

---

## El derecho a la salud de las víctimas de desaparición forzada

*The right to health of victims of enforced disappearance*

---

JOAQUÍN A. MEJÍA RIVERA

*ERIC-SJ*

SUMARIO: I. Los derechos humanos como parámetros de legitimidad. II. La naturaleza de los derechos sociales. III. El derecho a la salud a la luz de los estándares internacionales. 1. Obligaciones de carácter inmediato. 2. Obligación de no discriminación. 3. Obligación de progresividad. 4. Obligación de garantizar niveles esenciales. IV. El derecho a la salud en el marco de las desapariciones forzadas. V. Conclusión.

RESUMEN: La desaparición forzada es una violación múltiple, compleja, grave, pluriofensiva y continuada o permanente de derechos humanos, la cual tiene relación con el derecho a la salud en tres ámbitos: en cómo la carencia del goce del derecho a la salud aumenta la vulnerabilidad frente a las desapariciones forzadas; en el impacto de las desapariciones en el derecho a la salud de la persona desaparecida; y en el impacto de las desapariciones en el derecho a la salud de familiares y de otros dependientes de la persona desaparecida.

ABSTRACT: Enforced disappearance is a multiple, complex, serious, multi-offensive and continuous or permanent violation of human rights, which has a relationship with the right to health in three areas: how lack of enjoyment of the right to health increases vulnerability to enforced disappearances; on the impact of disappearances on the right to health of the disappeared person; and on the impact of the disappearances on the right to health of the relatives or other dependants of the disappeared person.

PALABRAS CLAVE: *Desaparición forzada, derecho a la salud, obligaciones estatales y derechos de los familiares.*

KEYWORDS: *Enforced disappearance, right to health, States obligations and rights of relatives.*

## I. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PARÁMETROS DE LEGITIMIDAD

Norberto Bobbio plantea que los derechos humanos “se han convertido ‘en uno de los indicadores principales del progreso histórico’”, sin cuyo reconocimiento y protección no puede haber democracia (Bobbio 1991: 14). En este sentido, en la cultura jurídico-política contemporánea los derechos humanos no pueden comprenderse sin su vinculación con la democracia y la existencia de un Estado de derecho, ya que entre ellos mantienen una relación triádica que les permite a cada uno definirse, completarse y adquirir sentido en función de los otros (Corte IDH, *Opinión Consultiva Oc-8/1987: El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*: párr. 26).

El Estado de derecho se caracteriza por ser un sistema político basado en la disciplina legal y en el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el objetivo de suprimir o al menos disminuir la violencia en las relaciones interpersonales; y la democracia es caracterizada como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de los conflictos. Por tanto, en un Estado democrático de derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales más graves y vejatorias (Ferrajoli 2000: 91-92).

De ello se desprende que el fin primordial del derecho es limitar y vincular al poder para garantizar la inviolabilidad de la dignidad humana, razón por la cual se ha sancionado en la mayoría de constituciones latinoamericanas: a) que todas y todos debemos estar sometidos a la Constitución y a las leyes (imperio de la ley); b) que la forma más adecuada de equilibrar la fuerza de los poderes públicos y evitar el absolutismo es mediante su división y control mutuo (separación de poderes); c) que las actuaciones de la administración pública deben ser acordes con la legalidad y sometidas a control judicial (legalidad de la administración); y d) que el res-

peto y realización de los derechos humanos son la garantía para la protección de la persona (Díaz 1998: 44).

La inclusión de los derechos humanos en las cartas constitucionales latinoamericanas ha permitido que se constituyan en elementos vinculantes que condicionan las decisiones adoptadas en el marco del proceso democrático, favoreciendo de esta forma la comprensión de la democracia como un régimen político que permite el desarrollo pacífico de las transformaciones sociales e institucionales. Así, la democracia legitima el cambio a través del disenso mediante la reducción de la violencia y la limitación del poder absoluto. Por ello es que la “democracia no es capaz de defenderse a sí misma salvo que incremente sus capacidades de reducir la injusticia y la violencia” (Touraine 1994: 132 y 136).

Así como la democracia garantiza las luchas por los derechos humanos, éstas garantizan a su vez la democracia; la primera ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, y las segundas aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y fomentan su desarrollo y su realización; y además, se constituyen en una forma de democracia política que se desarrolla paralelamente a la institucional y representativa, permitiendo que el debate público también salga de las paredes de los parlamentos, y que la participación de los titulares de los derechos se vuelva más directa. De esta manera se puede ejercer un mayor control de las decisiones parlamentarias para orientar a los poderes públicos a la plena satisfacción de todos los derechos humanos reconocidos constitucionalmente y en los tratados internacionales ratificados por los Estados (Ferrajoli 2004: 946-947).

Por tanto, el orden jurídico de una sociedad que se precie democrática sólo se realiza y justifica si garantiza las condiciones para el respeto y protección de los derechos humanos, ya que su protección es un propósito básico de dicho orden, y a su vez, “el ejercicio efectivo de la democracia contribuye decisivamente para la observancia y garantía de los derechos humanos, y la plena vigencia de éstos caracteriza en último análisis al Estado de Derecho”

(Cançado 1999: 20). En este sentido, el objetivo y la finalidad de todo Estado de derecho y de sus instituciones es lograr la garantía y plena efectividad de los derechos humanos, ya que los mismos representan el conjunto de valores más importantes de la sociedad y constituyen un elemento esencial del sistema de legitimidad.

Una de las tesis centrales del contractualismo contemporáneo es la creación de una organización social que es el Estado, con el fin de promover y proteger los valores y necesidades fundamentales de la comunidad, que una vez incluidas en las constituciones se constituyen en parámetros de legitimidad de todo el sistema político. Por ello, con la incorporación de los derechos humanos en una Constitución la actividad del Estado no se ve agotada en la garantía de una libertad formal, sino que busca la creación de un régimen que permita la satisfacción de esas necesidades básicas, lo cual “es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado” (Ferrajoli 2001: 35-36).

De esta forma, las constituciones se constituyen en un sistema de reglas, formales y sustanciales cuyos destinatarios son los titulares del poder, por lo que no representan únicamente el complemento del Estado de derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, sino que también son un programa político para el futuro (p. 171). Consecuentemente, se puede decir que se pasa de un concepto formal de Estado de derecho a uno material, ya que la Constitución no se restringe a establecer unos límites estatales frente a la libertad del individuo, sino que ordena la vida de la comunidad conforme a principios materiales para que la libertad de la persona tenga un contenido real (García 1982: 122-123).

