

# El Derecho a la Salud en el Derecho Internacional: Un Mínimo Común Denominador Universal y las Obligaciones que de este Emanan\*

Victor Saco Chung\*\*

*“El presente artículo el autor analizará diferentes instrumentos internacionales con la finalidad de hallar el punto común respecto de las obligaciones de los Estados en materia de salud. Es así que del derecho a la salud se deriva un deber de haber de parte del Estado para permitir que el individuo realmente ejerza su derecho”.*

La importancia que ocupa la salud en la vida de los seres humanos se basa en su relación estrecha con la vida, ya que una afectación importante de la primera puede causar la pérdida de la segunda, por ello la importancia de su protección jurídica<sup>1</sup>.

Esta relación entre salud y vida es susceptible de comprobación científica, pero su interdependencia no ha sido protegida expresamente por el derecho internacional de los derechos humanos; ambos estados del ser humano están protegidos por distintos derechos, pero además el derecho a la salud y sus alcances variarán de acuerdo con la definición y el contenido que cada tratado les otorguen: el derecho a la salud será lo que el tratado indique y su respeto será obligatorio sólo para los Estados partes del mismo. Por lo anterior, será importante determinar el contenido del derecho a la salud en los principales tratados sobre derechos humanos que la protegen, así como su interpretación por las instituciones previstas por los tratados y la doctrina.

En este trabajo haremos un recorrido por los principales instrumentos de derecho internacional que reconocen este derecho, complementándolo con la doctrina, en

busca de una definición “universal”, aplicable a cualquier Estado, utilizando términos matemáticos: un común denominador que sea aplicable para la protección de este derecho.

## 1. La “Salud” y su Protección por el Derecho Internacional

Antes de estudiar el derecho a la salud, nos parece apropiado definir qué se entiende por esta última, ya que será éste el concepto protegido por el derecho. En la actualidad, hay un consenso en definirla no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades en una persona, sino como “un estado completo de bienestar físico, mental y social”<sup>3</sup>. Esta definición ha sido reconocida a nivel internacional en instrumentos de alcance universal y regional.

A nivel universal, es propicio iniciar mencionando la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH o la Declaración), la cual indica que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure salud y bienestar, así como alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, a ella y a su familia; igualmente menciona que en caso ésta pierda sus medios de

\* Este artículo está basado en una parte de otro: SACO, Víctor. Resolución de Conflictos normativos en derecho internacional público y la prohibición de restricciones cuantitativas recogidas en el GATT. Tesis para optar por el título de Abogado. Lima. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, octubre, 2007.

\*\* Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Este fue también el sentir de la Conferencia internacional de atención primaria de Salud, en su Declaración de Alma Ata “[...] la salud, que es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad; es un derecho humano fundamental y [...] la consecución del nivel de salud más alto posible es un objetivo social prioritario en todo el mundo [...]” (punto primero) del 12 de setiembre de 1978.

2 Con dos excepciones: la interpretación pro homine de los tratados sobre derechos humanos y, en aquellos tratados que lo prevean, la evolución jurisprudencial del derecho que permite adecuarlo a la realidad. Además esta evolución eleva los estándares del derecho, los cuales en principio no pueden ser revertidos. Ejemplo de esto se puede ver, en la relación salud - vida, en la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre los casos Comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay, del 29 de marzo de 2006 (Serie C No. 146); párrafos 157-162 y 168, 171, 177 y 178 y caso Comunidad indígena Yakyé Axa contra Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; párrafo 160-176.

3 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, preámbulo; disponible en: [www.who.int](http://www.who.int). Igualmente, la Declaración de Alma Ata (punto primero).

subsistencia, por circunstancias independientes a su voluntad, tendrá derecho a los seguros de desempleo y enfermedad, entre otros, que le permitan subsistir<sup>4</sup>. De lo anterior, podemos deducir que, para los firmantes de la Declaración, la salud es tan importante que los seres humanos deben poder contar con las rentas necesarias para garantizarla y que en caso de no ser esto posible, por las causales mencionadas, deberá gozar de una protección estatal.

El valor jurídico de la DUDH ha sido sujeto de múltiples debates<sup>5</sup>; las dos posiciones al respecto pueden ser resumidas como sigue: para una, la Declaración es obligatoria (ya sea porque ésta integra la Carta de Naciones Unidas, o porque es un Principio General del Derecho Internacional al ser el mínimo común denominador de las diversas Constituciones de los Estados); para la otra, estamos ante una simple "recomendación"<sup>6</sup>, por tanto, no vinculante.

