

ÓSCAR PARRA VERA

Colombiano. Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Abogado y master en teoría del derecho de la Universidad Nacional de Colombia, con estudios especializados en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University, Washington College of Law).

En Colombia trabajó como investigador de la Defensoría del Pueblo, auxiliar judicial de la Corte Constitucional, consultor de la Comisión Colombiana de Juristas y consultor de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Ha sido profesor universitario en Colombia (Universidad Nacional, Universidad Libre y Universidad del Rosario) y conferencista en temas sobre Derechos Sociales y Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ámbitos sobre los cuáles ha publicado diversos artículos. También se desempeñó como Becario “Rómulo Gallegos” y Consultor sobre Derechos Sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Miembro del Grupo de Investigación en Teoría Política Contemporánea de la Universidad Nacional de Colombia. Entre sus publicaciones se encuentran los libros “El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales” (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003) y Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano (IIDH / UNFPA, 2008).

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

Óscar Parra Vera¹

Las doce experiencias respecto a la protección y defensa del derecho a la salud presentadas en el VI Curso Sociedad Civil y Derechos Humanos, visibilizan los grandes desafíos que enfrenta la garantía de este derecho en América Latina. El presente documento constituye una reflexión en torno a los logros y tendencias que se derivan de algunas de estas experiencias.

En primer lugar, se analiza el contenido del derecho como referente de exigibilidad desde un “enfoque de los derechos” en relación con las políticas sociales. En segundo lugar se expone el contexto de obstáculos para hacer realidad dicho contenido. En tercer lugar se describen los escenarios de exigibilidad derivados de la organización y movilización de la sociedad civil, entre los cuales se incluyen estrategias de prevención, litigio judicial y monitoreo de políticas públicas. Finalmente, se concluye con los grandes retos que los diversos actores del Sistema Interamericano enfrentan en orden a impulsar la garantía del derecho a la salud.

¹ Especialista-asesor de las experiencias presentadas sobre protección del derecho a la salud.

El enfoque basado en los derechos y el contenido del derecho a la salud como referente para la exigibilidad

El derecho a la salud está reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ello, analizaremos a continuación el contenido de este derecho tal y como se deriva de dichos pactos, tomando como referencia las interpretaciones más autorizadas.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, consagra el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Al interpretar este enunciado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el “Comité DESC”)², ha resaltado que la salvaguarda efectuada por dicho Pacto no se limita al derecho a la atención de la salud sino que abarca los factores socioeconómicos que promueven las condiciones para llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas, y un medio ambiente sano.

El Comité resaltó que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a *estar sano sino que este derecho entraña libertades y derechos*. Entre las libertades figura el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, con inclusión de

² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 22º periodo de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

la libertad sexual y genésica; y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos o experimentos médicos no consensuales. Según el Comité, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud. En opinión de este órgano, el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

- a) *Disponibilidad.* Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- b) *Accesibilidad.* Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, lo cual implica: i) No discriminación (de hecho y de derecho), ii) Accesibilidad física (al alcance geográfico de todos los sectores), iii) Accesibilidad económica (servicios al alcance de todos) y iv) Acceso a la información.
- c) *Aceptabilidad.* Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

- d) *Calidad.* Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad.

Ahora bien, garantizar algunos componentes del derecho a la salud exige enormes gastos, razón por la cual es un derecho de realización progresiva, respecto al cual deben tenerse en cuenta ciertas limitaciones de recursos. Ello exige que los Estados, a través de indicadores y puntos de referencia, rindan cuentas del progreso o retroceso en la garantía de este derecho. Sin embargo, existen obligaciones que no están sujetas a limitaciones de recursos ni realización progresiva, tal como la obligación de no discriminar.

El Comité DESC precisó un conjunto de obligaciones básicas frente al derecho a la salud, las cuales corresponden a niveles esenciales que establecen las prioridades en la materia:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, y que garantice que nadie padezca hambre.
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud.

- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas –y de un proceso participativo y transparente–, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población. Esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como la existencia de indicadores y bases de referencia de la salud, que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados.

Asimismo, el Comité catalogó como obligaciones de prioridad comparable, entre otras, las relacionadas con velar por la atención de la salud genésica, materna –prenatal y postnatal– e infantil; proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.

Esta interpretación autorizada sobre el alcance del contenido del derecho a la salud constituye el primer referente a tener en cuenta para impulsar la exigibilidad de este derecho a partir de lo que se ha denominado como “enfoque de los derechos” en las estrategias de desarrollo y superación de la pobreza³. Al respecto, en el ámbito de Naciones Unidas se han

³ Este enfoque ha sido impulsado por Naciones Unidas desde 1997. Ver OACDH (2004). *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual*. Nueva York / Ginebra: Naciones Unidas.

producido notables avances hacia la mayor confluencia posible entre el lenguaje del desarrollo y el lenguaje de los derechos⁴. Esta confluencia tiene como fundamento la concepción del desarrollo como expansión de las capacidades y libertades reales que disfrutan los individuos⁵. En particular, según esta concepción, las libertades fundamentales se relacionan, entre otras, con el acceso a capacidades básicas para poder evitar la inanición, la desnutrición, la mortalidad prematura, o gozar de libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir y participar en las decisiones privadas y públicas. Como se observa, en esta postura subyace un entendimiento del desarrollo donde los derechos humanos tienen un papel fundamental para evaluar el crecimiento económico.

Teniendo como marco la confluencia entre estas dos perspectivas, un enfoque basado en los derechos humanos ha sido definido de la siguiente manera:

es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el

⁴ Para una mayor profundización de las relaciones y desencuentros entre desarrollo y derechos, ver Abramovich, Víctor (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, nº 88, Santiago de Chile.

⁵ Esta concepción del desarrollo es uno de los principales aportes del Premio Nóbel de Economía Amartya Sen. Ver al respecto: Sen, Amartya (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta. La obra de Sen ha tenido fuerte influencia en los Informes de Desarrollo Humano producidos por Naciones Unidas.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo⁶.

En términos generales, este enfoque reúne las siguientes características centrales⁷:

1. El empoderamiento de los sectores excluidos y de los ciudadanos para impulsar la exigencia de sus derechos. Ello implica un cambio de lenguaje. En efecto, no se trata de aludir a “personas con necesidades no cubiertas” sino a “sujetos con derechos exigibles que generan obligaciones para el Estado”. Lo anterior implica entender como inherente

⁶ Ver OACDH (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Nueva York / Ginebra: Naciones Unidas, p. 16.

⁷ Entre los diversos documentos relevantes al respecto, ver Hunt, P., Nowak, M. y Osmani, S. (2002). *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*. Ginebra: OACDH; OACDH, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza...*; Abramovich, Víctor (2006). “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile; OACDH (2006). Fondo de Población de las Naciones Unidas (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. New York/Ginebra: Naciones Unidas.

a los derechos la existencia de mecanismos de monitoreo, rendición de cuentas y justiciabilidad, es decir, el entendimiento de los derechos como derechos exigibles. Además, ello requiere la participación libre y activa –particularmente de sectores marginados y excluidos– en la implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas económicas y sociales.

