámbito de la salud pública, se traduce en los deberes también abordados por la Corte Interamericana, de regulación y supervisión de la calidad de los servicios, con independencia de que se trate de entidades públicas o privadas, para proteger la vida de los pacientes.¹⁷⁷

En los casos *Asiye Genç vs. Turquía*¹⁷⁸ y *Center of Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu contra Rumania*,¹⁷⁹ el TEDH declara la responsabilidad del Estado por violación al derecho a la vida como consecuencia de negligencias médicas. El primero referido a la muerte de un recién nacido y el segundo a la muerte de una persona con discapacidad que no recibe ni el cuidado ni el tratamiento médico apropiado para su condición. En estos casos, se hace notoria la intrínseca conexión entre la violación del derecho a la salud con las violaciones del derecho a la vida.

Ahora bien, siendo congruente con su teoría sobre el margen de apreciación, el TEDH ha sostenido que las obligaciones que se derivan del Convenio no obligan a los Estados a satisfacer el mismo nivel de atención médica, y por el contrario, el propósito de proporcionar el más alto nivel posible de salud es un objetivo que cada Estado deberá ofrecer en función de las circunstancias particulares.¹⁸⁰

Sea el caso señalar que, esta misma postura se ha extendido a cuestiones sobre bioética, que plantean debates morales profundos, como es el caso de la interrupción de tratamientos que mantienen la vida artificialmente, los trasplantes de órganos e incluso el inicio y fin de la vida. El Tribunal ha entendido que en estos asuntos no es posible encontrar una postura uniforme entre los Estados contratantes y, por tanto las autoridades de cada Estado están en mejor posición para dar respuesta a las mismas y determinar la necesidad de imponer sanciones o restricciones en cada caso. No obstante, ese margen de

¹⁷⁶ TEDH, Caso *Glass Vs. Reino Unido* (No. 61827/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004, párrs. 74- 83; Caso *Yardımcı Vs. Turquía*, (No. 25266/05), Sentencia de 5 de enero de 2010. Final, 28 de junio de 2010, párrs. 55 y 56, y Caso *P. y S. Vs. Polonia* (No. 57375/08), Sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96.

¹⁷⁷ TEDH, Caso *Calvelli y Ciglió Vs. Italia*. (No. 32967/96). Sentencia de 17 de enero de 2002, párr. 49, Caso *Byrzykowski Vs. Polonia*. (No 11562/05. Sentencia de 27 de junio de 2006, párr. 104, y *Caso Silih Vs. Eslovenia*. (No. 71463/014). Sentencia de 9 de abril de 2009, párr. 192.

¹⁷⁸ TEDH, Caso *Asiye Genç c. Turquía* (No. 24109/07). Sentencia del 27 de abril de 2015.

¹⁷⁹ TEDH, Caso *Center of Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu contra Rumania* (No. 47848/08). Sentencia del 17 julio 2014

¹⁸⁰ Eva Fernández Piedralba, Noemí García Esteban, Pablo Cabo Pérez, “La bioética en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en DS: Derecho y salud, Vol. 26, Nº. Extra-1, 2016, pp. 206-208.

apreciación no es ilimitado y el TEDH puede entrar a analizar si determinada restricción es o no compatible con el Convenio Europeo.¹⁸¹

Al observar la relación del derecho a la salud y el CEDH, no puede dejarse a un lado la especial protección de los derechos de los pacientes con enfermedades mentales, que habría sido de los primeros asuntos llevados al conocimiento del sistema europeo. Lo anterior, trajo consigo un importante desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a la interpretación de la dignidad humana, la protección de la libertad personal, la vida privada, el derecho a la información e incluso el derecho de acceso a la justicia, y además un desarrollo importante frente a la protección de los derechos del paciente, en tanto derechos humanos.¹⁸²

Así, el especial interés del sistema europeo por la salud mental ha derivado en una serie de estándares, construidos a partir del trabajo de la OMS,¹⁸³ que son perfectamente realizables dentro de los sistemas de salud de cada Estado. Lo anterior en la medida en que, la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre la materia ha desarrollado principalmente derechos civiles y políticos, que no involucran la inversión de recursos por parte del Estado y escapan a cuestiones especialmente problemáticas o controvertidas.¹⁸⁴

Por ejemplo, en el caso *Winterwerp vs. Holanda*, el Tribunal desarrolló criterios para la detención obligatoria de pacientes con enfermedades mentales, que hoy siguen siendo usados. De acuerdo con el TEDH, la detención debe realizarse sobre la base de criterios médicos objetivos que determinen la verdadera existencia de la enfermedad, pero además la legalidad de la detención en una institución psiquiátrica estará sujeta a que la misma sea revisada periódicamente por autoridad competente.¹⁸⁵

Por otra parte, en el caso *Shtukaturov v. Russia*, el TEDH desarrolló los presupuestos para la protección de pacientes con enfermedades psiquiátricas, referidos principalmente a la detención en el hospital y los procedimientos de interdicción, bajo los cuales es posible restringir la capacidad de decisión del paciente. Frente a estos últimos, el Tribunal establece que la existencia de una enfermedad mental, por si sola, no podrá servir de fundamento para restringir absolutamente la capacidad legal de una persona.¹⁸⁶

Con esto, el Tribunal Europeo deja planteada la idea de que *per se* la discapacidad mental no puede ser un motivo para restringir la autonomía e independencia de la persona y que,

¹⁸¹ TEDH. Caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (No. 14235/88) Sentencia del 29 octubre de 1992, Párr. 68; Caso *Lambert y otros contra Francia* [GC], nº 46043/2014, 5 de junio de 2015.

¹⁸² Birmontiene, "The Development of Health Law as a Way to Change Traditional Attitudes in National Legal Systems. The Influence of International Human Rights Law: What Is Left for the National Legislator?" Pág. 29.

¹⁸³ European Commission, 'Promoting the mental health of the population: towards a strategy on mental health for the European Union', Green Paper, COM (2005) 484, 14 October 2005; European Commission, 'Together for health: a strategic approach for the EU 2008– 2013', White Paper, COM (2007) 630 final, 23 October 2007.

¹⁸⁴ McHale, "Fundamental Rights and Health Care." Pág. 308

¹⁸⁵ TEDH, Caso *Wintererp vs. The Netherlands*. (No. 6301/73). Sentencia del 27 de noviembre de 1981. Párr. 55.

¹⁸⁶ TEDH, Caso *Shtukaturov v. Russia* (No. 44009/05), Sentencia del 27 marzo de 2008. Párr. 95 y 120.

por el contrario, las medidas restrictivas que se adopten en el marco de los tratamientos en salud deben fundarse en información y datos objetivos que las justifiquen. Es entonces este el razonamiento que lleva al TEDH a establecer la necesidad de acreditar mediante un informe médico, la existencia de una enfermedad mental con el fin de legitimar la restricción a la libertad personal del paciente.¹⁸⁷

2.2.3. Relaciones entre la Jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Hasta acá se observa un importante desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la salud y si se quiere, un diálogo entre las dos cortes en lo que respecta a la relación evidente entre aquellas condiciones inherentes a la vida digna y la atención en salud.

Ahora, en cuanto a las similitudes del tratamiento del derecho a la salud, se encuentra que tanto la Corte IDH como el TEDH al abordar este derecho han acudido a la definición de la OMS y del Comité de DESCAs esto es, el estado de bienestar completo a nivel físico, mental y social. Así mismo, para ambas cortes internacionales, la salud se relaciona directamente con la posibilidad de tener una vida digna, es decir que pese a ser un derecho de contenido social y económico ambos sistemas reconocen que la salud está directamente vinculada a derechos y libertades políticos y civiles como la vida e integridad personal. Como consecuencia de estas relaciones de conexidad, surgen para los Estados obligaciones especiales de garantía respecto de los grupos y poblaciones vulnerables, dentro de las que se encuentran las personas con enfermedades mentales.

En el mismo sentido, tanto el TEDH como la Corte IDH reconocen que los Estados tienen el deber de fiscalizar y supervisar la prestación de los servicios de salud sean estos privados o públicos, con el fin de garantizar los criterios esenciales e interrelacionados de calidad, disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad.

Sin embargo, existen diferencias específicamente en la forma en que se ha abordado el derecho a la salud. En primer lugar, en lo que respecta al deber de garantizar el derecho a la salud, el TEDH ha concedido a los Estados un margen de apreciación, razón por la que las obligaciones internacionales del Estado estarán determinadas en función de la situación particular. En segundo lugar, el Tribunal siendo congruente con esta tesis, ha abordado los casos que involucran el derecho a la salud principalmente a partir de su interrelación con los derechos civiles y políticos.

En cuanto a la salud mental, una de las principales líneas de pronunciamiento del TEDH, en su jurisprudencia ha planteado una serie de límites a las restricciones a la libertad y a la autonomía de las personas con enfermedades mentales, con el fin de garantizar su protección. Lo anterior, sobre la base de una premisa compartida con la Corte IDH, respecto

¹⁸⁷ TEDH. Caso *Varbanov vs. Bulgaria*. Sentencia del 5 de octubre de 2000. App. No. 31365/96. Párr. 48

a la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con enfermedades mentales.

Por su parte, la Corte IDH reconoce la salud como un derecho autónomo y directamente justiciable. Esta teoría, le ha permitido a esta Corte desarrollar el contenido de este derecho y además, determinarlo en función de circunstancias concretas.