En virtud de lo anterior, cambia la base de legitimación política del Estado pues éste no sólo tiene el deber de no empeorar las condiciones de vida de las personas bajo su jurisdicción, sino que también tiene el deber de mejorarlas mediante la garantía de los derechos humanos que expresan la protección de la persona frente al poder público, los intereses de los débiles frente a los más

fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes frente a las mayorías, y los intereses de las mayorías marginadas y empobrecidas frente a una minoría que concentra el poder político y económico (Ferrajoli 2004: 862-864). La falta o abusiva limitación de los derechos humanos “favorece la implantación de un sistema político absolutista, arbitrario o totalitario” (Díaz 1998: 54-55).

A la luz de lo anterior, en los últimos años hemos presenciado un profundo proceso de deterioro de la seguridad ciudadana frente a lo cual la mayoría de los Estados de nuestra región se han deslizado hacia una *guerra sucia* contra las bandas criminales vinculadas al narcotráfico. Esto ha provocado una verdadera tragedia traducida en graves violaciones a derechos humanos cometidas por actores estatales y no estatales, particularmente desplazamientos, asesinatos y desapariciones forzadas.

En el caso de las desapariciones forzadas, que alcanza niveles intolerables en México y Colombia, por ejemplo, tiene un enorme impacto en derechos tales como la vivienda, la vida familiar, la propiedad, la seguridad social, la participación en la vida cultural, la educación, la salud, entre otros, sobre todo si la persona desaparecida es la única fuente de ingresos de la familia. Por ello es fundamental que en casos de desapariciones forzadas se establezca claramente cuál es el alcance de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular, que es “fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 1). Este artículo pretende contribuir al respecto.

## II. LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Nadie discute que los derechos civiles y políticos tienen un valor considerable, pero ¿de qué sirve la libertad que promueven si está limitada, y en ocasiones anulada, por el analfabetismo, el hambre,

la enfermedad, la discriminación y la pobreza? Aunque estos derechos importan mucho, “las personas se verán restringidas en lo que pueden hacer con esa libertad si son pobres, están enfermas, son analfabetas o discriminadas” (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD] 2005: 20-21). Frente a esta realidad, los derechos sociales se presentan como un medio para reducir las desigualdades y potenciar las capacidades del ser humano que le permita acceder a los recursos para disfrutar de un nivel de vida digno y participar activamente en la vida comunitaria, y en las decisiones políticas transcendentales (Mejía 2015: 28-29).

Sin embargo, pese a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, persiste un discurso muy extendido de que los derechos sociales tienen una estructura distinta y que son de menor categoría que los derechos civiles y políticos; como consecuencia, se les ha marginado del desarrollo doctrinal, legislativo y jurisprudencial, lo que se ha traducido en mecanismos de protección menos eficaces, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Una de las tantas razones para no considerarlos verdaderos derechos es que en el marco del proceso evolutivo de los derechos humanos, las luchas y necesidades de cada momento histórico determinaron la aparición de unos derechos (los civiles y políticos) antes que otros (los sociales), y de esta manera, la prioridad histórica se ha concebido como una prioridad jerárquica y axiológica.

Frente a este argumento, es preciso señalar que “a la integridad del ser humano corresponde en definitiva la integralidad de sus derechos” (Cançado 2001: 132), y en tal sentido, la reducción de los derechos sociales a *derechos de segunda generación*, siempre posteriores o detrás de los derechos civiles y políticos, minimiza la larga y compleja historia de reivindicación de los mismos que se inicia en los albores de la revolución francesa (García 2001: 363) y que logra su concretización con las revoluciones sociales y obreras de mediados del siglo XIX. En consecuencia, “la fantasía nefasta de las llamadas ‘generaciones de derechos’, histórica y jurídicamente infundada, en la medida que alimentó una visión fragmentada o atomizada de los

derechos humanos” debe ser considerada en la actualidad, debidamente superada y desmitificada (Cançado 2001: 133).

Otro argumento está relacionado con las obligaciones que generan, ya que el concepto de derechos humanos nace con una marcada impronta individualista, es decir, como libertades (Pérez 2005: 605). Bajo esta lógica, se presume que los derechos civiles y políticos solo generan obligaciones negativas por parte del Estado, quien se limita a no interferir, a no hacer, mientras que los derechos sociales generan obligaciones positivas en virtud de las cuales el Estado debe realizar diversas acciones. Sin embargo, es fácil demostrar que todos los derechos humanos se caracterizan por contener “un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado” (Abramovich y Courtis 2004: 24) y por “el carácter prestacional o participativo” que también puede ser un atributo de los derechos civiles y políticos (Cascajo 1988: 72).

Por tanto, es rechazable creer que existe un derecho puro en el sentido de generar exclusivamente un tipo de obligaciones; sólo piénsese por ejemplo, en las acciones positivas del Estado para asegurar la celebración de elecciones, el mantenimiento de vías de comunicación para asegurar la libertad económica, el funcionamiento de los registros públicos para asegurar el derecho a la propiedad, la estructuración del sistema judicial, entre otros. Por otro lado, piénsese en algunos derechos sociales como la libertad sindical y la huelga, que se caracterizan por la ausencia de una obligación prestacional del Estado y por la existencia de una obligación negativa para que los poderes públicos se abstengan de interferir en su ejercicio.

En consecuencia, no puede hablarse de obligaciones negativas y positivas puras, aunque sí es posible “afirmar una diferencia de *grado* en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones estatales tienen para uno y otro tipo de derechos” (Contreras 1994: 21). Tampoco se debe seguir fraccionando a los derechos humanos en dos clases en razón de la supuesta diferencia de las obligaciones que generan, ya que ello implicaría que algunos derechos como

los de huelga y libertad sindical dejarían de ser derechos sociales, y otros derechos como la asistencia letrada gratuita dejaría de ser un derecho civil y político (Cossío 1989: 115-116). Para que los derechos humanos tengan relevancia práctica y no queden en simple retórica constitucional o convencional, necesitan la conjugación de obligaciones estatales de no hacer y de hacer (Carbonell 2005: 48), ya que todos se caracterizan por sus pretensiones híbridas, tanto positivas como negativas frente al poder (Pisarello 2003: 29-30).

Por otro lado, un argumento que se ha utilizado para restarle importancia jurídica a los derechos sociales y diferenciarlos de los derechos civiles y políticos es el valor que promueven, en el sentido que estos últimos promueven la libertad mientras que los primeros propugnan la igualdad. A la luz del modelo neoliberal hegemónico, libertad e igualdad son dos valores antagónicos y en consecuencia, solo se acepta que la igualdad formal es compatible con la libertad, ya que cuando el Estado trata de igualar materialmente a las personas por medio de la justicia distributiva, produce distorsiones en el “orden espontáneo” en que se fundamenta el mercado y violenta su obligación de garantizar los derechos vinculados al valor libertad (Hayek 2006: 123 y 129)<sup>1</sup>.