2. La responsabilidad estatal es entonces un eje central en las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza. Rendir cuentas es una obligación para todos los actores que tienen incidencia en el desarrollo. De allí el papel central de las obligaciones asumidas en el derecho internacional de los derechos humanos y la proyección de las mismas en el cumplimiento de los compromisos constitucionales a nivel interno.
3. La pobreza es entendida como privación de libertades básicas. En este sentido, depende de factores económicos y sociopolíticos que incluyen la exclusión social, la discriminación y las condiciones estructurales que fomentan la marginalidad.
4. Protagonismo del principio de igualdad tanto formal como material, con especial énfasis en los grupos de especial protección y en situación de vulnerabilidad e indefensión.
5. Protagonismo del principio de dignidad humana. Este principio concreta algunas dimensiones de la interdependencia entre los derechos y permite la lectura de derechos

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

- civiles, como el derecho a la vida, en términos de los derechos sociales básicos.
6. Interdependencia, interrelación e indivisibilidad de los derechos.
 7. Garantía de derechos con pertinencia constitutiva para las estrategias de desarrollo (capacidades básicas, derecho a la alimentación, derecho a la salud) así como derechos con pertinencia instrumental para prevenir la pobreza (derechos civiles y políticos como libertad de expresión, participación política, acceso a la información, rendición de cuentas, entre otros)⁸.

Los elementos esenciales, las obligaciones básicas, las prioridades frente a grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad así como las temáticas más relevantes para la proyección de un enfoque de derechos humanos en el análisis del derecho a la salud, pueden ser articuladas en un contenido básico del derecho. Las diversas experiencias presentadas en el curso han hecho uso de dicho contenido como referente para exigir al Estado la garantía del derecho a la salud. Sin embargo, en nuestros países existen obstáculos que impiden la vigencia del derecho aludido; este es el contexto que se explica a continuación.

⁸ Sobre esta distinción entre pertinencia constitutiva y pertinencia instrumental de los derechos, ver Abramovich, Víctor (2006). “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”. *Anuario de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.

El contexto de vulneración del derecho a la salud

Estado neoliberal y mercantilización de la salud

En primer lugar, cabe resaltar que la crisis de la salud es concomitante a la crisis del llamado Estado de Bienestar a partir de la segunda mitad del siglo pasado. En ese momento surgieron diferentes discursos de crítica contra la intervención estatal en la economía, bajo el argumento de la ineficiencia del Estado en la prestación y cobertura de los servicios públicos. Se impulsaron entonces diversos tipos de procesos donde el Estado estaba llamado a recortar sus responsabilidades –*Estado mínimo*– de tal forma que los agentes privados, en un contexto de libre mercado, fomentaran mayor riqueza. Ejemplos de tales procesos son los de descentralización de políticas sociales, focalización de servicios, la desregulación de mercados, equilibrio fiscal, ajuste estructural y reducción del Estado a través de la privatización de empresas públicas.

Este voto de confianza hacia el mercado tuvo particular proyección en los sistemas de salud. El enfoque predominante en la materia fue el del pluralismo estructurado, fundado en el aseguramiento y la competencia regulada⁹. Una de las características de estas reformas es el énfasis en los subsidios a la demanda, mientras que la oferta de servicios de salud se concentra en instituciones que compiten en el mercado. El acceso universal a la salud se lograría no a través de subsidios a la oferta –financiación di-

⁹ Londoño, Juan Luis y Frenk, Julio (1997). “Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina”, Documento de Trabajo 353. Washington: BID.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

recta de hospitales y centros de salud—sino de intervenciones presuntamente focalizadas hacia los más necesitados a través de un paquete ajustado a las condiciones costo-efectividad, al cual todas las personas tendrían acceso. Se impulsó la competencia y la mercantilización, para eliminar el monopolio que la mayoría de los Estados tenía sobre ciertos servicios sociales. La competencia incluye hospitales públicos que luchan por recursos y que deben mostrar que racionalizan su presupuesto. Esta competencia, que en teoría busca que el mercado impulse a mejorar la calidad, genera un mayor interés de los competidores hacia la población urbana y rentable, mientras que la población más pobre recibe los servicios de menor calidad y en la peor forma, dado el imperativo de minimizar costos y maximizar ganancias¹⁰.

Si bien es cierto que en estas teorías se le asigna un rol regulador al Estado, este ha sido uno de los grandes ausentes a la hora de evaluar la garantía del derecho. Ello explica la mínima acción respecto a las asimetrías entre pacientes y médicos en el contexto del mercado de la salud y frente a las demás fallas de este mercado. Por otra parte, las privatizaciones han tenido efectos sumamente negativos al desmejorar la situación laboral de los profesionales de la salud, lo cual ha tenido un fuerte impacto en la calidad de los servicios. Al respecto, y como señala

¹⁰ Al respecto, ver De Currea Lugo, Víctor (2006). “La encrucijada del derecho a la salud en América Latina”, en Alicia Ely Yamin (coord.), *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, México: Plaza y Valdés/APRODEH/IDRC; Hernández Álvarez, Mario (2003). “Neoliberalismo en salud: desarrollos, supuestos y alternativas”, en Darío Restrepo Botero (ed.), *La Falacia Neoliberal. Crítica y alternativas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

De Currea, “los criterios de rentabilidad no pueden ser aplicados de igual manera por un hospital privado que atiende a una población con recursos y bajo riesgo de enfermar, que por un hospital público, que atiende a población pobre con altos niveles de enfermedad”. Sin embargo, en el modelo neoliberal el “Estado sólo debe atender en salud lo que el sector privado no asuma. Y esa intervención del Estado debe someterse a criterios de alta efectividad y bajo costo”¹¹.

Con el tiempo, las reformas neoliberales han generado sistemas de salud en los que prevalece el modelo curativo o de atención en salud, mientras que son postergados los programas de prevención de la enfermedad y promoción de la salud. La salud pública ha sido relegada mientras que la mayoría de recursos se destinan a mejorar la tecnología para los problemas individuales. Asimismo, el flujo de recursos hacia la administración del sistema y en particular la intermediación financiera, evidencia que los sistemas de salud convergen hacia negocios rentables y no hacia dispositivos institucionales que permitan la garantía del derecho¹².

Derecho a la salud, pobreza y violencia

Los contextos estructurales de pobreza y violencia obstaculizan la garantía del derecho a la salud. En este sentido, el antiguo Relator Especial para el Derecho a la Salud, Paul Hunt, señaló en uno de sus primeros informes que:

45. La mala salud lleva a la pobreza al eliminar los medios de ganarse la vida, reducir la productividad de los trabaja-

¹¹ De Currea Lugo, *Op. Cit.*

¹² De Currea Lugo, *Op. Cit.*

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

dores, rebajar los logros de la educación y limitar las oportunidades. Puesto que la pobreza puede hacer que disminuya el acceso a los cuidados médicos, que aumente la exposición a los riesgos ambientales y que aparezcan las peores formas de trabajo infantil y de malnutrición, muchas veces la mala salud llega también como consecuencia de la pobreza. En otras palabras, la mala salud es al mismo tiempo causa y efecto de la pobreza: los enfermos tienen más probabilidades de hacerse pobres y los pobres son más vulnerables a la enfermedad y la discapacidad.

Asimismo, en otro de sus informes, y al referirse a las enfermedades desatendidas, el relator precisó que dichas enfermedades no solo son enfermedades causadas por situaciones de pobreza, sino que la existencia y propagación de las mismas contribuyen a agravar todavía más ese ciclo de pobreza; esto porque suponen una carga económica muy pesada para las comunidades afectadas, que ven disminuida su productividad, además de verse estigmatizadas, discriminadas y desatendidas. Esa misma estigmatización y discriminación de las personas que padecen alguna de esas enfermedades tienen un impacto devastador, no solamente en términos de salud –por ejemplo muchos de los que padecen dichas enfermedades prefieren evitar la atención médica o el acceso a un diagnóstico o a un tratamiento por el propio miedo a la estigmatización–, sino también sobre sus derechos al trabajo, a la educación, a la vivienda o a la alimentación¹³.