Ahora, más allá de la postura sobre la justiciabilidad de la salud, asunto que escapa del objeto de esta investigación, es evidente que la jurisprudencia de ambas cortes regionales coincide en que el derecho a la salud comprende no solo la ausencia de afecciones médicas sino un estado completo de bienestar que involucra distintas esferas del ser, incluida la mental, respecto del cual los Estados tienen las obligaciones de protección y garantía. Es justamente de estas obligaciones que se derivan las obligaciones de regular, supervisar y fiscalizar la prestación de servicios de salud.

2.3. Obligaciones del Estado en relación con la prestación de servicios de salud.

Hasta acá se ha logrado identificar y establecer el contenido del derecho a la salud, conformado, como se advirtió desde el inicio, por tratados y otros instrumentos que contribuyen a la interpretación de las fuentes vinculantes. En ese sentido, y con el fin de establecer el alcance de la obligación del Estado de garantizar la salud mental, se hace necesario profundizar en las obligaciones internacionales del Estado de cara a la prestación de los servicios de salud, asunto que en todo caso ha sido abordado transversalmente a lo largo de este capítulo.

Lo primero que se advierte es que, los criterios para establecer la responsabilidad internacional del Estado por violación a derechos humanos tienen una base convencional. A la luz del Sistema Interamericano, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos allí consagrados.¹⁸⁸

De acuerdo con el artículo 1.1. de la CADH los Estados tienen los deberes generales de *respeto y garantía*, de modo tal que cualquier violación a los derechos reconocidos en el tratado atribuible al Estado, de acuerdo con las reglas de derecho internacional “a la acción u omisión de cualquier autoridad pública” constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional.¹⁸⁹

Ahora bien, la obligación de *respeto* implica un deber de abstención que impone límites a la función pública, con el fin de evitar interferencias en el ejercicio pleno de los derechos y

¹⁸⁸ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 164; Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 83.

¹⁸⁹ Caso *Lori Berenson Mejía*. Sentencia 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 219.; Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 83.

libertades fundamentales.¹⁹⁰ Por su parte, la obligación de *garantía* exige a los Estados deberes de carácter positivo en el sentido de organizar y adecuar las estructuras del poder público, para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁹¹

Ahora, la obligación de garantía exige un sistema normativo y un aparato estatal que otorgue garantías efectivas para el pleno ejercicio de los derechos humanos. “*Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.*”¹⁹²

Sin perjuicio de estas obligaciones generales del Estado, desde una perspectiva de responsabilidad internacional de Estado, la separación de los servicios prestados directamente por el Estado y por entes privados deja de ser relevante, en la medida en que, estos últimos han empezado a tener un rol importante en la garantía de derechos humanos.¹⁹³ Atendiendo a esta realidad, la Corte IDH ha planteado que la responsabilidad del Estado por violación a derechos humanos puede también surgir por actos de particulares.¹⁹⁴ Esto ocurre en los eventos en los que la entidad pública o privada está autorizada para actuar con capacidad estatal *tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.*¹⁹⁵

De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en línea con este planteamiento, propuso una serie de deberes que se derivan de la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, a saber: i) el *deber de regular*, ii) el deber de *prevenir* violaciones a los derechos humanos, iii) el deber de *fiscalizar* e iv) *investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales* para víctimas¹⁹⁶

Concretamente respecto del derecho a la salud, la Corte IDH ha sostenido que la operatividad de la obligación de su garantía comienza con el deber de regular y fiscalizar los servicios de salud, sean estos públicos o privados,¹⁹⁷ con el fin de que su prestación se realice atendiendo a los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y

¹⁹⁰ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Párr. 165.

¹⁹¹ Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Párr. 166.

¹⁹² Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Párr. 166 y 167.

¹⁹³ Ximena Andión Ibañez and Tamar Dekanosidze, “The State’s Obligation to Regulate and Monitor Private Health Care Facilities: The Alyne Da Silva Pimentel and the Dzebniauri Cases,” *Public Health Reviews* 38, no. 1 (2017): 1–9, <https://doi.org/10.1186/s40985-017-0063-6>. Pág. 2.

¹⁹⁴ Caso de la *Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 111- 113; Caso de la *Masacre de Mapiripán*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 113, párr. 85; Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Párr. 85.

¹⁹⁵ Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Párr. 87.

¹⁹⁶ CIDH. “Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales y Ambientales. Párr.86.

¹⁹⁷ Corte IDH. Caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Párr. 106; Corte IDH. Caso *Pobletes Vilches y otros vs. Chile*. Párr. 104; Corte IDH. Caso *Chincilla Sandoval vs. Guatemala*. párr. 170; Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Párr. 171.

calidad.¹⁹⁸ Es decir que, los Estados son responsables de establecer regulaciones en punto de la prestación de los servicios de salud y de implementar mecanismos adecuados que materialicen la efectividad de dicha regulación,¹⁹⁹ dado que la prestación de estos servicios por instituciones no acreditadas o que no cuenten con las condiciones de calidad necesarias, incide en la vida y la integridad de los pacientes.²⁰⁰

En lo que respecta a la obligación de fiscalizar, la Corte IDH desde el caso *Ximenes Lopes vs Brasil* ha sostenido que los Estados tienen el deber de establecer mecanismos de supervisión y fiscalización a las instituciones de salud, con independencia de que sean estas públicas o privadas.²⁰¹ Esta línea, desarrollada especialmente respecto de los servicios de salud y que posteriormente se ha extendido a otros ámbitos²⁰², ha sido reiterada por la Corte en casos como, *Alban Cornejo vs. Ecuador*,²⁰³ *Suarez Peralta Vs Ecuador*,²⁰⁴ *Chincilla Sandoval vs. Guatemala*²⁰⁵ y recientemente en el caso *Pobletes Vilches vs. Chile*.²⁰⁶

Ahora bien, esta tesis sobre la responsabilidad internacional del Estado respecto de la prestación de servicios de salud por parte de actores privados fue también sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Zhana Dzebniauri v. Georgia* de 2011 y por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) en su decisión en el caso *Da Silva Pimentel v. Brazil* de 2015.

El primero referido a la muerte del señor Giorgi Dzebniauri en un hospital privado, como consecuencia de un error médico en el marco de una cirugía de vesícula biliar²⁰⁷ y el segundo, a la muerte de Alyne Da Silva, una mujer brasilera de origen africano e indígena en estado de embarazo, producto de la negligencia médica.²⁰⁸

Sobre la base de que la salud es un derecho y un bien público, el CEDAW reconoce que la falta de servicios adecuados durante la maternidad tiene un impacto en la vida de la mujer. Así mismo, sostiene que el Estado siempre es responsable de regular y supervisar la prestación de servicios de salud por parte de instituciones privadas y que, según el artículo

¹⁹⁸ Corte IDH. Caso *Cuscul Pivara y otros Vs. Guatemala*. Párr. 107.

¹⁹⁹ Corte IDH. Caso *Chincilla Sandoval vs. Guatemala*. párr. 170; Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Párr. 171.

²⁰⁰ Corte IDH, Caso *Pobletes Vilches vs. Chile*. Párr. 124; Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*

²⁰¹ Corte IDH. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Párr. 141.

²⁰² Corte IDH. Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs Brasil*. (E, F, R y C). Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 215; Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 152-155; CIDH. Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: Protección de Derechos Humanos en el Contexto de Actividades de Extracción, Explotación y Desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015. Párr. 98-105.

²⁰³ Corte IDH. Caso *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Párr. 119.;

²⁰⁴ Corte IDH. Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Párr. 149.

²⁰⁵ Corte IDH Caso *Chincilla Sandoval vs. Guatemala*. Párr. 170.

²⁰⁶ Caso *Pobletes Vilches vs. Chile*. Párr. 124.

²⁰⁷ TEDH. Caso *Zhana Dzebniauri v. Georgia* (No. 67813/11). Párr. 4-9.

²⁰⁸ United Nations. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. Caso *Alyne Da Silva Pimentel v. Brazil*. Sentencia del 6 de agosto de 2011. CEDAW/C/49/D/17/2008. 2011.

2 (e) de la Convención contra la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,²⁰⁹ “el Estado tiene la obligación de actuar con la debida diligencia para adoptar medidas que garanticen que las actividades de los agentes privados en relación con las políticas y prácticas sanitarias sean adecuadas.”²¹⁰

Pese a que en el caso *Dzebniauri v. Georgia*, se logra una solución amistosa, el TEDH reconoce que los Estados tienen el deber de proteger la vida de los pacientes en instituciones médicas privadas, lo que se traduce en deberes específicos como la implementación de sistemas efectivos de inspección que corroboren el cumplimiento de las leyes y reglamentos pertinentes.²¹¹

En estos dos casos, los órganos regionales e internacionales, al observar la ausencia de reparaciones adecuadas para las víctimas, reiteran el deber del Estado de supervisar que las instituciones privadas de salud respeten el derecho a la vida de los pacientes y que, en los casos de muerte por negligencia médica, se deberá investigar la causa, juzgar, sancionar a los responsables, y otorgar reparaciones adecuadas a las víctimas.²¹²

Las decisiones expuestas reiteran los estándares internacionales de responsabilidad del Estado en el marco de la prestación de servicios médicos, que suponen tanto la regulación, la fiscalización y la obligación de reparar los daños o abusos que se cometan. En otras palabras los Estados son responsables por las violaciones a derechos humanos que se comentan en el marco de la prestación de servicios médicos por parte de instituciones públicas o privadas, dado que en uno u otro caso se estaría incumpliendo el deber de fiscalizar y supervisar.

Es decir que, si bien el primer paso en la garantía del derecho a la salud es contar con un marco regulatorio adecuado, ello no será suficiente, y por eso es imprescindible contar con mecanismos para supervisar su cumplimiento y garantizar su implementación efectiva, de acuerdo con los elementos esenciales del derecho a la salud.

