

ALGUNAS PARADOJAS DE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD.

Pedro Isabel Morales Aché.*

Dado el título de esta presentación, es conveniente definir el significado que le asignamos a la expresión “justiciabilidad del derecho a la protección de la salud”. Por tal término entendemos la posibilidad de que sus titulares (por sí o por terceros) puedan accionar judicialmente ante la afectación de su propio derecho, de modo que su incumplimiento produzca o actualice consecuencias normativas, que pueden ser: la imposición coactiva de la conducta debida; la imposición de sanciones (de diversa índole); y el resarcimiento del daño causado por la violación del derecho.

Es así como la justiciabilidad del derecho fundamental que nos ocupa permite que éste pueda ser caracterizado como un auténtico derecho público subjetivo (esto es, como el conjunto de facultades y poderes concretos, otorgados por el derecho objetivo –normas de carácter fundamental-, que permiten a su titular exigir su cumplimiento, o un resarcimiento ante su violación, lo que lógicamente presupone que existe un tercero que debe darle cumplimiento, por lo que simultáneamente a la existencia del derecho, existe una obligación de cumplir con éste, a través de un deber activo, o una prohibición de vulnerarlo, mediante una obligación negativa), lo que implica la posibilidad de que las contravenciones al derecho a la protección de la salud indefectiblemente produzcan consecuencias jurídicas.

La razón que explica la pertinencia de hablar de la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud radica en que, si bien en el caso específico de los países de América Latina se ha producido el reconocimiento de éste como un derecho humano mediante su incorporación y reconocimiento expreso en las constituciones, como es el caso de México y de la mayor parte de países, o a

* Abogado litigante, integrante del Colegio de Bioética, A.C.

través de la aplicación de las normas del Derecho Internacional al ámbito nacional, como aconteció en el caso de Argentina, en la práctica tal reconocimiento no se ha traducido en una debida satisfacción de las necesidades que en materia de salud tienen los habitantes de los países latinoamericanos, ya que de manera recurrente los gobiernos de la región aducen una carencia de recursos económicos para dar cumplimiento a este derecho, por lo que las más de las veces el contenido de las políticas públicas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones estatales que derivan del derecho a la protección de la salud, es determinado de manera arbitraria por las burocracias de los ministerios de salud, y está previamente condicionado por la insuficiencia de los recursos públicos destinados a tal fin, de modo tal que las actividades estatales tendientes a dar satisfacción a este derecho terminan siendo, en la mayoría de los casos, meros actos discrecionales no sujetos a escrutinio por cuanto hace a su constitucionalidad y a su racionalidad.

Un segundo argumento que con frecuencia es utilizado para justificar los reiterados incumplimientos al derecho a la protección de la salud consiste en postular una pretendida “insuficiencia normativa” de los derechos económicos, sociales y culturales, de los que forma parte el derecho a la protección de la salud. Para efectos de brevedad, tal supuesta “insuficiencia normativa” puede ser enunciada con la siguiente expresión: a pesar de estar semánticamente expresados como derechos, se trata de disposiciones programáticas que sólo establecen un ideario a alcanzar por los gobiernos, o bien, se parte de la afirmación de que existen diferencias substanciales entre la naturaleza de los derechos civiles y políticos y la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, que determinan que a diferencia de los primeros, estos últimos no tengan un contenido jurídico exigible, ya sea por consistir básicamente en actos de carácter positivo que requieren cuantiosos recursos económicos o por presuponer la realización de actividades estatales de difícil medida.

Ahora bien, debe tenerse presente que los derechos económicos, sociales y culturales han sido caracterizados como aquellos derechos que para su

cumplimiento, en una medida preponderante, requieren del otorgamiento de prestaciones estatales, que en algunos casos tienen un alto costo económico,

Diversos autores, entre los que se encuentra Robert Alexy, estiman que en parte pueden ser definidos como derechos a prestaciones, es decir, “como derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo de los particulares”.

Ello explica que en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se establezca la obligación a cargo de cada uno de los Estados signantes de “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados ... la plena efectividad” de esta clase de derechos, y que el tema de su cumplimiento y exigibilidad se manifieste con diferentes intensidades, según sea el nivel de desarrollo económico de cada uno de los Estados.

