Derecho a la salud:
elementos preliminares
para una aproximación
comparada

Oscar Parra Vera*

* Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

I. Introducción

A pesar de las diversas objeciones contra la protección judicial de los derechos sociales, en el ámbito internacional y comparado es posible encontrar numerosos ejemplos de formas directas e indirectas de protección judicial del derecho a la salud.¹ En los países donde se han alcanzado niveles impor-

¹ Una 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 Iain Byrne, "Enforcing the Right to Health: Innovative Lessons from Domestic Courts", en Andrew Clapham y Mary Robinson, *Realizing the Right to Health*, Swiss Human Rights Book Vol. 3, University of Zurich, 2009; Malcolm Langford y Aoife Nolan, "The Right to Health", en *id.*, *Litigating Economic, Social and Cultural Rights. Legal Practitioners Dossier*, Ginebra, The Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), 2006, pp. 88 a 106, Fons Coomans (ed.), *Justiciability of economic and social rights: experiences from domestic systems*, Antwerpen: Intersentia, 2006, y Christian Courtis, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, International Commission of Jurists, 2008.

tantes de justiciabilidad ello no hubiera sido posible sin la existencia de un contexto de alto protagonismo de los Jueces, en particular, a través de la judicialización de ciertos debates y políticas sociales en orden a lograr una mayor rendición de cuentas por parte de los poderes públicos.² En el caso particular del derecho a la salud, algunos estudios explican los altos niveles de protección judicial³ como una respuesta a reformas de los sistemas de salud influidas por un sesgo neoliberal y donde prevalece la lógica del Mercado.⁴ En estos contextos, algunos Jueces han utilizado

² Existe una amplia bibliografía sobre este protagonismo de los Jueces dirigido a una mayor rendición de cuentas por parte de los poderes públicos. Respecto al caso colombiano ver Rodrigo Uprimny Yepes, "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, Conectas, 2007, pp. 52 a 69. En el derecho comparado ver Siri Gloppen, Roberto Gargarella y Elin Skaar (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies*, London, Frank Cass, 2004. Este libro efectúa un análisis comparado del rol activo de los Jueces pero también ilustra algunos riesgos debido a la falta de rendición de cuentas por parte del poder judicial. Asimismo, ver Rachel Sieder, Line Schjolden and Alan Angell (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2005; Víctor Abramovich, "La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales" 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, 2006 y Christian Courtis, "Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social", en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta/IJ-UNAM, 2007, pp. 185 a 209.

³ Teniendo en cuenta los casos de Colombia, Brasil, Costa Rica, Sudafrica e India, Siri Gloppen resalta que desde los años 90 ha incrementado el litigio en relación con el derecho a la salud y precisa que "Court decisions have been wide-ranging as well: throughout Latin America, in particular, courts have ordered governments and public authorities to provide treatment for a range of conditions and to include new groups of patients in existing schemes". Siri Gloppen, "Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health", en *Health and Human Rights*, Vol. 10, No. 2, 2008, pp. 21 a 36.

⁴ Para el caso colombiano, ver Víctor de Currea Lugo, *El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones*, Bogotá, ILSA, 2003; Natalia Paredes Hernández, *El derecho a la salud: su situación en Colombia*, Bogotá, CINEP/GTZ, 2003 y Natalia Paredes y Mauricio Torres, "El caso colombiano: el mercado no es para todos y todas",

diversas opciones de protección judicial que han permitido ciertos tipos de acceso a la salud.

Sin embargo, no todas las intervenciones judiciales han sido objeto de una adecuada fundamentación o algunas no han tenido impacto real. En efecto, muchas órdenes judiciales se relacionan con casos individuales que no se proyectan en la modificación estructural de la situación que explica la violación del derecho. De otra parte, el alto costo económico de muchas decisiones judiciales ha sido utilizado como pretexto para su incumplimiento o para alterar políticas sociales en desmedro de muchas personas que no interponen reclamos por vía judicial. Asimismo, algunos autores critican que la discusión sobre políticas sociales se desarrolle en el escenario judicial y no en el escenario democrático, asociado a la discusión deliberativa en el Congreso y a la rendición de cuentas por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Por estas y otras razones, en el debate sobre la justiciabilidad de los DESC ha adquirido protagonismo la caracterización de algunos tipos de intervención judicial en la materia y la determinación de escenarios de protección judicial "óptima" de los mismos.⁵

en *El derecho a la salud. Situación en países de América Latina*, Bogotá, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo y Asociación Latinoamericana de Medicina Social, 2005.

⁵ Ejemplos de este enfoque pueden verse en Víctor Abramovich, "Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados" en *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 2, 2005, pp. 212 a 221 y Rodrigo Uprimny Yepes, "¿Existe una protección judicial óptima de los derechos sociales", documento de trabajo no publicado, Bogotá, Dejusticia, 2006.