Hasta acá se ha descrito y analizado el contenido general del derecho a la salud y de las obligaciones del Estado para su realización, cuya evolución ha estado ligada a los principios y estándares de la OMS, a la interrelación entre la salud y la vida digna y al abordaje de las cuestiones de salud desde una postura humanizadora y basada en los derechos humanos.

Establecido este marco general del derecho a la salud, en el siguiente capítulo se abordarán las obligaciones específicas en punto de la garantía del derecho a la salud mental. Tales

²⁰⁹ Art. 2 (e) de la Convención contra la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer dispone que: Los Estados Parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (...) e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas

²¹⁰ CEDAW. Caso *Alyne Da Silva Pimentel v. Brazil*. Párr. 7.5.

²¹¹ TEDH. Caso *Zhana Dzebniauri v. Georgia* (No. 67813/11). Párr.14.

²¹² Ibañez and Dekanosidze, “The State’s Obligation to Regulate and Monitor Private Health Care Facilities: The Alyne Da Silva Pimentel and the Dzebniauri Cases.” Pág. 7.

obligaciones se basan en principios universales como la igualdad, la autonomía y la dignidad humana, y que en respuesta a la naturaleza de las enfermedades mentales y a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran quienes las padecen, requieren de un desarrollo especial, del que se deriva el *corpus iuris* del derecho a la salud mental.

CAPÍTULO III: MARCO REGULATORIO DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL

3.1. Introducción a la salud mental.

En el capítulo anterior, quedó establecido el marco jurídico del derecho a la salud, del que hace parte el bienestar mental. Así mismo, fueron decantadas las obligaciones internacionales del Estado en punto de la garantía de este derecho, cuya operatividad comienza con el deber de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios de salud con el fin de que cumplan con los requisitos de calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad.

En cuanto al tratamiento de las cuestiones sobre salud mental, se explicó que tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos, reconocen que las personas con enfermedades mentales son sujetos de especial protección por parte del Estado, en atención a su condición de vulnerabilidad. De allí que hayan sido desarrollados criterios, basados en los derechos humanos, para determinar la proporcionalidad de las restricciones que se impongan a su libertad y autonomía.

Ahora bien, a partir de este marco, el presente capítulo se propone abordar el *corpus iuris* de la obligación internacional del Estado de garantizar el derecho a la salud mental y se analizará la experiencia de un país de Latinoamérica frente a la implementación de una atención en salud mental con enfoque comunitario, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos. Lo anterior, sobre la base de la existencia de estándares específicos que se han desarrollado sobre la materia, atendiendo al impacto que representan las enfermedades mentales a nivel mundial en términos de derechos humanos, económicos y de política pública.

Siendo el objetivo central de esta investigación determinar el contenido de las obligaciones especiales del Estado respecto de la salud mental, en este capítulo se abordarán los estándares internacionales específicos en este campo, para lo cual lo primero es establecer lo que se entiende por salud mental.

Así, al acudir a una definición de salud mental, encontramos que la OMS, más que una definición, propone una serie de acciones que se enmarcan en lo que debe entenderse por salud mental.

En palabras de la OMS, “la salud mental abarca una **amplia gama de actividades directa o indirectamente relacionadas con el componente de bienestar mental** incluido en la definición de salud (...) Está relacionada con la **promoción** del bienestar, la **prevención**

de trastornos mentales y el **tratamiento y rehabilitación** de las personas afectadas por dichos trastornos".²¹³

De lo anterior se desprende que, esta noción de salud mental se basa en la definición de la OMS y del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la salud, según la cual la salud mental es parte integral de la garantía de este derecho.²¹⁴ Ahora bien, pese a no dar claridad sobre lo que es y lo que no es salud mental, esta aproximación centra el abordaje de estas cuestiones en las acciones de *promoción* del bienestar, la *prevención* de la enfermedad y la *atención* en salud mental. Siendo estos tres componentes, los ejes centrales de lo que debe ser el abordaje y la garantía de la salud mental.

Justamente a partir de estos criterios, a nivel internacional se han desarrollado instrumentos internacionales de *hard law* y de *soft law* que, en conjunto, permiten establecer el marco regulatorio del derecho a la salud mental. Antes de entrar a referirnos a cada uno de estos instrumentos, haremos una mención de los datos y cifras les sirven de sustento y justifican su expedición.

3.1.1. Panorama de la Salud Mental a Nivel Mundial.

Según el Plan de Acción en Salud Mental de la OMS (2013-2020) las personas con trastornos mentales presentan tasas más elevadas de discapacidad y mortalidad. Las personas con depresión mayor o esquizofrenia tienen entre un 40 a 60% más de probabilidades de una muerte respecto de la población general, debido a los problemas de salud física usualmente no son atendidos y al suicidio. Esto sumado a que preocupantemente a nivel mundial el suicidio es la segunda causa más frecuente de muerte en jóvenes".²¹⁵

En el año 2010 el suicidio se ubicó entre las tres primeras causas de muerte de personas entre 15 a 44 años a nivel mundial y para el 2020 se estimó que alcanzaría 1,5 millones de muertes al año.²¹⁶ Por su parte, el trastorno depresivo representa el 4,3% de la carga de morbilidad a nivel mundial y constituye una de las principales causas mundiales de discapacidad que afecta con mayor incidencia a las mujeres²¹⁷.

Al contrastar estos datos con las cifras de acceso a servicios de salud mental, se tiene que, en los países de bajos ingresos entre un 76% y un 85% de las personas con trastornos

²¹³ OMS. Temas de Salud, Salud mental. Disponible en: https://www.who.int/topics/mental_health/es/#:~:text=La%20salud%20mental%20abarca%20una.ausencia%20de%20afecciones%20o%20enfermedades%C2%BB.

²¹⁴ OMS, Plan de Acción sobre Salud Mental 2013- 2020. Párr. 10.

²¹⁵ Ibidem. Párr. 11.

²¹⁶ Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Forensis 2007. Datos para la vida. 1.a ed. Bogotá: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses;2007. Disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/339977+Suicidio.pdf/8cc94f6d-7b9c-4e2c-a949-e42fc6525951>.

²¹⁷ Ibidem.

mentales graves no reciben tratamiento y que el gasto mundial anual en salud mental es inferior a US\$ 2 por persona en países de ingresos medios y altos e inferior a US\$ 0,25 por persona en los países de bajos ingresos.²¹⁸ Lo anterior se traduce en barreras de acceso para la atención de las enfermedades mentales, bien sea en la disponibilidad o en la calidad de los recursos.

Estos datos del Plan de Acción de la OMS (2013-2020) evidencian y justifican la necesidad de abordar de forma certera los problemas de salud mental, los cuales representan una preocupación a nivel internacional desde una perspectiva de derechos humanos y desde las esferas económica y social.

3.1.2. Panorama de la Salud Mental a Nivel Regional.

En cuanto a la situación de salud mental en la región de América Latina y el Caribe, la OPS sostiene que la depresión sigue siendo la primera causa de trastornos mentales, con una prevalencia dos veces superior en las mujeres. En las Américas, el suicidio es la tercera causa de muerte en el grupo de 20 a 24 años, y la cuarta en los grupos de edad de 10 a 19 y 25 a 44.²¹⁹

En su Plan de Acción sobre Salud Mental (2015-2020), la OPS resalta que los avances en la disponibilidad de información sobre los servicios de salud mental han permitido una mayor y mejor comprensión de la magnitud de la brecha del tratamiento, es decir, la proporción de personas con enfermedades mentales que no acceden a ningún tratamiento.

De acuerdo con esta organización, la introducción de herramientas como el mhGAP elaboradas en el marco de la OMS, cuyo énfasis está en la ampliación de la cobertura de la atención en salud mental, han introducido cambios graduales frente a las deficiencias de la atención primaria en salud mental en al menos 15 países de la región.

Así mismo, el Instrumento de Evaluación para Sistemas de Salud Mental elaborado por la OMS, al ser implementado en 34 de los 35 países de América Latina y el Caribe, dio cuenta de las debilidades en la capacidad de respuesta de los sistemas nacionales frente a la salud mental. Este instrumento de evaluación evidencia que no hay homogeneidad en la organización de los sistemas de salud mental de los Estados de la Región, lo que explica que existan desde estrategias nacionales basadas en la atención comunitaria hasta sistemas concentrados en los hospitales psiquiátricos.²²⁰

A este contexto mundial y regional, se suman las violaciones a derechos humanos a los que se enfrentan las personas con trastornos mentales, debido a la estigmatización y discriminación de la que son objeto, lo que acentúa su situación de vulnerabilidad.

²¹⁸ OMS, Plan de Acción sobre Salud Mental 2013- 2020. Párr. 15-17.

²¹⁹ Organización Panamericana de la Salud, “*Plan de Acción sobre Salud Mental (2015-2020)*”. Párr. 9 y 13.

²²⁰ Organización Panamericana de la Salud. Párr. 16 y 17.

De igual forma, datos oficiales de países de las Américas evidencian la correlación que existe entre los trastornos mentales y las elevadas tasas de discapacidad y mortalidad, lo que de hecho coincide con las cifras mundiales. Así mismo, estudios de investigación han puesto de presente el reto que representa la remoción del estigma, propio y del entorno, asociado a los trastornos mentales, que se constituye en una barrera de acceso a servicios especializados en salud mental.²²¹

De acuerdo con estas investigaciones, el estigma asociado al trastorno mental, que incide en la posibilidad o voluntad de acceder a servicios de salud mental, tendría su origen en la falta de información o en la información errónea sobre el concepto de salud mental y los tratamientos de enfermedades mentales, según estos estudios.²²²

*“Son diversas las barreras para las personas que presentan una discapacidad psicosocial. **La que tiene mayor peso es la barrera actitudinal, que tiene un vínculo directo con el estigma que atraviesa todas las barreras a las que las personas con discapacidad psicosocial y sus familias se ven expuestas, y van de la mano al autoestigma.**”²²³*

La incidencia del estigma asociado a las enfermedades mentales y las barreras que representan para las personas con enfermedades mentales para su participación en la sociedad, obliga a que este sea uno de los asuntos a tratar en el marco de la prestación de servicios de salud mental.