Ante el manifiesto, recurrente y grave incumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de un número importante de Estados, y en contraposición a los argumentos que pretenden desconocer el carácter “normativo” de estos derechos, ha surgido un creciente movimiento internacional, que desde diversos ángulos de la vida social proclama la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y, particularmente, del derecho a la protección de la salud.

a) En el escenario internacional resalta el papel precursor que ha desempeñado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, siendo conveniente citar la Observación general número 3, que versa sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes, aprobada en el quinto periodo de sesiones que se celebró en 1990, y la Observación general número 14, que con la denominación “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, fue aprobada en el vigésimo

segundo periodo de sesiones, realizado en 2000. Igualmente, debe citarse la Recomendación general número 24, denominada “Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer. La mujer y la salud”, que fue aprobada en el vigésimo periodo de sesiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que tuvo lugar en 1999.

b) En el ámbito académico podría ser citado un número cada vez mayor de juristas que en diversos países se ha encargado de elaborar, así sea de manera incipiente, lo que bien podría denominarse una teoría sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, con una marcada influencia de la teoría del garantismo desarrollada por Luigi Ferrajoli. La labor de estos tratadistas se ha focalizado en “desconstruir” las teorías que proclaman la “no justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, a partir de una pretendida existencia de diferencias substanciales entre las obligaciones que derivan de los derechos civiles y políticos, y las obligaciones que derivan de los derechos económicos, sociales y culturales; en identificar los componentes de los derechos económicos, sociales y culturales que son de exigibilidad inmediata (dada su similitud ontológica con componentes de los derechos civiles y políticos) y apelando a los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos; y en enfatizar la imperiosa necesidad de diseñar y crear garantías procesales ad hoc, que permitan una adecuada justiciabilidad de estos derechos.

c) De igual manera, las organizaciones no gubernamentales se han ocupado del tema de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y de manera específica, de la exigibilidad del derecho a la protección de la salud, a través de la realización de múltiples actividades de promoción de esta clase de derechos y la articulación de reclamos para su cumplimiento.

Afortunadamente en el caso de latinoamérica el movimiento a favor de la exigibilidad del derecho a la protección de la salud ha sido capaz de alcanzar en diferentes momentos y circunstancias la justiciabilidad de algunos componentes de este derecho, y los resultados obtenidos son precisamente el objeto de análisis de esta presentación.

En los últimos años en diversos países de América Latina se ha producido un paulatino reconocimiento del carácter justiciable del derecho a la protección de la salud, como consecuencia de la tramitación de demandas y peticiones que preponderantemente han reclamado el suministro de medicamentos a personas infectadas con el VIH, ante las jurisdicciones nacionales (ya sea a nivel de las Supremas Cortes de Justicia o de tribunales de menor jerarquía, pertenecientes tanto a la jurisdicción constitucional como a la jurisdicción civil), o como resultado de la actuación del sistema interamericano de derechos humanos (a través del otorgamiento de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Como un dato que corrobora que la disponibilidad de recursos económicos sigue siendo un factor relevante en el reconocimiento y cumplimiento del derecho a la protección de la salud, podemos señalar que no es casual que tratándose de los países de la región que tienen un mayor desarrollo económico, hayan sido las jurisdicciones nacionales las que han reconocido el derecho de las personas enfermas a que les sean suministrados medicamentos, en tanto que en el caso de los países con menor desarrollo económico haya sido el sistema interamericano de derechos humanos en donde se ha reconocido la exigibilidad del derecho (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha otorgado medidas cautelares para el suministro de medicamentos antirretrovirales en contra de los gobiernos de El Salvador, Bolivia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana).

Tal reconocimiento jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional (en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) del carácter exigible del derecho a la protección de la salud ha obligado a los gobiernos latinoamericanos a instrumentar programas de suministro gratuito de medicamentos, básicamente a favor de las personas infectadas con el VIH, y en menor medida, ha permitido que personas que padecen otras enfermedades también hayan recibido medicamentos y tratamiento médico.

Si bien resultan indiscutibles los méritos y las bondades de las resoluciones jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales que han reconocido el carácter justiciable del derecho a la protección de la salud, ya que han permitido la apropiación de este derecho por parte de sus titulares, al tiempo que han logrado moderar las prácticas gubernamentales que lo hacían nugatorio, y han producido grandes efectos benéficos, en términos de sobrevida y mejoramiento en la calidad de vida de las personas enfermas, para estar en condiciones de valorar integralmente sus consecuencias es menester referirnos a la forma en que está estructurada la defensa de los derechos humanos por vía judicial.

