



**BARRERAS COMUNICATIVAS Y ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD:
REFLEXIONES A PARTIR DEL TRABAJO DE ASBJØRN EIDE Y EL CASO
ELDRIDGE C. BRITISH COLUMBIA ¹**

COMMUNICATION BARRIERS AND ACCESS TO HEALTH SERVICES:
REFLECTIONS FROM THE WORK OF ASBJØRN EIDE AND FROM THE CASE OF
ELDRIDGE V. BRITISH COLUMBIA.

Enlil Iván Herrera Pérez (*)

Resumen: En el presente artículo el autor busca abordar la problemática del acceso a la salud en un contexto de discapacidad y barreras comunicativas. Para tal propósito se define el derecho a la salud como un derecho subjetivo, identificándose las obligaciones del Estado respecto de este derecho desde la propuesta de Asbjørn Eide, y se evalúa el caso Eldridge contra British Columbia como modelo de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Palabras Clave: derecho a la salud; discapacidad; igualdad; barreras comunicativas; justiciabilidad. tratados internacionales

Summary: In this article the author aims to address the problem of access to health in a context of disability and communication barriers. For this purpose, the right to health is defined as a subjective right, identifying the obligations of the State based on the Asbjørn Eide's proposal, and evaluating the Eldridge v. British Columbia case as a model of justiciability of the economic, social and cultural rights.

Key words: right to health; disability; equality; communication barriers; justiciability. international treaties

¹ Artículo recibido el 25 de febrero de 2021 y aprobado para su publicación el 11 de marzo de 2021.

(*) Abogado. Maestro en Derecho por la Escuela de PostGrado de la Universidad Privada de Tacna. Miembro del Grupo de Investigación en Justicia Constitucional de la Escuela de PostGrado de la Universidad Privada de Tacna, Perú. ORCID ID: 0000-0002-0050-2882

I. Dignidad: meta y punto de partida

El artículo 1º de nuestra Constitución Política indica que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y ciertamente, tal como lo dirían Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio, es toda una “tendencia” que sitúa a la dignidad como:

“punto de partida, fundamento y horizonte de nuestro sistema jurídico, pues se considera que constituye a la vez un umbral mínimo sobre lo que debe contener un ordenamiento justo y que su realización es la aspiración máxima para los Estados constitucionales”²

Toda una “piedra angular” que no sólo se encuentra consagrada como “fin supremo” en la Constitución, sino en distintos instrumentos de Derecho Internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos ((DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), entre otros.

Entonces realmente estamos hablando no sólo de algo que es “importante”, sino indispensable, como ya se ha hecho notar, la dignidad implica tanto un “punto de partida” como una “meta” a la vez ¿cómo conciliar ambos aspectos?

1.1. Una construcción conceptual “complicada”

Primero debemos saber de qué se trata tal “fin”, qué es la “dignidad”, y adelantamos que este concepto es algo “complicado”, ¿complicado? Si, recordando que nuestro idioma es particularmente “polisémico”, por lo que vale hacer la aclaración de que no nos referimos a que sea complicado en un sentido de “difícil de comprender” –*aunque en cierta manera lo sea*³-, sino en el sentido de ser “compuesto de gran número de piezas”⁴.

“Piezas” que, por cierto, no son “características del ser humano” en un sentido material. Muchas veces se identifica a la dignidad bajo la siguiente premisa: “el ser humano tiene dignidad, y tiene dignidad por el sólo hecho ser humano”, sin embargo, como cualquiera puede advertir, esta premisa es tautológica. ¿Con ello negamos que el ser humano tiene dignidad? Absolutamente que no, la dignidad no es una “condición autónoma”, sino una cualidad –*citando a Peter Häberle*- en el sentido de que “el cómo es que el ser humano llega a ser persona nos ofrece indicios de lo que sea la ‘dignidad humana’”⁵.

Entonces, la dignidad hace referencia a la “humanidad” del ser humano, más que a su real (o actual) condición, la cual fuera bien ilustrada por Plauto en su obra *Asinaria* al

² GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter; SOSA SACIO, Juan Manuel (2013). “Dignidad de la persona”. *La Constitución Comentada*, 2ª Ed., Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, p. 25

³ ATIENZA, Manuel (2009). “Sobre el Concepto de Dignidad Humana”. *Sobre la dignidad y los principios: Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, 1ª Ed., Coord. Casado María, Navarra: Editorial Civitas, pp. 73, 74

⁴ Segunda acepción del término, vid. Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª Ed., Barcelona: S. L. U. Espasa Libros.

⁵ HÄBERLE, Peter (2003). *El Estado Constitucional*, Trad. Fix-Fierro, Serie Doctrina Jurídica N° 47, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 170.

decir que: “Lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro”.