Esta línea de investigación defiende la justiciabilidad pero no cualquier tipo de justiciabilidad, sino aquella que es sensible frente a la realización de los derechos pero también sensible al impacto institucional, económico y democrático que puede tener el control judicial de políticas públicas.

En el marco de dichos esfuerzos dirigidos a explorar buenas prácticas de protección judicial de los derechos sociales, el presente escrito analiza tres sentencias seleccionadas por la OACNUDH y la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que reflejan algunos de los debates existentes sobre la garantía del derecho a la salud en México, Colombia y Guatemala. Es claro que, a pesar de la importancia de estas tres sentencias, no es posible efectuar un análisis comparado a profundidad sobre la protección judicial del derecho a la salud en estos países a partir de una muestra tan limitada. Tal como lo señalan los dos proyectos más importantes sobre análisis comparado en materia de justiciabilidad del derecho a la salud (*Courting Social Justice*, coordinado por Varun Gauri y Daniel Brinks⁶ y *Litigating Health Rights*, coordinado por Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen),⁷ un análisis comparado del litigio no sólo exige la valoración de la dimensión normativa que explica y justifica la intervención de los Jueces. Además, es necesario valorar el contexto sociopolítico e institucional en el que surge la judicialización de estos derechos, la forma como la judicialización responde a problemas y oportunidades en el sistema de salud, cuál es la dinámica de la implementación de los fallos

⁶ Cambridge University Press, 2008.

⁷ Harvard University Press, 2011.

y cuáles son los impactos de la intervención de los Jueces, particularmente si el impacto es equitativo o inequitativo y quiénes son los realmente beneficiados con los casos.

Dada la complejidad del tema, el presente escrito tan sólo contribuye con reflexiones sobre cuáles aspectos de estas sentencias se relacionan con buenas prácticas judiciales. Para ello, en primer lugar, se efectúa un diagnóstico jurídico de los estándares internacionales más relevantes en el tema. En segundo lugar, se mencionan algunos ejemplos sobre el papel que juega el derecho internacional de los derechos humanos en el impulso de la justiciabilidad del derecho a la salud. En tercer lugar, tomando como punto de partida una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se analiza el uso de criterios de conexidad e interdependencia para impulsar la protección judicial de dimensiones prestacionales del derecho a la salud. En cuarto lugar se reseñan algunas críticas a la utilización de estos criterios de conexidad y al énfasis en la protección judicial individual del derecho a la salud. Dichas críticas introducen el quinto segmento del artículo, en el que se analiza una decisión emitida por la Corte Constitucional de Colombia que visibiliza, a partir de un remedio judicial estructural, un tipo de intervención judicial que responde a críticas contra la intervención judicial en derechos sociales que se concentra exclusivamente en casos individuales sin tener en cuenta el impacto estructural de la judicialización y los problemas subyacentes a la masividad del litigio. En sexto lugar, a partir de una decisión emitida por la Suprema Corte de Justicia de México, se reseña el rol de una visión del derecho a la salud que tenga en cuenta sus relaciones con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad.

II. Breve síntesis de los principales estándares internacionales⁸

1. El contenido del derecho a la salud

El derecho a la salud se encuentra consagrado en múltiples instrumentos internacionales⁹ y en normas que constituyen derecho internacional consuetudinario o costumbre internacional en la material.¹⁰ Entre las principales interpretaciones autorizadas sobre

⁸ En esta parte retomo algunos elementos de Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.

⁹ Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 11 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 5.e.iv de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 25 de la Convención Internacional sobre la Protección y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenios de la OIT en relación con la salud en el trabajo, artículo 25 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁰ El derecho internacional consuetudinario está constituido por (i) prácticas desarrolladas por los Estados, reconocidas por éstos como obligatorias y (ii) principios generales del derecho. Los instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud que no son tratados tienen una fuerza persuasiva importante. En efecto, su promulgación es fruto de largas negociaciones entre los gobiernos y, además, son adoptados consensualmente por órganos políticos con autoridad supranacional como la Asamblea General de la ONU. Si bien es cierto que no tienen la naturaleza de un tratado y que su valor jurídico es variable, los siguientes instrumentos internacionales son fruto de un amplio consenso de la comunidad internacional y son aplicados sistemáticamente por los Estados. Por esta razón, consolidan una práctica general y sistemática que nace de la aceptación generalizada de obligaciones jurídicas. Entre dichas normas se destacan: Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Declaración y Programa de Acción de Viena, Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, Declaración de Alma-Ata

el alcance y contenido del derecho a la salud se encuentran la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹ (en adelante "Comité DESC"), la Recomendación General 24 sobre "la mujer y la salud" del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹² y los diversos informes del Relator Especial sobre el Derecho al Disfrute del Más Alto Nivel de Salud Física y Mental.¹³

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud ha precisado que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades. Asimismo, el goce del máximo grado de salud

sobre la Atención Primaria en Salud, Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Directrices sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos, Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad, Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, y Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor.