Somos partidarios de esta última teoría, por tres motivos: el primero es argumentativo y es que las teorías que le otorgan una fuerza obligatoria se fundan en interpretaciones o se basan en un razonamiento de "dos pasos" (A es B porque C), el cual es más fácil de desvirtuar que un razonamiento basado en "un solo paso" (A es B o A es igual a B); el segundo motivo, es que la voluntad de las partes era que este instrumento sea sólo una declaración, lo cual está apoyado por el principio *pacta sunt servanda*; finalmente, porque, aunque la DUDH haya generado una costumbre internacional, es ésta la norma obligatoria y no la Declaración en sí.

Esto no impide que reconozcamos el importante valor interpretativo y moral de la DUDH. El solo hecho que fuera concebida como un documento que pueda ser aceptado por todos los miembros de la comunidad internacional, a pesar de sus diferencias políticas, económicas, culturales y religiosas, la hace la expresión de un mínimo común denominador en las relaciones individuo-Estado y de los derechos humanos básicos<sup>7</sup>.

Antes de que la Declaración fuera adoptada, los Estados parte de la misma ya estaban convencidos que era necesario plasmar los principios generales en ella

contenidos en instrumentos legalmente vinculantes<sup>8</sup>; es así que posteriormente se concluyeron diversos tratados para reforzar los principios que contenía ésta; para los fines del presente trabajo, sólo mencionaremos aquellos que protegen el derecho a la salud.

Dentro de los tratados, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), es, por su especialidad, el más importante a nivel internacional y recoge el derecho de toda persona "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"<sup>9</sup>, igualmente indica como obligación de los Estados parte, para asegurar la plena efectividad del derecho, el implementar las siguientes medidas:

- "a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"<sup>10</sup>.

Dentro de esta misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño recoge que los niños tienen el derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud [sin discriminación]"<sup>11</sup>; además, al igual que el PIDESC, este tratado prevé una serie de medidas que los Estados deberán adoptar a fin de asegurar "la plena aplicación de este derecho"; entre ellas: la atención sanitaria preventiva y aquellas destinadas a prevenir accidentes<sup>12</sup>. Así como la obligación de abolir las prácticas tradicionales que perjudiquen la salud de los niños<sup>13</sup> y promover y alentar la cooperación internacional para lograr alcanzar la realización del derecho<sup>14</sup>.

Otro instrumento importante de este sistema internacional de protección de derechos humanos es la Convención Internacional para la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial, que recoge el

4 Artículo 25.1.

5 El debate ha sido reproducido, entre otros, en: NOVAK, Fabian y SALMON, Elizabeth. Las Obligaciones del Perú en materia de derechos Humanos. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002. p. 86-99.

6 Por ejemplo: CASSESE, Op. Cit. p. 381.

7 Ibid. p. 380-381.

8 Ibid. p. 381-382.

9 Artículo 12.1.

10 Artículo 12.2.

11 Artículo 24.1

12 Artículo 24.2; resumiendo: Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud; asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; difusión en todos los sectores de la sociedad de los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, al igual que recibir apoyo en la aplicación de esos conocimientos y; desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

13 Artículo 24.3.

14 Artículo 24.4.

goce de este derecho sin discriminación en su artículo 5<sup>15</sup>; del mismo modo, lo hace la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 12)<sup>16</sup>.

Los tres últimos tratados mencionados tienen en común la obligación reconocida por los Estados de presentar Informes a los Comités creados para tal fin<sup>17</sup>, sobre las medidas adoptadas en sus territorios para hacer efectivo el derecho a la salud. Los Comités analizan los Informes, consideran si el Estado ha cumplido o no con sus obligaciones y les remiten recomendaciones; igualmente, algunos de ellos contemplan un mecanismo que permite a los individuos presentar reclamaciones a título personal<sup>18</sup>.

A nivel regional, resulta interesante estudiar las normas respecto a la protección de la salud en los sistemas interamericano, europeo y africano.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos se basa en las normas contenidas en los tratados adoptados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA). Su Carta indica como metas básicas a alcanzar por la Organización, entre otras: la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; una nutrición adecuada y condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna<sup>19</sup>. Estos objetivos están sin duda ligados al bienestar de la población.

Igualmente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>20</sup>, reconoce que: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"<sup>21</sup>.