¹³ Informe presentado por Paul Hunt, Relator Especial sobre la situación del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Misión a Uganda (E/CN.4/2006/48/Add.2)

Por otro lado, tanto la Organización Mundial de la Salud como el Relator de Naciones Unidas han destacado la importancia de definir y analizar la violencia en función de su impacto en la situación de la salud, reconociendo y abordando las causas subyacentes y los factores de riesgo. En este punto, los enfoques basados en la salud pública y los derechos humanos enfatizan en la prevención de la violencia y contemplan, más allá de los daños a la integridad física, los impactos psicológicos y emocionales que agravan los problemas sociales. Además, el relator ha señalado que los costos indirectos de la violencia, como los gastos médicos relacionados con las lesiones, los costos relacionados con los servicios jurídicos, la acción de la policía y el encarcelamiento, así como el lucro cesante y el descenso de la productividad, pueden ser otros tantos obstáculos a la plena realización del derecho a la salud y de otros derechos conexos. Esos costos ejercen una presión adicional sobre los recursos ya escasos, y pueden obstaculizar el desarrollo de los sistemas sanitarios¹⁴.

Responsabilidad de actores no estatales y empresas transnacionales en la vulneración del derecho a la salud

Durante las últimas décadas, las empresas transnacionales se han convertido en poderes privados que logran un poder superior al de muchos Estados y que, por lo mismo, logran evadir sus controles. Su desmedido poder de acción genera diversos obstáculos para el derecho a la salud.

¹⁴ UN Doc. E/CN.4/2004/49 de 16 de febrero de 2004.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

En el derecho internacional de los derechos humanos existe un fuerte debate sobre la necesidad de regular la responsabilidad de las empresas por actos violatorios de derechos humanos y establecer pautas de gobernanza o de responsabilidad social corporativa. Sin embargo, la mayoría de estas pautas son catalogadas como “derecho blando” dado su carácter voluntario, ya que no se trata de normas internacionales de carácter vinculante, como ocurre con los tratados. En efecto, estas normas prescriben parámetros para evaluar los daños causados por las empresas y las medidas para reparar esos daños, pero su efectividad depende exclusivamente del grado de vinculación que las empresas quieran asumir. Un ejemplo a resaltar son las *Normas de Responsabilidad de Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales con respecto a los Derechos Humanos* (2003)¹⁵. Este documento de la Subcomisión para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece que las empresas transnacionales tienen la obligación de respetar principios y normas generalmente reconocidos en los principales tratados de derechos humanos. Señala además que los Estados tienen la responsabilidad principal de respetar, hacer respetar y promover los derechos humanos, mientras que las empresas tendrán esas obligaciones de respeto, garantía y promoción dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia. Asimismo:

- b. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales deberán informarse sobre el impacto en los derechos humanos durante sus actividades y aquellas actividades a

¹⁵ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/XX, E/CN.4/Sub.2/2003/WG.2/WP.1.

realizarse para que puedan evitar entrar en complicidad con abusos a los derechos humanos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tendrán la responsabilidad de asegurar que sus actividades no contribuyan directa ni indirectamente a cometer abusos a los derechos humanos y que no se beneficiarán premeditadamente de estos abusos. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales evitarán actividades que socavarían el imperio de la ley así como otros esfuerzos gubernamentales para promover y asegurar el respeto de los derechos humanos, y deberán usar su influencia para ayudar a promover y asegurar el respeto de los derechos humanos.

Como se observa, ha comenzado a superarse la concepción de un sistema internacional de gobierno basado únicamente en los Estados para incluir un sistema de “multiactores” con papeles relevantes. De esta manera, los diferentes actores, no solamente tienen voz y voto en la toma de decisiones o en la capacidad de influir en las decisiones, sino que al mismo tiempo se extienden a ellos las responsabilidades que anteriormente recaían exclusivamente en los Estados¹⁶. Ello tiene particular importancia de cara al impacto que puedan tener los tratados de libre comercio en los países latinoamericanos.

En el caso del derecho a la salud, el sector farmacéutico ha fijado precios demasiado altos para los medicamentos, ha impulsado donaciones erráticas de drogas e investigaciones poco

¹⁶ Weissbrodt, David y Kruger, Muria (2003). “Norms on the Responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights”. *American Journal of International Law*, Vol. 97, nº 4.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

balanceadas. Además, ha hecho diversas formas de *lobby* para alcanzar beneficios a través de la propiedad intelectual y ha promocionado drogas inapropiadas, entre otras prácticas contrarias al derecho a la salud. Por ello, el Relator de Naciones Unidas ha propuesto una “Guía borrador para empresas farmacéuticas”, en la que considera temas específicos tales como precios diferenciados, donaciones, investigación y desarrollo para enfermedades desatendidas, sociedades público-privado, promoción de drogas, pruebas médicas y corrupción¹⁷. Este tipo de iniciativas constituye un ejemplo de rendición de cuentas a las empresas transnacionales en el campo de la salud.

Las estrategias de exigibilidad del derecho a la salud

A pesar de un contexto desfavorable y difícil, la sociedad civil se ha organizado para exigir el derecho a la salud. A continuación se analizan los hallazgos y tendencias de los doce casos presentados en el VI Curso.

¹⁷ Ver Hunt, Paul y Khosla, Rajat (2008). “El derecho humano a los medicamentos”. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 8; United Nations Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, *Human Rights Guidelines for Pharmaceutical Companies in relation to Access to Medicines*, 17 de septiembre de 2007.

Estrategias directas e indirectas. El rol de la interdependencia y la integralidad

Ya fue mencionado que una de las características del enfoque de derechos en las estrategias de desarrollo, involucra una defensa a ultranza de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos. Ello tiene particular influencia en las estrategias de exigibilidad. En efecto, según las limitaciones normativas y políticas de cada escenario de exigibilidad, nacional o internacional, las experiencias presentadas en el Curso muestran el potencial uso de los derechos civiles y políticos para impulsar la exigibilidad de los componentes prestacionales del derecho a la salud. En especial, cabe resaltar el rol del acceso a la información como herramienta que permite exigir del Estado la producción de ciertos datos y el suministro de los mismos. Ello le ha permitido a muchas organizaciones consolidar informes que son utilizados, incluso, en estrategias de litigio. Asimismo, los derechos a la igualdad y no discriminación, el acceso a la justicia y el derecho a la participación, permiten enfrentar en mejor medida la exigibilidad de políticas sociales, presupuestos, diseños institucionales y sistemas de salud.

A manera de ejemplo cabe resaltar que en 2006, la organización Sin Fronteras, de México, en su lucha por la defensa de los derechos de las personas migrantes y asiladas en el Distrito Federal, empezó a utilizar la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental para litigar sus asuntos, aprovechando la información proporcionada por el Estado. Sin Fronteras ha realizado solicitudes de información pública para detectar los obstáculos, tales como la exigencia de requisitos que impiden el acceso de los extranjeros a diversos servicios médicos, por ejemplo, la presentación de la creden-

cial de elector o la presentación de documentos que acrediten su legal estancia en el país, del cual carecen los migrantes irregulares y los solicitantes de asilo.

El rol de la salud pública.

Las estrategias basadas en la prevención y promoción

Como lo ha resaltado la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Informe sobre la salud en el mundo 2008, es imperioso modificar el actual énfasis en la dimensión curativa de la salud. Dicho énfasis se explica por el alto costo de la atención en salud, lo cual genera enormes dificultades en el acceso. Con todo, la salud pública y la atención primaria en salud constituyen estrategias más idóneas para mejorar el grado de salud de las poblaciones desfavorecidas, dado su énfasis en los factores socioeconómicos que influyen en el goce de la salud.