3.2. Corpus iuris del Derecho a la Salud Mental

Dentro de los instrumentos internacionales que han impactado sustancialmente el abordaje de los asuntos sobre salud mental, se tienen: La Declaración de Caracas de 1990,²²⁴ la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Plan de Acción en Salud Mental de 2013-2020 de la OMS,²²⁵ El Plan de Acción sobre Salud Mental 2015-2020 de la OPS,²²⁶ el Programa de Acción sobre la Brecha en Materia de Salud Mental (MhGAP) y la Agenda de Salud para las Américas 2018-2030.

Todos estos esfuerzos parten del presupuesto de que “*no hay salud sin salud mental*”²²⁷ y se concentran en la necesidad de promover un sistema de protección a la salud mental, respetuoso de la dignidad y los derechos humanos de las personas con enfermedades o

²²¹ Fundación Saldarriaga Concha. “*Estigma y discapacidad psicosocial en el marco de los resultados en salud mental del conflicto armado en Colombia. Foco particular en la población indígena y afrodescendiente.*”

²²² Fundación Saldarriaga Concha. Estigma y discapacidad psicosocial.

²²³ Ibidem. Pág. 34.

²²⁴ Declaración de Caracas. Organización Panamericana de la Salud – Organización Mundial de la Salud. 14 de noviembre de 1990.

²²⁵ Organización Mundial de la Salud, *Plan de Acción sobre Salud Mental 2013- 2020*. Resolución WHA65.4 Párr. 02-05.

²²⁶ Organización Panamericana de la Salud, “*Plan de Acción sobre Salud Mental (2015-2020)*” CD. 53/8 del 3 de octubre de 2014

²²⁷ Organización Mundial de la Salud, *Plan de Acción sobre Salud Mental 2013- 2020*. Resolución WHA65.4 Párr. 02-05.

trastornos mentales.²²⁸ Desde allí, proponen estrategias concretas para la atención en salud mental basadas en modelos comunitarios, la ampliación de la oferta de atención primaria, el fortalecimiento de sistemas de información y la remoción de barreras de acceso.²²⁹

A continuación, se pasa a describir en orden cronológico el aporte de cada uno de estos instrumentos de cara al alcance y contenido del derecho a la salud mental.

En primer lugar, en América Latina la introducción de la Declaración de Caracas de 1990 significó el inicio de un proceso de reforma de la atención psiquiátrica y²³⁰ marca un hito en la región al señalar que “*la reestructuración de la atención psiquiátrica en la Región implica la revisión crítica del papel hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico en la prestación de servicios*”.²³¹

En ese sentido, la propuesta se concentra en la necesidad de reemplazar el viejo modelo *hospitalocéntrico* de la psiquiatría, concentrado en la atención hospitalaria del paciente con enfermedades mentales,²³² por una prestación de servicios descentralizada, participativa, integral, continua, preventiva y con enfoque comunitario y de protección a los derechos humanos.²³³

Posteriormente, en el 2006 en el marco de la Asamblea General se adopta la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), con el fin de promover, proteger y garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, bajo un marco de igualdad y de respecto a su dignidad.

Esta Convención consolida buena parte de los esfuerzos internacionales por dar respuestas efectivas a las múltiples violaciones a derechos humanos y a la discriminación que enfrentan las personas con discapacidad, incluyendo a quienes tienen enfermedades mentales o intelectuales.²³⁴

Además de ser la primera convención del sistema de Naciones Unidas del nuevo milenio, la importancia de este instrumento radica en que se desarrolla a partir del modelo social de

²²⁸ Organización Panamericana de la Salud – Organización Mundial de la Salud. *Declaración de Caracas*. Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud. 14 de noviembre de 1990. Párr. 2 y 3. Luis Fernando Muñoz, Claudia Ximena Muñoz, and José Miguel Uribe, “La Rehabilitación Psicosocial En Colombia: La Utopía Que Nos Invita a Seguir Caminando,” *Avances En Psicología Latinoamericana* 38, no. 3 (2020): 1–19, <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.8547>. Pág. 3.

²²⁹ WHO, “Scaling up Care for Mental, Neurological, and Substance Use Disorders.” Pág. 4; Organización Panamericana de la Salud. *Plan de Acción sobre Salud Mental (2015-2020)*”

²³⁰ Muñoz, Muñoz, and Uribe, “La Rehabilitación Psicosocial En Colombia: La Utopía Que Nos Invita a Seguir Caminando.” Pág. 3; Cels Agosto, “Documento Del CELS (Agosto 2009).,” no. Agosto (2009): 25–37. Pág. 28.

²³¹ Declaración de Caracas. Párr.2.

²³² Muñoz, Muñoz, and Uribe, “La Rehabilitación Psicosocial En Colombia: La Utopía Que Nos Invita a Seguir Caminando.” Pág. 3

²³³ Organización Panamericana de la Salud, “*Plan de Acción sobre Salud Mental*. Párr. 5.

²³⁴ Nuria Pastor Palomar, “Reservas a La Convención Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad,” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 37 (2019), <https://doi.org/10.17103/reei.37.08>.

la discapacidad, de acuerdo con el cual, la discapacidad es considerada un hecho social, definido como un “*complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto y el entorno social.*”²³⁵ Según este modelo, la discapacidad, más que estar centrada en la persona, es un fenómeno socialmente causado que surge de la interacción de una persona con un medio ambiente particular que no está en la capacidad de dar respuestas a sus necesidades.²³⁶

Dicho modelo de la discapacidad, sobre el cual se basa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, introduce un lenguaje de derechos a cambio del modelo de asistencialismo respecto de las personas con discapacidad. De ahí que los desarrollos más recientes del derecho internacional en esta materia se hayan construido a partir de este nuevo paradigma. Tanto es así que, al definir lo que debe entenderse por persona con discapacidad la CDPD, señala que:

(Art. 1) “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, **al interactuar con diversas barreras**, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” ²³⁷ (Énfasis fuera del texto original)

Más allá, de un simple formalismo, este cambio en la aproximación a la discapacidad, supuso el reconocimiento del derecho a la igualdad y la autonomía con apoyo para las personas con discapacidad, además de la comprensión de la discapacidad como parte de la experiencia humana.²³⁸ Desde esa perspectiva, una mirada desde los derechos humanos debe propender por lograr una igualdad material concretada en la garantía de igualdad de oportunidades partiendo de un contexto de inequidades estructurales existentes en la sociedad.²³⁹

En cuanto a los servicios de salud mental, resultan importantes los principios rectores de la Convención: “*i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad (...)*”²⁴⁰

²³⁵ Organización Mundial de la Salud, “Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud.” (2001).

²³⁶ Andrea Padilla Muñoz, “Discapacidad: contexto, concepto y modelos, International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional” pp. 381-414. Vol. 16 (2010) Pág. 405.

²³⁷ Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art.1.

²³⁸ Amita Dhanda, “Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” (Pub) Revista Internacional de Derechos humanos. Año 5 Número 8. pp. 42-59 (2008) Pág. 45

²³⁹ Jonathan Kenneth B. “Mental health and inequity: A human rights approach to inequality, discrimination, and mental disability. Health and Human Rights”. Pub. The President and Fellows of Harvard College Harvard School of Public Health/François-Xavier Bagnoud Center for Health. Vol. 11, No. 2 (2009). Pág. 20.

²⁴⁰ Artículo 3. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Estos principios, al ser extrapolados a la atención en salud de las personas con discapacidad mental, tienen consecuencias prácticas, derivadas del reconocimiento expreso a la capacidad de la persona para tomar sus propias decisiones en relación con su tratamiento²⁴¹ y de hacer prevalecer su derecho a participar y a estar incluida en la sociedad, dentro de un marco de libertad, igualdad y dignidad.

La CDPD al poner el énfasis en la persona y no en la discapacidad, obliga a transitar hacia un esquema de remoción de barreras, incluidas las actitudinales a las que se asocia el estigma, las preconcepciones y prejuicios frente a las enfermedades y trastornos mentales. De ahí que, el Estado tenga la responsabilidad de remover estas barreras de acceso para las personas con discapacidades mentales que, además de ser las que configuran el concepto de discapacidad impiden o restringen el acceso a servicios de salud mental.

Ahora, dado que el estigma y preconcepciones asociados a las enfermedades mentales inciden en la voluntad o en la posibilidad de acceder a servicios de salud mental, las propuestas y estrategias para promover el acceso dichos servicios deben tener en cuenta esta barrera, de lo contrario los esfuerzos no completarían su objetivo. Es decir que, en concordancia con el deber de adoptar las medidas necesarias para que “ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad”,²⁴² los Estados deben realizar estrategias, por ejemplo, centradas en la educación y la pedagogía, que conduzcan a eliminar los estigmas y prejuicios frente a las enfermedades mentales, particularmente de cara a los programas de promoción de salud y la prevención de las enfermedades mentales.