Históricamente se ha considerado que están vedadas al escrutinio judicial las decisiones de índole política (entre las que de manera destacada se encuentra la aprobación de los presupuestos públicos), la definición de políticas públicas y las omisiones legislativas (entendidas como el incumplimiento de la obligación de los órganos representativos de legislar sobre una determinada materia), y que los efectos de las sentencias de los tribunales de jurisdicción constitucional se limitan a la invalidación o anulación de los actos contrarios a los derechos fundamentales (la mayoría de las veces mediante el reconocimiento de un contenido normativo relevante que resulta vulnerado por el acto cuya inconstitucionalidad es declarada y que tratándose de leyes sólo se actualiza mediante una función negativa de los tribunales, que están impedidos para determinar el contenido de la norma legal que debe substituir a la declarada inconstitucional).

Asimismo, es frecuente que las decisiones judiciales carezcan de efectos erga omnes, que se requiera para la intervención de los jueces de la instancia de parte agraviada y aún en aquellos sistemas jurídicos que reconocen la tutela de los intereses difusos (que por cierto, no es el caso de México), que sea necesario probar que el acto impugnado causa de manera directa una afectación cierta a un derecho.

Debido a ello, las decisiones judiciales que determinan que ha sido incumplido el derecho a la protección de la salud, si bien se traducen en el reconocimiento del carácter “justiciable” (jurídico) del derecho, y en la imposición

de una conducta gubernamental tendiente a revertir tal vulneración (lo que generalmente tiene un costo económico), no suelen imponer a los Estados la obligación de incrementar el presupuesto destinado a la satisfacción de las necesidades de salud, por lo que en la práctica el cumplimiento “coactivo” (o impuesto) vía judicial del derecho a la protección de la salud, a favor de una persona en lo individual o de un determinado colectivo de enfermos, puede generar la desprotección de otras personas enfermas, al limitarse a una reasignación de recursos económicos, sin que se produzca un incremento en los fondos destinados a las instituciones públicas de salud, por lo que de manera paradójica el cumplimiento y reconocimiento del derecho a la protección de la salud, a favor de alguien o de algunas personas, puede provocar un mayor incumplimiento (e inclusive un desconocimiento) del derecho a la protección de la salud de otras personas.

La imposibilidad judicial de realizar un escrutinio de las políticas públicas (imposibilidad que no es consubstancial a la actividad jurisdiccional, sino que más bien es resultado de la regulación legal de que son objeto los tribunales), debe ser considerada de carácter relativo, ya que cuando los tribunales declaran que se ha actualizado una violación al derecho a la protección de la salud, con frecuencia, así sea de manera indirecta, influyen en la modificación de la política pública al amparo de la cual se produjo el acto violatorio. Ello permite la subsistencia de prácticas gubernamentales de carácter generalizado que en ocasiones difícilmente pueden salvar un test de racionalidad, lo que por cierto, también acontece respecto a la racionalidad de las actividades gubernamentales tendientes a dar cumplimiento a las sentencias de los tribunales, o a las nuevas políticas públicas que son resultantes de tales sentencias, dada la carencia de instrumentos adecuados que hagan posible evaluar su racionalidad, lo que puede dar lugar a un nuevo incumplimiento del derecho a la protección de la salud de la persona o del grupo de personas aparentemente beneficiado con las resoluciones judiciales o en relación con el padecimiento objeto de la protección jurisdiccional.

Particular gravedad reviste el hecho de que los tribunales estén impedidos para censurar las omisiones legislativas (imposibilidad que sólo constituye una regla general, ya que siempre pueden optar por la aplicación directa de la constitución o de los tratados internacionales), dada la vaguedad semántica con que usualmente es reconocido el derecho a la protección de la salud.

Por cuanto hace a los efectos relativos o intuitu personae de las sentencias judiciales, encontramos que hay quien sostiene que en el caso de la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud se produce una situación de grave desigualdad entre las personas que estuvieron en condiciones materiales de acceder a las instancias jurisdiccionales y obtuvieron el reconocimiento y eficacia de su derecho a la protección de la salud, y las personas que estando en una situación análoga se vieron impedidos para reclamar la tutela de los jueces.

