



Asamblea General

Distr. general
11 de agosto de 2014
Español
Original: inglés

Sexagésimo noveno período de sesiones

Tema 69 b) del programa provisional*

**Promoción y protección de los derechos humanos:
cuestiones de derechos humanos, incluidos otros
medios de mejorar el goce efectivo de los derechos
humanos y las libertades fundamentales**

El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe preparado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, de conformidad con las resoluciones 6/29 y 24/6 del Consejo de Derechos Humanos.

* A/69/150.



Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

Resumen

En el presente informe, el Relator Especial examina varios elementos claves que afectan a la aplicación eficaz y plena del marco del derecho a la salud. El Relator comienza reafirmando la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud, reiterando la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y haciendo hincapié en la entrada en vigor oportuna de los Protocolos Facultativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2013 y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones en 2014. El Relator Especial explora posteriormente el concepto de la realización progresiva del derecho a la salud y subraya la importancia de hacer cumplir las obligaciones de los Estados mediante fallos judiciales, que reconocen la capacidad del Estado e incorporan la supervisión por el tribunal y la participación de la sociedad civil. El Relator se centra también en la falta de rendición de cuentas por parte de las empresas transnacionales y pide un mecanismo internacional para hacerles rendir cuentas de las violaciones de los derechos humanos, y también insta a realizar una revisión del sistema actual de acuerdos internacionales de inversión y de la solución de controversias entre los inversores y los Estados para crear unas condiciones equitativas entre las empresas transnacionales y los Estados. El Relator Especial concluye su informe con un conjunto de recomendaciones específicas sobre modos de salvar las diferencias en la aplicación plena del derecho de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud.

I. Introducción

1. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es una declaración completa del derecho a la salud. Dicho Artículo se ha explicado e interpretado en la Observación general núm. 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El marco del derecho a la salud establecido en la Observación general ha dado a las personas la capacidad para garantizar que los Estados respeten, protejan y cumplan el derecho a la salud. Sin embargo, deben abordarse algunas cuestiones, no solo en el marco del derecho internacional al marco de salud sino también dentro del derecho a la salud en el derecho interno.

2. En contraste con las obligaciones inmediatas de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ha considerado que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales enumera derechos que no es necesario cumplir inmediatamente. Esto ha dado lugar a la opinión de que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ejercerse por separado de los derechos civiles y políticos, y de que los primeros pueden no ser justiciables. Esta opinión no tiene en cuenta el hecho de que los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud, son necesarios para el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos. Además, se considera que la realización del derecho a la salud depende de los recursos disponibles. Esta opinión también es falsa, ya que los Estados también necesitan recursos para garantizar el cumplimiento y el disfrute de los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, los Estados necesitan recursos para poder contar con organismos de investigación suficientemente equipados y tribunales que funcionen para garantizar el derecho de los acusados a un juicio imparcial.

3. El cumplimiento de determinadas obligaciones relativas al derecho a la salud, aunque no todas, puede depender de los recursos disponibles y realizarse progresivamente. Es importante examinar atentamente si los recursos de los Estados se utilizan eficazmente para hacer efectivo el derecho a la salud. Es igualmente importante examinar la totalidad de los recursos de los Estados y revisar la proporción destinada a garantizar el derecho a la salud. A fin de hacer progresivamente efectivo el derecho a la salud las políticas de los Estados deben ser razonables, prestar especial atención a los grupos vulnerables, estar formuladas con la participación de las comunidades afectadas y cumplir, como mínimo, las obligaciones básicas de los Estados.

4. La globalización y la liberalización del mercado han dado a las empresas transnacionales la oportunidad de introducirse en los mercados internos, lo que ha conllevado un dominio cada vez mayor de estas empresas en los mercados mundiales. Si bien las empresas transnacionales tienen la capacidad de influir en las políticas internacionales y nacionales, los Estados no han podido regular estas empresas para impedirles violar el derecho a la salud. Los esfuerzos que se han realizado hasta ahora para frenar las actividades de las empresas transnacionales solo han sido voluntarios y no han convencido a las industrias para que impidan las violaciones del derecho a la salud. Además, los acuerdos de inversión internacionales y los sistemas de solución de controversias entre inversores y Estados benefician a las empresas transnacionales a expensas de las funciones soberanas de legislación y adjudicación de los Estados. Los acuerdos de inversión internacionales en vigor no controlan las actividades de las empresas transnacionales y en muchos no se reconoce el derecho de los Estados a legislar y hacer cumplir las leyes relacionadas con la salud. Esta asimetría de poder se

perpetúa por el hecho de que los Estados a menudo no tienen ninguna capacidad, en virtud de los acuerdos de inversión internacionales, para iniciar controversias contra empresas transnacionales por violar el derecho a la salud. Además, las soluciones de controversias entre inversores y Estados adolecen de parcialidad, falta de transparencia y arbitrariedad, e impiden que los terceros afectados obtengan acceso al sistema para demostrar la violación del derecho a la salud de ese tercero y recibir una reparación.

II. Justiciabilidad del derecho a la salud

5. Si bien la aplicación del derecho a la salud ha logrado grandes avances desde el desarrollo del marco del derecho a la salud, la justiciabilidad del derecho se sigue cuestionando. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales confirma el carácter justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales en general, pero no incluye detalles sobre sus componentes justiciables¹. Todos los componentes del derecho a la salud son justiciables y los tribunales han emitido fallos y han aplicado las obligaciones específicas del derecho a la salud.

6. Históricamente se ha prestado menos atención a los derechos económicos, sociales y culturales que a los derechos civiles y políticos, dado que se ha considerado erróneamente que no eran justiciables debido a supuestas diferencias intrínsecas entre los dos conjuntos de derechos. En un principio, solo estaba previsto un pacto internacional de derechos humanos, que contenía derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, para redactar ese instrumento unificado, la Comisión de Derechos Humanos consideró que la naturaleza de los derechos era diferente y convenció a la Asamblea General de la necesidad de dos pactos por separado (A/2929, cap. II, párr. 9). El motivo fue que “[los derechos civiles y políticos] eran los derechos de una persona ‘contra’ el Estado, es decir, contra una acción ilícita e injusta del Estado”, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales requerían que los Estados adoptaran medidas positivas (*ibid.*, párr. 10).

7. La división entre los dos conjuntos de derechos es artificial, ya que no hay ninguna diferencia intrínseca entre ellos. Ambos pueden requerir acciones positivas, dependen de los recursos y son justiciables. La obligación de adoptar “medidas necesarias” incluida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2 (2)) es una obligación positiva que requiere tiempo y recursos (A/56/55, párrs. 21 a 23). Por ejemplo, el derecho a un juicio imparcial obliga a los Estados a proporcionar salas de audiencia, profesionales capacitados y otros recursos que requieren tiempo, dinero y experiencia para desarrollarlos. El Comité de Derechos Humanos estipula que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone obligaciones negativas y positivas a los Estados². Se consideraba que los derechos civiles y políticos eran justiciables y aplicables inmediatamente porque ya existía la infraestructura necesaria y los medios de aplicación cuando se redactaron los Pactos.

8. En la Declaración y el Programa de Acción de Viena se subraya el carácter indivisible, interdependiente e interrelacionado de los dos conjuntos de derechos, que se ve reforzado por la necesidad de la realización de uno para cumplir el otro. Por

¹ Observación general núm. 9 (1998), párr. 10.

² Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31 (2004), párrs. 6 a 8.

ejemplo, garantizar la igualdad de trato para hombres y mujeres en todos los ámbitos de sus vidas, como el derecho a fundar una familia, contenido en el artículo 23 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede lograrse a menos que se haga realidad el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer garantizando su derecho a acceder a instalaciones, bienes y servicios de salud³.

9. La dignidad es la base de todos los derechos humanos, y se incluyó en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en ambos pactos. En su resolución 421 (V) E, la Asamblea General reconoció que la dignidad requiere el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos tribunales nacionales y regionales han eliminado la división artificial entre los dos conjuntos de derechos desarrollando un derecho a la salud con carácter justiciable mediante el reconocimiento de la dignidad. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de la India consideró que para “aumentar la dignidad de la persona”, el derecho a la vida debía incluir el derecho a las necesidades básicas de la vida⁴. Ese derecho se ha convertido en sí mismo en un aspecto independiente del derecho a la salud. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el derecho a la vida contiene una obligación positiva de “generar unas condiciones de vida mínimas que sean compatibles con la dignidad del ser humano”, que incluye garantizar los determinantes subyacentes de la salud para los grupos vulnerables⁵.