Una corrupta naturaleza que “estallaría” en las Guerras Mundiales, producto de las cuales se iría formando este concepto de dignidad como “cualidad necesaria” más que como “cualidad inmediata” y así, los derechos humanos se consolidarían⁶ normativamente en lo que conocemos como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y propiamente sobre dos pilares⁷ –*hablamos del PIDCP y del PIDESC*- en los que se sustenta, estos son el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) y el Pacto internacional de derechos sociales, económicos, y culturales (en adelante, PIDESC).

Entonces, a nivel normativo, las “piezas” de la dignidad se manifiestan en los derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales existentes. Ahora bien ¿cuál es el “por qué” de ello? El que el hombre no sea “lobo del hombre”, sino que recupere su “humanidad”, y ese es el sentido de los llamados *derechos fundamentales*: la satisfacción y logro del desarrollo de la persona⁸.

Entonces ¿qué es la dignidad? La dignidad es una cualidad que sustenta los derechos por los cuales la persona humana puede expresar su humanidad y propiciar su desarrollo, en armonía y respeto con todas las personas y el ambiente que la rodea.

1.2. Una efectividad “más complicada”

Por otro lado, hablar ahora de cómo “efectivizar” estos esfuerzos orientados por y hacia la dignidad resulta aún en algo más complicado. Y esta es la razón por la cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene una parte importante en el desarrollo de la comprensión para el logro o realización de los derechos sobre la base de la dignidad.

Históricamente, como ya hemos advertido anteriormente, el desarrollo de los Derechos Humanos, con un compromiso “global” desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) tuvo un “estallido” normativo con los que ahora son pilares del Derecho Internacional de los derechos humanos: el PIDCP y el PIDESC, cuyo contenido, en un inicio, se propuso establecerlo en un solo Pacto denominado “Pacto de Derechos del Hombre”⁹ el cual sería tomado como un desarrollo de la DUDH. Pero ¿por qué se dividieron? La razón se encontró en las dificultades comprender y visualizar la “efectividad” –y respectivo “control”- de ciertos derechos. Para poner un ejemplo, podría compararse la complejidad de estas dos preguntas: (i) ¿cómo compruebo que un Estado respeta la libertad de tránsito?; y (ii) ¿cómo compruebo que un país está garantizando el “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado”?

⁶ Vid. HAKANSSON, Carlos (2015). “Posición constitucional de los tratados de Derechos Humanos en la Carta de 1993”, *Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*, 1ª Ed., Lima: Palestra Editores.

⁷ Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 543 (VI) celebrada en la 375ª sesión plenaria, 5 de febrero de 1952

⁸ DONOSO CASTELLÓN, Arturo J. (2005). “Educación en Derechos Humanos y Personalización Humana”. *Derecho Constitucional y Derechos Humanos*, IV Convención Latinoamericana de Derecho, Trujillo: Ediciones BLG, Trujillo, pp. 325-335. Cfr. SEN, Amartya (2000). *Development as Freedom*, 1st ed., New York: Anchor Books.

⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 421 (V) celebrada en la 317ª sesión plenaria, 4 de diciembre de 1950.



Olivier De Schutter ilustra esta situación, refiriendo respecto a las obligaciones acerca de los derechos civiles y políticos, que:

“(…) fueron lo suficientemente determinadas y suficientemente económicas para justificar el monitoreo de expertos independientes, y la imposición como requerimiento de que cada Estado garantice el acceso a un recurso efectivo, preferentemente de naturaleza judicial, contra los casos de violación [a los derechos consagrados en el Pacto].”¹⁰

Sin embargo, no sucedió lo mismo en relación a la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales, respecto de los cuales no se tenía la misma comprensión acerca de cómo se podría dar cumplimiento a tales, y cómo se podría evaluar dicho cumplimiento. Es por ello que el PIDESC no concedía el acceso a un recurso efectivo. Sin embargo, fue a través del trabajo de Asbjørn Eide quien, a principios de los años 80, por solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, inicia una labor de estudiar y analizar cómo comprender y poder establecer las obligaciones del Estado frente a estos derechos de alguna manera “complejos”. El fruto de la investigación de Eide fue una triple tipología de obligaciones que De Schutter¹¹ resume en el siguiente cuadro:

Obligación de respetar	Obligación de proteger	Obligación de satisfacer
Obligación de no interferir con los actuales niveles de disfrute.	Obligación de intervenir para controlar la conducta de los actores no-estatales.	Obligación proactiva de tomar pasos para avanzar hacia la plena realización del derecho.
Principio de No-discriminación		

Sin embargo, esta tipología de obligaciones no sólo se restringió a la comprensión e implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que trascendió a la misma y se extendió también a los derechos civiles y políticos, abarcando ambas categorías y por ende siendo una técnica extendida en todos los niveles de protección.

Entonces, ambas categorías de derechos, partiendo del mismo fundamento de dignidad, con orientación a una misma finalidad, aunque englobando distintos derechos, son indesligables, como ya lo diría la Corte Constitucional Federal de Alemania en el caso *Numerus Clausus I*: “la libertad, sin el presupuesto efectivo de poder ejercerla, carecería de valor”¹². Así, podemos ver el caso *Yakye Axa c. Paraguay* llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual vinculó la garantía de del derecho a la vida a las obligaciones esbozadas a partir del trabajo de Eide:

¹⁰ DE SCHUTTER, Olivier (ed.) (2013). “*Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*”, Human Rights Law series, London: Edward Elgar Publ., Introduction.