No obstante, es reprochable que desde estas premisas se insista en afirmar el antagonismo entre libertad e igualdad y sostener que cualquier avance igualitario implica un menoscabo de la primera (Pérez 2005: 630-631), ya que en realidad no hay razones estructurales para contraponer estos valores pues ambos se conectan estrechamente. Así como se distinguen varios planos de libertad, también se distinguen varios planos de igualdad, a tal punto que:

Al momento de la libertad positiva, o libertad como poder, corresponde el momento de la *igualdad social*, llamada de otro modo igualdad de [...] oportunidades: exigir igualdad de las oportuni-

---

<sup>1</sup> Nozick plantea que aunque la pobreza y las desigualdades sean enormes, el Estado no puede distribuir los recursos a través de los impuestos u otros medios ya que todo gravamen de las rentas del trabajo o de los beneficios económicos es moralmente inaceptable e implica una violación a la libertad individual, en Nozick 1974: 167 y ss.

des significa cabalmente exigir que a todos los ciudadanos les sea atribuida no solamente la libertad negativa o política, sino también la positiva que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales (Bobbio 1991: 46-47).

De esta forma, todos los derechos están dirigidos al logro de la igual libertad para que todas las personas puedan desarrollar y fortalecer su autonomía; por ello es que los derechos sociales se presentan como instrumentos para “gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada” (Prieto 2004: 122). Así, “*todos los derechos fundamentales son derechos de igualdad, en el sentido de que son atribuidos a todos los individuos por igual; pero sólo algunos derechos fundamentales son considerados, en sentido estricto, derechos de igualdad, en el sentido de que promueven la igualación de las condiciones materiales de la vida*” (García 2004: 82), permitiendo el ejercicio de una plena ciudadanía.

Como lo señala Amartya Sen, la libertad y la igualdad “no son alternativas. La libertad se encuentra entre los posibles *campos de aplicación* de la igualdad y la igualdad se halla entre los posibles *esquemas* distributivos de la libertad (Sen 1995: 35). En este sentido, el objetivo de los derechos sociales no solamente es promover la igualdad “a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no [podrían] alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios” (Peces-Barba 1999: 57-58), sino también la libertad, ya que todos los derechos humanos “sirven a la causa única de la libertad” (García 2015: 100).

Finalmente, otro argumento está vinculado con la imagen onerosa de los derechos sociales, la cual es una de las consecuencias de la tesis que plantea que los mismos sólo generan obligaciones positivas por parte del Estado. Bajo esta lógica, la implementación de estos derechos resulta condicionada por la existencia de recursos suficientes, mientras que los derechos civiles y políticos, al

requerir una simple abstención estatal, pueden implementarse con independencia de los recursos existentes. Sin embargo, esta última afirmación ignora que para garantizarlos se requiere de todo tipo de recursos, es decir, “normas, instituciones, un marco jurídico y un entorno económico propicio” (PNUD 2000: 80), en otras palabras, los derechos civiles y políticos dependen fundamentalmente de la vigorosa acción del Estado, lo que implica que cuestan dinero, puesto que no pueden ser protegidos o realizados sin la financiación y el apoyo público (Holmes y Sunstein 1999: 13-15).

Evidentemente, durante mucho tiempo se ha presumido que sólo los derechos sociales demandan recursos del Estado para su implementación, ahora es inevitable reconocer que también los derechos civiles y políticos requieren de la financiación pública para ser plenamente efectivos. Así como se necesitan recursos sustanciales para financiar la enseñanza elemental gratuita para todos y todas, y servicios de salud reproductiva para todas las mujeres, también se requieren recursos importantes para asegurar “sueldos razonables para los jueces y apoyo al sistema judicial de modo suficiente para impedir la corrupción” (PNUD 2000: 80). En términos generales, si analizamos un número considerable de presupuestos nacionales, podemos comprobar que la inversión estatal para garantizar derechos civiles y políticos como la vida, la seguridad personal, la propiedad privada y el acceso a la justicia, a menudo supera la inversión relacionada con los derechos sociales.

No existe un fundamento absoluto para hablar de derechos caros y derechos baratos; tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de expresión no es menos costoso que el derecho a una vivienda digna, el derecho a la libertad de contratación pública no tiene menos costos que el derecho a la atención de la salud; en fin, todos los derechos humanos necesitan del erario público (Holmes y Sunstein 1999: 15). En todo caso, que el sistema educativo público sea menos barato que el sistema electoral o policial, además de ser empíricamente discutible, “sólo arrojaría una diferencia cuantitativa que no puede traducirse en una pretendida diferencia ontológica

entre el derecho a la educación o el derecho a la salud, de un lado, y el derecho a la propiedad privada o el derecho al sufragio, del otro” (Hierro 2007: 191-193).

Por otra parte, la falta de satisfacción de las necesidades básicas que requiere una persona para vivir dignamente, se debe, más que a una escasez de recursos, a las prioridades en que se asignan los recursos disponibles. Consecuentemente, lo que se necesita en gran medida es una reestructuración de los presupuestos públicos en el sentido de destinar inversiones adecuadas a las necesidades humanas elementales, especialmente en la prestación de servicios básicos de salud y educación. El costo que provoca la satisfacción de los derechos civiles y políticos ha sido tradicionalmente asumido y por tanto, se da por supuesto; y aunque el costo de algunos derechos sociales sea más visible, “el argumento del límite de los recursos no siempre apela una imposibilidad fáctica sino que a veces presupone un criterio ideológico sobre cuánto y en qué es apropiado invertir o gastar” (Ruíz 1994: 660), lo cual no puede estar justificado sobre la base de la moral social en la que tendrían que contemplarse también los intereses de aquéllos que sufren la escasez y para quienes los derechos sociales podrían resultar especialmente vitales.

Por tanto, “subyace a esta teoría un peligro de manipulación ideológica a favor de una óptica liberal e individualista que, aun siendo progresista”, acaba reduciendo el elenco de derechos a los derechos civiles y políticos, y excluyendo del mismo a los derechos sociales (Palop 2002: 85). Es un hecho objetivo que lo reducido de los recursos públicos constituye un obstáculo para la plena realización de los derechos humanos, pero también dentro de los parámetros de esos recursos limitados, es frecuente que los destinados a la satisfacción de los derechos sociales sean insuficientes, y a su vez, que no sean utilizados de manera óptima. De ello se desprende que los Estados tienen la doble obligación de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y velar por el uso apropiado de los mismos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] 2002: 12).