10. El derecho a la salud impone a los Estados obligaciones de efecto inmediato que se superponen. Entre ellas se incluyen las obligaciones inmediatas de no discriminar y de adoptar medidas, la obligación básica de garantizar los niveles esenciales mínimos del derecho, y las obligaciones de respetar y proteger. Las obligaciones inmediatas quedan fuera del ámbito del artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las obligaciones básicas son el nivel esencial mínimo de un derecho⁶ y no se realizan de modo progresivo. Las obligaciones de respetar y proteger son similares a las obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de respetar y garantizar (porque el deber de garantizar incluye el deber de proteger⁷), que son indiscutiblemente justiciables.

11. Estas obligaciones de efecto inmediato pueden depender, de hecho, de los recursos para su aplicación. Por ejemplo, es posible que los Estados no deseen proporcionar medicamentos caros, pero en casos de medicamentos esenciales, deben cumplir esta obligación⁸. Incluso si una obligación de efecto inmediato depende de los recursos, un Estado no puede utilizar la falta de recursos como defensa o excusa para no cumplir la obligación.

12. La justiciabilidad intrínseca de estos componentes del derecho a la salud ha sido demostrado por las decisiones de los tribunales regionales e internos.

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 14, párr. 14.

⁴ *Francis Coralie Mullin v. Administrator, Union Territory of Delhi and others*, 1981, párrs. 6 y 8.

⁵ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, fallo de 17 de junio de 2005, párrs. 162 a 165.

⁶ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 3 (1990), párr. 10.

⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31, párr. 8.

⁸ Tribunal Superior de Delhi, *Mohd. Ahmed (Minor) v. Union of India*, abril de 2014, párr. 68.

13. Los tribunales tienen experiencia en resolver asuntos relacionados con la obligación inmediata de no discriminación en lo que respecta a la salud. Por ejemplo, en la causa *Elige v. British Columbia (Atoren General)*, el Tribunal Supremo del Canadá decidió que la Ley de servicios médicos y sanitarios discriminaba a las personas sordas y con dificultades auditivas porque al no proporcionar intérpretes del lenguaje de señas les negaba la igualdad de beneficios de acuerdo con la ley.

14. Tal como indicó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en un informe presentado al Consejo Económico y Social, las medidas regresivas son, presuntamente, una violación de la obligación de adoptar medidas para la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales (E/2007/82, párr. 19). Corresponde a los Estados demostrar que la regresión no constituye una violación, lo que hace necesario que se dicte un fallo para determinar si se produjo efectivamente una violación de dicha obligación. La regresión se evaluó en la decisión núm. 39/84 de 1984 del Tribunal Constitucional de Portugal, en un caso en que el Gobierno había intentado derogar la ley por la que se había establecido el Servicio Nacional de Salud. El Tribunal concluyó que, una vez que un Estado cumple una obligación constitucional, la Constitución protege contra la abolición, haciendo que la obligación pase de ser puramente positiva a ser una obligación positiva y negativa.

15. Las obligaciones básicas han sido arbitradas de acuerdo con el derecho a la vida, que obliga al Estado a garantizar las necesidades para la vida. Por ejemplo, la Corte Suprema de la Argentina, en la causa *Reynoso (2012)*, decidió que el Estado tenía la obligación de garantizar a las personas el acceso a los bienes y servicios básicos necesarios para su salud y su vida.

16. Los tribunales han aplicado las obligaciones de respetar y proteger con respecto al derecho a la salud. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos elaboró, en la causa *Social and Economic Rights Action Centro de Derechos Económicos y Sociales c. Nigeria* que la obligación de respetar, en el marco del derecho a la salud, requiere que un Estado “respete el libre uso de los recursos” de una persona o un grupo “a los efectos de cubrir las necesidades relacionadas con los derechos”⁹. En la causa de la *Fundación Marangopoulos para los Derechos Humanos c. Grecia*, el Comité Europeo de Derechos Sociales declaró que el Estado debe participar en prácticas normativas más firmes para proteger la calidad del aire, incluida la regulación de los agentes privados, para proteger su obligación en virtud del derecho a la salud¹⁰.

17. Solo los órganos judiciales o cuasijudiciales, y no solamente los mecanismos administrativos, pueden proporcionar acceso a recursos efectivos de acuerdo con las obligaciones que impone el marco del derecho a la salud. Los recursos efectivos requieren que una instancia judicial proporcione una reparación adecuada. Solo una instancia judicial puede determinar si el derecho a la salud ha sido violado y proporcionar una indemnización que incluya la restitución y garantías de no repetición. La restitución a menudo requiere imponer la obligación a un tercero, por ejemplo, obligar a un hospital a proporcionar medicamentos esenciales, y las garantías de no repetición solo pueden obtenerse mediante cambios en la política estructural que incluyan a otros organismos gubernamentales. Los recursos

⁹ Comunicación núm. 155/96, 2001, párr. 45.

¹⁰ Reclamación núm. 30/2005, 2006, párr. 203.

administrativos se limitan a las violaciones del estatuto pertinente y el alcance del estatuto no permite la imposición de obligaciones a otros agentes y, por tanto, no puede proporcionar recursos efectivos.

18. Cualquier debate sobre la justiciabilidad general del derecho a la salud terminó con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 5 de mayo de 2013 y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones el 14 de abril de 2014. Se recomienda que los Estados garanticen que el derecho a la salud sea justiciable en sus jurisdicciones internas. La mayoría de las obligaciones individuales del derecho a la salud son claramente justiciables, y solo las obligaciones de cumplir que son progresivamente realizables requieren un análisis ulterior para confirmar su justiciabilidad.

III. Realización progresiva del derecho a la salud

19. De modo similar a otros derechos económicos, sociales y culturales y de acuerdo con el artículo 2 (1) del Pacto, el derecho a la salud permite a los Estados hacer efectivos determinados derechos de forma progresiva. La realización progresiva del derecho a la salud se basa en el entendimiento de que los Estados con recursos limitados pueden tener capacidad para aplicar los programas de salud solamente de manera gradual.

20. Depender de los recursos disponibles de los Estados para realizar el derecho a la salud añade cierta complejidad a la capacidad de un juez para decidir este tipo de cuestiones. Por ejemplo, arbitrar si el Estado ha adoptado medidas hasta el máximo alcance de sus recursos disponibles puede incluir determinar el alcance de los recursos disponibles del Estado. Sin embargo, los jueces han sido reacios a examinar de cerca las declaraciones formuladas por los Estados sobre sus recursos disponibles ya que por lo general se considera que las decisiones sobre la asignación presupuestaria están dentro del ámbito del poder legislativo y ejecutivo, y por tanto quedan fuera del alcance adecuado de la investigación judicial. En la causa *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal* (1998), el Tribunal Constitucional decidió que las personas con insuficiencia renal crónica no tenían derecho a un tratamiento de diálisis gratuito por parte del Estado, en contraste con los casos de emergencia de insuficiencia renal. El derecho del peticionario a recibir tratamiento con diálisis se analizó de acuerdo con la obligación constitucional de Sudáfrica de realizar progresivamente el derecho de sus ciudadanos a la salud y su obligación de proporcionar atención sanitaria de emergencia. El Tribunal concluyó que el Gobierno había demostrado que no se disponía de fondos para proporcionar a todas las personas con insuficiencia renal crónica tratamiento de diálisis de manera gratuita y que, por tanto, debía dar prioridad a la atención de emergencia. El Tribunal llegó a esta conclusión tras examinar pruebas de que el Departamento de Salud ya había realizado gastos por encima de su presupuesto, y no examinó más a fondo si la cantidad asignada era suficiente para lograr un nivel de salud razonable.