¹¹ Ídem.

¹² SCHWABE, Jürgen (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México DF: Fundación Konrad Adenauer, p. 353

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”¹³

Es posible, por tanto, ver la trascendencia del trabajo de Eide tanto para la comprensión de los derechos (y sus respectivas obligaciones), como también para evaluar los avances en tal labor, la que puede y debe ser realizada en forma progresiva –lo que engloba progreso constante, así como gradualidad¹⁴.

II. Discapacidad y derechos humanos

En este apartado nos enfocaremos en el tema de la discapacidad, lo que nos exige comprender el concepto de “discapacidad” como tal, y como foco de atención de los derechos humanos.

Pero antes de ello, resulta peculiar que, tanto en la DUDH, como en el PIDCP, el PIDESC o la CADH no se mencione en ninguna parte a la “discapacidad”, ¿por qué? Porque no es un derecho, entonces ¿eso la excluirá de ser un foco de atención para el derecho? De ninguna manera, en relación a la “discapacidad” existe un derecho humano, y es el de la igualdad, la que sí se encuentra en todo –resáltese “todo”- instrumento de derechos humanos como característica *sine qua non* indesligable de la noción de dignidad, y entendida de manera necesariamente diferenciada, puesto que “no hay nada tan desigual como el tratamiento de igual a los desiguales”¹⁵.

La discapacidad puede entenderse, como resaltan Debora Diniz, Livia Barbosa y Wederson Rufino dos Santos¹⁶, de dos maneras: como una “manifestación de la diversidad humana” o como una “desventaja natural”.

En ambas concepciones, la discapacidad no es algo “ajeno” para el Derecho, pues como indican Diniz, Barbosa y dos Santos:

“Un cuerpo con deficiencias es el de alguien que vivencia deficiencias de orden física, mental o sensorial. Pero son las barreras sociales que, al ignorar los cuerpos con deficiencias, provocan la experiencia de la desigualdad. La opresión no es un atributo del cuerpo, sino resultado de sociedades no inclusivas.”¹⁷

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia, 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 162.

¹⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Editorial Trotta, p. 93-97

¹⁵ Esta frase se atribuye al Estagirita, aunque el concepto de igualdad/desigualdad, venía compuesto por una noción de “naturaleza” o “destino”. Cfr. ARISTÓTELES (2004). *Política*, Trad. García Valdés, Madrid: Ed. Gredos; ARISTÓTELES (2003). *Ética Nicomaquea, Ética Eudemia*, Trad. Pallí Bonet, Madrid: Ed. Gredos.

¹⁶ DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia y DOS SANTOS WEDERSON, Rufino (2009). “Discapacidad, Derechos Humanos y Justicia”. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, pp. 65-77.

¹⁷ *Ibidem*, p. 67.

Una cuestión que, implicando además cierta “desventaja” apremia “esfuerzos en reparar tales brechas de desigualdad”¹⁸ con el fin de garantizar la dignidad de todas las personas, i.e., de lograr en la medida de lo posible un estándar en que todas las personas puedan realizarse como tales.

Es por tales razones que la discapacidad, en términos de los derechos humanos, es una situación de especial consideración, tomando en cuenta que todos los derechos deben ser realizados sobre una base de igualdad o “no-discriminación” –*como indicaba Eide*. Un punto que torna a la discapacidad en un concepto que debe ser entendida “en términos políticos y ya no estrictamente biomédicos”¹⁹.

III. El derecho a la salud

Ahora bien, el derecho a la salud, como todo derecho humano tiene un carácter transversal y no excluyente en relación a otros derechos, es decir, se relaciona en forma hasta “indivisible” con otros derechos tales como la vida o la libertad, y es lógico pues ¿quién podría concebir “vida” o “libertad” sin “salud”?

El artículo 25.1 de la DUDH consagra este derecho señalando que:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”

Por su parte, el PIDESC, en su artículo 12.1 indica que los Estados Parte “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

Así también, el Protocolo de San Salvador de la CADH, en cuyo artículo 10.1 indica que toda persona tiene derecho a la salud “entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.”

¿Pero qué supone este derecho? ¿Qué todos estemos “saludables”? El derecho a la salud no puede garantizar ello, ni en la práctica ni en la teoría, pero sí que existan *esfuerzos* destinados al “más alto nivel posible de salud”, sea a través de políticas propias, de normas y reglamentos, o incluso programas en salud en los que la Organización Mundial de la Salud (OMS) trabaja centralmente.