La Corte IDH, por su parte, ha sostenido que los Estados tienen el deber de garantizar una atención adecuada en salud para las personas con discapacidad mental, obligación que se concreta en el deber de *asegurar el acceso a servicios de salud básicos*, de *promover la salud mental*, prestar servicios de la manera menos restrictiva posible y *prevenir* las discapacidades mentales.²⁴³

En este punto debe precisarse la relación que existe entre la enfermedad mental y la discapacidad, dado que pese a estar ligados, son conceptos distintos y que uno no se deriva del otro de forma automática y directa.²⁴⁴ De acuerdo con la Organización de Naciones Unidas, la discapacidad psicosocial o mental es una condición temporal o permanente que afecta las funciones mentales de las relaciones de la persona y limita su capacidad para ejercer algunas actividades esenciales de la vida.

De acuerdo con lo anterior, la discapacidad psicosocial se configurará en personas con trastornos mentales cuando enfrentan un episodio de crisis que llega a interferir en sus

²⁴¹ Amita Dhandu. Pág. 47.

²⁴² Art. 1. E). Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁴³ CortelDH. *Ximenes Lopez vs Brasil*. (F, R y C). Sentencia 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, Párr. 128.

²⁴⁴ Ibidem.

relaciones de vida, particularmente en la posibilidad de ser incluido en la sociedad.²⁴⁵ En otras palabras, no toda enfermedad mental implica necesariamente en una discapacidad, pero toda discapacidad mental o psicosocial tendrá de base un trastorno psiquiátrico.

En todo caso, la protección a los derechos de las personas con discapacidad que se deriva de la CDPD, refuerza los planteamientos de instrumentos como la Declaración de Caracas, que reconocen la necesidad de reemplazar el modelo de atención en salud mental basado en el hospital psiquiátrico y el confinamiento, a cambio de uno que privilegia la autonomía y sobre todo el derecho de quienes tienen enfermedades mentales a participar plenamente en la sociedad.

3.2.1. Instrumentos desarrollados en el marco de la OMS y la OPS.

Ahora pasan a describirse los programas, agendas e instrumentos que, desde una perspectiva más técnica y de política pública, han sido elaborados en el marco de la OMS y de la OPS en materia de salud mental.

En el año 2008, con el fin de dar una respuesta concreta a los impactos generados por los problemas de salud mental a nivel mundial, la Organización Mundial de la Salud expide el *Programa de Acción sobre la Brecha en Materia de Salud Mental* (mhGAP por sus siglas en inglés). Este programa surge con el objetivo de fortalecer el compromiso de los Estados frente a la salud mental y sobre todo, de lograr una mayor cobertura de la oferta de servicios, especialmente en los países con menores recursos y grandes proporciones de la carga global de trastornos mentales.²⁴⁶

A grandes rasgos, el mhGAP establece una serie de criterios de intervención que guían la acción internacional en materia de salud mental. Dentro de estos se destaca, la integración de los trastornos mentales en los planes de desarrollo de gobierno, la transición desde los modelos de cuidado basados en el confinamiento del paciente hacia unos basados en la vida comunitaria y la ampliación de la oferta de la atención primaria en salud mental.²⁴⁷

De esta forma, reconociendo la importancia de la atención primaria en salud mental, estas guías apuntan a ampliar la oferta mediante la capacitación de personal de áreas asociadas a la salud en la atención primaria.²⁴⁸ El mhGAP han sido implementado en alrededor de 100 países con el fin de fortalecer la capacidad de los Estados en el manejo de los trastornos mentales más comunes.²⁴⁹ Esta estrategia es de enorme relevancia para los países con grandes brechas entre las necesidades y la provisión de servicios de salud mental en los

²⁴⁵ Fundación Saldarriaga Concha. "Estigma y discapacidad psicosocial en el marco de los resultados en salud mental del conflicto armado en Colombia. Foco particular en la población indígena y afrodescendiente." (Resumen). Disponible en. www.saldarriagaconcha.com

²⁴⁶ WHO, "Scaling up Care for Mental, Neurological, and Substance Use Disorders." Pág. 4

²⁴⁷ WHO. Pág. 17 -18.

²⁴⁸ Organización Panamericana de la Salud, "*Plan de Acción sobre Salud Mental*. Párr. 17.

²⁴⁹ Roxanne C. Keynejad et al., "WHO Mental Health Gap Action Programme (MhGAP) Intervention Guide: A Systematic Review of Evidence from Low and Middleincome Countries," *Evidence-Based Mental Health* 21, no. 1 (2018): 29–33, <https://doi.org/10.1136/eb-2017-102750>. Pág. 2

que se suman factores como la precariedad de la red de atención primaria y la prácticamente inexistente consulta con un médico especialista.²⁵⁰

Posteriormente, en el año 2012, la Asamblea Mundial de la Salud de la OMS, adopta la resolución WHA65.4 *sobre la carga mundial de trastornos y la necesidad de una respuesta integral y coordinada para atenderlos*. Dicha resolución hace un llamado a la Directora General de la OMS para que elabore un plan de acción integral, que se concreta en el Plan de Acción en Salud Mental de 2013-2020, bajo el principio esencial de que “*no hay salud sin salud mental*”.²⁵¹

Este Plan de Acción en Salud Mental de la OMS, elaborado con la participación de los Estados Miembros de la organización, la sociedad civil y aliados internacionales, bajo un enfoque multisectorial plantea recomendaciones en las áreas de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación, atención y recuperación.²⁵²

Con base en la situación de salud mental en el mundo y en los retos que representan las enfermedades mentales, dicho plan concreta unos principios de acción que coinciden con la evolución de las aproximaciones desde un punto de vista médico y de derechos humanos, a saber: cobertura universal, enfoque multisectorial y totalidad del ciclo de vida.²⁵³

Así el plan propone las siguientes acciones: i) Ampliar la cobertura de servicios de salud mental para lo cual es de gran utilidad el programa mhGAP que proporciona guías a los planes de acción nacionales,²⁵⁴ ii) Incorporar un enfoque multisectorial e integral que abarque al menos el sector salud, educación, trabajo, vivienda, justicia y el sector privado.²⁵⁵

Ahora, el enfoque multisectorial que propone la OMS demanda estrategias de promoción y prevención, así como servicios integrales de salud mental basados en la comunidad,²⁵⁶ lo que a su vez exige la integración de la atención hospitalaria con la atención primaria, y la provisión de servicios centrados en la recuperación y los derechos humanos.²⁵⁷

Como puede observarse, esta propuesta de la OMS, concreta desde una perspectiva técnica, estándares y principios basados en el respeto por los derechos humanos. Es decir que, las estrategias de la Organización, más que ser un desarrollo autónomo e independiente sobre la respuesta mundial a los problemas de salud mental, se dan de una forma paralela y estrechamente ligada a los avances logrados desde el derecho internacional de los derechos humanos, poniendo su énfasis en la persona y no en la

²⁵⁰ Muñoz, Muñoz, and Uribe, “La Rehabilitación Psicosocial En Colombia: La Utopía Que Nos Invita a Seguir Caminando.”Pág. 13.

²⁵¹ Organización Mundial de la Salud, *Plan de Acción sobre Salud Mental 2013- 2020*. Resolución WHA65.4 Párr. 02-05.

²⁵² Organización Mundial de la Salud, *Plan de Acción sobre Salud Mental 2013- 2020*. Párr. 02.

²⁵³ Ibidem. Párr. 23.

²⁵⁴ Ibidem. Párr. 04.

²⁵⁵ Ibidem. Párr. 23. 44.

²⁵⁶ Ibidem. Párr. 44.

²⁵⁷ Ibidem Párr. 48-52.

enfermedad y en la recuperación basada en la comunidad, no en las restricciones a la libertad.

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud, organización internacional de salud pública más antigua del mundo con mandato sobre la región de las Américas, en 2014 aprueba su *Plan de Acción sobre Salud Mental 2015-2020*, alineándolo con su plan estratégico y con el Plan de Acción Integral sobre Salud Mental de la OMS.²⁵⁸

En su plan de acción, la OPS resalta que los avances en la disponibilidad de información sobre los servicios de salud mental han posibilitado una mejor comprensión de la magnitud de la brecha del tratamiento, es decir, la proporción de personas con enfermedades mentales que no acceden a ningún tratamiento.

De acuerdo con esta organización, los sistemas nacionales de salud mental de la región tienen profundas debilidades en su capacidad de respuestas y no existe un tratamiento homogéneo sobre las cuestiones de salud mental, de ahí que existan en los países de la región estrategias basadas en la atención comunitaria hasta sistemas concentrados en los hospitales psiquiátricos.²⁵⁹

En virtud de estos resultados, se plantea como línea estratégica del Plan de Acción en Salud Mental de la OPS, mejorar la capacidad de respuesta de los sistemas y servicios de salud mental mediante la implementación de un modelo comunitario, la inserción del componente de salud mental en la atención primaria, la existencia de una red de servicios, la coordinación intersectorial y el abordaje desde los derechos humanos.²⁶⁰

Los puntos más relevantes de la propuesta de la OPS podrían resumirse en: i) regulaciones, políticas y planes nacionales para la promoción y atención en salud mental, ii) modelos comunitarios integrales de salud mental, iii) ampliación de la oferta de atención primaria, iv) coordinación intersectorial y, v) fortalecimiento de los sistemas de información en salud mental.²⁶¹

Por último, la Agenda de Salud para las Américas 2018-2030, en línea con su objetivo 9° y con el Plan de Acción Salud Mental de la OPS, establece la meta de incrementar a 2030 el acceso a los servicios de salud mental, incluidos los de prevención y recuperación, con enfoque comunitario y de integración de la salud mental en la atención primaria.²⁶²

²⁵⁸ Organización Panamericana de la Salud, “*Plan de Acción sobre Salud Mental (2015-2020)*” CD. 53/8 del 3 de octubre de 2014.