21. La incapacidad o la reticencia de las instancias judiciales a investigar las asignaciones presupuestarias que afectan al importe de los recursos disponibles puede fomentarse en parte por el hecho de que el término “recursos disponibles” no se ha definido con claridad en el marco del derecho a la salud o en la Observación general núm. 3. Los recursos disponibles podrían interpretarse de diversos modos:

podrían significar todo el producto interno bruto de un Estado o un porcentaje específico del mismo, o podrían limitarse al importe asignado al presupuesto de salud del Estado o a los importes asignados a un problema de salud en particular. Además, a pesar de que en la Observación general núm. 3 se indica que los recursos disponibles incluyen los recursos disponibles a través de la asistencia internacional (párr. 13), no llega a aclarar si los recursos disponibles abarcan el importe actualmente disponible o el importe que podría haber Estado disponible si el Estado se hubiera esforzado en obtener esta asistencia. Además, en los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se señala que los Estados tienen la obligación de desarrollar recursos de la sociedad como modo de aumentar su recursos disponibles, pero no se indica si los recursos disponibles deben incluir el importe de recursos de la sociedad que un Estado podría desarrollar razonablemente, pero que todavía no ha desarrollado (párr. 24). Está claro, sin embargo, que el término “recursos disponibles” hace referencia a la totalidad de los recursos “reales” de un Estado (por ejemplo, recursos de información, técnicos, de organización, humanos, naturales y administrativos), más allá de las asignaciones presupuestarias¹¹. Los magistrados que revisan la cantidad de recursos disponibles declarada por los Estados deben tener en cuenta que el Estado tiene la obligación de administrar eficazmente el presupuesto existente y movilizar recursos adicionales, lo que puede incluir, por ejemplo, cambios en la política tributaria del Estado o una adquisición de deuda inteligente¹².

22. Sin embargo, deben asignarse a un Estado los recursos disponibles suficientes para la realización de otros derechos económicos, sociales y culturales, además de la enorme cantidad de necesidades que compiten entre sí que soporta el Estado. Al examinar la asignación de recursos a otras obligaciones económicas, sociales y culturales que compiten entre sí, deben tener prioridad las de carácter inmediato o básico. Los recursos disponibles deben incluir la cantidad máxima de recursos que pueden asignarse a un objetivo de salud específico sin poner en peligro otros servicios esenciales¹¹.

23. Si bien lo que constituye los recursos disponibles variará en función del contexto, el término debe elaborarse más, a fin de guiar a los Estados y ayudar a los magistrados a decidir si la cantidad de recursos disponibles declarada por un Estado es aceptable. Incluso si los magistrados no ofrecen orientación con respecto a la asignación y el uso de los recursos, estos deben examinar minuciosamente el punto de vista del Estado respecto del importe de los recursos máximos a su disposición, ya que corresponde al Gobierno demostrar que el importe de sus recursos disponibles no permite el cumplimiento de determinadas obligaciones del Estado. Esto puede obligar a los magistrados a examinar muy de cerca el presupuesto para determinar si la asignación al sector de la salud o a un objetivo de salud en particular es insuficiente. La disminución de la asignación presupuestaria de un Estado para sus obligaciones vinculadas al derecho a la salud en relación con el aumento de su producto interno bruto o el aumento de la asignación a ámbitos no relacionados con los derechos humanos pueden ser prueba de que el Estado ha

¹¹ Véase Rory O’Connell y otros, *Applying an International Human Rights Framework to State Budget Allocations: Rights and Resources* (Londres: Routledge, 2014), cap. 3.

¹² Diane Elson, Radhika Balakrishnan y James Heintz, “Public Finance, Maximum Available Resources and Human Rights”, en *Human Rights and Public Finance: Budget and the Promotion of Economic and Social Rights*, (Oxford, Reino Unido de gran Bretaña e Irlanda del Norte, Hart, 2013: A. Nolan, R. O’Connell & C. Harvey eds.)

optado por no asignar recursos disponibles para cumplir ese derecho, lo que puede demostrar una violación de sus obligaciones progresivamente realizables¹¹. Los magistrados también deben investigar si el Estado se ha esforzado en suficiente medida para obtener ayuda internacional o para desarrollar recursos de la sociedad para aumentar los recursos disponibles. Debe obligarse a los Estados a proporcionar información sobre el cálculo de sus recursos disponibles, las asignaciones presupuestarias y las actividades para aumentar los recursos disponibles de una manera abierta y transparente a fin de facilitar un examen completo y justo por parte de las instancias judiciales.

24. Cuando una obligación realizable progresivamente tiene un componente básico, los magistrados deben investigar si el Estado ha cumplido su obligación en ese sentido. Cuando estos derechos no se han protegido, los tribunales han encontrado violaciones del derecho en cuestión sin siquiera iniciar un análisis de los recursos disponibles de un Estado. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la obligación del Estado de garantizar el acceso a una vida decente debe leerse teniendo en cuenta las obligaciones progresivamente realizables del Estado establecidas en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³. Sin embargo, el Tribunal no utilizó el concepto de la realización progresiva para calificar la obligación del Estado de proporcionar unas condiciones de vida mínimas que fueran compatibles con la dignidad de la persona humana, sino que concluyó que el Estado había violado el derecho a la vida de los demandantes y tenía la obligación de proporcionar, entre otras cosas, medicamentos, alimentos, agua potable e instalaciones de saneamiento¹⁴. Así pues, de conformidad con las obligaciones básicas en virtud del derecho a la salud, cuando las instancias judiciales determinan que se han violado determinados derechos humanos fundamentales, estas pueden concluir que el Estado ha violado sus obligaciones pertinentes sin entrar en la cuestión de si el Estado tenía los recursos disponibles para cumplir estas obligaciones¹⁵.

25. Los tribunales también se han pronunciado respecto de la utilización por el Estado de recursos disponibles en relación con políticas vigentes y la obligación de no regresión. En un caso en el que el tribunal afirmó que la falta de recursos disponibles no podía ser justificación para la regresión de las políticas, expresó sin ambigüedad que los beneficios prometidos en virtud de los programas de atención sanitaria debían realizarse y dio directrices al Gobierno a tal efecto¹⁶. Además, en caso de que las instancias judiciales consideren que un importe se ha asignado a la realización de un derecho a la salud en particular pero no ha sido utilizado, o que ese importe se ha desviado a otro uso, deben declarar que el Estado no está utilizando el máximo de sus recursos disponibles y por tanto puede estar violando sus obligaciones progresivamente realizables¹¹. Cabe señalar, sin embargo, que los recursos asignados a derechos no relacionados con la salud pueden tener como efecto una mejora del acceso, la disponibilidad y la calidad de las instalaciones, los bienes y los servicios de salud. Por ejemplo, los fondos invertidos en carreteras pueden mejorar el acceso a los servicios médicos¹².

¹³ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, fallo de 17 de junio de 2005, párr. 163.

¹⁴ *Ibid.*, párrs. 176 y 221.

¹⁵ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, fallo de 29 de marzo de 2006; *Ximenes-Lopes v. Brazil*, fallo de 4 de julio de 2006.

¹⁶ High Court of Delhi, *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Haringagar Hospital and others*, 2010, párrs. 61 a 70.

26. Para que un Estado cumpla sus obligaciones progresivamente realizables, la cantidad de recursos disponibles deben asignarse de manera eficaz. Se considerará que los recursos disponibles están asignados eficazmente si esa asignación reduce los obstáculos para el acceso sin discriminación a instalaciones, bienes y servicios de salud de calidad disponibles y aceptables. El hecho de combatir la corrupción, que dé lugar a un uso ineficaz de los recursos, puede considerarse una infracción de las obligaciones progresivamente realizables de un Estado¹². Los Estados también deben asegurarse de que lo que parece ser un aumento de la eficacia no este simplemente encubriendo la transferencia de esos costos a agentes no estatales. Por ejemplo, una política que aliente a los pacientes a pasar menos tiempo en el hospital, reduciendo así el costo financiero por tratamiento, puede trasladar en realidad esos costos a los cuidadores a domicilio del paciente¹².

27. Algunos tribunales internos se han concentrado en la revisión judicial del proceso de la formulación de políticas y no en su fondo. Los tribunales han confirmado que un Estado cumplía sus obligaciones progresivamente realizables si el proceso de formulación de políticas era razonable¹⁷. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica, por ejemplo, ha examinado los siguientes factores para determinar si una política de vivienda y una política de distribución de agua era “razonable”: la consideración que se da a los grupos vulnerables y las situaciones de emergencia; la flexibilidad de la política para ser actualizada tras una revisión gubernamental continua; la atención prestada a las necesidades a corto, medio y largo plazo; un proceso transparente, participativo y bien estudiado; la aplicación eficaz de la política; la cobertura equitativa; la regresión en las políticas; y si la discriminación estaba vinculada a una política gubernamental legítima¹⁸. Incluso cuando los árbitros concluyen que el proceso ha sido razonable, también pueden revisar si la aplicación de la política ha causado efectos negativos desproporcionados para un grupo vulnerable determinado, lo que puede ser prueba de que se han violado las obligaciones progresivamente realizables del Estado.