El enfoque de salud pública se preocupa por mejorar la equidad en el acceso a la atención de salud, la eficiencia en el uso de los recursos y reconoce que muchas de las causas básicas de la mala salud y de la enfermedad escapan al control del sector de la salud y, por lo tanto, deben abordarse a través de un enfoque amplio que involucre a toda la sociedad.

La OMS detalla que una gran proporción de los recursos se destina a los servicios curativos, pasando por alto las actividades de prevención y promoción de la salud, que podrían reducir en un 70% la carga de morbilidad a nivel mundial. Además, sin una reorientación sustancial, es probable que los actuales sistemas de salud se vean desbordados por los crecientes desafíos del envejecimiento de la población, las pandemias de enfermedades crónicas, las nuevas enfermedades emergentes, como el Síndrome Respiratorio Agudo Severo, y las repercusiones del

cambio climático. La lucha por la atención primaria de salud es una lucha por organizar el conjunto de la atención de salud, desde los hogares hasta los hospitales, en la que la prevención sea tan importante como la cura¹⁸.

En el marco del VI Curso algunas experiencias ilustran la pertinencia de este enfoque desde la salud pública. Así por ejemplo el Centro de Educación e Información “Vivir con Diabetes” de La Paz, Bolivia, ha enfrentado la necesidad de personas que no pudieron acceder a la orientación necesaria y al tratamiento adecuado para el control de la diabetes debido a que dicho tratamiento no es suministrado por el Sistema Nacional de Salud y muchas personas no cuentan con los recursos económicos para costearse un tratamiento privado. Las acciones desarrolladas por este Centro se han focalizado en la atención integral de pacientes diabéticos, especialmente niños, niñas y adolescentes. Ello ha permitido el acceso a costos mínimos, o la cobertura total de insulina y otros insumos para más de 2500 personas a nivel nacional. También se ha avanzado en actividades de promoción a través de la orientación y asesoramiento a costos mínimos, sobre cambio de hábitos alimenticios y la práctica de actividad física. Entre las actividades de prevención se encuentran la evaluación de los indicadores metabólicos, diarias, mensuales, trimestrales y/o anuales

¹⁸ Organización Mundial de la Salud, Informe sobre la salud en el mundo 2008. “La atención primaria de salud, más necesaria que nunca”. Washington: OMS. Informe de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud. “Subsanar las desigualdades en una generación: Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud” (2008). Washington: OMS. La reconstrucción del concepto de atención primaria se hace desde un enfoque de derechos, enfrentando el entendimiento de la atención primaria que lo restringe.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

según sea el caso, para conocer el avance del impacto de la enfermedad a nivel físico. También se realizan evaluaciones a nivel de comportamiento para conocer el seguimiento de los tratamientos y cambios en el estilo de vida de las personas participantes en los programas. El trabajo de la institución fue inicialmente rechazado por la comunidad médica por la supuesta invasión de sus atribuciones clínicas. Con el paso del tiempo se ha logrado compatibilizar la tarea preventiva, de educación y control, con la labor asistencial de los especialistas.

De otra parte, en el contexto explicado en la sección anterior, se mencionó la relación existente entre la violencia y la garantía del derecho a la salud. Al respecto, la necesidad de lograr una atención integral al problema de la violencia intrafamiliar y de abordarla como un problema de salud pública, llevó al Centro de Apoyo a la Mujer y a la Familia “Las Marías” (Ecuador), a diseñar una estrategia de abordaje de atención y acompañamiento psicosocial a las víctimas y a sus familiares que, además, ha permitido la incidencia en las políticas públicas y la intervención del gobierno local en el tratamiento de la violencia intrafamiliar. “Las Marías” han hecho uso de la capacitación, promoción, difusión y sensibilización a través de estrategias de comunicación y prensa. La organización se ha convertido en un referente de atención integral, lo que se ha reflejado en la recepción de más de 1500 denuncias (466 víctimas durante 2007).

Otra experiencia con énfasis en salud pública es la presentada por la Asociación de Hombres y Mujeres Nuevos de Panamá (AHMNP). A través de equipos de trabajo multidisciplinarios se han organizado jornadas mensuales con médico, laboratorista, psicólogos y voluntarios, para realizar jornadas masivas de toma de la prueba rápida para VIH. Además, en forma previa, se ha sensibilizado al equipo en el manejo del derecho a la diversidad sexual

y a la confidencialidad del estatus VIH de cada participante. En caso de resultar positiva la prueba, la Asociación colabora con el examen de carga viral y conteo CD4 a través de recursos institucionales del Ministerio de Salud de Panamá (MINSA). Esto último constituye un buen ejemplo de interacción entre sociedad civil y Estado en orden a impulsar el acceso a medicamentos.

Estrategias de visibilización de la situación en salud de grupos en situación de vulnerabilidad, discriminación y estigma

Diversos tratados de derechos humanos, normas constitucionales y la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹ han insistido en la obligación estatal de proteger a los grupos afectados por situaciones de vulnerabilidad. La exigibilidad en este campo ha operado para hacer respetar los intereses de minorías que pueden ver afectado su respectivo derecho social a través de decisiones adoptadas por las mayorías de una determinada época. Al respecto, cabe resaltar las iniciativas en las que se busca asegurar a los grupos desventajados, “remedios” o “salidas” especiales destinadas a reforzar sus derechos sociales –hasta tornarlos menos vulnerables

¹⁹ El Comité ha proferido observaciones generales específicas sobre algunos grupos –personas con discapacidad, adultos mayores y mujeres, por ejemplo– y en cada una de dichas observaciones indica aquellos ámbitos que requieren de una protección reforzada.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

frente a las amenazas que se ciernen sobre los mismos— o a reparar situaciones injustas de antigua tradición²⁰.

Algunas de las experiencias en el VI Curso son ejemplo de estrategias que desarrollan un manejo integral de la vulnerabilidad. Un primer ejemplo es el de la organización Sin Fronteras, México. Su trabajo se ha abocado a la lucha por el acceso al derecho a la salud de la población migrante, tanto a través de estrategias jurídicas como a partir de la implementación de medidas de presión social para asegurar el disfrute de este derecho y el acceso sin discriminación. Sin Fronteras se ha preocupado por el empoderamiento de la población migrante y ha adelantado presión a las autoridades del sector salud. Las normas aplicables establecen una carga excesiva para los extranjeros, que tienen que asumir íntegramente el costo de los servicios de salud, lo cual se ha aplicado en forma indiscriminada sin analizar la situación económica y social de los migrantes. Este grupo ha enfrentado diversos obstáculos para utilizar las normas que establecen que las personas de escasos recursos económicos asumirán un bajo cobro o la exención del pago.

Por su parte, la mencionada Asociación de Hombres y Mujeres Nuevos de Panamá (AHMNP) ha implementado estrategias para la atención especializada que requieren los ciudadanos GLBT (gays, lesbianas, bisexuales y transgéneros) en

²⁰ Estas medidas y otras propuestas para favorecer e integrar a los grupos desventajados pueden verse en Gargarella, Roberto (comp.) (1999). *Derecho y grupos desventajados*. Barcelona: Gedisa, pp. 18-20. Ver asimismo, Prieto Sanchís, Luis (2000). “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parcerio y Rodolfo Vázquez (comps.) (2000). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: UNAM-IIJ, pp. 15 a 65.

la provincia de Chiriquí. Este trabajo enfatiza en la necesidad de **eliminar discriminación, barreras, brechas** étnicas y de orientación sexual en el acceso a la prevención y la atención en los servicios de salud, a través de prácticas orientadas a **garantizar atención gratuita a personas con VIH y SIDA, y a prevenir y atender todas las enfermedades de transmisión sexual**. La Asociación también trabaja con poblaciones extremadamente pobres como los indígenas Ngöbe Bugles, en orden a visibilizar su doble discriminación como gays e indígenas.