²⁵⁹ Organización Panamericana de la Salud. Párr. 16 y 17.

²⁶⁰ Organización Panamericana de la Salud. *Plan de Acción sobre Salud Mental (2015-2020)*

²⁶¹ Organización Panamericana de la Salud. *Plan de Acción sobre Salud Mental (2015-2020)*. Párr. 32-42.

²⁶² Organización Panamericana de la Salud. *Agenda de Salud Sostenible para Las Américas 2018-2030: Un Llamado a la Acción para la salud y el bienestar en la Región*. 29.a Conferencia Sanitaria Panamericana. CSP29/6, Rev. 3* 25 de septiembre del 2017. Meta 9.6.

Lo anterior evidencia que los desarrollos internacionales frente a los servicios de salud mental apuntan a un enfoque centrado en los derechos, la autonomía y dignidad de las personas. De ahí que, los Estados estén obligados a incrementar el acceso a los servicios de salud mental con enfoque preventivo y comunitario y a integrar el componente de salud mental en la atención primaria.

3.3. La atención en salud mental con enfoque comunitario: La experiencia de Colombia.

Entendiendo la importancia de la transición de una atención en salud centrada en el hospital psiquiátrico (Unidad de Salud Mental) y el confinamiento, hacia un modelo de atención integral con un enfoque comunitario se profundizará en este modelo. Al respecto, vale la pena acudir a la definición que propone la Asociación Española de Neuropsiquiatría sobre la rehabilitación psicosocial entendida como:

“Conjunto de intervenciones y apoyos cuyo objetivo esencial es ayudar al enfermo mental a recuperar o adquirir las capacidades y habilidades necesarias para el desarrollo de una vida cotidiana en comunidad de la manera más autónoma y digna, así como en el desempeño y manejo de las diferentes funciones sociales y demandas que supone vivir, trabajar y relacionarse. La rehabilitación psicosocial no es un centro ni una unidad, sino una determinada forma de entender la atención a las personas afectadas de una enfermedad mental e implica tanto un conjunto de procedimientos específicos como una red de recursos orientados a proporcionar una mayor calidad de vida en unas condiciones lo más normalizadas e independientes posibles.”²⁶³

Esta definición es relevante puesto que se ajusta al marco propuesto por los derechos humanos y concentra los esfuerzos de la atención en salud mental en la recuperación, la autonomía y la dignidad de la persona.

En este punto, y con el fin de aterrizar la aplicación de los conceptos de intervención y atención en salud mental, se acudirá a la experiencia de Colombia dado que resulta un referente importante de cara a los procesos que países de la región han desarrollado en el área de la salud mental comunitaria y la rehabilitación psicosocial.

El Estado colombiano ha realizado proyectos en materia de atención en salud mental de enfoque comunitario a partir de acciones como: formación de estudiantes de pregrado de medicina en atención primaria, prestación de servicios de psiquiatría en el nivel primario de atención y el fortalecimiento de la atención integral (promoción, prevención, asistencia y

²⁶³ Asociación Española de Neuropsiquiatría (2003). Rehabilitación psicosocial y tratamiento integral del trastorno mental severo. En *Norte de Salud mental*. <http://aen.es/wp-content/uploads/2009/04/CTecnicos6.pdf?>

rehabilitación). Todo lo anterior, con el objetivo último de reducir el número de hospitalizaciones de pacientes por psiquiatría.²⁶⁴

A esto se suman los esfuerzos del país por incorporar a su legislación y a sus políticas nacionales, los desarrollos internacionales sobre salud mental.²⁶⁵ Así, mediante la Ley 1346 de 2009 se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, mediante la Ley Estatutaria 1618 de 2013 se establecieron disposiciones para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad.

Por su parte, la Ley 1616 de 2013 expedida exclusivamente para garantizar el derecho a la salud mental, dispone estrategias de prevención y el establecimiento de una red integral de servicios de salud mental en el marco de la atención primaria y la rehabilitación.²⁶⁶ Dicha norma, establece criterios para la reformulación, implementación y evaluación de la Política Nacional de Salud Mental, retomando el llamado que la OMS realiza a los Estados para que incorporen en sus estrategias y políticas de abordaje en salud mental una perspectiva de derechos humanos.

El mismo año, mediante la Resolución 1841 de 2013 el Ministerio de Salud y Protección Social, adoptó el Plan Decenal de Salud Pública, incorporando dentro de sus dimensiones la de Convivencia y Salud Mental, y mediante la Ley 1751 de 2015 se regula de forma integral el derecho fundamental a la salud.

En el 2018 el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 4886 del 7 de noviembre, actualizó la Política Pública de Salud Mental, como componente de la garantía y protección del derecho a la salud.²⁶⁷ Recientemente, el Consejo Nacional de Política Económica y Social expidió el documento CONPES 3992 de 2020 “*Estrategia para la Promoción de la Salud Mental en Colombia*”.

Los documentos de política pública previamente citados promueven el desarrollo integral de las personas y su bienestar social y emocional, a través de una serie de estrategias de coordinación intersectorial y de fortalecimiento de entornos sociales o comunitarios.²⁶⁸

Sin embargo, esa evolución normativa contrasta con las cifras que señalan que la población colombiana presenta un deterioro de su salud mental en los últimos 20 años, y que en el país para el año 2017, una de cada diez personas padeció un trastorno mental.²⁶⁹ Según estos datos, en Colombia, los trastornos mentales se posicionaron entre las 20 primeras causas de Años de Vida Ajustados por Discapacidad (AVAD) entre 2008 y 2018,²⁷⁰ y habría

²⁶⁴ Muñoz, Muñoz, and Uribe, “La Rehabilitación Psicosocial En Colombia: La Utopía Que Nos Invita a Seguir Caminando.” Pág. 3-5.

²⁶⁵ Muñoz, Muñoz, and Uribe. Pág. 6-9.

²⁶⁶ *Ley 1616 de 2013. Congreso de Colombia, “Por medio de la cual se expide la Ley de Salud Mental y se dictan otras Disposiciones,”* 1–17.

²⁶⁷ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución No. 4886 de 2018. *Por la cual se adopta la Política Nacional de Salud Mental.*

²⁶⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento CONPES “*Estrategia para la Promoción de la Salud Mental en Colombia*”. Pág. 3.

²⁶⁹ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Pág. 3.

²⁷⁰ Ministerio de Salud y Protección Social, “Resolución No. 4886 de 2018.” 2018.

un incremento en la tasa de mortalidad por trastornos mentales y del comportamiento suicida.²⁷¹

De acuerdo con el Estudio Nacional de Salud Mental de 2003, realizado como parte de la Encuesta Mundial en Salud de la OMS, entre el 85.5 y el 95% de las personas con trastornos mentales en Colombia no acceden a servicios en salud y sólo un 5% supera las barreras de acceso.²⁷² Como se puede observar, esta situación coincide perfectamente con la brecha registrada en atención en salud mental a nivel mundial y regional.

En el mismo sentido, estudios señalan que la depresión es la primera causa de discapacidad en la región de las Américas y que hay un patrón de mayor discapacidad en Sur América, estando Colombia dentro de los cinco países clasificados con mayor discapacidad por depresión.²⁷³ A esta enfermedad, la siguen los trastornos de ansiedad, ubicados en el segundo lugar de los trastornos más discapacitantes en casi todos los países del continente americano.²⁷⁴

Estos datos confirman lo expuesto a lo largo de este capítulo en relación con el desequilibrio entre la carga y la atención en salud mental y de sus consecuencias indeseables como: el déficit en la provisión de servicios y aumento en la discapacidad y en la mortalidad de la población.²⁷⁵

La experiencia de Colombia evidencia que los avances en materia legislativa y de política pública no son suficientes para lograr resultados concretos frente a la garantía efectiva del derecho a la salud mental y concretamente en la provisión de servicios de salud para las personas con enfermedades mentales. Es decir que, las deficiencias de la atención en salud mental no radican en la ausencia de leyes o políticas, sino en su implementación.

Algunos atribuyen estas deficiencias de los sistemas nacionales de salud mental a factores como, las debilidades en la atención primaria y en la configuración de una red integrada de servicios, la falta de evaluación y monitoreo, la fragmentación y las dificultades en la articulación intersectorial.²⁷⁶

En suma, tanto el marco jurídico internacional en materia de derecho a la salud mental como las experiencias aplicadas coinciden en la necesidad de avanzar en el diseño y en la implementación de estrategias de base comunitaria y en abordar los trastornos mentales desde un enfoque intersectorial,²⁷⁷ centrado en la persona y en la protección de su bienestar y sus derechos humanos.

²⁷¹Ministerio de Salud y Protección Social. Encuesta Nacional de *Salud Mental 2015*, Bogotá 2016.

²⁷² MPS observatorio nacional de salud mental, *Estudio Nacional de Salud Mental , Colombia 2003 () AVANCES DEL ANÁLISIS*.

²⁷³ Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, *La Carga de Los Trastornos Mentales En La Región de Las Américas, 2018, Organización Mundial de La Salud Oficina Regional Para Las Américas*, 2018. Pág.15.

²⁷⁴ Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud. Pág.15.

²⁷⁵ Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud. Pág. 34.

²⁷⁶ Muñoz, Muñoz, and Uribe, "La Rehabilitación Psicosocial En Colombia: La Utopía Que Nos Invita a Seguir Caminando.". Pág. 7.

²⁷⁷ Muñoz, Muñoz, and Uribe. Pág.8.