En relación a este derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha esbozado en su Observación General N.º 14 el contenido del mismo en base a cuatro elementos esenciales²⁰:

- a) Disponibilidad: tanto de establecimientos, bienes y servicios, así como de programas
- b) Accesibilidad: en base a cuatro dimensiones, una primera relativa a la no discriminación, una física o geográfica, una económica referida a la asequibilidad de los servicios, y una de información acerca de aspectos relativos a la salud.
- c) Aceptabilidad: en términos de ética médica y respeto a la cultura.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Ibídem, p. 65.

²⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC) (2000). *Observación general N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (UN doc. E/C.12/2000/4), párr. 12.

- d) Calidad: desde el punto de vista científico y médico, lo que supone personal capacitado y equipos de calidad en buen estado.
En todo, nos detendremos y centraremos en el punto de accesibilidad.

IV. Barreras comunicativas en el acceso a servicios de salud

Existen diversas barreras que deben ser superadas, y tal es uno de los objetivos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como podemos ver expresamente en sus artículos 1º como en el 9º. De tales, nos centraremos en las barreras comunicativas teniendo como contexto a la discapacidad y el derecho a la salud, en donde el derecho a la igualdad tiene un rol esencial tal como se resalta en la Observación General N.º 5 del Comité de DESC al enfatizarse la obligación de los Estados de “velar por que las personas con discapacidad, en particular lactantes y niños, reciban atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad”²¹. Es decir, buscando igualdad de condiciones, lo que en el contexto del problema abordado supone la necesidad de una comunicación clara entre paciente y personal sanitario²². Condición que se ve truncada debido a las barreras comunicativas existentes, las cuales son todos aquellos obstáculos que alteran o distorsionan el proceso comunicativo impidiendo su correcta realización.

Así en el caso que, por razón objetiva, estamos frente a una persona que necesita comunicarse de maneras distintas al lenguaje oral para la comprensión correcta de un mensaje, se produce una barrera comunicativa que impide el acceso a tal mensaje, propiciando una desigualdad.

Ahora ¿cómo se relaciona ello con el derecho a la salud? Para muchos autores, investigadores y médicos, la comunicación efectiva es una parte fundamental en el acceso²³ a los servicios de salud, vinculado al entendimiento del propio médico sobre el tratamiento que debe recibir el paciente, como al propio paciente para poder llevar a cabo en la forma debida el tratamiento indicado, además de ello la comunicación efectiva incluso se encuentra vinculada a la mejora del propio paciente²⁴. Por otro lado, la falta de comunicación, o una comunicación ineficiente incluso puede implicar riesgo de errores médicos y otras situaciones adversas²⁵.

Considerando ello es que la Asociación Nacional de Sordos de Estados Unidos ha indicado lo siguiente:

“No es posible tener acceso igualitario a servicios sin comunicación. La comunicación es, quizá, el ingrediente más importante del cuidado de la salud. Sin comunicación, el paciente no puede explicar los síntomas de su enfermedad al

²¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC) (1994). *Observación general N.º 5: Las personas con discapacidad* (UN doc. E/1995/22), párr. 34.

²² ZÁRATE CÁRDENAS, Eduardo (2003). “Los derechos de los pacientes y el consentimiento informado en Perú”. *SITUA - Revista Semestral de la Facultad de Medicina Humana*, vol. 12, n. 23, Cusco: Universidad San Antonio Abad del Cusco, pp. 4-10.

²³ CHILTON ELIZABETH, Ellen (1996). "Ensuring Effective Communication: The Duty of Health Care Providers to Supply Sign Language Interpreters for Deaf Patients". *Hastings Law Journal*, n. 47, pp. 871-910.

²⁴ FONG HA, Jennifer; LONGNECKER, Nancy (2010). “Doctor-Patient Communication: A Review”. *The Ochsner Journal*, Spring, vol. 10, n. 1, pp. 38-43.

²⁵ PATAK, Lance, et al. (2009). “Improving Patient-Provider Communication: A Call to Action”. *The Journal of Nursing Administration*, September, vol. 39, n. 9, pp. 372-376

equipo médico. Sin comunicación, el paciente no puede comprender las rutinas de tratamiento o medicina preventiva. Si todos los pacientes médicos fuesen tratados así, la población general estaría indignada. A pesar de todo, las personas sordas encaran estas circunstancias diariamente.”²⁶ [Traducción propia]

Circunstancias que suponen un alejamiento a la igualdad de condiciones, a poder tener un diálogo entre paciente y médico o profesional de la salud, a poder decir las afecciones, dolencias, mejoras, relacionamiento, así como a recibir indicaciones que puedan comprenderse.

V. La igualdad y la salud como derechos subjetivos: a propósito del caso *Eldridge* contra *British Columbia*

Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing es una organización sin fines de lucro que busca la igualdad para las personas que tienen discapacidad auditiva, y el caso que comentaremos se remonta alrededor de 1990, fecha en la cual el instituto que –entre otros- brindaba el servicio de interpretación de lenguaje de señas en el sur de *British Columbia*, una provincia de Canadá, sustentada por recursos de fuentes privadas tuvo una crisis financiera que la impulsó a requerir apoyo económico del Estado, quien rechazó dar el apoyo requerido, lo que significó un duro “golpe” financiero que le impidió para setiembre de ese mismo año continuar brindando este servicio de interpretación.