28. El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también requiere que el Comité examine “hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte” (art. 8 (4)). El Comité ha establecido varias consideraciones que deben tenerse en cuenta para determinar la razonabilidad, como por ejemplo si las medidas eran deliberadas, concretas y con fines específicos; si se garantizaron la no discriminación y la no arbitrariedad; si la asignación de recursos fue conforme a las normas internacionales de derechos humanos; si la política utilizó la opción menos restrictiva, el plazo de aplicación de la política; y si se tuvo en cuenta la situación de los grupos vulnerables (E/C.12/2007/1, párr. 8). Los grupos vulnerables no deben limitarse a los grupos específicos mencionados en la Observación general núm. 14, sino que deben incluir a cualquier grupo que se vea afectado desproporcionadamente por una enfermedad en particular o marginado de otro modo debido a la exclusión política, social o económica de sus miembros; por restricciones, en la ley o en la práctica, impuestas a los miembros de ese grupo para dar consentimiento fundamentado o ejercer la plena

¹⁷ Véase Constitutional Court of South Africa, *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, 2002; High Court at Nairobi, *Okwanda v. Minister of Health and Medical Services and others*, 2013.

¹⁸ *South Africa v. Grootboom*, 2001; *Mazibuko and others v. City of Johannesburg and others*, 2009.

autonomía; o la incapacidad del grupo para hacer valer los derechos, obtener acceso a prestaciones del Estado o gozar de protección reglamentaria.

29. Al examinar si un Estado ha cumplido sus obligaciones en virtud del Pacto, es importante tener en cuenta que incluso las políticas bien consideradas que utilizan el máximo de los recursos disponibles de un Estado pueden conducir a malos resultados de salud debido a circunstancias externas, como la afluencia de refugiados, el brote de una epidemia o una recesión económica. Incluso en estos casos de limitación de recursos, los Estados deben cumplir sus obligaciones básicas y otras obligaciones inmediatas sin discriminación. No se debe permitir que los Estados se valgan de circunstancias externas como excusa para adoptar medidas regresivas como la reducción de determinadas políticas relacionadas con la salud como parte de una redistribución de fondos del sector de la salud.

IV. El respeto del derecho a la salud

30. Hacer que los Estados cumplan sus obligaciones es fundamental para el disfrute del derecho a la salud. Lamentablemente, muchos fallos judiciales sobre derechos económicos, sociales y culturales no son aplicados íntegramente por los Estados. Para promover la aplicación de los fallos, se alienta a los magistrados a que formulen fallos específicos y decisiones con objetivos concretos que reconozcan la capacidad del Estado e incluyan la supervisión por parte de los tribunales y la participación de la sociedad civil.

31. Los tribunales deben tener en cuenta el contexto y los objetivos al elaborar orientaciones específicas para la aplicación de fallos que contengan obligaciones positivas. Es posible que los fallos que proporcionan un marco de procesos específicos para organismos concretos superen obstáculos para la aplicación que un fallo general no supera. Este enfoque, en lugar de dictar objetivos específicos, puede mitigar las preocupaciones por violar la separación de poderes. En el fallo *T-760/08* (2008), de importancia histórica, que conllevó el cambio de todo el sistema de atención de salud de Colombia, la Corte Constitucional de Colombia no dictó reformas sino que dio orientación a los responsables de la formulación de políticas para definir objetivos, desarrollar políticas adecuadas, fomentar la capacidad institucional y justificar todas las decisiones con información¹⁹. En particular con respecto a las obligaciones progresivamente realizables, los tribunales deben tener en cuenta que cualquier reforma debe ser sostenible a fin de aumentar la aceptación social del fallo y garantizar un sistema de salud sostenible²⁰.

32. La supervisión es fundamental para la ejecución plena de los fallos complejos. Los mandatos judiciales continuados han sido utilizados por el Tribunal Supremo de la India para proporcionar una supervisión judicial continua de los organismos cuando un mandato judicial tradicional no podía superar la inercia del organismo²¹. La Corte Constitucional de Colombia desarrolló una sala especial de control para supervisar la ejecución del fallo *T-760/08* y dedicó una sección de su sitio web a todas las órdenes

¹⁹ Véase Manuel José Cepeda-Espinoza, “Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review*, vol. 89, pág. 1703.

²⁰ *Ibid.*, pág. 1701.

²¹ Véase *Vineet Narain and others v. Union of India and another*, 1998.

destinadas a la ejecución del fallo²². Para aumentar al máximo su ejecución, la supervisión del tribunal debe realizarse en conjunto con la participación del público²³.

33. La participación significativa de las comunidades afectadas y otras partes interesadas, junto con el acceso a la información de salud, no es solo un elemento esencial del derecho a la salud²⁴, sino también una herramienta crucial para supervisar la aplicación. Los tribunales están en condiciones de promover el acceso a la información como parte de la supervisión de la aplicación o incluso de encontrar un derecho constitucional a recibir información sanitaria exacta de los funcionarios públicos²⁵. Las partes interesadas participantes pueden apoyar la aplicación conjuntamente con el Estado suministrando conocimientos técnicos especializados y comunicando los intereses de las comunidades afectadas.

34. Se alienta a los Estados a ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y reconocer la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para recibir y examinar comunicaciones entre los Estados. La aplicación a través del Protocolo Facultativo desarrollará aún más el contenido y la jurisprudencia del derecho a la salud. Se han juzgado causas relacionadas con la salud a nivel internacional, como por ejemplo las causas *Alyne da Silva Pimentel v. Brazil* y *L. C. v. Peru* presentadas ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁶. Si bien el Comité adoptó decisiones en las que se instaba a ofrecer recursos específicos a los autores de las quejas en esos casos, también adopta recomendaciones generales que promueven el cambio de las políticas. Las recomendaciones generales son necesarias para promover el disfrute del derecho para todas las personas afectadas de modo similar, no solo para el autor de la comunicación, y deben incorporarse en las soluciones amistosas entre las partes, con aportaciones de terceros, ya que los Estados pueden utilizar las soluciones amistosas para proporcionar recursos no solo al autor sino a todas las personas afectadas de modo similar.

35. Los Estados pueden influir, ya sea directa o indirectamente, en el disfrute del derecho a la salud en otro Estado. Si un Estado no es capaz de proteger el derecho a la salud de su población frente a agentes externos utilizando mecanismos internos, se le alienta a hacerlo utilizando el mecanismo de comunicaciones entre Estados en virtud del Protocolo Facultativo.

V. Sociedades transnacionales

36. La globalización y la liberalización del comercio han permitido que las empresas transnacionales obtengan un acceso mayor y más fácil a mercados que, de otro modo, estarían cerrados. Su presencia cada vez mayor en la economía mundial les ha permitido influir en la formulación de leyes a nivel internacional e interno e

²² Véase Corte Constitucional de Colombia, Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-760 de 2008.

²³ Véase César Rodríguez-Garavito, "Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, pág. 1694.

²⁴ Véase la Observación general núm. 14, art. 12 b) iv).

²⁵ Véase Corte Constitucional de Colombia, decisión T-627/12, fallo de 10 de agosto de 2012, pág. 125.

²⁶ Comunicación núm. 17/2008, opiniones adoptadas el 25 de julio de 2011, y comunicación núm. 22/2009, opiniones adoptadas el 17 de octubre de 2011.

interferir en el espacio normativo de los Estados. Las empresas transnacionales han influido en las pautas de consumo de alimentos²⁷ y han promovido el consumo del tabaco, en particular en los países en desarrollo²⁸. También han afectado a los derechos de grandes comunidades con impunidad, causando el desplazamiento²⁹, la contaminación de las aguas subterráneas³⁰ y la pérdida de medios de vida³¹. Han perpetrado directamente graves violaciones de los derechos humanos, en particular en los países en desarrollo y los países menos adelantados³². Las empresas transnacionales han afectado, por tanto, en gran medida a las leyes, las políticas y los entornos sociales y económicos de los Estados y han violado los derechos económicos, sociales y culturales de las personas y las comunidades, entre ellos el derecho a la salud.

37. Es posible que sea difícil para los Estados o para las personas afectadas hacer rendir cuentas a las empresas transnacionales por acciones dañinas orquestadas a través de su filial nacional. La participación de múltiples jurisdicciones puede proteger efectivamente a las empresas transnacionales de tener que rendir cuentas por sus violaciones de los derechos humanos³³, o puede hacer que se prolongue la litigación en múltiples foros³⁴.