¹¹ Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000. La observación analiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

¹² 20° periodo de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1. El Comité de los Derechos del Niño se encuentra preparando una observación general específica sobre el derecho a la salud de los niños y las niñas, la cual será emitida en 2012.

¹³ Los Relatores Especiales forman parte de los procedimientos y mecanismos extraconvencionales establecidos por el Sistema de Naciones Unidas. El mandato focalizado en derecho a la salud ha sido ejercido por Paul Hunt (2003-2008) y Anand Grover (2009 hasta el presente).

que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.¹⁴ La salud involucra entonces actividades de prevención, promoción y protección e implica un enfoque integral en donde se incluyen los entornos físico y social y los demás factores relacionados con la existencia.

El Comité DESC ha plasmado con claridad esta idea al considerar que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones que permiten a las personas llevar una vida sana.¹⁵ Estos factores contemplan 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.

Por otra parte, la mencionada Observación General 14 (párr. 12) señala que el derecho a la salud, en todas sus formas y a todos los niveles, abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalientes en un determinado Estado Parte:

- 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

¹⁴ Principios básicos de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

¹⁵ Observación General 14, párr. 4.

programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

- b) *Accesibilidad.* Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
- i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
 - ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores,

las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

- iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

- iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

- c) *Aceptabilidad.* Todos 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.* Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

2. Obligaciones respecto al derecho a la salud

Asimismo, el Comité DESC ha precisado cierto tipo de obligaciones particulares en relación con el derecho a la salud, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales aplicables:

Obligaciones de respeto. En este nivel, los Estados deben *abstenerse* de obstaculizar, directa o indirectamente, el disfrute del derecho a la salud tanto a nivel individual como colectivo. El respeto se dirige hacia la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo o colectividad. Por ejemplo, el Estado

debe abstenerse de adoptar políticas discriminatorias que impidan o limiten el acceso de ciertas personas a las prestaciones relacionadas con el derecho a la salud.

Obligaciones de protección. Este tipo de obligaciones exige que los Estados adopten medidas para impedir que *terceros* interfieran u obstaculicen el disfrute del derecho a la salud. El Estado debe vigilar y controlar la actividad de los particulares encargados de la prestación de servicios de salud, así como de particulares cuya actividad genere efectos perjudiciales para la realización del derecho a la salud. Además, el Estado debe velar porque cierto tipo de costumbres o prácticas de orden familiar o comunitario no afecten la salud de las personas.

Obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento. En este nivel, los Estados deben *adoptar medidas* de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. Ello incluye la organización del servicio público correspondiente que haga posible el disfrute del derecho. Las obligaciones de cumplir incorporan obligaciones de **facilitar, proporcionar y promover**.

Cabe resaltar que, en relación con el derecho a la salud, son **obligaciones con efecto inmediato** aquellas que pueden ser exigidas, actualmente con independencia de los problemas de carácter presupuestal u otro tipo de obstáculos que enfrente un determinado Estado. En su Observación General 14 (párr. 30), el Comité DESC, ha precisado que si bien el Pacto establece la aplicación progresiva de los derechos y reconoce los obstáculos que representan

los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones con efecto inmediato. Con respecto al derecho a la salud, los Estados tienen las siguientes obligaciones inmediatas:

Garantizar que el derecho a la salud será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2).

Adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del derecho a la salud (párrafo 1 del artículo 2).

Ahora bien, el Comité DESC, en su Observación General 14 (párr. 43), precisa que los Estados tienen la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la salud.¹⁶ Para el Comité, los **niveles mínimos esenciales**, que deben ser satisfechos en relación con el derecho a la salud, son los siguientes:¹⁷

- a) Garantizar el derecho de acceso sin discriminación a los centros, bienes y servicios de salud, especialmente en 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 garantice que nadie padezca hambre.

¹⁶ Esta obligación tiene como base los Principios de Limburgo (principio 25) así como la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (párr. 10), Naciones Unidas. Documento E/1991/23.

¹⁷ Observación General 14, párr. 43.

- 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 Medicamentos Esenciales de la OMS.
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, 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. La estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y revisados periódicamente sobre la base de un proceso participativo y transparente. Así mismo, deberán prever métodos, tales como indicadores y bases de referencia de la salud, que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados. El proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

A su vez, el Comité cataloga como obligaciones con una prioridad comparable las siguientes:

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;

- b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que afectan a la comunidad;
- c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;
- d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud de la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenirlos y combatirlos.
- e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

De manera especial, corresponde a los Estados Partes, así como a otros actores que estén en situación de proporcionar ayuda, prestar "asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica" que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas.