Finalmente, el instrumento especializado en derechos económicos, sociales y culturales de este sistema, el Protocolo de San Salvador<sup>22</sup>, recoge en su artículo 10 el derecho a la salud de la siguiente manera: "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social"; la salud para los Estados partes es un bien público y estos deben adoptar determinadas medidas para garantizar este derecho (como la atención primaria de la salud y la prevención de enfermedades)<sup>23</sup>. El Protocolo de San Salvador completa así la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>24</sup>, que en su artículo 26 reconoce como obligación adoptar las medidas para implementar los derechos que se derivan de las normas económicas y sociales contenidas en la Carta de la OEA, vistas anteriormente<sup>25</sup>.

Dentro del sistema regional europeo, que se rige entorno a los instrumentos adoptados por los Miembros del Consejo de Europa<sup>26</sup>, el instrumento especializado más importante es sin duda la Carta Social Europea<sup>27</sup>, en la cual los Estados parte reconocen como objetivo:

- 15 Artículo 5.e.iv; en resumen: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención (eliminar todo tipo de discriminación racial y promover el entendimiento entre todas las razas), los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales".
- 16 "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Sin perjuicio de lo dispuesto [anteriormente], los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".
- 17 En el caso del PIDESC, la obligación se encuentra contenida en el artículo 16, el destinatario final de los mismos y encargado de revisarlos es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (resolución 1985/17) y no por el PIDESC; a diferencia de los otros tres tratados mencionados cuyo comité se crea en virtud del mismo tratado: Comité de los Derechos del Niño (artículos 43 y 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño), Comité para la Eliminación de la Discriminación racial (artículos 8 y 9 de su Convención) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (artículos 17 y 18 de su Tratado).
- 18 Por ejemplo, ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial (artículo 14 de su Convención); en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, esto sólo será posible si el Estado además ha ratificado el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- 19 Artículo 34, parágrafos i, j y l.
- 20 Adoptada en la novena Conferencia Interamericana Americana, Bogotá, Colombia 1948.
- 21 Artículo XI.
- 22 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.
- 23 Otorgar la atención básica en salud, en otras palabras, brindar "la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables".
- 24 Pacto de San José, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que se llevó a cabo en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, en esta última fecha.
- 25 Otro instrumento, importante de este sistema es la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA en la primera sesión plenaria, el 11 de septiembre de 2001 que reconoce como elemento esencial de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos (artículo 3), ésta es indispensable para el ejercicio de estos en su carácter universal, indivisible e interdependiente (artículo 7), por ello es importante la observancia y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, por ser consustanciales al desarrollo (artículo 13).
- 26 Su Estatuto, adoptado en Londres el 5 de mayo de 1949, en vigor el 3 agosto de 1949, contiene la obligación para los Estados Miembros de aceptar el principio del "enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms" (artículo 3). Igualmente, otro instrumento importante es la Convención Europea sobre Asistencia Social y Médica, adoptada en París el 11 de diciembre de 1953, en vigor el 1 de julio de 1954, que reconoce a los ciudadanos de los Estados partes, en situación de estancia legal en otro Estado parte y sin suficientes recursos, las mismas condiciones de asistencia social y médica vigente que a los nacionales del Estado receptor (artículo 1).
- 27 Adoptada, en Turín el 18 de octubre de 1961 y en vigor a partir del 26 de febrero de 1965.

establecer aquellas condiciones que puedan hacer efectivo el derecho de toda persona a “beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”<sup>28</sup>. Igualmente, por su artículo 11 los Estados se vinculan con la obligación que consiste, por la cual:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: [1] Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; [2] Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma y; [3] Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras”.

Sin embargo, si tomamos en cuenta el artículo 20 de esta Carta, el derecho a la salud contenido en el artículo 11 no es considerado como parte del contenido esencial del tratado, en tanto no está considerado entre los siete artículos de los cuales un Estado debe escoger por lo menos cinco. La Carta Social Europea de 1996<sup>29</sup> mantiene esta situación, al igual que los términos con los que se busca proteger la salud (la única diferencia es que agrega la prevención de los accidentes en el punto tercero de su artículo 11).

Igualmente, dentro de este sistema, podemos mencionar la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina<sup>30</sup>, donde los Estados se comprometen a tomar las medidas apropiadas para asegurar el acceso igualitario a las prestaciones de salud de calidad apropiada<sup>31</sup>.

Finalmente, dentro del sistema africano, el instrumento más importante es sin duda la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>32</sup>, que reconoce este derecho en su artículo 16, indicando que consiste en “disfrutar del mejor estado físico y mental posible”, quedando como obligación de los Estados firmantes el tomar “las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse que reciban asistencia médica cuando estén enfermos”.