38. La magnitud de las violaciones cometidas por las empresas transnacionales y la facilidad con la que pueden evadir la responsabilidad por estas violaciones hacen que sea necesario un mecanismo internacional para hacer rendir cuentas a las empresas transnacionales por los abusos de los derechos humanos. Este mecanismo debe complementar las leyes internas y no reducir la importancia del derecho interno. Por tanto, el mecanismo debe permitir a los Estados y las personas hacer rendir cuentas a las sociedades transnacionales por sus violaciones de los derechos humanos.

39. Los esfuerzos realizados anteriormente en foros internacionales para imponer obligaciones a las empresas transnacionales solo han dado lugar a directrices voluntarias³⁵. En 2003, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó normas sobre las responsabilidades de las empresas

²⁷ Véase Corinna Hawkes, “Uneven dietary development: linking the policies and processes of globalization with the nutrition transition, obesity and diet-related chronic diseases”, *Globalization and Health*, vol. 2, núm. 4 (2006).

²⁸ Véase M. Otañez, H. Mamudu y S. Glantz, “Tobacco companies’ use of developing countries’ economic reliance on tobacco to lobby against global tobacco control: the case of Malawi”, *American Journal of Public Health*, vol. 99, núm. 10 (octubre de 2009).

²⁹ Véase Human Rights Watch, “*How Can We Survive Here?: The Impact of Mining on Human Rights in Karamoja, Uganda*” (2014).

³⁰ Véase N. Cingotti y otros, “No fracking way: how the EU-US trade agreement risks expanding fracking”, Issue Brief (Transnational Institute, marzo de 2014).

³¹ ACNUDH, India: “India: urgent call to halt Odisha mega-steel project amid serious human rights concerns”. Disponible en inglés en: www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13805&LangID=E.

³² Olivier De Schutter, “The accountability of multinationals for human rights violations in European law”, New York University School of Law, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper No. 1, 2004.

³³ Amnistía Internacional, “India: court decision requires Dow Chemical to respond to Bhopal gas tragedy”, 3 de julio de 2013.

³⁴ Reuters, “Ecuador plaintiffs file lawsuit in Canada against Chevron”, 30 de mayo de 2012.

³⁵ Directrices para las empresas transnacionales aprobadas por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos en 1976; la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social aprobada por la Organización Internacional del Trabajo en 1977; y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas iniciado por el Secretario General en 1999.

transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos (E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2) (Normas), cuyo objetivo era imponer obligaciones directas no voluntarias a las empresas transnacionales y las empresas comerciales. La Comisión de Derechos Humanos no adoptó las normas, en parte debido a la fuerte oposición de los Estados y las entidades comerciales. En 2005, la Comisión, en su resolución 2005/69, solicitó al Secretario general que designara a un representante especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

40. El Representante Especial presentó, en su informe final de 2011, los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos para la aplicación del marco de las Naciones Unidas “Proteger, respetar y remediar” (A/HRC/17/31, anexo). El primer pilar, “proteger”, refleja la existencia en las normas internacionales de derechos humanos de una obligación vinculante para los Estados de proteger a las personas de las acciones de terceros. Este pilar obliga a los Estados a adoptar medidas como por ejemplo instituir leyes para hacer rendir cuentas a las empresas transnacionales por sus transgresiones (principio 1). Sin embargo, podría decirse que esta obligación de los Estados de proteger, que ya es una obligación importante de los Estados de acuerdo con la normativa internacional de derechos humanos, no ha sido eficaz contra las empresas transnacionales.

41. El segundo pilar refleja la obligación de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos (principio 11). En virtud de la responsabilidad de respetar, las empresas transnacionales tienen la responsabilidad de aplicar la diligencia debida para identificar y abordar las repercusiones negativas para los derechos humanos causadas por sus actividades; esta diligencia debida debe incluir la participación de las comunidades afectadas (principio 18, comentario). Sin embargo, debido a que el marco y los Principios Rectores reflejan las normas vigentes del derecho internacional y reflejan la responsabilidad de respetar solamente sobre la base de “una norma mundial de conducta esperada” para las empresas en lugar de obligaciones específicas consagradas en disposiciones de tratados vinculantes (principio 11, comentario), se ha afirmado que no hay ninguna obligación jurídicamente vinculante que exija a las empresas transnacionales aplicar esta diligencia debida³⁶. El motivo de ello parece ser que las responsabilidades no vinculantes son razonables desde el punto de vista del mercado, que por sí mismo debería incentivar a las empresas transnacionales a cumplir sus compromisos. Por ejemplo, en los Principios Rectores se señala que el cumplimiento de las responsabilidades puede garantizarse cuando una empresa transnacional instituye políticas y procedimientos que establecen incentivos financieros y de otro tipo para mejorar el desempeño del personal³⁷. Sin embargo, ofrecer incentivos para el cumplimiento de las responsabilidades hace que el respeto de los derechos sea un medio para lograr un fin (el incentivo prometido) pero no fomenta el respeto de los derechos en sí mismos.

42. El tercer pilar del marco requiere que los Estados garanticen a los particulares el acceso a un recurso eficaz por medios judiciales, administrativos, legislativos o de otro tipo cuando se producen abusos dentro de su territorio y/o jurisdicción (principio 25). Un aspecto del acceso a la reparación es que las sociedades deben

³⁶ Véase Olga Martín-Ortega, “Human rights due diligence for corporations: from voluntary standards to hard law at last?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32, núm. 1 (marzo de 2014), págs. 55 a 57.

³⁷ *Ibid.*, pág. 16.

establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces y de nivel operacional (principio 29). Sin embargo, dado que el acceso a la reparación es un aspecto de la obligación de los Estados de proteger, la incapacidad o la falta de voluntad de los Estados para hacer rendir cuentas a las empresas transnacionales puede conllevar una falta de recursos disponibles y eficaces contra las empresas³⁸.

43. En los Principios Rectores tampoco se tiene en consideración el contexto político existente, en el que es posible que los países en desarrollo sean vulnerables a una influencia indebida de las empresas transnacionales. Es posible que se protejan los intereses comerciales a expensas de los derechos humanos de las comunidades afectadas que siguen dependiendo de los Estados para hacer rendir cuentas a las empresas por sus infracciones. Las responsabilidades no vinculantes no han impedido, por tanto, que las empresas transnacionales violen los derechos humanos³⁹.

44. A este respecto, el Relator Especial observa con satisfacción la aprobación por el Consejo de Derechos Humanos de la resolución 26/9, en la que este decidió establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre un instrumento jurídicamente vinculante relativo a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos con el mandato de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante a nivel internacional para regular, en el derecho internacional de derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. El Relator Especial acoge con agrado esta oportunidad de elaborar un instrumento que remedie el desequilibrio actual entre las empresas, los Estados y las personas.

45. Es urgente contar con un instrumento internacional que pueda abordar las complejidades cada vez mayores que presentan la organización de las empresas transnacionales, formada por múltiples jurisdicciones, y su influencia mundial. Además, dado que no todos los Estados tienen un mecanismo normativo sólido, ya sea por su escaso poder de negociación o por no estar dispuestos a hacer rendir cuentas a las empresas nacionales por los daños causados, también deben imponerse obligaciones a las empresas nacionales.

46. Junto con los mecanismos obligatorios de rendición de cuentas y de vigilancia, se necesita un mecanismo fuerte y eficaz de cumplimiento para reparar y desalentar las violaciones. Debe establecerse un mecanismo judicial para examinar las reclamaciones individuales o de los Estados contra empresas transnacionales y empresas nacionales. Los particulares deben tener derecho a la interposición de recursos en su Estado de origen y en el Estado donde esté establecida la empresa transnacional, cuando el Estado de establecimiento de la empresa transnacional no regule las actividades de la empresa que violan el derecho a la salud de la persona.

47. Mientras tanto, podría aprobarse una declaración acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos que imponga obligaciones específicas en materia de derechos humanos a las empresas privadas, en particular las empresas transnacionales.

³⁸ Véase Iman Prinhandono, “Transnational corporations and human rights violations in Indonesia”, *Australian Journal of Asian Law*, vol. 14, núm. 1 (2013), págs. 1 a 23; y G. Wass y C. Muslime, *Business, Human Rights, and Uganda’s Oil. Part II: Protect and Remedy: Implementing State Duties under the UN Framework on Business and Human Rights* (ActionAid International Uganda y International Peace Information Service, 2013).