En conclusión, el goce de los derechos sociales no depende sólo de la disponibilidad de recursos, sino también de la asignación de los recursos disponibles (Carazo 1999: 190), y es claro que la mayor parte de los mismos se asigna a la protección de los derechos civiles y políticos. Todos los derechos humanos suponen una cierta dimensión distributiva, unos con mayor impacto financiero que otros, por lo cual, su satisfacción no es una cuestión de decidir cómo garantizar los derechos *más caros*, sino de decidir en qué condiciones y bajo qué parámetros de prioridad deben asignarse los recursos disponibles para promover y asegurar el pleno desarrollo de la dignidad humana.

La efectiva implementación de los derechos civiles, políticos y sociales exige “una política social apropiada y unas medidas económicas por parte del Estado” (Pérez 1995: 212) que permitan resolver el problema de la mala distribución de la riqueza y del reparto desigual de los títulos de las personas sobre los bienes existentes (López 1994: 275). Además, si es verdad que los derechos humanos cuestan, “también es cierto que cuestan aún más, también en el plano económico, sus violaciones e inobservancias” (Ferrajoli 2008: 323).

### III. EL DERECHO A LA SALUD A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El derecho a la salud es parte fundamental de los derechos humanos y de lo que entendemos por una vida digna. (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH] 2008: 1). Por ello es que es un derecho indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y particularmente está estrechamente vinculado con el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación (Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de*

salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): párr. 1 y 3), y puede considerarse un derecho inclusivo ya que comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana, tales como, el agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, los alimentos aptos para el consumo, la nutrición y vivienda adecuadas, las condiciones de trabajo y un medio ambiente saludables, la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud y la igualdad de género (OACNUDH 2008: 3).

Aunque es evidente que el derecho a la salud no puede entenderse como un derecho a estar sano, sí debe concebirse como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. (Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 9). En este sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar que todos los servicios, bienes e instalaciones relacionados con la salud, estén disponibles y sean accesibles, aceptables y de buena calidad.

De acuerdo con el Comité DESC, este derecho contiene una serie de elementos esenciales e interrelacionados. Primero, la disponibilidad, que requiere que los Estados cuenten con un número suficiente de establecimientos, bienes, programas, servicios públicos y centros de atención de la salud, los cuales contarán al menos con

“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” (párr. 12 literal a).

Segundo, la accesibilidad, que implica que los establecimientos, bienes, programas, servicios públicos y centros de atención de la salud sean accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna. La accesibilidad tiene cuatro dimensiones: a) la no

discriminación, en el sentido que el acceso no esté obstaculizado por cuestiones de hecho y de derecho, particularmente a los sectores más vulnerabilizados y marginados de la sociedad; b) la accesibilidad física, es decir, que estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población y que el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados se encuentran a una distancia geográfica razonable (párr. 12 literal b).

c) La accesibilidad económica, en tanto que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todos y todas, y que los pagos por ellos se basen en el principio de la equidad, a fin de asegurar que sobre los hogares más pobres, no recaiga una carga desproporcionada en comparación con los hogares más ricos d) El acceso a la información, que implica “el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud” (párr. 12 literal b).

Tercero, la aceptabilidad, que implica que los establecimientos, bienes, programas, servicios públicos y centros de atención de la salud sean respetuosos de la ética médica y de la cultura de las personas, y sensibles a las cuestiones de género y del ciclo de vida. Y cuarto, la buena calidad, es decir que sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, lo cual “requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas” (párr. 12 literales c y d).

A la luz de lo anterior, los Estados tienen una serie de obligaciones frente al derecho a la salud. En términos generales el derecho a la salud impone tres niveles de obligaciones: La obligación de respetar, que exige la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho, como por ejemplo, imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. La obligación de proteger, que requiere la adopción de medidas estatales para impedir que terceros interfieran en el goce del derecho, lo cual incluye, por ejemplo, adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la

atención de la salud y los servicios relacionados con la salud, proporcionados por terceros. Y la obligación de cumplir, que exige la adopción de medidas estatales apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud, como por ejemplo, establecer un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos (Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 30-37).

### 1. Obligaciones de carácter inmediato

En términos concretos los Estados también tienen, en primer lugar, obligaciones de carácter inmediato, independientemente del nivel de desarrollo de los países, entre ellas, la obligación de adoptar medidas que implica la ejecución, dentro de un plazo razonablemente breve, de acciones deliberadas, concretas y orientadas “lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones” internacionales (Comité DESC, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*: 1990 párr. 1). En este sentido, los Estados tienen marcado un claro rumbo y deben comenzar a dar pasos, los cuales “deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible”, y en todo caso, deben justificar por qué no han marchado, por qué han ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no han avanzado más rápido (Abramovich y Curtis 2004: 79-80).

Como lo señala el numeral 8 de las Directrices de Maastricht, los Estados tienen “la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos” sociales y por lo tanto, no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la implementación progresiva de estos derechos como pretexto de su incumplimiento, y tampoco “pueden justificar la derogación o limitación de los derechos [sociales] en base a diferencias en las tradiciones sociales, religiosas o culturales”.

Por su parte, el Comité DESC ha señalado que los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización de los derechos sociales (Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 30) y aunque gozan de discrecionalidad para decidir el tipo de medidas a adoptar, también tienen la obligación de justificar por qué han decidido elegir determinadas medidas (Comité DESC, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*: párr. 4). Entre las medidas a tomar destaca la adecuación del marco legal, que incluye la derogación de aquellas normas jurídicas que son contrarias a las obligaciones en materia de derechos sociales y la eliminación de cualquier discriminación de *facto* que “resulte del goce desigual de los derechos sociales motivado por la falta de recursos legales, o por otra razón” (Principios de Limburgo 1986 n° 37) y cualquier discriminación de *jure* que afecte la posesión y el disfrute de tales derechos (n° 38).

En este sentido se requiere que los Estados adopten una legislación amplia y antidiscriminatoria, en especial cuando se trata de los grupos más vulnerabilizados de la sociedad, y tal legislación no solamente debe proporcionar la posibilidad de un recurso judicial apropiado en la medida de lo posible, sino que debe brindar también programas de política social que permitan que las personas más vulnerabilizadas puedan llevar “una vida integrada, independiente y de libre determinación” (Comité DESC, *Observación General N° 5. Personas con discapacidad*: párr. 16). Para las Directrices de Maastricht, algunos grupos sociales sufren de forma desproporcionada las violaciones a los derechos sociales y, por tanto, requieren mayor atención, tales como las “personas de bajos ingresos, mujeres, pueblos indígenas y tribales, poblaciones en situaciones de ocupación, personas que buscan asilo, refugiados y desplazados internos, minorías, personas mayores, niños, campesinos sin tierra, personas con discapacidad y los desamparados” (Directrices de Maastrich n° 20).