Podríamos concluir que, el mínimo común denominador, en cuanto a las obligaciones en materia

de salud de un Estado, que goza de un consenso a nivel universal y regional, está constituido por:

- 1) Permitir a sus nacionales el goce del mejor estado o más alto nivel de salud física y mental que sea posible alcanzar sin discriminación, y tomando especial cuidado de las personas más vulnerables como aquellas con menores recursos, las mujeres y los niños.
- 2) Implementar medidas que permitan promover, mantener y restablecer la salud, así como aquellas que prevengan enfermedades y la asistencia médica.

## 2. Las Obligaciones Derivadas de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en Especial del Derecho a la Salud

Luego de haber analizado las normas positivas en las que se reconoce el derecho a la salud, consideramos pertinente estudiar el contenido de las obligaciones que de éstas se derivan. Se procederá a ello en dos pasos: primero, las que se derivan por el hecho de que el derecho a la salud es un derecho “económico, social y cultural”; segundo, las obligaciones específicas que este derecho contiene.

Antes, consideramos necesario comentar el debate doctrinal de los años anteriores a la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena en 1993, a nuestro parecer, debido al olvido del espíritu integrador de la DUDH. Este debate giraba en torno a la diferente “naturaleza” de las obligaciones derivadas de los derechos civiles y políticos y de aquellas de los derechos económicos, sociales y culturales; se decía de los primeros que eran absolutos, de aplicación inmediata y por lo tanto justiciables; mientras que los segundos, debido a su carácter programático, su dependencia de decisiones políticas, no eran “derechos” al no contar con obligaciones claras<sup>33</sup>.

Este debate no es más que una anécdota, ya que en la actualidad es reconocido que los derechos humanos son *universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados*<sup>34</sup> y, por tanto, ambos tipos contienen obligaciones de igual “naturaleza” y su implementación integral necesitará tanto de medidas inmediatas como de medidas programáticas. Esto fue reafirmado por 171 representantes de gobiernos asistentes a la Conferencia de Viena de 1993, al igual que por

28 Punto 11 de la Primera Parte.

29 Adoptada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 y en vigor desde el primero de julio de 1999.

30 Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano frente a las aplicaciones de la biología y la medicina: Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina; adoptada en Oviedo el 4 de abril de 1997 y en vigor a partir del 1 de diciembre de 1999.

31 “Les Parties prennent, compte tenu des besoins de santé et des ressources disponibles, les mesures appropriées en vue d’assurer, dans leur sphère de juridiction, un accès équitable à des soins de santé de qualité appropriée” (artículo 3).

32 Carta de Banjul, adoptada en Nairobi (Kenya) el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (Organismo que sirve de base al Sistema africano de derechos humanos), en vigor desde el 21 de octubre de 1986.

33 EIDE, Asbjorn. Economic, social and cultural rights as human rights. En: EIDE, KRAUSE y ROSAS. Economic, social and cultural rights. Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995. p. 22. Para la posición “clásica”, se puede consultar, VIERDAG, The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. En: *Netherlands Journal of International Law*, Vol. 9 (1978).

34 The World Conference on Human Rights: The Vienna Declaration and Programme of Action. UN doc. A/CONF.157/23, parte I, para. 5. Ver igualmente el artículo 7 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA en la primera sesión plenaria, el 11 de septiembre de 2001.

tratados como la Convención sobre los Derechos del Niño que, en un solo texto, reconoce los dos tipos de derechos<sup>35</sup>.

A estas características, la doctrina actual agrega dos más, para ella los derechos humanos tendrían una naturaleza *progresiva e irreversible*. Con la primera característica, se hace referencia a que estos derechos tienen un carácter evolutivo en la historia de la humanidad; así, los seres humanos, en base a sus necesidades, generarán nuevos derechos. La irreversibilidad es la consecuencia y complemento de la progresividad porque cuando un derecho es reconocido como inherente, obtiene una categoría que no se pierde, la de derecho humano. El principio de progresividad implica una prohibición de retroceso<sup>36</sup>.

Es necesario recordar que la interdependencia de los derechos se presenta en la realidad con respecto a los valores que protegen. Por ejemplo, existe un vínculo muy estrecho entre la desnutrición de los niños y su derecho a la vida, del mismo modo que sería inconcebible el derecho al acceso a la justicia sin la ayuda legal para aquellos que no tienen los recursos necesarios<sup>37</sup> o negar la relación entre el derecho a la propiedad y el derecho a la salud<sup>38</sup>.