También fue presentada la experiencia del Patronato Departamental de Liberados y Encarcelados de Canelones (Uruguay), encaminada al acceso a la salud de las mujeres privadas de libertad en el Establecimiento de Reclusión Femenino de Canelones. Las mujeres recluidas no son atendidas en función de sus particularidades biológicas que incluyen el embarazo, la atención ginecológica, la planificación familiar, ni tampoco existe una atención específica a mujeres drogo-dependientes. Esta situación se ve agravada por el hecho de que muchas mujeres, una vez que ingresan a los centros penitenciarios, son abandonadas por sus familiares y no reciben visitas, por lo que no cuentan con el apoyo emocional ni material que les provea al menos de los insumos básicos para su higiene personal o las de sus hijos, que pueden permanecer con ellas hasta los 4 años de edad.

Estrategias de justiciabilidad

A pesar de las objeciones contra la protección judicial de los derechos sociales, en el ámbito internacional y comparado existe una diversidad de formas directas e indirectas a partir de las cuales se ha impulsado la justiciabilidad del derecho a la

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

salud²¹. A continuación se analizan estas estrategias a nivel nacional e internacional.

Redefinición del litigio interno: derecho de interés público y uso alternativo del derecho

Algunas de las experiencias presentadas en el VI Curso se relacionan con el litigio judicial de casos de violación del derecho a la salud, donde se utiliza el derecho como un instrumento de transformación social o como mecanismo para visibilizar problemas sociales más generales. Este uso emancipatorio del derecho se relaciona con el llamado *derecho de interés público*,

²¹ La sistematización de un número importante de decisiones judiciales sobre derecho a la salud adoptadas en derecho internacional y comparado puede verse, entre muchos otros, en Virginia A. Leary (1995). “The Right to Complain: the Right to Health”, en Fons Coomans and Fried van Hoof (eds.). *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*. Utrecht: SIM ; Baderin, Mashood A. (2007). “The African Commission on Human and Peoples’ Rights and the implementation of economic, social, and cultural rights in Africa”, en Mashood A. Baderin y Robert McCorquodale (eds.). *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford/New York: Oxford University Press; Langford, Malcolm y Nolan, Aoife (2006). “The Right to Health”, en íd., *Litigating Economic, Social and Cultural Rights. Legal Practitioners Dossier*. Ginebra: The Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), pp. 88 a 106; y la sistematización de casos efectuada por el Relator de Naciones Unidas para el Derecho a la Salud en su informe de 2007 (Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt*, UN doc. A/HRC/4/28 del 17 de enero de 2007).

litigio estratégico o de *alto impacto*, donde se defienden intereses colectivos y la proyección de casos individuales para incidir en una situación estructural. Esta estrategia involucra la promoción del debate público, con una particular preocupación por dar voz a los marginados.

Así por ejemplo, la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina) expuso cómo logró incidir en las acciones y políticas estatales y provinciales para la protección del derecho a la salud, a partir del litigio de un caso de desnutrición infantil en la provincia. La Clínica decidió encarar el caso como una cuestión de vulneración de derechos básicos cuya responsabilidad no recaía en la familia sino en el Estado. La estrategia se llevó a cabo a través de una *acción de amparo* y junto a esta, se solicitó una *medida cautelar innovativa* para lograr el internamiento de una niña en un centro hospitalario y su atención integral. A la par de las estrategias jurídicas, la Clínica trabajó muy de cerca con la familia de la niña para lograr empoderarlos y capacitarlos sobre sus derechos y sobre sus posibilidades de exigirlos. Además, se utilizó el derecho de acceso a la información pública para verificar el acceso a estadísticas, información sobre planes y políticas públicas en materia de salud y nutrición, funcionamiento de los mismos, así como leyes y decretos que reglamentan dichos planes. Por otra parte se trabajó con una estrategia de difusión y discusión pública sobre el caso. La implementación de estrategias tanto de litigio judicial como de presión social, empoderamiento y alianzas estratégicas permitió, por una lado, la apertura de espacios de intercambio entre autoridades oficiales y sociedad civil y, por otro, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en la atención y prevención de esta problemática social.

Otro ejemplo de derecho de interés público se encuentra en el Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA). Desde una perspectiva integral y multidisciplinaria, PROVEA realiza labores de apoyo, asesoría y asistencia a grupos sociales en la defensa jurídica y extra-jurídica de sus derechos. Se priorizan además los casos colectivos sobre los individuales, sin que estos se desestimen. Esta organización trabaja con colectivos amplios, en términos cuantitativos, y comprometidos con la estrategia a implementar.

PROVEA presentó al VI Curso una experiencia de uso alternativo del derecho y justiciabilidad en relación con un caso donde más de 350 personas se vieron afectadas por una intoxicación química masiva, ocurrida en 1993 en el hospital del sector La Ovallera. Algunas víctimas fallecieron al poco tiempo mientras que otras comenzaron a sufrir graves problemas en su salud. PROVEA impulsó la organización de las víctimas para lograr la correcta prestación del servicio de salud y las justas indemnizaciones y reparaciones –fondos patrimoniales y pensiones por incapacidad–. A partir de esta intervención se está logrando determinar la responsabilidad estatal por no haber logrado garantizar servicios de salud oportunos, adecuados e integrales. En efecto, el Instituto Venezolano de Seguro Social (IVSS) ha empezado a responsabilizarse frente a los hechos ocurridos en el hospital de La Ovallera, logrando compromisos legales con el grupo de personas afectadas. Asimismo hay un pronunciamiento del Estado en el que reconoce la afectación de 123 trabajadores. PROVEA ha logrado que las víctimas tengan una mayor conciencia sobre sus derechos, de tal forma que el caso sea utilizado para visibilizar las fallas en la prestación del servicio y efectuar presión social para que el Estado prevenga los accidentes químicos en los ámbitos hospitalarios y mejore la calidad de la atención.

Otra experiencia en similar sentido, es el litigio impulsado por Tutela Legal del Arzobispado de San Salvador ante una situación de contaminación ambiental llevada a cabo por la Empresa de Baterías de El Salvador S.A., en el Cantón Sitio del Niño, departamento La Libertad. En El Salvador no se reconoce la contaminación ambiental como problema para la salud pública. Asimismo existen serias dificultades para acceder a la justicia ambiental toda vez que cuando una comunidad o un grupo denuncian por daño al ambiente, se enfrentan al problema de tener que recolectar todas las evidencias y demostrar ese daño. Es decir, no se está aplicando la figura de inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, que señala que es la persona demandada quien debe demostrar que no está cometiendo un daño ambiental. Entre otras cosas, este litigio ha permitido la organización de la población en torno a la lucha por detener la contaminación al medio ambiente y los daños causados en la salud de los pobladores. Hasta el momento, el pronunciamiento judicial ha reconocido el daño ambiental pero se continúa trabajando para que se judicialice el daño causado a la salud y vida de la población afectada. Además se logró el embargo de \$140 millones de dólares a la empresa contaminante y se logró el retiro de 33 mil toneladas de escoria de plomo de sus instalaciones.