Consecuentemente, para asegurar la efectividad de los derechos sociales es necesario que los Estados dispongan en el ordenamiento jurídico interno de los “medios adecuados de reparación, o de recurso”, y que establezcan “mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos” (Comité DESC, *Observación General N° 9. La aplicación interna del Pacto*: párr. 2). De este modo, pueden adoptar algunas reformas legislativas y de otra índole necesarias para asegurar jurídicamente que el acceso a la atención de la salud y a los servicios sanitarios proporcionados por terceros sea igualitario, que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la calidad de los servicios, que esté controlada “la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros”, y que “los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología” [Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 35].

## 2. Obligación de no discriminación

En segundo lugar, el derecho a la salud impone la obligación de no discriminación, que es uno de los valores fundamentales que caracteriza la concepción moderna de los derechos humanos, ya que constituye una variable y corolario del principio general de igualdad consagrada en la totalidad de constituciones políticas y en diversas normas internacionales convencionales y no convencionales de derechos humanos. A la luz del principio de no discriminación, una obligación fundamental de los Estados es que el ejercicio de todos los derechos humanos se realice en un plano de universalidad, en el sentido de que todas las personas puedan acceder al goce efectivo de tales derechos sin ningún tipo de distinción.

El Comité DESC ha entendido que la discriminación implica: [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio,

en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto [Comité DESC, *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 7].

Bajo estos parámetros, la no discriminación exige que los Estado adopten las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos en igualdad de condiciones (Sen 1984: 70). En este sentido, el derecho a la no discriminación es “un derecho que se sitúa por encima del resto de los derechos y que está a su servicio” (Torre 2005: 98) y “pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico (CORTE IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*: párr. 100-101).

Teniendo en cuenta que en nuestras sociedades existen grupos o sectores sociales que tradicionalmente han sido objeto de discriminación, la prohibición de no discriminación no necesariamente exige la igualdad de trato, ya que está prohibida toda *distinción* (discriminación negativa o distinción ilegítima), sino que también reivindica la necesidad de autorizar algunas diferencias de trato (discriminación positiva o distinción legítima), siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos. En este orden de ideas, “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo” (Comité de Derechos Humanos [Comité DDHH], *Observación General N° 18. No discriminación*: párr. 13).

Para determinar la razonabilidad y objetividad de un trato diferencial es necesario evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos sociales, y si el único fin que se busca es la promoción del bienestar general en una sociedad democrática.

Igualmente “debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos” [Comité DESC, *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 13].

La obligación de garantizar que los derechos sociales se ejerzan sin discriminación debe y puede ser cumplida de manera inmediata, puesto que no está subordinada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos [Comité DESC, *Observación General N° 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*: párr. 10]. Para garantizar el ejercicio de los derechos sociales sin discriminación es indispensable que los Estados no sólo remuevan las disposiciones de su ordenamiento jurídico que facilitan, promueven o permitan la discriminación, sino también deben adoptar las medidas legislativas necesarias para superarla, en tanto que la lucha contra la discriminación requiere la existencia de una base legislativa sólida [Comité DESC, *Observación General N° 11 (1999). Planes de acción para la enseñanza primaria*: párr. 59].

Las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos, pero además de ellas, es necesaria la dotación de recursos judiciales a los titulares de los derechos, ya que “el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos” [Comité DESC, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*: párr. 3 y 5]. Por tanto, cuando los Estados garantizan el acceso de un determinado sector de la población al derecho a la salud, se abre la puerta para que a la luz del principio de no discriminación e igualdad ante la ley, los sectores o personas marginadas de dicho acceso, puedan exigir ante los tribunales respectivos que el Estado cumpla con su obligación internacional de garantizarles también a ellas el goce efectivo de ese derecho en igualdad de condiciones que el resto.

En este orden de ideas, cuando un derecho social ha sido reconocido y garantizado a una persona o a un determinado grupo de personas, es factible realizar juicios de comparación entre la situación de las personas beneficiadas con dicho reconocimiento y la de quienes aún no lo son, “controlando la legalidad y razonabilidad del factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho” (Abramovich y Courtis 2006: 42). La no discriminación es una dimensión de la accesibilidad, en el sentido de que debe ser accesible a todos, particularmente a los grupos más vulnerables de hecho y derecho, a quienes se les dará prioridad en el marco de programas de salud [Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 12.b i y 19].

El objetivo de este tipo de medidas es lograr que los grupos desaventajados alcancen una igualdad de *facto* con respecto al resto de la población, por lo que son medidas de carácter temporal que no constituyen discriminación en perjuicio de quienes no son beneficiarios de las mismas, siempre y cuando “no perpetúen una protección desigual ni configuren un sistema separado de protección para determinados individuos o grupos, y de que sean suspendidas una vez alcanzados los objetivos para los cuales fueron adoptadas” [Comité DESC, *Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr 24]. Aunque se debe reconocer también que algunas medidas de este tipo pueden tener un carácter permanente, como por ejemplo, “la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria” (Comité DESC, *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr 9).

Finalmente, teniendo en cuenta que en muchas sociedades la discriminación contra algunos sectores como las mujeres está tan arraigada en la conciencia colectiva, es necesario implementar amplias estrategias nacionales con miras a suprimir la discriminación en todos los ámbitos. Por ello, es imperativo que los Estados a) supriman todas las barreras que se oponen al acceso de las mujeres a los servicios de salud, educación e información, y b) adopten medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos [Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 21 43.a y 50].

### 3. *Obligación de progresividad*

En tercer lugar, el derecho a la salud impone la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad. Según el sentido corriente del término “progresivamente”, los Estados tienen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad del derecho a la salud, lo que implica a) una cierta gradualidad en su satisfacción plena y b) una cierta idea de progreso en el sentido de que los Estados deben mejorar las condiciones de su goce y ejercicio (Abramovich y Curtis 2006: 93).

En otros términos, el deber de avanzar supone a) la obligación de mejorar continuamente el disfrute del derecho y b) la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas (Sepúlveda 2006: 124). De esta manera, la noción de progresividad puede comprenderse desde dos sentidos complementarios, es decir, a) que la satisfacción plena del derecho a la salud implica una cierta gradualidad que exige de los Estados moverse de la más forma más rápida y efectiva posible hacia la meta, y b) que los Estados mejoren las condiciones de su goce y ejercicio, es decir, bajo el criterio del progreso. Por tanto, además de la obligación de avanzar hacia adelante, los Estados no deben adoptar medidas

que representen un retroceso para la vigencia de dicho derecho (Abramovich y Courtis 2006: 50).

Pero la noción de progresividad no debe concebirse como una carta blanca para los Estados en el sentido de poder aplazar indefinidamente sus obligaciones, pues aunque su realización requiera un cierto tiempo, “no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo”. Se trata de un mecanismo flexible, que refleja la existencia de recursos limitados y las dificultades que representa para cualquier Estado garantizar la plena realización de los derechos sociales (p. 50).