3.4. Sistematización de los hallazgos.

Con el fin de brindar claridad y de sistematizar los hallazgos expuestos a lo largo de este trabajo, a continuación se incluye una tabla con la relación de los instrumentos relevantes y de sus aportes concretos al objeto de estudio, el derecho humano a la salud mental.

HARD LAW	Constitución de la Organización Mundial de la Salud	La salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades
	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Art. 12.1. Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental
	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	Art. 1. dignidad, la autonomía individual, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, accesibilidad.
		Obligación de remover barreras en la sociedad- Estigma. No discriminación.
	Convención Americana sobre Derechos Humanos	Art. 1.1. Obligaciones Generales de Respeto y Garantía s. Art. 26. Obligación de Desarrollo Progresivo de los DESCA.
	Protocolo de San Salvador.	Art. 10. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
	Convenio Europeo de los Derechos Humanos	Art 1. Obligación de respetar los Derechos Humanos.
	Carta Social Europea	Art. 12. Derecho a la protección de la salud
SOFT LAW	Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud de: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.
	Jurisprudencia de la Corte IDH.	Especial condición de vulnerabilidad de las personas con enfermedades mentales, obligaciones del Estado de regular y fiscalizar la prestación de servicios de salud y justiciabilidad directa del derecho a la salud.
	Jurisprudencia de la TEDH	Conexidad entre la salud y el derecho a la vida, especial protección de los derechos de los pacientes con enfermedades mentales, criterios para la detención obligatoria de pacientes con enfermedades mentales y para procedimientos de interdicción.
	Declaración de Caracas de 1990	Atención en salud mental descentralizada, participativa, integral, continua, preventiva y con enfoque comunitario
	Programa de Acción sobre la Brecha en Materia de Salud Mental (MhGAP) de (2008)	Transición desde los modelos de cuidado basados en el confinamiento del paciente hacia unos basados en la vida comunitaria y la ampliación de la oferta de la atención primaria en salud mental
	Plan de Acción en Salud Mental de 2013-2020 de la OMS	i) Ampliación la cobertura de servicios de salud mental, ii) Incorporación de un enfoque multisectorial e integral que abarque al menos el sector salud, educación, trabajo, vivienda, justicia y el sector privado

	Plan de Acción sobre Salud Mental 2015-2020 de la OPS	i) regulaciones, políticas y planes nacionales para la promoción y atención en salud mental, ii) modelos comunitarios integrales de salud mental, iii) ampliación de la oferta de atención primaria, iv) coordinación intersectorial y, v) fortalecimiento de los sistemas de información en salud mental.
	Agenda de Salud para las Américas 2018-2030	Incremento del acceso a los servicios de salud mental con enfoque comunitario e integración de la salud mental en la atención primaria

De igual forma, se incluye una descripción gráfica de los componentes específicos que integran la garantía del derecho a la salud mental.



4. CONCLUSIONES.

Este trabajo, a partir de la identificación y análisis de instrumentos de *hard law* y de *soft law*, ha pretendido determinar el *corpus iuris* del derecho a la salud mental. Lo primero que se encontró es que, en la actualidad, estos dos tipos de fuentes de derecho internacional interactúan de forma permanente y complementaria, sobre todo en áreas como los derechos humanos, en las que factores como la naturaleza de los asuntos exige la interacción del derecho con otras ciencias y disciplinas, y en las que solo a partir de la interacción entre fuentes vinculantes y no vinculantes es posible determinar el contenido de las obligaciones internacionales de los Estados.

Adentrándonos entonces al objeto de estudio, en el Capítulo II quedó establecido que el derecho a la salud está protegido por un vasto *corpus iuris* internacional, conformado por diversos tratados del sistema universal y de los sistemas regionales de protección a los derechos humanos. Así, a partir de estas disposiciones, y de acuerdo con lo establecido en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud debe ser entendido como un estado completo de bienestar físico, mental y social, lo que explica que la salud mental sea un elemento esencial del derecho a la salud.

Una lectura armónica y sistemática de los desarrollos en punto del derecho a la salud permite concluir que de su contenido se desprenden obligaciones generales para los Estados, con el fin de que estos garanticen servicios esenciales en salud y contribuyan al mejoramiento de las condiciones de vida de la población. El cumplimiento de esta obligación comienza con el deber de los Estados de regular la prestación de servicios de salud por parte de actores públicos o privados, con el fin de que estos cumplan con los requisitos interrelacionados de: *calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad*.

Ahora bien, además de cumplir con el deber de regular, los Estados son igualmente responsables de supervisar y fiscalizar la prestación de los servicios de salud por parte de instituciones públicas o privadas. De acuerdo con la jurisprudencia internacional sobre la materia, la atribución de responsabilidad de un Estado puede surgir de la omisión al deber de supervisar la prestación de servicios de interés público como la salud con independencia de la calidad de su prestador.

A partir de este marco general de protección del derecho a la salud, en el último capítulo se analizó el contenido específico de la salud mental y de las obligaciones internacionales de los Estados frente al mismo con el fin de establecer el marco jurídico específico del derecho a la salud mental.

A partir de la identificación y análisis de las fuentes relevantes y de sus interacciones, es posible establecer que, de acuerdo con el *corpus iuris* internacional del derecho a la salud mental, el manejo de la salud mental y sus trastornos debe abordarse de manera

multisectorial. Esto con el fin de poder garantizar una atención integral a partir de estrategias de prevención de la enfermedad y promoción de la salud mental que abarquen distintos sectores más allá del de salud.

Así mismo, ante las deficiencias de recursos humanos y físicos principalmente de países de bajos ingresos, se hace necesario ampliar la cobertura de servicios de salud mental, mediante la incorporación de la salud mental en la atención primaria y la implementación de programas como el mhGAP que apuntan a ampliar la capacidad del Estado en el diagnóstico y seguimiento de calidad de los pacientes.

Por tal razón, se insiste en que los desarrollos internacionales apuntan a que la atención en salud mental se aborde desde un enfoque integral y multisectorial, que abarque además del sector salud, otros sectores sociales e incluso el sector privado, quienes están llamados a dar respuestas frente al mejoramiento de la calidad de vida de las personas. Esa aproximación a la salud mental, además de proteger los derechos humanos, permiten reducir los costos sociales y económicos de las hospitalizaciones prolongadas, la atención de urgencias y de cuidados intensivos, tal y como ocurre con las personas que como consecuencia de algún trastorno mental presentaran conductas suicidas.

Así mismo, la atención de salud mental de base comunitaria debe apuntar a la recuperación e integración de la persona en todos los aspectos de la vida social, por esta razón no puede dejarse a un lado las redes de apoyo del paciente, incluido el entorno familiar, que resulta ser un pivote en el tratamiento del paciente.

Ahora, las guías y recomendaciones generales expedidas a nivel internacional para el abordaje y el tratamiento de los trastornos de salud mental exigen para su implementación un estudio específico del contexto y la situación específica de cada población, para así hacer un uso eficiente y adecuado de los recursos disponibles.

Tal como se demostró, los Estados están obligados a incorporar un enfoque de prevención del trastorno mental y de promoción de la salud, para lo cual cuentan con herramientas con indicadores mundialmente aceptados como la tasa de mortalidad por suicidio, sobre la cual deben ejercer vigilancia y apostar por su reducción reducir mediante campañas de detección temprana y tratamiento.

A este marco resultan transversales los esfuerzos por remover el estigma asociado a las enfermedades mentales, en tanto barrera que incide en la posibilidad o en la voluntad de acceder a los servicios de salud mental.

En conclusión, en el abordaje de las temáticas relacionadas con salud mental, los Estados deberán observar una serie de principios y recomendaciones propuestos por el derecho internacional de los derechos humanos, que podrían sintetizarse en:

1. Verificación de la satisfacción de los elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad de los servicios de salud.

2. Garantía de un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, sin lugar a discriminación por *motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*.²⁷⁸ Para ello, se deberán, eliminar las barreras de acceso, sean estas físicas, comunicacionales, actitudinales o de la información.
3. Promoción e implementación de políticas en salud mental basada en los derechos humanos, en la promoción de la salud y la prevención del trastorno mental, la remoción de barreras de acceso a estos servicios y en la sensibilización, concientización y lucha contra los estereotipos y prejuicios respecto de las personas usuarias de los servicios de salud mental.
4. Implementación de modelos integrales de atención basados en la comunidad.
5. Ampliación de la oferta de la atención primaria en salud mental.
6. Coordinación y abordaje desde un enfoque multisectorial.
7. Respeto por el consentimiento previo, libre e informado del paciente, lo que exige la prestación de los apoyos necesarios para la toma de decisiones y la proscripción de las restricciones a la autonomía personal sobre la base de la existencia de una discapacidad mental.
8. Protección de la dignidad del paciente, materializada en el acceso a servicios de calidad, al respeto por su autonomía y su vida privada.
9. *Fortalecimiento de los sistemas de información* en salud mental, dirigidos tanto a pacientes, como a la población general.
10. Marco jurídico que contemple regulaciones adecuadas y mecanismos efectivos de supervisión y fiscalización que garanticen su implementación.

Como se advirtió desde el inicio, esta investigación lejos de pretender solucionar las deficiencias en la atención en salud mental a nivel mundial o regional, es una contribución para la garantía de la salud mental de la población a partir de la identificación de los avances logrados por el derecho internacional respecto del derecho a la salud mental, y lo retos que subsisten.

Identificar consensos internacionales en áreas como la salud mental resulta de gran importancia en la medida en que, al ser extrapolados a experiencias nacionales concretas permite establecer las deficiencias y aspectos de mejora. Es decir que, tener claridad sobre el marco jurídico internacional en punto de la atención en salud mental, permite a los Estados evaluar su propio ordenamiento a la luz de las normas internacionales y establecer acciones concretas para su cumplimiento.