En ese contexto tenemos a Robin S. Eldridge y a Linda J. Warren, sordos de nacimiento, que acudieron a las Cortes canadienses a fin de hacer valer su derecho, alegando que

“la ausencia de intérpretes afecta su capacidad para comunicarse con sus médicos y otros proveedores de atención médica, y por tanto incrementa el riesgo de diagnósticos erróneos y tratamiento inefectivo”²⁷ [Traducción propia]

Y, por tanto, señalaban que ello vulneraba al artículo 15(1) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982 que versa sobre la igualdad de derechos.

Ahora bien, hemos visto en forma breve, acerca de la importancia e impacto de la comunicación en servicios médicos en el contexto de discapacidad y acceso a la salud, y hasta este punto, luego del breve resumen de antecedentes del caso *Eldridge* podríamos pensar “bueno, es verdad que el retirar a los intérpretes va a afectar su comunicación y todo lo que supone ello, pero ¿qué puede exigírsele al Estado?” y cuestionarnos aún más si nos ponemos en el lugar de los jueces “¿y qué puede hacer uno como juez en este caso?”.

Tal como hemos dicho, el derecho a la igualdad es transversal, pero su complejidad varía de acuerdo al escenario en el que se pretenda su aplicación, así por ejemplo, hoy en día no podríamos concebir que el congreso publique una ley impidiendo a las mujeres de ejercer su derecho a votar en elecciones presidenciales, inmediatamente diríamos “esto vulnera al derecho a la igualdad” y la “solución” al caso sería obviamente “derribar” esa ley, entonces puede percibirse que la efectividad del derecho a la igualdad, en el escenario ejemplificado, no supone mayor complejidad.

²⁶ NATIONAL ASSOCIATION OF THE DEAF (2000). *The Guide for Deaf and Hard of Hearing People*, 5th Ed., Washington D.C.: Gallaudet University Press, p. 101

²⁷ SUPREME COURT OF CANADA (1997). *Eldridge v. British Columbia*, (Attorney General), 3 SCR 624, §5

Entonces ¿qué debe hacer el Estado? Recordando el citado trabajo de Asbjørn Eide y la triple tipología de obligaciones, podríamos decir:

- 1) Estamos en un marco del acceso a los servicios de salud y lo que ello supone – *entre otros, condiciones dependientes de una comunicación efectiva.*
- 2) La obligación de respetar supondría que el Estado no interfiera con los niveles de disfrute del derecho, a través –*por ejemplo-* de la exclusión de personas al acceso al derecho a la salud, o de imponer cargas mayores a su acceso, lo que felizmente no sucedió ni en el caso Eldridge ni tampoco en el caso peruano.
- 3) La obligación de proteger supondría que el Estado pueda supervisar en forma eficaz los servicios de salud –v.gr. a través de la Superintendencia Nacional de Salud.
- 4) Sin embargo, ¿qué sucede con la obligación de satisfacer? Esta obligación se encuentra ligada a la propia construcción del derecho, ya que una característica de los derechos económicos, sociales y culturales es la *progresividad*, que supone además de una prohibición de retroceso²⁸ en condiciones ganadas, el avance gradual²⁹ en la efectividad del derecho.

En relación al derecho a la salud, podría dirigirse –*por ejemplo-* a la reducción de costos en el acceso a los servicios, ampliación de los propios servicios y cobertura a tratamientos, apertura de establecimientos, desarrollo de políticas, entre otros.

Aquí es donde nos situamos en relación a la comunicación efectiva con discapacitados como parte del derecho a la salud sobre la base de igualdad, una condición fundamental para un correcto desarrollo de los servicios de salud y, por ende, para el disfrute del derecho a la salud propiamente.

En el caso Eldridge, si bien existía aquella posibilidad de tener un acceso gratuito al servicio de intérpretes de señas, dicha posibilidad dependía y tenía razón en la voluntad de una entidad privada: *Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing*. Posibilidad que quedaría extinta al ya no tener fondos y verse imposibilitada de seguir brindado el servicio señalado.

Las preguntas ahora serían si esta situación podría ser merecedora de tutela jurisdiccional y de qué manera. Para ello, es pertinente en primer lugar partir de objeciones o críticas que se han realizado a los derechos económicos, sociales y culturales que indican que los tales sólo son cuestiones *políticas o promocionales*³⁰ y no propiamente *derechos*. Una concepción que se mantuvo sobre tres objeciones:

a) Son derechos indeterminados: la crítica de la indeterminación de los derechos sociales se sitúa en ese escenario al exigir prestaciones positivas (de dar o hacer) que “sufren de una estructural falta de determinación”³¹. Es decir, esta crítica indica que los

²⁸ COURTIS, Christian (2006). “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, 1ª Ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 3-8

²⁹ Ibidem, pp. 8-11

³⁰ VIERDAG, E. W. (1978). “The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”. *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9, December, pp. 69-105

³¹ LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan (2014). “Los derechos sociales como derechos fundamentales”. *Revista de Derechos Humanos*, Vol. 5, Piura: Instituto para los derechos humanos y la democracia, Universidad de Piura, pp. 85, 86

derechos sociales, al ser complejos, no podrían adjudicarse por Tribunales tal como sí ocurre con otros derechos.