También debemos hacer mención del hecho de que la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud, por cuestiones de índole legal, tiende a reforzar el modelo de intervención médica imperante para la atención de los problemas de salud de la población, que como es sabido, se encuentra excesivamente medicalizado, ello en detrimento de las actividades de prevención de las enfermedades. En efecto, el que generalmente se requiera una afectación cierta y determinada al derecho a la protección de la salud, aunado a que es más factible obtener una sentencia judicial que contenga una obligación de “dar”, como lo es el suministro de medicamentos, que una sentencia que establezca una obligación de “hacer”, como lo sería la realización de actividades preventivas en el área de la salud pública, en las que comúnmente es imposible individualizar a las personas directamente beneficiadas, o la atención integral, desde la perspectiva de la *lex artis* de la medicina, provoca que la mayor parte de las resoluciones judiciales se limite a ordenar la entrega de medicamentos, que son adquiridos básicamente de los empresas farmacéuticas transnacionales, que con la protección que les otorga el ser titulares de las correspondientes patentes y con la renuncia de la mayor parte de los gobiernos a ejercer sus funciones de reguladores del mercado, mediante el control de precios o el otorgamiento de

licencias obligatorias por causa de utilidad pública, fijan de manera discrecional y las más de las veces arbitraria, el precio de los medicamentos.

Por constituir el caso más representativo y de manera meramente enunciativa, resulta aconsejable referirse al reconocimiento del derecho a la protección de la salud de las personas infectadas con el VIH, que tal y como fue señalado anteriormente, básicamente ha consistido en el establecimiento de programas gubernamentales de acceso gratuito a los medicamentos, sin estar acompañado de la satisfacción de otro tipo de componentes del derecho a la protección de la salud, lo que ha dado lugar a un modelo de atención medicalizado, en donde el constante incremento del gasto público para la adquisición de medicamentos, ya sea por ampliación de la cobertura poblacional, por aumentos en el precio de los medicamentos existentes, o por la comercialización de nuevos medicamentos, que siempre tienen un costo mayor que los anteriores, ha ocasionado que la mayor parte de Estados prácticamente hayan abandonado las actividades de prevención, dado lo exiguo de los presupuestos que son destinados a tal actividad, después de haber adquirido los medicamentos a ser suministrados, lo que necesariamente se traduce en que se omite impedir el mayor número posible de nuevos contagios, que a su vez van a representar nuevos reclamos de suministro de medicamentos, cuya satisfacción tendencialmente puede provocar un mayor abandono de las actividades de prevención, produciéndose de esta forma un círculo vicioso, que podría ser enunciado de la siguiente manera: a más inversión en medicamentos, menor prevención, lo que provoca un mayor número de contagios, que a su vez requieren más inversión en tratamientos, reduciendo aún más las actividades de prevención, y ello puede ser llevado ad infinitum.

Si analizamos específicamente el caso de México, encontramos que adicionalmente al casi absoluto abandono de las actividades de prevención, el programa gubernamental de suministro de medicamentos a las personas infectadas con el VIH no ha estado acompañado de la provisión de suficientes recursos económicos para la realización adecuada y constante de los estudios

clínicos de control, por lo que en muchos de los casos se ignora si los medicamentos suministrados están siendo eficaces, al tiempo que no se ha reconocido la gratuidad de los servicios de hospitalización médica de tercer nivel, por lo que es frecuente que personas que cuentan con el suministro gratuito de medicamentos fallezcan o sufran severos daños en su salud, como consecuencia de estar impedidas de acceder a la prestación de servicios de hospitalización, lo que se ve agravado por el hecho de que tampoco se cuenta con pertinentes programas sociales tendientes a atenuar la situación de extrema pobreza que enfrentan muchas de las personas enfermas. Todo ello coexiste con una prescripción irracional de medicamentos, que muchas de las veces no tiene más justificante que el pretexto de la libertad prescriptiva de los médicos tratantes, al tiempo que con cierta frecuencia son comercializados nuevos medicamentos, que en la lógica de la economía de mercado, necesariamente son más caros, de modo tal que en la medida en que son más eficaces los tratamientos para el VIH, los requerimientos de asignación de recursos económicos son mayores, lo que se traduce en la desprotección de las mismas personas que son destinatarias del programa de suministro de medicamentos, máxime que recientemente ha sido probado que parte de los recursos presupuestarios asignados por el congreso federal para la atención de este padecimiento, han sido transferidos a partidas ajenas al tratamiento del VIH.