³⁹ Véase Chris Albin-Lackey, “Without rules: a failed approach to corporate accountability”, en Human Rights Watch, *World Report 2013*.

Imponer obligaciones específicas en materia de derechos humanos proporcionaría una estructura a los derechos y obligaciones que forman parte de este paradigma.

A. Acuerdos internacionales de inversión

48. Para fomentar la actividad económica y atraer las inversiones, los Estados, en particular los Estados en desarrollo y menos adelantados, pueden establecer acuerdos internacionales de inversión. Estos acuerdos permiten a las empresas transnacionales reducir el espacio de políticas de los Estados y han sido claves para aumentar la influencia de las empresas transnacionales en la capacidad de los Estados para instituir políticas de salud pública⁴⁰.

49. Los acuerdos de inversión internacionales son tratados concertados entre dos o más Estados que facilitan un entorno económico propicio para que las empresas transnacionales inviertan en los Estados donde están establecidas. Estos tratados se promueven como mecanismos para impulsar las economías nacionales, pero pueden impedir que los Estados ejerzan su soberanía. En algunos Estados, es posible que los ejecutivos de las empresas concierten estos acuerdos y obliguen a los Estados sin que medie ningún debate entre los representantes electos o sin la autorización de estos últimos. Además, es posible que los Estados no puedan rescindir estos acuerdos sin sufrir consecuencias económicas y financieras. Dado que los acuerdos se concluyen entre Estados, no imponen a las empresas transnacionales ninguna obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud, lo que permite a las empresas transnacionales continuar realizando actividades lucrativas incluso cuando están vulnerando el derecho a la salud de las personas.

50. El derecho a la información y a participar en el proceso de adopción de decisiones son fundamentales para el disfrute del derecho a la salud. Estos elementos del marco del derecho a la salud se ven menoscabados cuando los acuerdos internacionales de inversión se negocian y concluyen en secreto. Las comunidades afectadas deben tener la posibilidad de participar en negociaciones. Hacer pública la información sobre las negociaciones puede permitir a las comunidades y a las organizaciones de la sociedad civil presionar a los Estados para que se abstengan de firmar estos acuerdos o ayudar a los Estados a hacer valer sus derechos durante las negociaciones, lo que puede facilitar la exclusión de disposiciones que puedan resultar en una violación de los derechos humanos.

51. El derecho a acceder a la información ha sido denegado a las comunidades afectadas debido a que la divulgación de esta información puede ir en contra de los intereses económicos del Estado y por tanto debe mantenerse confidencial⁴¹. Es inquietante que la práctica de ocultar información a partes interesadas como los grupos de la sociedad civil se haya considerado no discriminatoria, incluso cuando se proporcionó esa misma información a las empresas con la justificación de que estas tienen conocimientos especializados sobre asuntos relacionados con los acuerdos de libre comercio⁴². Esta desigualdad en el acceso a la información puede

⁴⁰ Véase Eric Peterson y Kevin Gray, "International human rights in bilateral investment treaties and in investment treaty arbitration", Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible, 2003.

⁴¹ Véase Central Information Commission (India), *D. G. Shah v. Ministry of Commerce and Industry, Department of Industrial Policy and Promotion*, 2011.

⁴² Véase Tribunal de Justicia Europeo, *Stichting Corporate Europe Observatory v. European Commission*, caso T 93/11, fallo de 7 de junio de 2013.

ayudar a las empresas a influir en el contenido de un acuerdo internacional de inversión en su favor.

52. Los acuerdos de inversión internacionales benefician a las empresas transnacionales como inversoras, ya que se conceden a estas empresas derechos que protegen sus inversiones en el Estado donde están establecidas, como el derecho a un trato justo y equitativo. Las empresas transnacionales también tienen derecho a entablar demandas ante los tribunales internacionales de arbitraje comercial por presuntas violaciones por parte del Estado de acogida y por la injerencia del Estado en las actividades lucrativas o los posibles beneficios de la empresa transnacional. Por otra parte, los Estados quizás no puedan entablar demandas contra los inversores ya que las empresas transnacionales, como no signatarias, no tienen ninguna obligación en virtud de los acuerdos internacionales de inversión⁴³. Estos acuerdos perpetúan y agravan las relaciones asimétricas entre inversores y Estados.

53. Los acuerdos de inversión internacionales imponen a los Estados obligaciones con respecto a los inversores que pueden afectar al poder de los Estados para promulgar leyes de salud de interés público. Es posible que los Estados tengan que modificar sus leyes para adaptarse a los derechos de los inversores, aunque estas modificaciones puedan aumentar el riesgo de vulnerar el derecho a la salud de las personas. Los acuerdos de libre comercio, por ejemplo, pueden limitar el disfrute del derecho a la salud de las personas al impedir a los Estados utilizar la flexibilidad de la salud pública en virtud del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Las empresas farmacéuticas tal vez puedan impugnar las leyes de patentes de los Estados de acogida si estas leyes no son acordes con los derechos de los inversores en virtud del acuerdo de libre comercio, aunque estas leyes de patentes cumplan con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio⁴⁴. En consecuencia, los Estados tal vez no puedan controlar el costo cada vez mayor de los medicamentos, lo que menoscaba su obligación básica de garantizar el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud, incluidos los medicamentos esenciales, en particular para los grupos vulnerables.

54. Los acuerdos internacionales de inversión pueden prever excepciones que pueden ser utilizadas por los Estados para defender leyes en interés del público, como las leyes de salud pública. Sin embargo, incluso cuando los acuerdos de inversión internacionales contienen estas excepciones, los derechos del inversor pueden estar por encima de ellas. Después de concertar un tratado de inversión bilateral con Suiza, el Uruguay aprobó medidas de salud pública sobre el empaquetado y la publicidad de los cigarrillos, de conformidad con las leyes locales, que se promulgaron de acuerdo con el Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud. Pese a que esas medidas eran acordes con la excepción de salud pública incluida en el acuerdo de inversión bilateral, Phillip

⁴³ M. Toral y T. Schultz, “The State, a perpetual respondent in investment arbitration? Some unorthodox considerations”, en Michael Waibel y otros, eds., *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer Law International, 2010), pág. 578.

⁴⁴ Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, *The Potential Impact of Free Trade Agreements on Public Health* (Ginebra, 2012).

Morris International entabló una demanda contra el Uruguay, alegando que su ley no era razonable e infringía la garantía del trato justo y equitativo⁴⁵.

55. Los acuerdos de inversión internacionales se tratan como un código jurídico independiente y a menudo no contienen referencias al derecho a la salud. Sin embargo, deben interpretarse de un modo que no entre en conflicto con la normativa de derechos humanos porque el objetivo de los tratados de inversión destinados a estimular el desarrollo y las normas de derechos humanos es beneficiar a las personas. De acuerdo con el régimen actual, los Estados pueden ser vulnerables ante los procedimientos de solución de controversias cuando un Estado incumple una obligación en virtud del acuerdo a fin de cumplir con sus obligaciones de derechos humanos. Esto es lo que ocurrió cuando la empresa Ethyl Corporation presentó una reclamación contra la decisión de salud pública del Gobierno del Canadá de imponer una prohibición al comercio de un aditivo controvertido de la gasolina producido por Ethyl Corporation⁴⁶. En otro caso, el tribunal señaló que, pese a que la propiedad del reclamante fue expropiada en beneficio del interés ambiental del público y era legítima, la expropiación por el Estado no alteraba el carácter jurídico de la expropiación, por la que debe pagarse una indemnización adecuada⁴⁷.

56. El alto costo del arbitraje y la amenaza de un fallo en contra pueden tener un efecto desalentador para los Estados, disuadiéndolos de hacer realidad su derecho a las obligaciones en materia de salud⁴⁸. Estas controversias también pueden agotar los recursos de los Estados, lo que puede afectar a su capacidad para hacer realidad progresivamente los aspectos del derecho a la salud que dependen de los recursos.

57. Si bien los acuerdos de inversión internacionales pueden contribuir al desarrollo económico de un país, los Estados deben velar por que la protección de los derechos humanos, incluido el derecho a la salud, se incorpore en esos acuerdos. Los derechos humanos deben respetarse, protegerse y hacerse efectivos en todo momento, y deben ser la principal preocupación en todas las actividades de los Estados. Por lo tanto, los acuerdos de inversión internacionales deben prever de manera expresa, las obligaciones de derechos humanos de los Estados, que deben poder derogar los derechos de los inversores en casos concretos.