Confiamos en que esta labor de sistematización será un insumo muy importante para el desarrollo de políticas y acciones tendientes al fortalecimiento de los sistemas de atención

²⁷⁸ Art. 1.1. CADH; Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Párr. 288; Caso Velásquez Paiz y Otros Vs. Guatemala (E, F, R y C). Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 173 y 174; Caso Duque Vs. Colombia. (E, F, R y C). Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 90, Caso Flor Freire Vs. Ecuador. (E, F, R y C). Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 111 y 112; Caso Trabajadores de la Hacienda Verde Vs. Brasil. (E, F, R y C). Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 335.

en salud mental en Latinoamérica desde un enfoque preventivo y de protección a los derechos humanos; y esperamos que este sea solo uno de muchos esfuerzos que se realicen desde distintos sectores con el fin de realizar el principio de *salud CON salud mental*.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrea Padilla Muñoz, "Discapacidad: contexto, concepto y modelos, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*" pp. 381-414. Vol. 16 (2010).
- Amita Dhanda, "Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" (Pub) *Revista Internacional de Derechos humanos*. Año 5 Número 8. pp. 42-59 (2008).
- Arnold N. Pronto, "Some Thoughts on the Making of International Law, *European Journal of International Law*", Volume 19, Issue 3, June 2008, (Pp. 601–616).
- Agosto, Cels. "Documento Del CELS (Agosto 2009):," no. Agosto (2009): 25–37.
- Birmontiene, Toma. "The Development of Health Law as a Way to Change Traditional Attitudes in National Legal Systems. The Influence of International Human Rights Law: What Is Left for the National Legislator?" *European Journal of Health Law* 17, no. 1 (2010): 23–35. <https://doi.org/10.1163/157180909X12605339167070>.
- Bradford H Gray, "Complexities of Informed Consent". En: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 437, Medical Ethics and Social Change (1978), pp. 37-48. (Pub). Sage Publications, Inc. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1042491>.
- Burns H Weston. *Human Rights*. Human Rights Quarterly. (1984). Vol. 6, No. 3, pp. 257-283. (Pub) Johns Hopkins University Press.
- Congreso de Colombia. "POR MEDIO DE LA CUAL SE EXPIDE LA LEY DE SALUD MENTAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES." *Ley 1616 de 2013*, 2013, 1–17.
- D'Aspremont, Jean, and Tanja Aalberts. "Which Future for the Scholarly Concept of Soft International Law? Editors' Introductory Remarks." *Leiden Journal of International Law* 25, no. 2 (2012): 309–12. <https://doi.org/10.1017/S0922156512000040>.
- "Dinah Shelton - Non - Binding Rules," n.d.
- Do, Why, Nations Obey, International Law, Harold Hongju Koh, Bruce Ackerman, Peter Balsam, Geoffrey Brennan, et al. "Review Essay" 47 (1997): 2599–2659.
- Edith Brown Weiss and Dinah Shelton. "Conclusions: Understanding Compliance with Soft Law. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press.," 2000.
- Ellis, Jaye. "Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law." *Leiden Journal of International Law* 25, no. 2 (2012): 313–34. <https://doi.org/10.1017/S0922156512000052>.
- Erika B. Schlager "Human Rights". © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press."
- Harmana, Sophie. "Global Health Governance." *Global Health Governance*, no. 1 (2012): 1–177. <https://doi.org/10.4324/9780203157817>.
- Harold Hongju Koh "Why Do Nations Obey International Law: Review Essay" *The Yale Law Journal* Vol 106. (1997): 2599–2659.
- Hernández, Ana Cristina Gallego. "The Right to Health in the Jurisprudence of European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights." *Araucaria* 20, no. 40 (2018): 631–53. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2018.i40.26>.
- "Human Rights. Erika B. Schlager. © Oxford University Press 2000. Published 2000 by Oxford University Press.," 2000.

- Ibañez, Ximena Andi6n, and Tamar Dekanosidze. "The State's Obligation to Regulate and Monitor Private Health Care Facilities: The Alyne Da Silva Pimentel and the Dzebniauri Cases." *Public Health Reviews* 38, no. 1 (2017): 1–9. <https://doi.org/10.1186/s40985-017-0063-6>.
- Juana I Acosta . *Vaccines*, informed consent, effective remedy and integral reparation: an international human rights perspective
- Keynejad, Roxanne C., Tarun Dua, Corrado Barbui, and Graham Thornicroft. "WHO Mental Health Gap Action Programme (MhGAP) Intervention Guide: A Systematic Review of Evidence from Low and Middleincome Countries." *Evidence-Based Mental Health* 21, no. 1 (2018): 29–33. <https://doi.org/10.1136/eb-2017-102750>.
- Marmor, Andrei. "Soft Law, Authoritative Advice and Non-Binding Agreements." *Oxford Journal of Legal Studies* 39, no. 3 (2019): 507–25. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqz009>.
- McHale, Jean. "Fundamental Rights and Health Care." *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, 2010, 282–314. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511750496.007>.
- Ministerio de Salud y Protecci6n Social. "Resoluci6n No. 4886 de 2018.Pdf," 2018.
- MPS observatorio nacional de salud mental. *Estudio Nacional de Salud Mental , Colombia 2003 (ENSM) AVANCES DEL ANÁLISIS*. Vol. 2003, 2003.
- Mundial, Organizaci6n, D E L A Salud, L A Salud, and Y L O S Derechos Humanos. "Consejo Directivo 62.," 2010.
- Muñoz, Luis Fernando, Claudia Ximena Muñoz, and Jos6 Miguel Uribe. "La Rehabilitaci6n Psicosocial En Colombia: La Utopía Que Nos Invita a Seguir Caminando." *Avances En Psicología Latinoamericana* 38, no. 3 (2020): 1–19. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.8547>.
- Nacional, Encuesta. *Salud Mental*, n.d.
- Naciones Unidas. "Comisi6n Preparatoria de La Corte Penal Internacional" 51986 (2003): 1–51.
- Naomi Pfeiffer, Priscilla Alderson and others. *Informed Consent*. British Medical Journal, Vol. 315, No. 7102 (1997), pp. 247-254.(Pub): BMJ, disponible en <http://www.jstor.org/stable/25175274>.
- Organizaci6n Mundial et al., Consejo Directivo 62 del Comit6 Regional para las Am6ricas "La Salud y los Derechos Humanos: Documento Conceptual" (2010).
- Organizaci6n Panamericana de la Salud/Organizaci6n Mundial de la Salud. *La Carga de Los Trastornos Mentales En La Regi6n de Las Am6ricas*, 2018. Organizaci6n Mundial de La Salud Oficina Regional Para Las Am6ricas, 2018.
- Pastor Palomar, Nuria. "Reservas a La Convenci6n Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad." *Revista Electr6nica de Estudios Internacionales*, no. 37 (2019). <https://doi.org/10.17103/reei.37.08>.
- Peter H. Schuck, "Rethinking Informed Consent". Yale Law School, Faculty Scholarship Series paper 2765 (1994) pp. 900-959.
- R, Magda Yadira. "THE RIGHT TO HEALTH IN THE CASE LAW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS El Tema de La Protecci6n de Los Derechos Sociales En Los Tribunales Se Ha Vuelto Un Lugar Central En Los Reclamos Judiciales , En El Caso Del Ejercicio Del Derecho a La Salud ," 2016.
- Salem H. Nasser. "Sources and Norms of International Law: A study on soft law". Mobility and Norm Change Vol 7. Galda+Wilch Verlag. 2008.
- Shaffer, Gregory, and Mark Pollack. "Hard Versus Soft Law in International Security." *Boston College Law Review* 52, no. 4 (2011): 1147–1241.
- Shelton, Introduction Dinah. "Introduction. Dinah Shelton. © Oxford University Press 2000.

Published 2000 by Oxford University Press.” 2000.

Toma Birmontiene, “The Development of Health Law as a Way to Change Traditional Attitudes in National Legal Systems. The Influence of International Human Rights Law: What Is Left for the National Legislator?,” *European Journal of Health Law* 17, no. 1 (2010): 23–35, <https://doi.org/10.1163/157180909X12605339167070>.

WHO. “Scaling up Care for Mental, Neurological, and Substance Use Disorders.” *MhGAP: Mental Health Gap Action Programme*, 2008. <https://doi.org/ISBN: 9789241596>.

- **Instrumentos Internacionales**

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14. “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.” E/C.12/2000/4. (2000).

Organización Mundial de la Salud, “Plan de Acción sobre Salud Mental 2013- 2020”. Resolución WHA65.4

OMS “Scaling up Care for Mental, Neurological, and Substance Use Disorders, *MhGAP: Mental Health Gap Action Programme*, 2008”, <https://doi.org/ISBN: 9789241596>.

Organización Panamericana de la Salud, “*Plan de Acción sobre Salud Mental (2015-2020)*” CD. 53/8 del 3 de octubre de 2014.

Organización Panamericana de la Salud – Organización Mundial de la Salud. “*Declaración de Caracas.*” Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud. 14 de noviembre de 1990.

- **Jurisprudencia Internacional**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso *I.V. vs Bolivia*. (E, F, R y C). Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Serie C. No. 329.

Caso *Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. (F, R y C). Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. (E, F, R y C) sentencia del 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Vs. Paraguay*. (F, R y C). Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. (F, R y C). Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

Caso *Furlán y familiares vs. Argentina*. (E, F, R y C). Sentencia 31 de agosto de 2012. Serie C. N° 245

Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. (E, F, R y C). Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Caso *Hernández Vs. Argentina*. (E, F, R y C). Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.