Finalmente, durante el Curso fue presentada la experiencia de la Asociación colombiana “Salud al Derecho”, la cual ha desarrollado estrategias para el abordaje integral del problema de acceso a la salud a través de acciones jurídicas, investigación y comunicación. La Asociación ha prestado asesoría legal a más de 800 casos de violación del derecho a la salud, a través de acción de tutela y el derecho de petición. La denuncia de las violaciones del derecho a la salud permitieron la incidencia ante las autoridades de vigilancia y control en la ma-

teria. A nivel de empoderamiento de los usuarios se logró la capacitación, en materia de protección de derechos humanos, a más de 200 personas y se facilitó la difusión de la información recibida en las capacitaciones y en las asesorías a través de la creación de comités de usuarios. Este empoderamiento facilitó la presión social para que las empresas que prestan el servicio de salud modifiquen algunas de sus prácticas. Como se observa, la Asociación utiliza el litigio como parte de una iniciativa más general por un modelo alternativo de Seguridad Social que permita el acceso igualitario, eficiente, integral y gratuito para los ciudadanos.

El litigio del derecho a la salud en el Sistema Interamericano

Agotados los recursos judiciales internos en el ámbito nacional es posible impulsar la exigibilidad del derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos²². Este sistema cuenta con dos órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). A partir de algunos precedentes del sistema y experiencias presentadas en el curso, a continuación se analizan algunas potencialidades del Sistema Interamericano para la exigibilidad del derecho a la salud.

²² Cabe resaltar que en el Sistema Universal de Naciones Unidas, a través del recientemente aprobado Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se abren diversas oportunidades para el litigio internacional del derecho a la salud. Por limitaciones de espacio no se abordará dicho escenario.

La Comisión Interamericana tiene como función, entre otras, la promoción de los derechos humanos y está facultada para tramitar casos sobre violaciones de derechos humanos. En el marco de estas funciones, la Comisión elabora informes temáticos, informes de país e informes de admisibilidad y fondo en relación con casos contenciosos. Asimismo, tiene la facultad de adoptar medidas cautelares para enfrentar situaciones de gravedad y urgencia. Además, celebra periódicamente audiencias temáticas sobre la situación de derechos humanos en la región. Por su parte, la Corte Interamericana resuelve casos y solicitudes de medidas provisionales que le son presentadas por la Comisión Interamericana. La Corte también emite opiniones consultivas cuando le es requerida la interpretación de instrumentos internacionales del Sistema Interamericano.

Una de las experiencias presentadas en el VI Curso fue la del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). A través de sus tres programas –defensa jurídica; capacitación y difusión; y fortalecimiento del Sistema Interamericano– CEJIL ha litigado casos en los que se impulsan prácticas tendientes a eliminar la mortalidad materna, prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, garantizar la atención gratuita a toda persona, prevenir y atender a las personas con VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual. CEJIL aporta conocimiento especializado sobre el Sistema Interamericano y los socios locales aportan su experiencia en la legislación y los procedimientos nacionales además de compartir información relevante sobre la esfera local. CEJIL y sus co-peticionarios trabajan estrechamente con las víctimas para definir los objetivos de un caso, identificar las reparaciones adecuadas y facilitar su participación en audiencias y acuerdos de solución amistosa. Hasta diciembre de 2007, esta organización ha represen-

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

tado a más de 12.900 víctimas en más de 250 casos y medidas de protección en diversas etapas del litigio de casos en el sistema regional.

A continuación se hace una breve referencia a los principales casos relacionados con litigio del derecho a la salud en el Sistema Interamericano.

En el caso *Tribu Ache*, la CIDH consideró la negación de atención médica y medicinas durante epidemias como una violación del derecho a la preservación de la salud y al bienestar establecido en la Declaración Americana de Derechos (Art. XI). En varios casos contra Cuba se declara la violación del mismo derecho por las deficiencias de los sistemas penitenciarios de ese país y las condiciones de vida a las que están sometidos los presos, como asistencia médica deficiente, alimentación escasa y de mala calidad entre otras²³.

De otra parte, existen informes de admisibilidad –aún pendientes de una decisión de fondo sobre el caso– relacionados con personas que conviven con el VIH. En el Caso *Jorge Odir Miranda* ante la CIDH²⁴, los peticionarios alegaron, entre otros, la violación del derecho a la salud por el retardo en el suministro de medicamentos y tratamientos adecuados a las

²³ CIDH, Resolución Nº 3 /82, Caso 6091, Cuba, 8 de marzo de 1982; Resolución Nº 45 /81, Caso 4402, Cuba, 25 de junio de 1981; Resolución Nº 46 /81, Caso 4429, Cuba, 25 de junio de 1981; Resolución Nº 47 /81, Caso 4677, Cuba, 25 de junio de 1981; Resolución Nº 2 /82, Caso 2300, Cuba, 8 de marzo de 1982; Resolución Nº 3 /82, Caso 6093, Cuba, 8 de marzo de 1982.

²⁴ CIDH, Informe Nº 29/01, Admisibilidad, Caso 12.249, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros*, El Salvador, 7 de marzo de 2001.

víctimas. La CIDH admitió el caso para proceder al análisis de fondo en cuanto a la violación del artículo 26 de la Convención Americana, relativo al desarrollo progresivo y garantía de los derechos sociales. En similar sentido, en el Caso *Cuscul Piraval y otros*²⁵ la Comisión emitió un informe de admisibilidad anunciando que analizará si la garantía del derecho a la vida exige que el Estado asuma el suministro de tratamiento antirretroviral. Además, la Comisión se pronunciará sobre la falta de tutela judicial efectiva en este tipo de casos.

Un informe de fondo que es necesario resaltar, es el emitido por la CIDH en el Caso *María da Penha*²⁶ contra Brasil. La señora da Penha sufrió actos de violencia doméstica por parte de su marido. Ella denunció esta situación pero las autoridades no tomaron medidas adecuadas. A pesar de las denuncias, las agresiones continuaron hasta generar una paraplejia irreversible y, en una ocasión, tentativa de homicidio. A pesar de haber transcurrido más de 15 años después de los hechos, el agresor no había sido procesado ni sancionado. La Comisión declaró que Brasil había violado diversas normas de la Convención Americana y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En el marco del cumplimiento de lo ordenado en este informe, Brasil adoptó una ley para enfrentar la violencia doméstica, lo cual evidencia el importante papel que pueden jugar las decisiones intera-

²⁵ CIDH, Informe No. 32/05, Petición 642-03, Admisibilidad, *Luis Rolando Cuscul Piraval y otras personas afectadas por el VIH/SIDA*, Guatemala, 7 de marzo de 2005.

²⁶ CIDH, Informe No. 54/01, Caso 12.051, *María Da Penha Maia Fernandes*, Brasil, 16 de abril de 2001.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

mericanas en orden a transformar las políticas públicas de derecho interno.

Cabe resaltar que la Comisión Interamericana ha otorgado medidas cautelares para proteger el derecho a la salud de poblaciones afectadas por grave contaminación ambiental. Una de ellas se relacionaba con los efectos de un depósito de rellave minero que se encontraba a cielo abierto y contenía sustancias nocivas²⁷. En otra medida cautelar se ordenó proteger la salud, la integridad y la vida de sesenta y cinco personas, incluyendo más de treinta niños en particular estado de vulnerabilidad, y personas mayores que sufren de graves problemas respiratorios, habitantes de una población afectada por la grave contaminación ambiental generada por un complejo metalúrgico. Se ordenó entonces brindar diagnóstico médico especializado para las personas afectadas por la contaminación y para cualquier individuo en situación de peligro de muerte o daño irreparable²⁸.

Otra medida cautelar a resaltar es la adoptada a favor de las personas internadas en el Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay, teniendo en cuenta la muerte de cuatro personas, la violación de una mujer, heridas graves sufridas por otras dos mujeres y la castración de un hombre, además de existir

²⁷ CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de Oscar González Anchurayco y miembros de la Comunidad de San Mateo de Huanchor, Perú, Informe Anual, 2004. Es para destacar el hecho de que la CIDH solicitó al Estado la atención médica de la comunidad afectada y la realización del correspondiente estudio de impacto ambiental.