Bajo estos parámetros, los Estados tienen la obligación positiva de mejorar continuamente el goce del derecho a la salud y la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas que reduzcan sus niveles de protección o supriman los ya existentes. Por tanto, una violación de las obligaciones derivadas de la noción de progresividad se da cuando los Estados omiten tomar las medidas requeridas para ir avanzando en el disfrute del derecho a la salud o pertenecen pasivos ante el deterioro del nivel de su disfrute, o cuando actúan tomando medidas deliberadamente regresivas (Sepúlveda 2006: 124-127).

Para el Comité DESC, el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos sociales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo, lo cual no significa que la obligación estatal carezca de todo contenido significativo, sino simplemente que es necesario una cierta flexibilidad “que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”. Por tanto, la progresividad impone una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible “a través de medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”, y evitar cualquier providencia deliberadamente retroactiva. [Comité DESC, *Observación*

*General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto): párr 2 y 9].*

De este modo, el Comité DESC ha reafirmado que esta obligación progresiva en relación con el derecho a la salud, “a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” [Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 31]. Por tanto, para avanzar en la realización progresiva se requiere no sólo que los Estados tomen medidas positivas de *facto* y de *jure*, sino también que no permanezcan pasivos ante a un deterioro en el nivel de goce o disfrute de los derechos sociales (Sepúlveda 2006: 126-127).

La obligación de progresividad contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial o cuasi-judicial en caso de incumplimiento. Por ello es que cuando un Estado se obliga a mejorar la situación del derecho a la salud tiene prohibido reducir o suprimir los niveles vigentes de protección. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado que puede ser directamente exigible y aplicable por los tribunales de justicia (Abramovich y Courtis 2006: 50).

Aunque *prima facie* las medidas regresivas deben considerarse contrarias a los derechos sociales, en ciertos casos la prohibición de regresividad no es absoluta. Sin embargo, cualquier medida deliberadamente regresiva requiere la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos sociales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles [Comité DESC, *Observación General N° 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al dis-*

*frute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales): párr. 9]. De cualquier manera, la prohibición de medidas regresivas siempre será absoluta cuando afecten la satisfacción de los niveles esenciales del derecho en cuestión (Comité DESC 2000: párr. 39-43).*

#### 4. *Obligación de garantizar niveles esenciales*

En cuarto lugar, los Estados tienen la obligación de garantizar niveles esenciales del derecho a la salud. Un Estado podría incurrir en una violación *prima facie* de este derecho cuando no cumpla con unas obligaciones mínimas esenciales que son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos o de cualquier otro factor o dificultad, sobre todo cuando se enfrentan períodos de crisis económicas o de limitaciones graves de recursos, pues los Estados tienen la obligación de asegurar la satisfacción de niveles esenciales del derecho mediante la fijación de prioridades para hacer un manejo eficiente de los recursos disponibles, siempre con el objetivo de proteger a la población más vulnerable [Comité DESC, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto): párr. 12].*

En este sentido, los Estados deben a) adoptar medidas de acción positiva cuando el grado de satisfacción de un derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles y b) preservar la situación existente de disfrute de un derecho y evitar su retroceso, ya que si sus obligaciones internacionales en la materia se han de interpretar de tal manera que no establezca por lo menos una obligación mínima, carecerían en gran medida de su razón de ser (párr. 10).

Con respecto al derecho a la salud, el Comité DESC ha establecido que los Estados tienen la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales del derecho que incluye la atención primaria básica, para lo cual están en la obligación de a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sin discriminación; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, y garanti-

ce 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 básicos según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y f) adoptar y aplicar sobre la base de pruebas epidemiológicas un plan de acción nacional [Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr 43].

No se puede ignorar el hecho de que la limitación de recursos es un obstáculo importante frente a la realización del contenido mínimo del derecho a la salud, no obstante, cuando un Estado no puede cumplir con sus obligaciones mínimas debe demostrar que ha realizado todos sus esfuerzos para utilizar la totalidad de los recursos de que disponga con vistas a la satisfacción de los contenidos prioritarios [Comité DESC, *Observación General N° 11 (1999). Planes de acción para la enseñanza primaria*: párr 10]. Por tal razón, el Comité DESC también ha señalado que un Estado que se ha visto imposibilitado para cumplir con sus obligaciones en la materia debido a la limitación de recursos, tiene que justificar que ha hecho todo lo posible hasta el máximo de los recursos de que dispone para actuar de conformidad con tales obligaciones, pero en ninguna circunstancia puede justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas, que son inderogables [Comité DESC, *Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*: párr. 43].

#### **IV. EL DERECHO A LA SALUD EN EL MARCO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS**

La desaparición forzada es una violación múltiple, compleja, grave, pluriofensiva y continuada o permanente de derechos huma-

nos, que contiene tres elementos concurrentes y constitutivos: 1) la privación de la libertad, 2) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y 3) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona desaparecida (Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*: párr. 140). A diferencia de una ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria, la desaparición forzada “conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos [Corte IDH, *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*: párr. 366].

Al constituir una violación múltiple y pluriofensiva de derechos humanos, la desaparición forzada vulnera la libertad personal, la integridad física, psíquica y moral, la vida, el reconocimiento de la personalidad jurídica, las garantías judiciales, la protección judicial y una serie de derechos sociales. Por su propia naturaleza, transgrede no solo los derechos de la persona desaparecida, sino también los de su familia, de otras personas allegadas o de quienes han sufrido un perjuicio como consecuencia de la desaparición. A su vez, en muchos casos, las personas que no pueden ejercer de manera plena sus derechos sociales “están más expuestas a convertirse en víctimas de una desaparición forzada” (Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias [Grupo de Trabajo] 2015: en términos generales, la relación entre desapariciones forzadas y derechos sociales puede determinarse en tres ámbitos: Primero, en cómo la carencia del goce de los derechos sociales aumenta la vulnerabilidad frente a las desapariciones forzadas; segundo, en el impacto de las desapariciones en los derechos sociales de la persona desaparecida; y tercero, en el impacto de las desapariciones en los derechos sociales de familiares y de otros dependientes de la persona desaparecida. En este punto es importante resaltar que a partir de tres casos contra Guatemala, la Corte IDH amplió el concepto de víctima al considerar que ciertas acciones inadecuadas del Estado en el manejo de los casos representan una intensificación del sufrimiento de los familiares [Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*

la; “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Bámaca Velásquez vs. Guatemala].