**“Sólo reconociendo la indivisibilidad y; con ello, la igualdad en el “valor” de sus obligaciones es que podemos considerar diversas clasificaciones en los derechos humanos que permitan una mejor aplicación de los mismos”.**

Así, cuando reconocemos que las obligaciones que emanan de los derechos humanos tienen el carácter de *erga omnes*<sup>39</sup>, por proteger valores comunes a la sociedad internacional; nos referimos tanto a aquellas provenientes de los denominados “civiles y políticos” como de los “económicos, sociales y culturales”. En consecuencia, la violación de un derecho humano tipo atañe a toda la comunidad internacional<sup>40</sup>.

Sólo reconociendo la indivisibilidad y, con ello, la igualdad en el “valor” de sus obligaciones es que podemos considerar diversas clasificaciones en los derechos humanos que permitan una mejor aplicación de los mismos. Así, se pueden avizorar diversas categorías jurídicas no jerarquizadas a partir, por ejemplo, de lo que se busca proteger<sup>41</sup>, del número de titulares del derecho (individual o colectivo), entre otras.

Dentro de esta línea de pensamiento, categorizar un derecho como “civil” y/o “político” o “económico” y/o “social” puede ser útil para descubrir y enfatizar que, para lograr la implementación de los segundos, se requiere un mayor acento en la actuación del Estado, en términos de recursos y políticas económicas. Lo cual no significa que para la implementación de otros derechos estas medidas no sean necesarias.

De este modo, cuando utilizamos el término de derechos “económicos” y/o “sociales”, lo hacemos para comprender de manera más profunda su “naturaleza real” de aplicación, y no su “naturaleza jurídica”; así podemos determinar mejor el contenido del derecho y descubrir las medidas adecuadas para su completa aplicación.

Dentro de esta lógica el derecho a la salud puede ser clasificado como un derecho “social”<sup>42</sup>. Pasemos a estudiar las obligaciones fundamentales que se derivan de “estos derechos”.

### **2.1. Obligaciones de los Estados sobre Derechos Sociales**

Los derechos sociales, como cualquier derecho humano, imponen tres categorías o niveles de obligaciones a los Estados partes: de respetar el derecho, de *protegerlo* y de *cumplirlo*. Esta última engloba al mismo tiempo las obligaciones de facilitar, proporcionar y promover el derecho<sup>43</sup>.

Por *respetar*, se entiende que el Estado debe abstenerse de injerir directa o indirectamente para impedir el goce del derecho<sup>44</sup>. Esto se logra, por ejemplo, respetando los bienes de propiedad del individuo y su libertad

35 EIDE, Asbjorn. Op. Cit. p. 24.

36 Doctrina recogida en: VERGARAY, Ynes; PAREDES, Lisbeth y MUJICA, Javier. Manual para activistas en Derechos Humanos: Introducción a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Lima: CEDAL; 2006. p. 14 y 22.

37 Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 6 sobre el derecho a la vida. A/37/40. Igualmente, PETERSMANN considera que existe una interrelación funcional entre ambos “tipos” de derechos (“Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”; en The European Journal of International Law (EJIL) Vol. 13, No. 3 (2002), p. 626-628. Otros interesantes ejemplos de la relación entre las libertades y los derechos sociales pueden haber sido trabajadas por SEN, Amartya: Un nouvel modèle économique. Développement, justice, liberté. Paris: Odile Jacob; 2000. Entre otras, la relación entre trabajo y libertad, p.35-37.

38 Corte IDH, caso Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; párrafo 168.

39 “L’obligation pour les Etats d’en assurer le respect [de los derechos humanos] incombe tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout Etat a un intérêt juridique à la protection des droits de l’homme” (Artículo primero de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre “La protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats” de su sesión en Santiago de Compostela, 1989).

40 Otro tema es el del contenido específico del derecho y la prueba de la violación del mismo, pero una vez violado el derecho, esto afectará a todos los Estados.

41 Ver la clasificación de SIEGHART, si por ejemplo se protege: (1) integridad física, (2) estándar de vida, (3) salud, entre otros. Citado por: EIDE, Asbjorn. Op. Cit. p. 22-23.

42 Para EIDE, los derechos sociales comprenden también, entre otros, el derecho a una alimentación adecuada, a la nutrición, al vestido, a la habitación; dentro de los derechos económicos se encontrarían el derecho a la propiedad, al trabajo y a la seguridad social. Op. Cit. p. 31.

43 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 14. E/C.12/2000/4 del 14 de agosto 2000 (en adelante Observación General Nº 14), párrafo 33.

44 Observación General Nº 14; párrafo 33.

de tomar las medidas necesarias y útiles para satisfacer sus necesidades<sup>45</sup>. Por *proteger*, se hace referencia a la obligación del Estado de adoptar medidas para evitar que terceros impidan el goce del derecho<sup>46</sup> esto se puede lograr con la implementación de un sistema eficaz de justicia<sup>47</sup>, por ejemplo.