Sin embargo, este argumento es reduccionista, pues las obligaciones positivas no son una característica propia y exclusiva de los derechos sociales, sino que todos los derechos en cierto punto requieren de obligaciones positivas para su implementación. Basta pensar en el *derecho a la propiedad* ¿qué me garantiza mi derecho a la propiedad? ¿mi sólo “título de propiedad” respaldado por la ley? ¿o todo un sistema registral articulado? La objeción de indeterminación no resulta, entonces, plausible.

b) Son derechos costosos³²: si hablamos de una obligación de dar educación primaria gratuita rápidamente es patente entender que ello implica un costo. Sin embargo, esto no es propio ni único de los derechos sociales, pues –*como ya hemos indicado*- todos requieren de obligaciones positivas para su debida implementación. Pongámonos a pensar ahora en el *derecho a voto*, de por sí el derecho a voto supone un costo, organizar las elecciones, establecer centros de votación, capacitar a los miembros de mesa, entre otros. Hace unos 70 años atrás las mujeres no podían votar, pero cuando se logró vencer esta absurda concepción, y se respetó el derecho a voto de la mujer y el derecho a la igualdad, el costo de organizar elecciones se elevó ¿deberíamos considerar el “dinero” como una razón para no garantizar un derecho? Todos los derechos suponen un costo económico, en el propio ejemplo del derecho a la propiedad también se puede percibir lo mismo³³. Por tanto, vemos que esta objeción tampoco resulta plausible.

c) No pueden ser derechos subjetivos porque dependen de planes colectivos que no pueden juridificarse en contenidos precisos e individuales: sin embargo, este argumento también resulta reduccionista, decir que los derechos económicos, sociales y culturales dependen de planes colectivos no les resta el carácter de derechos subjetivos. Si regresamos al ejemplo del derecho al voto, el mismo también podría decirse que depende de planes colectivos, pero no por ello se podría impedirse su implementación o adjudicación.

Sumado a ello, es pertinente además evaluar si los derechos económicos, sociales y culturales cumplen con los elementos constitutivos para ser considerados como derechos subjetivos y qué supone ello. Para Rodolfo Arango, tales elementos serían los siguientes:³⁴:

- i. Un derecho subjetivo requiere de una norma jurídica válida: no es nuestro objetivo entrar a una discusión sobre validez de las normas, pero sí diremos que esta condición puede ser cumplida considerando a la dignidad como fundamento válido y suficiente, además de la consagración de –*en el caso del presente artículo*- derechos como la igualdad y la salud, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual es parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo prescrito por nuestra Constitución.
- ii. Un derecho subjetivo requiere de un deber jurídico correspondiente: sin embargo, ello no debe entenderse en el sentido de que el *derecho* sea una consecuencia de una *deber jurídico*, sino al revés. Una situación que es bien explicada bajo la

³² Ibidem, p. 107

³³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert (1999). *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: WW Norton.

³⁴ ARANGO, Rodolfo (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Editorial Legis, pp. 65, 66.

concepción dinámica de los derechos, de la que Bruno Celano sintetiza en las siguientes tesis:

“(1) un derecho no es (no necesariamente) una relación elemental entre un par de individuos determinados; (2) ni siquiera es un agregado de tales relaciones; (3) existe, efectivamente, un elemento común a las diversas cosas que llamamos «derechos»; (4) no hay necesariamente una correlación entre derechos y deberes; más bien (5) un derecho suele ser un motivo para la imposición o reconocimiento de un deber (o deber, o en general, de otras posiciones normativas: sujeción, incapacidad, poder, etc.) que pueda atribuirse a él (el derecho es, digamos, un criterio de identificación, y un principio de justificación, de deber, u otras posiciones subjetivas; es precisamente el elemento unificador del vocabulario de los derechos; por lo tanto (6) los derechos están en una relación de prioridad (conceptual, lógica, axiológica y a veces cronológica) respecto a los deberes (o, en general, con posiciones normativas subjetivas) que son justificados o justificables.”³⁵ [Traducción propia]

- iii. Un derecho subjetivo supone la posibilidad de perseguir un interés propio: es decir, una *facultad jurídica* que supone su exigibilidad ante las autoridades administrativa, legislativa e incluso judicial. Entonces, hablamos realmente de derechos y no de meras “políticas” o “disposiciones promocionales”, derechos cuya existencia no sólo debe quedar en el “papel”.