58. La capacidad de las personas para disfrutar su derecho a la salud no puede estar sujeta a los derechos contractuales de los inversores, ya que el derecho a la salud es fundamental para la dignidad de las personas.

59. Los Estados deben revisar el sistema actual de tratados de inversión para crear condiciones equitativas. Durante la negociación, la revisión o la renegociación, los acuerdos de inversión internacionales deben velar por que los Estados tengan el derecho a cambiar las leyes y las políticas en beneficio de los derechos humanos, independientemente del efecto de este cambio en los derechos de los inversores.

⁴⁵ Véase Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Phillip Morris Brands Sàrl, Phillip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, caso núm. ARB/10/7, decisión sobre jurisdicción de 2 de julio de 2013.

⁴⁶ *Ethyl Corporation v. Canada*, laudo arbitral sobre jurisdicción de 24 de junio de 1998.

⁴⁷ Véase Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. The Republic of Costa Rica*, caso núm. ARB/96/1, 17 de febrero de 2000, párr. 71.

⁴⁸ D. Gantz, "The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 4 (2003), pág. 684 D.

Unos 40 Estados ya han comenzado a renegociar tratados bilaterales de inversión para reducir al mínimo su vulnerabilidad ante las controversias y limitar los derechos de los inversores⁴⁹. En 2011, Australia modificó su política comercial para excluir las disposiciones de los acuerdos comerciales que pudieran “limitar su capacidad para disponer advertencias de salud o simples requisitos de empaquetado para los productos del tabaco o su capacidad para continuar con el plan de prestaciones farmacéuticas”⁵⁰. Hasta que se pueda hacer rendir cuentas directamente a las empresas transnacionales por sus violaciones de los derechos humanos, con arreglo al derecho internacional, los Estados deben incluir disposiciones en los acuerdos de inversión internacionales que permitan a los Estados hacer rendir cuentas a las empresas transnacionales por esas violaciones en virtud del derecho interno del Estado de acogida o de origen. Los Estados también deben garantizar que su capacidad para aplicar leyes favorables a los derechos humanos no se vea menoscabada en modo alguno por los acuerdos de inversión internacionales.

B. Solución de controversias entre inversores y Estados

60. Los acuerdos de inversión internacionales incluyen una cláusula compromisoria para las soluciones de controversias entre inversores y Estados, que solo puede ser invocada por las empresas transnacionales contra los Estados anfitriones por supuestas violaciones de los derechos de la empresa. La cláusula compromisoria determina el lugar del arbitraje, la ley aplicable y el procedimiento para designar a los árbitros. En 2013 había 568 casos conocidos de arbitraje en virtud de acuerdos de inversión internacionales, la mayoría de los cuales se iniciaron contra Estados en desarrollo. En total, el 85% de los casos fueron iniciados por inversores de países desarrollados⁵¹. El sistema está plagado de problemas.

61. Es probable que aumente el número de casos de arbitraje presentados contra Estados en épocas de crisis financiera. Por ejemplo, desde la crisis financiera de 2001 y la introducción de sus reformas económicas, la Argentina se ha enfrentado a más de 50 casos de arbitraje. De modo similar, España y Grecia experimentaron un pronunciado aumento de los casos de arbitraje contra ellos después de sus crisis financieras⁵² y se registraron más de 10 casos de arbitraje contra Egipto después de la Primavera Árabe⁵³. En estas crisis, los Estados tal vez deban reajustar sus políticas económicas y sociales en el marco de los cambios. Pese a que estos cambios en las políticas pueden ser en interés del público, esos cambios pueden amenazar las inversiones e impedir que los Estados cumplan sus obligaciones en virtud de los acuerdos de inversión internacionales.

⁴⁹ Véase Mahnaz Malick, “Recent developments in international investment agreements: negotiations and disputes”, International Institute of Sustainable Development, 2011; Y. Haftel y A. Thompson, “When do States renegotiate international agreements? The case of bilateral investment treaties”, 2013; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d6_en.pdf.

⁵⁰ Véase D. Gleeson, K. Tienhaara y T. Faunce, “Challenges to Australia’s national health policy from trade and investment agreements”, *Medical Journal of Australia*, vol. 196, núm. 5 (2012), donde se cita al Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio del Gobierno de Australia.

⁵¹ Véase http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia201113_en.pdf.

⁵² Véase Cecilia Olivet y Pia Eberhardt, *Profiting from Crisis* (Amsterdam/Brussels, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, marzo de 2014).

⁵³ Véase www.brownrudnick.com/news-resources-detail/2013-10-beyond-the-realm-of-icsid-al-kharafi-sons-co-vs-libya.

62. El sistema actual de solución de controversias entre inversores y Estados también adolece de parcialidad y de conflictos de intereses. La solución de controversias está controlada por un pequeño grupo de árbitros y abogados, y la misma persona puede ser letrado, árbitro y asesor de un inversor o un Estado en diferentes momentos⁵⁴. Muchos árbitros comparten estrechos vínculos con comunidades comerciales y puede tender a proteger los beneficios de los inversores⁵⁵. Esto puede afectar a la independencia y la neutralidad de los árbitros, va en contra del principio de imparcialidad y pone en peligro, además, la integridad del arbitraje en el marco de los acuerdos de inversión internacionales.

63. Las solicitudes de anulación presentadas por Estados por motivos de parcialidad en muchos casos han sido rechazadas. En un caso, el Estado argumentó en favor de la recusación de un árbitro debido a que el laudo arbitral se utilizaría en favor del argumento de ese árbitro como asesor en otro caso⁵⁶. El Estado perdió. También surge un problema de parcialidad cuando un árbitro tiene un interés en el negocio del inversor. En un caso de este tipo, la solicitud del Estado de anular el laudo arbitral fue rechazada porque no había “ningún efecto material en la decisión final del Tribunal, que en cualquier caso era unánime”⁵⁷.

64. El importe de la indemnización concedida es de millones de dólares de los Estados Unidos y constituye un nuevo golpe para los Estados en desarrollo, en particular los que están sufriendo o recuperándose de una crisis. Por ejemplo, en el caso *Al Kharafi v. Libya*, se concedieron al reclamante 935 millones de dólares⁵⁸. La magnitud de estos laudos arbitrales puede repercutir negativamente en la capacidad del Estado para aplicar políticas sanitarias. Por ejemplo, en el caso *CME v. Czech Republic*⁵⁹, la indemnización concedida al inversor equivalía a todo el presupuesto de salud del Estado⁶⁰. También es posible que los Estados tengan que correr no solo con los gastos jurídicos que han tenido durante el arbitraje, sino también con los del reclamante cuya reclamación se ha concedido⁶¹. Incluso cuando se falla a favor de los Estados, estos tal vez deban pagar unos honorarios elevados a los árbitros⁶².

65. Además, los procedimientos de arbitraje no son transparentes. Salvo en algunos casos, es posible que no se emita ningún aviso público del arbitraje⁶³. Las personas

⁵⁴ Véase Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Azurix Corporation v. The Argentine Republic*, caso núm. ARB/01/12, 14 de julio de 2006.

⁵⁵ Véase Cecilia Olivet y Pia Eberhardt, *Profiting from injustice*, (Amsterdam/Brussels, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, noviembre de 2012).

⁵⁶ Véase *Eureko v. Poland*, fallo de 22 de diciembre de 2006 del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas.

⁵⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, caso núm. ARB/97/3, procedimiento de anulación, párrs. 234 y 235.

⁵⁸ Véase www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1554.pdf.

⁵⁹ Véase http://italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf.

⁶⁰ M. Desai y A. Moel, “Czech mate: expropriation and investor protection in a converging world”, Documento de trabajo del European Corporate Governance Institute, núm. 62/2004, abril de 2006.

⁶¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Normas de arbitraje, art. 42.

⁶² Mahnaz Malik, “The stakes of States in defending investment treaty arbitrations: a game of luck and chance?”, Instituto Internacional de Desarrollo Sostenible, 2011, pág. 3.

⁶³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Reglamento administrativo y financiero, regla 22, Publicación.

que no son partes en el arbitraje a menudo no pueden participar en el proceso en calidad de *amicus curiae* o como público de los procedimientos. Sin embargo, de acuerdo con algunas normas, es posible que las partes no implicadas en el conflicto puedan presentar reclamaciones en circunstancias muy limitadas y a discreción del tribunal⁶⁴. Además, los procedimientos de arbitraje se realizan en sala, lo que impide a las personas seguir el arbitraje a menos que, según permitan determinadas normas, ambas partes acepten celebrar una audiencia pública⁶⁵. Además, el laudo del tribunal a menudo es vinculante para las partes y no se permite recurrirlo⁶⁶.