²⁸ CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de miembros de pobladores de La Oroya, Perú, Informe Anual, 2007.

múltiples denuncias sobre abusos sexuales y por falta de cuidado a los pacientes del lugar. La Comisión solicitó al Gobierno de Paraguay que adopte todas las medidas para prevenir la ocurrencia de nuevos actos de violencia física y sexual al interior del Hospital y requirió investigación de los graves hechos denunciados²⁹.

De otra parte, en el Caso *Mamérita Mestanza* contra Perú, la CIDH analizó un caso representativo de un número significativo de mujeres afectadas por una política gubernamental de carácter masivo, compulsivo y sistemático, que enfatizó la esterilización como método para modificar rápidamente el comportamiento reproductivo de la población, especialmente de mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales. La señora Mestanza, mujer campesina de unos 33 años de edad y madre de 7 hijos, fue acosada por parte del sistema público de salud para que se esterilizara. A partir de amenazas de denunciarla por tener más de 5 hijos, se logró su consentimiento para un procedimiento de ligadura de trompas que tuvo lugar sin haberse efectuado examen médico. La víctima fue dada de alta aun cuando presentaba serias anomalías, falleciendo días después. Su esposo denunció penalmente al Jefe del Centro de Salud, pero jamás fue procesado. En el acuerdo de solución amistosa respectivo, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por violación de la Convención y de la Convención sobre Violencia contra la Mujer. Se comprometió a realizar una investigación exhaustiva de los hechos y la sanción de los responsables, tanto a nivel administrativo penal, incluyendo las acciones entre los res-

²⁹ CIDH, Medidas cautelares otorgadas a favor de las personas internadas en el Hospital Neuropsiquiátrico del Paraguay. 30 de julio de 2008.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

pectivos Colegios profesionales. Además, entre otras medidas, se comprometió con la adopción de políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar, así como modificaciones legislativas con el objetivo de eliminar cualquier enfoque discriminatorio en temas de salud reproductiva y planificación familiar, respetando la autonomía de las mujeres³⁰.

Por su parte, la Corte Interamericana no ha hecho un análisis autónomo del derecho a la salud. En los pocos casos que ha tenido que conocer respecto a temáticas que involucran este derecho, la Corte ha utilizado estándares de derecho a la salud en el análisis de obligaciones positivas de cara al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, así como en disposiciones sobre reparaciones.

Un concepto utilizado para este enfoque de interdependencia entre derechos civiles y derechos sociales puede observarse en la categoría “vida digna”. Así, en el caso *Villagrán Morales*, relacionado con víctimas que se encontraban en una situación de indigencia, la Corte señaló que “el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”³¹. En similar sentido, dicho

³⁰ CIDH, Informe No. 71/03, Petición 12.191, Solución Amistosa, *María Mamérita Mestanza Chávez*, Perú, 10 de octubre de 2003.

³¹ Cfr. Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128; y Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

Tribunal ha precisado que el derecho a la salud (“el cuidado de la salud”) es un pilar “fundamenta[li] para garantizar el disfrute de una vida digna”³².

En el caso *Cesti Hurtado*, la víctima se encontraba en prisión sin tener acceso a los medicamentos necesarios para tratar la isquemia cardiaca que sufría y que podía poner en peligro su vida. La Corte IDH ordenó como medida provisional otorgar un tratamiento médico adecuado con el objeto de preservar su integridad física, psíquica y moral³³.

Asimismo, en el caso *De la Cruz Flores*, relacionado con la detención de una profesional de la salud que habría brindado atención médica a miembros de un grupo armado ilegal, el Tribunal resaltó la obligación estatal de respetar el “derecho y deber [de los médicos] de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de [tales]”³⁴, por ejemplo frente a una obligación legal de denuncia, y la obligación de no sancionar el “acto médico”. Al respecto, la Corte IDH indicó que el “acto médico” es “un acto esencialmente lícito, [y] un deber de un médico el prestarlo”.

³² En este caso hizo el análisis con respecto a la vida digna de los niños, como grupo vulnerable que no siempre tiene al alcance los medios necesarios para la defensa eficaz de sus derechos. Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párr. 86.

³³ *Caso Cesi Hurtado*, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1998, punto resolutivo 2.

³⁴ Corte IDH. *Caso De La Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 101.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

En el caso *Ximenes Lopes* contra Brasil³⁵, relacionado con la muerte de una persona con discapacidad mental mientras permanecía bajo cuidado de una casa de reposo, la Corte IDH señaló que los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. El Tribunal precisó que la anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos, la promoción de la salud mental, la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales (párr. 128). Asimismo, la Corte señaló algunos estándares sobre la garantía de la autonomía personal en relación con el ejercicio del derecho a la salud:

130. La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de

³⁵ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.

Otro importante aspecto desarrollado en este caso se relaciona con la obligación de asegurar una inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio de salud. Al respecto, luego de precisar que es posible atribuir la responsabilidad internacional estatal por los actos de terceros que prestan servicios públicos, el tribunal interamericano resaltó “el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicios de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción”, deber que “abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud” (párr. 141).

Estas consideraciones fueron reiteradas en el Caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*³⁶, relacionado con un caso de mala praxis médica. En este fallo el Tribunal señaló que “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado)” la atribución

³⁶ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

de responsabilidad puede surgir “por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo” (párr. 119). Además, la Corte señaló que “al médico le concierne la preservación de valores fundamentales del individuo y de la humanidad en su conjunto” (párr. 133) y que la legislación aplicable a la mala praxis médica tenía que satisfacer la debida realización de la justicia en el caso concreto.

Estrategias de monitoreo.

La exigibilidad de políticas públicas

De las experiencias de litigio y exigibilidad en el ámbito interno e internacional se derivan estándares que fortalecen el monitoreo de las políticas en salud. Al respecto, Amartya Sen se refiere al derecho a políticas públicas –metaderechos– como concepto que alude a la exigibilidad de aquellas políticas necesarias para la realización programática y progresiva de los derechos sociales, de tal forma que sea posible armonizar la justiciaabilidad de reclamos particulares y concretos con la exigibilidad de políticas estructurales claramente encaminada a la realización de derechos sociales³⁷. A lo anterior corresponde un control judicial de políticas públicas que permita la rendición de

³⁷ Sen, Amartya (2002). *El derecho a no tener hambre*. (Trad. E. Lamprea). Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Arango, Rodolfo (2004). “Constitucionalismo, estado social de derecho y realización integral de los derechos”, en Arango, Rodolfo (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

cuentas respecto al diseño, ejecución y consecuencias de las mismas³⁸.

En este sentido, y como lo señala Víctor Abramovich, los estándares jurídicos pueden servir para fijar un marco para la definición, fiscalización y evaluación de las políticas sociales³⁹. Ello evidencia que las estrategias legales, judiciales y políticas son complementarias y no se excluyen entre sí. En ese sentido, el litigio de interés público tiene como objetivo alcanzar un precedente que contribuya a un posterior monitoreo.

Las diversas experiencias presentadas en el VI Curso incluían actividades de cabildeo en orden a llamar la atención sobre los casos concretos. Un ejemplo de monitoreo e incidencia puede encontrarse en el Informe Anual sobre la situación de derechos humanos en Venezuela que prepara PROVEA y que incluye, anualmente, un análisis del derecho a la salud. Ello le ha permitido a PROVEA profundizar en la construcción de indicadores que permiten verificar el avance de las políticas sociales relevantes, lo cual se armoniza con un análisis de casos concretos coyunturales y la sistematización de denuncias presentadas respecto al derecho a la salud. Además, PROVEA organiza seminarios sobre derecho a la salud que le han permitido validar y fortalecer esta experiencia de monitoreo.