Partiendo de ello, y considerando que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos subjetivos y exigibles ¿cómo debe actuar un juez frente a la exigencia de su tutela? Holmes y Sunstein se expresan sobre ese problema y advierten que:

“A diferencia del Legislativo, un Tribunal se sitúa en un momento dado a un caso en particular. Porque no pueden medir el amplio espectro de necesidades sociales en conflicto y luego decidir cuánto asignar a cada uno, los jueces son institucionalmente obstruidos de la consideración de las graves consecuencias distributivas de sus decisiones. Y no pueden decidir fácilmente si el Estado incurrió en un error al concluir, ante el hecho, de que sus limitados recursos se dedicaron con mayor eficacia a los casos A, B y C, en lugar de para el caso D.”³⁶ [Traducción propia]

Y ciertamente, es una tarea no sólo compleja, sino delicada en extenso, pues, en un extremo pasivo las Cortes podrían despojar a los derechos de su fuerza³⁷ y por tanto de su propia condición de derechos, y en otro extremo podría caerse en un activismo judicial desproporcionado en el que las Cortes terminarían usurpando funciones y atribuciones que corresponden a otros poderes y organismos constitucionales.

³⁵ CELANO, Bruno (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna: Società editrice il Mulino, p. 66

³⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert (1999). Ob. Cit., p. 95

³⁷ YOUNG, Katharine G. (2008). “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”. *Yale International Law Journal*, N° 33, p. 163

¿Cómo responder entonces ante la demanda del caso Eldridge, y en general, de los derechos sociales? La respuesta a esta pregunta, como usualmente sucede en el Derecho, depende de las circunstancias, depende del caso.

En el caso Eldridge, bien la Corte pudo fundamentar jurídicamente la necesidad de contar con los intérpretes y ordenar que el Estado cumpla con “contratar intérpretes”, y si bien, podría cumplirse con motivar tal decisión, esta hubiera resultado teniendo efectos diversos tanto sobre el orden económico y presupuestal como también respecto a la misma división de poderes.

Si bien el rol de las Cortes es el de garantizar los derechos, ello no es justificación suficiente para “reemplazar” a otros poderes como al Ejecutivo o al propio Legislativo. Las Cortes deben considerar en todo momento los efectos que pueden tener sus decisiones tanto sobre las partes del proceso a cuyo conocimiento se avocan, pero también los efectos que puedan producirse fuera del proceso.

Regresando al caso Eldridge ¿qué hizo la Corte de Canadá? La Corte reconoció el recurso presentado en favor de Eldridge, pero rechazó que existiera alguna norma que vulnerase a su Carta Canadiense, sino que la afectación a los derechos aducidos se encontraba en el ejercicio discrecional³⁸ de toma de decisiones. En otras palabras, frente a la desventajosa consideración de los discapacitados, la Corte estimó que su atención era discrecional en el sentido del contenido específico, pero no en cuanto a su omisión, i.e., el Estado decide cómo cumplir con el derecho discutido, pero no puede decidir omitir tomar una decisión para hacerlo.

Sin embargo, lo más interesante no fue el reconocimiento del derecho a la igualdad y al acceso a la salud por parte de la Corte Canadiense, sino la decisión que adoptó la misma, la cual, argumentó literalmente lo siguiente:

“Una sentencia declarativa, a diferencia de una orden judicial condenatoria, es el remedio apropiado debido a que hay una multiplicidad de opciones disponibles para que el gobierno pueda rectificar la inconstitucionalidad del sistema actual. No es función de esta Corte dictar cómo es que ello va a ser realizado. Aunque se asume que el gobierno actuará rápidamente para corregir la inconstitucionalidad del presente plan y cumplir la directiva prescrita por esta Corte, resulta apropiado suspender la efectividad de la declaración por seis meses para permitir al gobierno explorar sus opciones y formular una respuesta apropiada.”³⁹ [*Traducción propia*]

La Corte, al ver la multiplicidad de alternativas existentes para poder suplir o solucionar esta falencia que atentaba contra los derechos de los discapacitados, ordenó al Ejecutivo cumplir con su rol bajo su discrecionalidad, aunque también bajo la supervisión de la Corte, logrando así una decisión coherente y equilibrada en relación a la división de poderes.

VI. Reflexión final a modo de conclusión

Casos como el demandado por Eldridge en Canadá no son ajenos a la realidad de muchos países, en los cuales se observan falencias patentes en las políticas y planes

³⁸ SUPREME COURT OF CANADA (1997). Ob. Cit., §52

³⁹ Ibidem, §95

vigentes de acceso a servicios de salud en relación a personas con discapacidad auditiva u otro tipo de afección.

¿Qué hacer frente a ello? ¿dejarlo todo en manos de las autoridades administrativas y legislativas? ¿apostar por su judicialización? La siguiente cita de Asbjørn Eide quizá pueda inducir a reflexionar acerca de esta problemática:

“(...) el desarrollo pleno del ser humano –y de una sociedad humana- sólo es posible cuando las personas en general también observan sus deberes en relación a su propia comunidad y la sociedad en general”⁴⁰ [Traducción propia]

Y es que para Eide, si bien las obligaciones en materia de derechos humanos centran al Estado como protagonista, ni el estatalismo ni la judicialización de la política son extremos deseados. Se espera de los derechos humanos una eficacia no sólo vertical, sino también horizontal, y eso incluye la participación activa de toda persona e institución, sea o no funcionario público, pues –finalmente- tal como se dijo, somos nosotros mismos los que creamos las barreras y propiciamos la existencia de desigualdad.