Estas obligaciones son acompañadas por otras, ligadas al modo o forma cómo deben ser cumplidos (obligación de *cumplir*) los derechos contenidos en el PIDESC. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: el Comité o CDESC)<sup>48</sup> reconoce dos obligaciones como esenciales, a saber: el principio de no discriminación y la obligación de "take steps" o "adoptar medidas"<sup>49</sup>. Se puede constatar que existe una similitud con el mínimo común denominador de obligaciones respecto al derecho a la salud antes expuesto.

Con respecto al *principio de no discriminación*, éste se encuentra contenido en el artículo 2.2 del PIDESC y recoge la obligación de los Estados parte de garantizar los derechos del tratado sin discriminación alguna, sea cual sea el motivo. Además, este principio constituye una norma de *jus cogens*<sup>50</sup> y, por tanto, no puede ser contradicha por otra<sup>51</sup>; tampoco podría, el artículo 2 del Pacto, ser susceptible de reserva en tanto conforma el objeto y fin del tratado<sup>52</sup>. Es preciso indicar que este principio ha ayudado mucho para hacer efectiva la interdependencia de los derechos humanos<sup>53</sup>.

La segunda se refiere a la obligación de implementar, haciendo referencia a la progresividad en la adopción de medidas para alcanzar los derechos. Una realización progresiva significa que, los Estados parte tienen la obligación específica y constante de actuar lo más rápido y eficazmente posible para lograr la implementación completa del contenido de los derechos contenidos en el tratado. Si la meta es lograr la implementación del derecho, el no comenzar a hacerlo o el no iniciar a tomar acciones al respecto, significaría una violación de esta obligación. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, una de las medidas prontas a

tomar, es de adoptar legislación para su protección<sup>54</sup>. La progresividad, como vimos anteriormente, también implica la prohibición de "volver atrás" o irreversibilidad.

Podemos así concluir, que lo mínimo que debe hacer el Estado, para no violar sus obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es: respetarlos, protegerlos y cumplirlos, implementándolos lo más pronto posible y de una manera que no discriminatoria, lo que implica tener en cuenta en primer lugar a los miembros más vulnerables de la sociedad<sup>55</sup>.

## 2.2. Las Obligaciones Relacionadas a la Salud

El derecho a la salud no puede ser considerado como el derecho a gozar de buena salud o estar sano, sino como un derecho que contiene tanto libertades y derechos que permiten al individuo alcanzar el más alto nivel de salud susceptible de ser alcanzado<sup>56</sup> y que, por lo tanto, conllevan a obligaciones para el Estado en el sentido de permitir que el individuo los ejerza.

Dentro de las libertades, encontramos el derecho del individuo a controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias en su integridad (torturas y/o tratamientos y experimentos médicos no consensuales). Dentro de los derechos, encontramos el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud<sup>57</sup>.

Alcanzar este derecho depende de una serie de factores socioeconómicos que, a su vez, involucran otros derechos sociales interrelacionados con el derecho a la salud y factores determinantes básicos de ésta, como son la alimentación y la nutrición, vivienda, acceso al agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo sanas y seguras y un medio ambiente sano<sup>58</sup>. Igualmente, depende de derechos políticos, como el de la participación de

45 EIDE, Asbjorn. Op. Cit. p. 37.

46 Observación General Nº 14; párrafo 33.

47 EIDE, Asbjorn. Op. Cit. p. 37; igualmente: CHAPMAN, Audrey et RUSSEL, Sage : Core Obligations : Building a framework for Economic, Social and Cultural Rights. Anvers: Intersentia; 2002. p. 4-19.

48 Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general Nº 3, E/1991/23 del 14 de diciembre de 1990 (en adelante Observación general Nº 3).

49 Ibid. párrafos 1 y 2, en francés: "s'engager à agir".

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. « Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados » Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de Agosto de 2002; párrafo 101.

51 Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, cuyo principio puede aplicarse a normas internacionales distintas a los tratados.

52 Esta condición ha sido reconocida por la Observación general Nº 3 (primer párrafo); en todo caso la reserva sería nula, de acuerdo con la Convención de Viena, artículo, además, ver lo resuelto por la Corte Internacional de Justicia en su Avis Consultatif sur les Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide del 28 de mayo de 1951.