Estamos convencidos que la justiciabilidad del derecho a la protección de la salud es una condición necesaria para que en latinoamérica se alcance el reconocimiento pleno del contenido normativo de este derecho, y a partir del reconocimiento de la insuficiencia de los recursos judiciales actualmente existentes para alcanzar la adecuada delimitación de su núcleo esencial y de las obligaciones que pueden ser impuestas a los Estados en aras de su cumplimiento, nos adherimos totalmente a la afirmación de Abramovich y de Courtis, en el sentido de que “de la inexistencia [-o insuficiencia-] de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertas obligaciones que tienen como fuente derechos económicos, sociales y culturales no se sigue de ningún modo la

imposibilidad técnica de crearlos y desarrollarlos. El argumento de la inexistencia de acciones idóneas señala simplemente un estado de cosas susceptible de ser modificado”.

Es por ello que consideramos necesario trabajar en el desarrollo y consolidación de un modelo garantista del derecho a la protección de la salud, lo que implica la identificación del conjunto de técnicas, instituciones y procedimientos jurídicos existentes en un sistema normativo determinado, que resultan idóneos para alcanzar la máxima eficacia normativa de este derecho, o la creación de tales técnicas, instituciones y procedimientos, en caso de que las existentes resulten insuficientes, de modo que se reduzca la distancia entre normatividad (fundamental) y efectividad, que si bien es consubstancial a la propia naturaleza del Derecho, en países como los latinoamericanos llega a ser de carácter estructural, por lo que se torna insuficiente el solo reconocimiento del derecho a la protección de la salud. En dicha labor se debe poner particular atención en la tarea de lograr la concreción del derecho a la protección de la salud por vía de la interpretación judicial, ya que la actividad jurisdiccional no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que por el contrario, los jueces en su actividad cotidiana son auténticos creadores de Derecho, mediante la individualización e interpretación de las disposiciones jurídicas. Así concebida la actividad de las autoridades jurisdiccionales, resulta obvio que la efectiva protección del derecho a la protección de la salud presupone la existencia de decisiones jurisdiccionales que permitan determinar el contenido y alcances específicos de cada uno de los componentes de este derecho, ya que el arbitrio judicial, siempre que esté acompañado de adecuadas garantías procesales, puede otorgarle al derecho a la protección de la salud un contenido cierto y exigible y, en última instancia, actualizar el carácter coercitivo del Derecho.

Estimamos que en tal labor es ineludible utilizar el esquema del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que distingue tres niveles de obligaciones estatales respecto a los derechos económicos, sociales y culturales: Las obligaciones de respetar (que se refieren a deberes del Estado de no injerir,

obstaculizar o impedir el acceso o goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho), las obligaciones de proteger (que consisten en impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes), y las obligaciones de satisfacer (que suponen asegurar que el titular del derecho tenga acceso al bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo, así como el desarrollo de condiciones para que los titulares del derecho accedan a los bienes objeto del derecho), y que tal esquema debe ser interpretado conjuntamente con lo dispuesto en el inciso d) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que una de las medidas que deberán ser adoptadas por los Estados para asegurar la plena efectividad del derecho a la protección de la salud consiste en “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”, lo que permitirá que, independientemente de que se asuma la caracterización clásica de los derechos humanos como únicamente oponibles al Estado, o de que, sin que ello implique que se desnaturalice la obligación del Estado de velar, en última instancia, por el respeto de los derechos humanos, se acepte la teoría de la eficacia horizontal (ya sea inmediata o mediata) de los derechos fundamentales, que como es conocido, presupone la aceptación de que los derechos humanos regulan de manera directa las relaciones entre particulares, ya que éstos también son calificados como sujetos pasivos obligados a su cumplimiento, se logre que los Estados y las personas y corporaciones que trabajan en el sector de los servicios de salud, cumplan cabalmente con las obligaciones que derivan de la naturaleza del derecho a la protección de la salud, lo que debe estar acompañado del establecimiento de programas de supervisión y seguimiento del ejercicio de los presupuestos públicos, desde la sociedad civil, y de la participación social en la definición de las políticas públicas, para impulsar la incorporación del derecho a la protección de la salud en la agenda política y asegurar la asignación de recursos económicos suficientes, aplicados bajo los principios de publicidad y transparencia.