³⁸ Sobre este control judicial de políticas públicas, ver Arango, Rodolfo, *Ibid*; y Abramovich, Víctor (2006). “La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales”, en Alicia Ely Yamin (coord.). *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, *Op. Cit.*

³⁹ Abramovich, Víctor, “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco...”.

Exigibilidad del derecho a la salud en América Latina: los retos actuales

Por su parte la Asociación Pro Derechos Humanos del Perú, APRODEH, presentó sus tres estrategias para la defensa del derecho a la salud de las personas con discapacidad mental, las cuales constituyen un interesante ejemplo de exigibilidad de políticas públicas. APRODEH lucha por fortalecer capacidades, conocimientos y organización de las personas con discapacidad mental y sus familiares. Asimismo, incide en políticas públicas, reformas legales y monitoreo de procesos a través de recursos legales de tipo judicial y administrativo, denunciando ante la Defensoría del Pueblo y el Tribunal Constitucional, la exigencia de rendición de cuentas y la redacción de informes para presentar en la Comisión IDH para dar cuenta de la situación del derecho a la salud mental en el país. De esta manera se han impulsado organizaciones de usuarios que participan activamente en el monitoreo y se ha logrado visibilizar el tema en la agenda de instituciones estatales y otras organizaciones.

Otra experiencia de incidencia presentada en el VI Curso es la de la Coalición de Organizaciones No Gubernamentales del Área de VIH/SIDA (COALICIÓN ONG/SIDA), espacio de coordinación y concertación de más de 40 ONG de República Dominicana que desarrollan acciones de lucha contra el SIDA. La Coalición desarrolla gestiones ante personas e instituciones forjadoras de opinión y tomadoras de decisiones, y promueve el fortalecimiento de la capacidad de gestión de su membresía. Además, implementa una serie de estrategias que buscan la incidencia para que se logre la aprobación de una ley que permita, por un lado, disminuir los niveles de discriminación que existen alrededor de las personas que conviven con el VIH/SIDA y, por otro, la atención integral en salud de esta población incluyendo el acceso a medicamentos. La Coalición ha logrado que la inclusión de los antirretrovirales y la atención integral

sean incluidos en la Seguridad Social a través del Plan Básico de Salud, y ha logrado el impulso al proceso de reforma de la Ley sobre SIDA.

Finalmente, el mencionado Centro “Vivir sin Diabetes” (Bolivia), a través de la incidencia, ha logrado políticas públicas con asignación presupuestaria para la atención integral de la diabetes, mientras que el Patronato Departamental de Liberados y Encarcelados de Canelones (Uruguay) ha logrado la conformación, a nivel nacional, de la Mesa de Trabajo sobre las condiciones de las mujeres privadas de libertad.

Conclusiones: los grandes retos para la exigibilidad del derecho a la salud

Las experiencias presentadas en el VI Curso reflejan el importante papel que ha tenido la sociedad civil para hacer realidad el derecho a la salud en América Latina. Asimismo, reflejan los nuevos escenarios y los grandes retos para la garantía de este derecho.

Sin embargo, aún falta mucho por construir tanto en la exigibilidad a nivel nacional como en los escenarios del Sistema Interamericano. A nivel nacional es necesario que las organizaciones fortalezcan sus alianzas y las dinámicas que impulsen la rendición de cuentas por parte del Estado. Es necesario entonces adelantar litigios que tengan un fuerte impacto en políticas públicas de salud y que no se concentren solamente en alcanzar la atención sanitaria individual.

Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia desde su sentencia C-251 de 1997, ha abierto espacios para el litigio de la obligación de desarrollo progresivo. En dicho fallo

se señaló que “el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional y por ello está sometido a control judicial estricto”⁴⁰.

Aplicando este criterio al caso del derecho a la salud, en las sentencias C-1165 de 2000 y C-040 de 2004, dicha Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de normas que desconocían el mandato de ampliación progresiva de la seguridad social. Se trataba de una disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud –el régimen para las personas que no tienen capacidad de pago– so pretexto de la “racionalización del gasto público”. Dado que se disminuían en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, la Corte resaltó, *inter alia*, el principio de prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación. Además, se indicó que se vulnera el principio de progresividad cuando

⁴⁰ Una delimitación exhaustiva de los diversos componentes de este control estricto, a partir de la jurisprudencia colombiana, puede verse en Arango, Rodolfo (2006). “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Christian Courtis (comp). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto/CELS/CEDAL, pp. 153 a 171.

no se avanza en orden a lograr el principio de universalidad en la cobertura de salud⁴¹.

Este tipo de impulso del litigio judicial va de la mano con el monitoreo. El manejo de indicadores se hace imprescindible, tal como recientemente ha sido impulsado por la Comisión Interamericana en relación con el sistema de informes de cumplimiento del Protocolo de San Salvador⁴². La propuesta de la CIDH incluye indicadores de progreso para evaluar las medidas adoptadas por los Estados encaminadas al cumplimiento de metas específicas derivadas de las obligaciones internacionales en la materia. Este escenario transforma las estrategias de cabildeo, lo cual exige que las organizaciones de la sociedad civil tengan mayor creatividad y rigor en la determinación del alcance de las políticas sociales correspondientes.

Asimismo, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana están llamadas a impulsar la exigibilidad judicial directa del derecho a la salud a través de las obligaciones establecidas en la propia Convención Americana (par-

⁴¹ En este sentido, la sentencia C-130 de 2002 señaló que “si bien el desarrollo progresivo de la seguridad social para lograr la cobertura total de los servicios de salud para todos los habitantes (...) debe hacerse gradualmente, para lo cual los recursos existentes en un momento dado juegan un papel determinante, esto no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de (la Constitución)”.

⁴² CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14, 19 de julio de 2008.

ticularmente sus artículos 1.1, 2 y 26). En este sentido, la misma Corte Interamericana ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁴³. El Tribunal precisó que al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano⁴⁴.

Por otra parte, la sociedad civil debe interesarse por el fortalecimiento de organismos de control estatales, tales como las Defensorías del Pueblo, que están llamados a interactuar con las organizaciones sociales para adelantar estrategias conjuntas para el impulso de la rendición de cuentas. En este sentido, recuperar el Estado es también un interés para la sociedad civil, ante el creciente predominio del interés privado y multinacional en el manejo de los asuntos públicos.

Como se observa, es necesario impulsar el fortalecimiento del papel de los estándares internacionales de derechos humanos en el impulso de la exigibilidad local del derecho a la salud. Y viceversa. En esta labor el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha jugado un rol decisivo y está llamado a fortalecer esta interacción entre derecho internacional y derecho interno, según los diseños institucionales y legales propios de cada país. En algunas publicaciones y programas del Instituto se resalta la posible unidad de protección a través de

⁴³ Ver, entre muchos otros, el Caso de la Masacre de Mapiripán, emitido en 2006.

⁴⁴ Ibídem.

los sistemas nacionales e internacionales⁴⁵. Esta unidad exhorta a un diálogo donde lo positivo en un nivel esté llamado a fortalecer, a la luz del principio de interpretación más favorable, el otro nivel paralelo. Las bases de este sistema unitario interactivo están aún por consolidarse y la sistematización de experiencias como las presentadas en el VI Curso, constituyen un importante aporte en dicho camino.

⁴⁵ Entre muchos otros, ver Parra Vera, Oscar; Villanueva Hermida, María Aránzazu y Martín, Agustín Enrique (2008). *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José: IIDH/UNFPA.