53 Un ejemplo de esto se produce en el sistema europeo donde se ha logrado, por vía indirecta la exigibilidad de derechos sociales, a pesar de no estar contenidos en la Convención Europea sobre derechos humanos; ver, por ejemplo, los casos: Gaygusuz contra Austria (sentencia del 16 de setiembre de 1996); y el caso Koua Poirrez contra Francia (sentencia del 30 de setiembre de 2003, ambas de la Corte Europea de Derechos Humanos.

54 Observación general Nº 3. párrafo 3.

55 Ibid. párrafo 12.

56 Observación General Nº 14; párrafos 8 y 9.

57 Ibid. párrafo 8.

58 Ibid. párrafo 4.

la población en la toma de todas las decisiones en materia de salud a nivel local, regional, nacional e internacional; también de los derechos civiles como el principio de no discriminación o el derecho a la identidad que permite ejercer los derechos políticos.

**“Igualmente depende de derechos políticos, uno el de la participación de la población en la forma de todas las decisiones a nivel local, regional, irracional e internacional”.**

En lo que respecta a las obligaciones específicas en salud, nuestro marco de referencia será la Observación General No. 14 del CDESC<sup>59</sup>. De acuerdo con este instrumento, “el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados”, como son: *la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad* de las instalaciones, bienes, servicios y programas de salud.

El elemento de la accesibilidad es muy importante en el sentido que comprende cuatro dimensiones que se superponen: i) la *no discriminación*, por la cual, las instalaciones, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, en particular a los grupos más vulnerables o marginados de la sociedad, sin ningún tipo de discriminación basada en los motivos prohibidos<sup>60</sup>; ii) *accesibilidad física*, es decir, que los establecimientos, bienes y servicios de salud, al igual que los bienes que permiten estas prestaciones, se encuentren al alcance geográfico de todos los sectores de la población; iii) *accesibilidad económica* (asequibilidad), es decir, que el costo de la salud deben estar al alcance de todos y; iv) *acceso a la información* sobre las instalaciones, bienes, servicios y programas en salud<sup>61</sup>.

El Comité también se ha pronunciado sobre las obligaciones genéricas de los derechos humanos, adaptándolas al derecho a la salud. Así, respecto a la obligación de respetar el derecho a la salud,

ésta se cumple, mediante la abstención, por parte del Estado, de realizar determinadas medidas:

[...] obligations to respect include a State’s obligation to refrain from prohibiting or impeding traditional preventive care, healing practices and medicines, from marketing unsafe drugs and from applying coercive medical treatments, unless on an exceptional basis for the treatment of mental illness or the prevention and control of communicable diseases [el subrayado es nuestro]<sup>62</sup>.

En lo que respecta a la obligación de *proteger*, ésta puede llevarse a cabo mediante la adopción de legislación u otras medidas que permitan el acceso a las instalaciones, bienes y servicios de salud de una manera igualitaria<sup>63</sup>.

La obligación de *adoptar medidas o cumplir* requiere que el derecho a la salud sea reconocido de manera suficiente en los ordenamientos jurídicos y los sistemas políticos de la nación, preferentemente con la adopción de leyes que lo reconozcan y que permitan que éste se refleje en una política nacional de salud, que comprenda un plan detallado que busque darle efecto a la norma y, por tanto, al ejercicio del derecho a la salud<sup>64</sup>.

Esta última obligación comprende otras tres: (1) la obligación de *facilitar* el ejercicio del derecho a la salud, que requiere de el tomar medidas concretas que permitan y ayuden a las comunidades y particulares el disfrute de este derecho; (2) la obligación de *proporcionar* el derecho, requiere que el Estado intervenga cuando un particular o un grupo de particulares, por razones que escapan a su voluntad, no puedan ejercerlo con los medios a su disposición y; (3) la obligación de *promover* el derecho requiere que el Estado emprenda actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población<sup>65</sup>.

Entre las medidas que recomienda el Comité para proteger el núcleo duro del derecho a la salud, es decir, lo mínimo que debe implementar el Estado parte del PIDESC, están entre otras medidas: garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes

59 Si bien el Comité no fue creado por el PIDESC ni por un protocolo adicional, sino más bien por el encargado de revisar los informes que debían enviar los Estados sobre la aplicación del tratado, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (mediante Resolución 1985/17), para realizar esta labor, consideramos que por su especialidad y encargo en el tema, ésta es la autoridad competente para pronunciarse sobre la interpretación del PIDESC.