Con respecto al aumento de vulnerabilidad frente a las desapariciones forzadas debido a la carencia del goce de derechos sociales, está demostrado que las personas que viven en condiciones de pobreza y que no disfrutan de sus derechos sociales son más vulnerables a convertirse en víctimas de este delito, ya que a) en muchas ocasiones no gozan de integración social, reconocimiento político y jurídico, b) tienen limitadas capacidades personales y económicas para acceder a recursos legales frente a detenciones ilegales y otras violaciones a sus derechos, c) por lo general deciden no interponer denuncias o acciones judiciales por temor a represalias por actores poderosos o por miedo a sufrir discriminación por parte de las autoridades, d) viven en zonas con poca o ninguna presencia de instituciones estatales y en donde las fuerzas de seguridad tienden a operar fuera de la legalidad (Grupo de Trabajo 2015: párr. 8-11) y e) cuando viven en zonas de conflicto, la condición de mujer hace que sean atacadas deliberadamente y sean víctimas de desaparición forzada o de otras formas de violencia de género (Grupo de Trabajo 2012a: párr. 7)<sup>2</sup>.

En relación con el impacto de las desapariciones en los derechos sociales de la persona desaparecida, como ésta queda privada de la protección de la ley, a) pierde su empleo y deja de percibir un salario, e incluso es posible que no pueda recuperarlo después de su liberación debido al estigma de haber sido desaparecida o a la secuela mental o física de la misma; y b) es expuesta a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y otros actos contra su integridad física y psicológica con un impacto significativo en su derecho a la salud, cuyos efectos se mantienen después de recupe-

<sup>2</sup> Algunos ejemplos de esta vulnerabilidad frente a las desapariciones forzadas: cuando las personas no cuentan con una vivienda que constituye una barrera física y de protección; cuando no existe reconocimiento jurídico de los territorios indígenas y las comunidades se resisten a ser objeto de desplazamientos y desalojos; cuando las niñas y niños viven en la calle, y corren mayor riesgo de ser secuestrados; cuando las personas migrantes son indocumentadas y no “existen” por su condición de clandestinidad; y cuando son personas con problemas de salud mental que deambulan por las calles (Grupo de Trabajo 2015: 12-16).

rada su libertad (Grupo de Trabajo 2015: párr. 17-19). A causa de su género, las mujeres víctimas de desaparición forzada lo sufren de forma desproporcionada, ya que son objeto de violencia sexual y embarazos no deseados, y están expuestas a mayores sufrimientos y humillaciones (Grupo de Trabajo 2012a: párr. 8-9).

Con respecto al impacto de las desapariciones en los derechos sociales de familiares y de otros dependientes de la persona desaparecida, éste es mayor cuando la víctima directa es el sustento del hogar, la principal o la única fuente de ingresos en la familia, y el “trauma emocional se intensifica debido a la falta de recursos materiales, que se hace más aguda por los gastos incurridos si deciden emprender una búsqueda de sus seres queridos. Asimismo, las víctimas no saben cuándo regresará su ser querido (si ha de regresar), lo que hace difícil su adaptación a la nueva situación” (Grupo de Trabajo 2015: párr. 23-24).

Cuando se trata de niñas y niños, la marginación económica y social, y la inseguridad jurídica creada por la ausencia de su padre o madre desaparecida, provoca que sus derechos a la propiedad, a la educación, a la seguridad social y a la salud se vean seriamente restringidos (Grupo de Trabajo 2012b:párr. 7). En términos generales, tanto la dificultad económica como la devastación moral de perder a un familiar por una desaparición forzada impacta en el estado físico y psicológico de todos los miembros de la familia de la persona desaparecida, ya que pueden provocar un gran trauma emocional y generar un “estado de conmoción persistente, de crisis latente y prolongada, en el que la angustia y el dolor causado por la ausencia de la persona amada continúa indefinidamente” (Grupo de Trabajo 2015: párr. 31).

En conclusión, una desaparición forzada tiene un impacto profundo y traumático en los familiares de la persona desaparecida, los cuales experimentan problemas permanentes de salud física y mental, como estrés, depresión, ansiedad, aumento de la tensión y problemas para dormir. La alteración del proceso de duelo no permite que las familias cierren el círculo de dolor, ya que no es posible

el funeral del familiar sin cuerpo para enterrar ni certeza de que está vivo o viva. La incertidumbre que causa la desaparición de un ser querido es permanente y provoca “una ambigüedad extremadamente angustiante” (Comité de Solidaridad y Derechos Humanos Monseñor Romero *et al.* 2013: 18) con su consecuente incidencia grave en la salud de quienes tienen la esperanza de encontrarlo.

## V. CONCLUSIÓN

Una desaparición forzada es un crimen atroz pues “niega la esencia misma de lo humano y es contraria a los más profundos valores de cualquier sociedad” (Grupo de Trabajo y Comité contra las Desapariciones Forzadas: 2012). Debido a la conexión existente entre el aumento de la vulnerabilidad frente a este crimen y la carencia en el goce de los derechos sociales, los Estados tienen la obligación de promover y garantizar ciertas condiciones sociales, culturales, ambientales y económicas para prevenir las desapariciones forzadas. En este sentido, su prevención es un componente fundamental para la protección de los derechos sociales y, a su vez, la protección de estos derechos es un elemento esencial para la prevención de las desapariciones forzadas. Si un Estado tiene la voluntad política de prevenir y erradicar esta práctica ilegal, debe implementar una política pública que abarque una promoción y protección adecuada de los derechos sociales (Grupo de Trabajo 2015: párr. 77).

Para que los Estados luchen frontalmente contra las desapariciones forzadas, deben cumplir con unos estándares en materia de deberes de garantía, prevención, investigación, sanción de los responsables y reparación a las víctimas. En relación con el deber de garantía, los Estados deben organizar el aparato gubernamental con el fin de erradicar las condiciones de impunidad alrededor de las desapariciones forzadas y adoptar todas las medidas necesarias para evitarlas, investigar y sancionar a los responsables y, además, informar a los familiares sobre el paradero de la persona desapa-

recida e indemnizarlos en su caso (Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*: párr. 115). Este deber adquiere particular importancia porque “la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*” (Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*: párr. 183).

Con respecto al deber de prevenir

“abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales” (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: párr. 175).

En relación con el deber de investigar, las instancias investigativas deben asegurar que se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de este tipo de crímenes y que la investigación sea conducida tomando en cuenta la complejidad de los hechos “y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en los mismos, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación” (Corte IDH 2010: párr. 166). La obligación de investigar una desaparición forzada “subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida” (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: párr. 181).

Con respecto al deber de sancionar, los Estados tienen la obligación de investigar, ejercer la acción penal, juzgar y sancionar a las personas responsables del crimen de desaparición forzada. De esta manera, la sanción penal debe alcanzar a todas las personas que realicen conductas constitutivas de este crimen (Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*: párr. 100). En relación con el deber de

adecuar la normativa interna, tiene un carácter primordial tipificar el delito de desaparición forzada tomando en consideración los estándares internacionales en la materia con el fin de superar la protección ofrecida por la normativa penal relativa al secuestro, tortura y homicidio. Esta adecuación debe dar cuenta del carácter múltiple y continuado de la violación de los derechos humanos provocada por la desaparición forzada, ya que coloca a la persona detenida-desaparecida en un estado de completa indefensión (Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*: párr. 92 y 96).