66. Se ha sustituido un sistema de tribunales internos público, democrático, abierto y responsable por arbitrajes privados, cerrados y sin rendición de cuentas. El arbitraje carece de un sistema de revisión con el que se pueda comprobar si hay arbitrariedad. El carácter opaco de los arbitrajes, debido al cual algunos fallos ni siquiera se hacen públicos, protege a las partes de la rendición de cuentas que deriva de un sistema abierto y transparente.

67. Debe establecerse urgentemente un sistema de arbitraje abierto y transparente que rinda cuentas ante las comunidades de los Estados de acogida para remediar los problemas del sistema actual. El arbitraje debe celebrarse en los Estados de acogida, para facilitar el acceso de las comunidades afectadas. Las controversias podrían ser resueltas por un grupo de árbitros, seleccionado de entre un grupo internacional, permanente y regionalmente representativo. No debe permitirse a los árbitros ejercer como asesores o consejeros de los inversores o los Estados en los casos de arbitraje.

68. Un sistema de arbitraje abierto dirigido por árbitros imparciales, junto con una revisión limitada, reducirá la arbitrariedad que ha hecho que los procedimientos sean ilegítimos y los fallos sean sospechosos. Los Estados también deben tener derecho a entablar demandas contra los inversores que violan el derecho a la salud de las personas.

69. La discreción de los árbitros para permitir a las partes no implicadas en una controversia presentar reclamaciones debe sustituirse por el derecho de las comunidades afectadas a presentar reclamaciones escritas y orales.

70. El Relator Especial se complace observar que algunos Estados ya están cuestionando las desigualdades del régimen actual de solución de controversias entre los inversores y los Estados. Por ejemplo, el Ecuador modificó su constitución para prohibir la concertación de instrumentos que deroguen su jurisdicción soberana en el arbitraje de controversias con particulares o empresas. En consecuencia, el país se retiró del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, y le siguieron el Estado Plurinacional de Bolivia y la República Bolivariana de Venezuela⁶⁷.

⁶⁴ *Ibid.*, “Rules of procedure for arbitration proceedings”, regla 37, “Visits and inquiries; submissions of non-disputing parties”; *Methanex Corporation v. United States of America*, 15 de diciembre de 2001, párr. 52; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, caso núm. ARB/05/22, orden de procedimiento núm. 5.

⁶⁵ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, art. 28 (3).

⁶⁶ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, art. 53 (1).

⁶⁷ http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf.

VI. Conclusiones y recomendaciones

71. Es necesario aclarar mejor las cuestiones de la justiciabilidad, la realización progresiva y el cumplimiento del derecho a la salud. Esto ayudará a recalcar la importante función del derecho a la salud en la capacidad de las personas para vivir con dignidad, y también facilitará una mejor planificación y aplicación de políticas relacionadas con la salud. En el contexto del clima político y económico actual dominado por las empresas transnacionales, deben adoptarse medidas para garantizar que se impongan a las empresas transnacionales obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos con respecto a las personas.

72. El Relator Especial recomienda que los Estados garanticen el carácter justiciable a nivel interno del derecho a la salud, incluidas las obligaciones de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud de las personas.

73. A fin de garantizar el cumplimiento eficaz del derecho a la salud en las jurisdicciones internas, el Relator Especial formula las siguientes recomendaciones:

a) Las autoridades pertinentes deben emitir orientaciones específicas para aplicar fallos y órdenes judiciales que respeten, protejan y hagan efectivo el derecho a la salud;

b) Los Estados deben garantizar que los fallos judiciales sobre el derecho a la salud se apliquen plenamente del mismo modo que cualquier otra orden judicial que promueva los derechos;

c) Los fallos y las órdenes deben aplicarse con la participación de las comunidades afectadas y otras partes interesadas;

d) Deben crearse sistemas de supervisión de la aplicación de las órdenes relacionadas con la salud, que permitan una supervisión continua por parte de los órganos de arbitraje, las organizaciones comunitarias y de la sociedad civil y otras partes interesadas; y

e) Los recursos administrativos deben permitir que un juez revise las presuntas violaciones del derecho a la salud.

74. El Relator Especial recomienda que los Estados ratifiquen los protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a un procedimiento de comunicaciones, reconociendo así la competencia de los comités respectivos para examinar comunicaciones individuales a fin de garantizar la disponibilidad de un instrumento de arbitraje internacional para las personas cuyo derecho a la salud ha sido violado. El Relator Especial recomienda además que los Estados reconozcan la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para recibir y examinar comunicaciones entre Estados.

75. En lo que respecta a las obligaciones progresivamente realizables del Estado en virtud del derecho a la salud, el Relator Especial recomienda que:

a) Se aclare el término “recursos disponibles” para guiar a los Estados y ayudar a los jueces a determinar si la cantidad de recursos disponibles declarada por el Estado es exacta;

b) En los recursos disponibles se incluya el importe máximo de los recursos que pueden asignarse a un objetivo de salud específico sin poner en peligro otros servicios esenciales;

c) El importe de los recursos disponibles de los Estados esté sujeto a un escrutinio mediante un examen de los presupuestos y los esfuerzos de los Estados para movilizar recursos adicionales;

d) A fin de facilitar un examen completo y equitativo, los Estados den a conocer, incluso a los jueces, la información sobre el cálculo de sus recursos disponibles, sus asignaciones presupuestarias y sus esfuerzos para aumentar los recursos disponibles de una manera abierta y transparente;

e) Se determinen los recursos disponibles de los Estados a fin de asignarlos de manera eficiente, centrándose en la razonabilidad de la formulación de políticas, prestando especial atención a las repercusiones para los grupos vulnerables, y la transparencia y el carácter participativo de este proceso;

f) Los Estados proporcionen las prestaciones prometidas en virtud de los programas de atención sanitaria con respecto a los servicios, bienes y servicios de salud. El incumplimiento o el desvío de fondos puede considerarse una violación de las obligaciones de los Estados vinculadas al derecho a la salud.

76. El Relator Especial recomienda la adopción de un tratado internacional que:

a) Imponga obligaciones vinculantes y específicas de derechos humanos, incluido el derecho a la salud, a las empresas transnacionales;

b) Impida a los inversores injerir en el espacio de formulación de políticas de los Estados;

c) Establezca un foro judicial accesible y eficaz en que los Estados y las personas puedan hacer rendir cuentas a las empresas transnacionales por las violaciones del derecho a la salud.

77. El Relator Especial recomienda también que, hasta que se formule un tratado internacional, los Estados adopten una declaración sobre las obligaciones de derechos humanos de las empresas transnacionales.

78. El Relator Especial recomienda que los Estados revisen, renegocien o concierten acuerdos de inversión internacionales de una manera abierta y transparente con la participación de las comunidades afectadas y otras partes interesadas. Los acuerdos de inversión internacionales deben incluir disposiciones que:

a) Impongan obligaciones de derechos humanos a los Estados donde están establecidas las empresas y los Estados de origen de las mismas y a los inversores;

b) Permitan a los Estados donde están establecidas las empresas modificar las leyes en vigor o aprobar nuevas leyes para cumplir sus obligaciones en virtud del derecho a la salud o en momentos de crisis que afecten a todo el Estado; y

c) Permitan a los Estados entablar demandas contra los inversores cuando éstos incumplan el derecho a la salud.

79. El Relator Especial recomienda que los sistemas de solución de controversias entre inversores y Estados se hagan transparentes y se modifiquen con el fin de:

- a) Garantizar que los árbitros sean imparciales;
 - b) Establecer un grupo permanente de árbitros regionalmente representativo;
 - c) Exigir que se publiquen y se actualicen continuamente los detalles de una controversia en cuanto un inversor emita una declaración de intenciones;
 - d) Garantizar que las personas que no son partes en la controversia tengan derecho a asistir al juicio arbitral;
 - e) Garantizar que quienes no son partes en una controversia, en particular las comunidades afectadas, tengan derecho a formular declaraciones por escrito y orales;
 - f) Permitir que el arbitraje se realice en los Estados de acogida para facilitar a las partes interesadas acceder al arbitraje; y
 - g) Establecer un sistema de revisión de los fallos del arbitraje para reducir la arbitrariedad.
-