60 De acuerdo con los artículos 2.2 y 3 del PIDESC, los motivos prohibidos serían la raza, el color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, en el caso de la nacionalidad, para los países en desarrollo, existe un mayor margen de apreciación en cuanto a la aplicación para los no nacionales de estos Estados. La Observación General N° 14, a manera de ejemplo, agrega como motivos prohibidos los impedimentos físicos o mentales, el estado de salud (incluidos en VIH/SIDA), orientación sexual, manteniendo el énfasis en la cláusula abierta, al mencionar “o de otra índole que tengan por objeto o resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud” (párrafo 18).

61 Observación General N° 14; párrafo 12. “Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta” (párrafo 19).

62 Ibid. párrafo 34 (el fraseo de la traducción al castellano puede generar controversias).

63 Ibid. párrafo 35.

64 Ibid. párrafo 36.

65 Ibid. párrafo 37.

y servicios de salud de manera no discriminatoria, en especial para los grupos vulnerables o marginados; facilitar medicamentos esenciales; velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud, adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción de salud pública, que en su proceso de concepción, contenido e implementación, deberán prestar especial atención a los grupos vulnerables y marginados<sup>66</sup> (“obligaciones fundamentales del derecho a la salud”<sup>67</sup>).

Como consecuencia de esto, un Estado debe prevenir enfermedades, al mismo tiempo, debe evitar que los particulares contribuyan a la creación o expansión de éstas. La prevención debe ser complementada con las otras analizadas que permitan la efectividad del derecho.

Así, por ejemplo, un Estado estará cumpliendo con sus obligaciones derivadas del PIDESC o de cualquier otro instrumento de un sistema regional en lo referente a la prevención, si prohíbe la entrada en su territorio de bienes que afecten la salud o que generen el riesgo de afectarla<sup>68</sup>, por ejemplo medicamentos, productos de tabaco<sup>69</sup> o desechos<sup>70</sup>. El no hacerlo constituiría una violación del tratado<sup>71</sup>.

### 3. Conclusiones

El derecho a la salud no puede ser considerado como el derecho a gozar de buena salud o estar *sano*, sino como un derecho que contiene tanto libertades y derechos que permiten al individuo alcanzar el más alto nivel de salud susceptible de ser alcanzado<sup>72</sup> y que por lo tanto conlleva a obligaciones para el Estado en el sentido de permitir que el individuo los ejerza.

La obligación general del Estado es lograr el pleno goce de este derecho en sus ciudadanos; respetando, protegiendo y cumpliendo el mismo de manera no discriminatoria. Para ello, tiene otras obligaciones específicas que pueden resumirse en la *obligación de adoptar medidas* de manera progresiva (y, por tanto, irreversibles).

Respecto a esto último, como antes visto, existe una coincidencia entre los sistemas regionales y el universal, en cuanto a las medidas mínimas a ser adoptadas por los Estados en materia de salud, las mismas que están resumidas en el párrafo 2 del artículo 12 del PIDESC. Entre ellas, queremos resaltar aquella que obliga a implementar acciones de prevención de enfermedades o situaciones que pongan en riesgo la salud de los ciudadanos 📧

66 Ibid. párrafo 43, que en su totalidad menciona: “a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantizar que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas; así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados”. Igualmente, el párrafo 44 indica que: “El Comité confirma asimismo que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes: a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil; b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad; c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas; d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades; e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos”.

67 Ibid. párrafo 19.

68 De acuerdo con el artículo 2.1 del PIDESC existe la obligación de adoptar medidas, “en particular” legislativas, así que podría prohibirse esto mediante una ley.

69 Ver por ejemplo el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud en su 56ª sesión (WHA56.1) del 21 de mayo de 2003; artículos 6 (“prohibir o restringir [...] la importación de productos de tabaco libres de impuesto y libres de derechos de aduana por los viajeros internacionales”) y 15 (restricción al “comercio ilícito” de productos de tabaco).

70 De acuerdo con la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE), la basura (“déchets”) pueden ser considerados como bienes en tanto pueden ser objeto de comercio. CJCE, Comisión contra Bélgica “Déchets Wallons”, sentencia del 9 de julio de 1992, caso C-2/90, párrafos 24 –28.

71 “El fracaso de un Estado Parte del Pacto de cumplir con una obligación del Convenio, será considerado como una violación al Pacto en derecho internacional”; número 70 de los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; puede ser apreciado en: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigésimo cuarto período de sesiones, E/C.12/2000/13 del 2 de octubre de 2000. En lo que respecta a una violación del tratado por falta de prevención, ver por ejemplo: Corte IDH, Comunidad indígena Sawhoyamaya contra Paraguay, Op. Cit. párrafo 178.

72 Observación General Nº 14. Op. Cit. párrafos 8 y 9.