Finalmente, con respecto al deber de reparar, los Estados tienen la obligación de reparar adecuadamente a las víctimas y brindarles asistencia social por violaciones a sus derechos sociales como consecuencia de una desaparición forzada. De acuerdo con la Declaración de 1992 sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los derechos económicos, sociales y culturales, la reparación debe incluir atención médica y psicológica, garantías de empleo o propiedad, rehabilitación legal y social, garantías de que no se repetirán los actos, la restauración de libertad personal, vida familiar, ciudadanía, empleo o propiedad, regreso de la persona a su lugar de residencia y otras formas semejantes de restitución, satisfacción y reparación que permitan suprimir las consecuencias de la desaparición forzada.

En el caso concreto de la atención médica y psicológica, los Estados deben

“[...] brindar gratuitamente, a través de instituciones de salud públicas especializadas o personal de salud especializado, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico, a las víctimas que así lo soliciten, previo consentimiento informado, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada una de ellas [...] En el caso de que el Estado careciera de instituciones de salud especializadas deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas” (Corte IDH 2014: párr. 567).

A su vez, teniendo en cuenta que desde el momento en que desaparece una persona, sus familiares se ven sometidos a un gran sufrimiento y a una variedad de dificultades, algunas de las cuales provocan una verdadera emergencia humanitaria, el Estado debe brindar asistencia humanitaria inmediata después de que se produzca una desaparición forzada, independientemente de los indicios sobre los actores –estatales o no- responsables de la misma (Comité de Solidaridad y Derechos Humanos Monseñor Romero *et al.* 2013: 17).

A la luz de la citada Declaración de 1992 sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados deben a) adoptar las medidas necesarias para proteger y promover los derechos sociales como una medida preventiva en contra de las desapariciones forzadas; b) facilitar el acceso a la justicia de grupos desfavorecidos; c) ofrecer a la persona desaparecida posteriormente liberada, medidas complementarias para que puedan reintegrarse en la vida social, cultural y laboral; d) brindar tratamiento médico, de salud física y mental, para las víctimas; e) garantizar el derecho a la seguridad social para apoyar a las familias después de la desaparición de su familiar; y f) proveer una reparación rápida, adecuada y eficaz por violaciones de los derechos sociales causadas por una desaparición forzada.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Victor y Courtis, Christian (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid.
- Bobbio, Norberto (1991): *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid.
- Cançado Trindade Antônio Augusto (2001): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Cançado Trindade Antônio Augusto (1999): "Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional"

de la democracia y del Estado de derecho", en *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, núm 1, vol. 1.

Carazo, Rodrigo Alberto (1999): Los derechos económicos, sociales y culturales. *Memoria I Curso Interamericano de Sociedad Civil y Derechos Humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

Carbonell, Miguel (2005): "Breves reflexiones sobre los derechos sociales", en *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, México.

Cascajo Castro, José (1988): *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Contreras, Francisco (1994): *Derechos sociales: Teoría e ideología*. Tecnos, Madrid.

Comité de Solidaridad y Derechos Humanos Monseñor Romero, et al. (2013): *Manual: ¿Qué hacer en caso de Desaparición Forzada?* Campaña Nacional contra la Desaparición Forzada, Ciudad de México.

Cossío Díaz José. (1989): *Estado Social y derechos de prestación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Díaz, Elías(1998): *Estado de derecho y sociedad democrática*. Taurus Ediciones, Madrid:

Ferrajoli, L. (2001): "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*. Trotta, Madrid.

Ferrajoli, Luigi (2004): *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta, Madrid.

Ferrajoli, Luigi (2008): Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global. *Democracia y garantismo*. Editorial

- Trotta, Madrid: Ferrajoli, Luigi (2000): *El garantismo y la Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- García Macho, Ricardo (1982): *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.
- García Manrique, Ricardo (2004): *Derechos humanos e injusticias cotidianas*. Universidad Externado de Colombia Bogotá.
- García Manrique, Ricardo (2015): *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*. El Viejo Topo, Barcelona.
- García Manrique, Ricardo (2001): “ Los textos de la Revolución francesa: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores” *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo II, volumen III*. Dykinson, Madrid.
- Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (2012a). *Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas*.
- Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (2012b): *Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas*.
- Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (2015): *Estudio sobre las desapariciones forzadas o involuntarias y los derechos económicos, sociales y culturales*.
- Hayek, Friedrich August Von (2006): *Los fundamentos de la libertad*. Unión Editorial, Madrid.
- Hierro, Liborio. (2007): Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- Holmes Stephen y Sunstein Cass (1999): *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. W. W. Norton & Company, New York-London:

- López Calera, Nicolas (1994): Escasez y cambio de modelos. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- Mejía Rivera, Joaquin Armando (2015): *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Ubijus, México.
- Nozick, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia*. Basil Blackwell, Oxford.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008): El derecho a la salud. Folleto informativo n° 31. Naciones Unidas, Ginebra.
- Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986). Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2000): Informe sobre Desarrollo Humano 2000. Madrid-Barcelona-México: Ediciones Mundi-Prensa.
- Peces-Barba, Gregorio (1999): *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Dykinson, Madrid.
- Pérez Luño, Antonio (2005) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid.
- Pérez Luño, Antonio (1995): *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid.
- Pisarello, Gerardo (2003): *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Icaria, Barcelona.
- Prieto Sanchís, Luis (1998): *Ley, Principios, Derechos*. Dykinson, Madrid.
- Prieto Sanchís, Luis. (2004): Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *La universalidad de los derechos sociales: El reto de la inmigración*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2005): *Informe sobre Desarrollo Humano 2005. La cooperación internacional ante una encrucijada. Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual*. Edición Mundi-Prensa, New York.

Rodríguez Palop, María. (2002): *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Dykinson, Madrid.

Ruíz Miguel, Alfonso (1994): "Derechos liberales y derechos sociales", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16. Alicante: Universidad de Alicante.

Sen, Amartya (1995): *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza Editorial, Madrid.

Sen, Amartya (1984): "The right not be hungry", en *The right to food*: Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers-

Torre, C. de la (2005): "El derecho a la no discriminación como una alternativa de acceso a los derechos sociales", en *Los derechos económicos, sociales y culturales*. México: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México–Comisión Europea.

Touraine, Alain (1994): *¿Qué es la democracia?* Ediciones Temas de Hoy, Madrid.