Referencias bibliográficas

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Editorial Trotta, p. 93-97
- ARANGO, Rodolfo (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Editorial Legis, pp. 65, 66.
- ARISTÓTELES (2003). *Ética Nicomaquea, Ética Eudemia*, Trad. Pallí Bonet, Madrid: Ed. Gredos.
- ARISTÓTELES (2004). *Política*, Trad. García Valdés, Madrid: Ed. Gredos.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 421 (V) celebrada en la 317ª sesión plenaria, 4 de diciembre de 1950.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 543 (VI) celebrada en la 375ª sesión plenaria, 5 de febrero de 1952
- ATIENZA, Manuel (2009). “Sobre el Concepto de Dignidad Humana”. *Sobre la dignidad y los principios: Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, 1ª Ed., Coord. Casado María, Navarra: Editorial Civitas.
- CELANO, Bruno (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna: Società editrice il Mulino.
- CHILTON ELIZABETH, Ellen (1996). "Ensuring Effective Communication: The Duty of Health Care Providers to Supply Sign Language Interpreters for Deaf Patients". *Hastings Law Journal*, n. 47, pp. 871-910.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC) (1994). *Observación general N.º 5: Las personas con discapacidad* (UN doc. E/1995/22), párr. 34.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CDESC) (2000). *Observación general N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (UN doc. E/C.12/2000/4), párr. 12.

⁴⁰ EIDE, Asbjørn (2000). “Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects”. *Human Rights in Development yearbook 1999/2000*, Kluwer Law International, p. 7

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia, 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 162.
- COURTIS, Christian (2006). “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, 1ª Ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 3-8.
- DE SCHUTTER, Olivier (ed.) (2013). “*Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*”, Human Rights Law series, London: Edward Elgar Publ.
- DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia y DOS SANTOS WEDERSON, Rufino (2009). “Discapacidad, Derechos Humanos y Justicia”. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 6, n. 11, pp. 65-77.
- DONOSO CASTELLÓN, Arturo J. (2005). “Educación en Derechos Humanos y Personalización Humana”. *Derecho Constitucional y Derechos Humanos*, IV Convención Latinoamericana de Derecho, Trujillo: Ediciones BLG, Trujillo, pp. 325-335.
- EIDE, Asbjørn (2000). “Making Human Rights Universal: Achievements and Prospects”. *Human Rights in Development yearbook 1999/2000*, Kluwer Law International.
- FONG HA, Jennifer; LONGNECKER, Nancy (2010). “Doctor-Patient Communication: A Review”. *The Ochsner Journal*, Spring, vol. 10, n. 1, pp. 38-43.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter; SOSA SACIO, Juan Manuel (2013). “Dignidad de la persona”. *La Constitución Comentada*, 2ª Ed., Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, p. 25
- HÄBERLE, Peter (2003). *El Estado Constitucional*, Trad. Fix-Fierro, Serie Doctrina Jurídica N° 47, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 170.
- HAKANSSON, Carlos (2015). “Posición constitucional de los tratados de Derechos Humanos en la Carta de 1993”, *Constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú*, 1ª Ed., Lima: Palestra Editores.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert (1999). *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: WW Norton.
- LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan (2014). “Los derechos sociales como derechos fundamentales”. *Revista de Derechos Humanos*, Vol. 5, Piura: Instituto para los derechos humanos y la democracia, Universidad de Piura.
- NATIONAL ASSOCIATION OF THE DEAF (2000). *The Guide for Deaf and Hard of Hearing People*, 5th Ed., Washington D.C.: Gallaudet University Press, p. 101
- PATAK, Lance, et al. (2009). “Improving Patient-Provider Communication: A Call to Action”. *The Journal of Nursing Administration*, September, vol. 39, n. 9, pp. 372-376
- SCHWABE, Jürgen (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México DF: Fundación Konrad Adenauer.
- SEN, Amartya (2000). *Development as Freedom*, 1st ed., New York: Anchor Books.
- SUPREME COURT OF CANADA (1997). *Eldridge v. British Columbia*, (Attorney General), 3 SCR 624, §5
- VIERDAG, E. W. (1978). “The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”. *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9, December, pp. 69-105
- YOUNG, Katharine G. (2008). “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”. *Yale International Law Journal*, N° 33.



ZÁRATE CÁRDENAS, Eduardo (2003). “Los derechos de los pacientes y el consentimiento informado en Perú”. *SITUA - Revista Semestral de la Facultad de Medicina Humana*, vol. 12, n. 23, Cusco: Universidad San Antonio Abad del Cusco, pp. 4-10.