III. Utilización del derecho internacional de los derechos humanos para impulsar la justiciabilidad

En las tres sentencias seleccionadas por la OACNUDH y la SCJN el derecho internacional de los derechos humanos tuvo un rol fundamental. Tal como se analiza posteriormente, en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala el derecho

internacional fundamenta un entendimiento del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida. Por su parte, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México, el derecho internacional es utilizado para llenar un vacío normativo que impedía la vigencia de los derechos fundamentales de la persona demandante.

Por otra parte, la sentencia T-760 de 2008 recuerda como la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido como "bloqueo de constitucionalidad" el conjunto formado tanto por las normas de la Constitución como las normas que hacen parte de los tratados de derechos humanos suscritos, así como las interpretaciones autorizadas de las normas de estos tratados (sentencias C-225 de 1995, sentencia T-1319 de 2001, entre muchas otras).

En términos generales, la Corte Constitucional ha utilizado el bloqueo de constitucionalidad del derecho a la salud en numerosos fallos para establecer que ciertos instrumentos internacionales en la materia o la interpretación autorizada de los mismos tienen relevancia para el análisis sobre la constitucionalidad de una disposición, lo cual ha ocurrido, por ejemplo, al aplicar la prohibición de regresividad establecida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador. También ha sido utilizado dicho bloqueo para decidir casos concretos en la material,¹⁸ en particular, para delimitar contenidos más garantistas del derecho a la salud a favor de sujetos

¹⁸ La cantidad de casos es inmensa. Ver, entre otras, las sentencias T-666 de 2004 y T-750 de 2004.

de especial protección.¹⁹ Además, y como se señala en los próximos apartados, el derecho internacional ha jugado un papel importante para determinar una intervención judicial a favor de los derechos sociales pero también respetuosa del principio democrático.

Asimismo, en este análisis de la aplicación judicial del derecho internacional, cabe resaltar la postura asumida en la sentencia T-859 de 2003. En este fallo la Corte estableció que el derecho a la salud podía entenderse como derecho fundamental, de manera autónoma, respecto a los planes básicos, obligatorios y mínimos establecidos en la ley y respecto a los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14 del Comité DESC. Ello implica que, si se presentan los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, sería posible exigir a través de este amparo judicial las obligaciones básicas establecidas por el Comité.

Ahora bien, a continuación se hace alusión a dos ejemplos que muestran el tipo de usos que se hace del derecho internacional en muchos de los casos sobre derecho a la salud de la Corte

¹⁹ En la sentencia T-159 de 2006, la Corte Constitucional utilizó el derecho internacional para considerar exigible a través de la acción de tutela un suplemento nutricional no incluido en el POS pero que permite fortalecer el sistema inmunológico de las personas que conviven con el VIH/SIDA. Ver asimismo la sentencia T-697 de 2004, donde la Corte consideró que la negación de prestaciones en salud respecto a personas que conviven con VIH/SIDA debe ser objeto de un escrutinio estricto de igualdad. Este test sobre discriminación implica, por ejemplo, que en algunos requisitos para la procedencia del amparo respecto al derecho a la salud no se involucren criterios en cuyo fondo se esconda el estigma contra este grupo poblacional, en los términos que han sido precisados por el derecho internacional de los derechos humanos.

Constitucional de Colombia. En la sentencia T-699 de 2004, la Corte utilizó el derecho internacional para impulsar la constitucionalización de las controversias contractuales propias del derecho privado pero relacionadas con el derecho a la salud. En particular, las controversias relacionadas con los contratos de medicina prepagada. Sobre este punto, la Corte precisó que aun cuando los contratos de medicina prepagada sean de naturaleza civil, el hecho de que involucren la prestación del servicio público de salud exige que se entiendan como contratos que versan sobre derechos constitucionales. En consecuencia, aun en las controversias que sean dirimidas en la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, en el marco de un proceso civil), teniendo en cuenta su naturaleza y lo que ella implica para su interpretación, el Juez debe darle importancia argumentativa a la naturaleza del derecho a la salud como derecho constitucional y, en particular, a su contenido mínimo esencial determinado a través de la jurisprudencia y de los instrumentos internacionales en la materia (bloque de constitucionalidad del derecho a la salud). El Alto Tribunal resaltó que el análisis de las controversias contractuales correspondientes, tanto en la jurisdicción civil ordinaria como en la jurisdicción constitucional, deben tomar como referencia i) el contenido mínimo esencial del derecho a la salud y ii) las obligaciones constitucionales del Estado frente al derecho a la salud, especialmente frente a los terceros que prestan los servicios de medicina prepagada.²⁰

²⁰ La Corte Constitucional retomó las obligaciones de proteger frente a terceros (en este caso, particulares que prestan el servicio público de salud) señaladas por la Observación General 14.

De otra parte, en la sentencia T-666 de 2004, se utilizaron criterios del Comité DESC (en particular, la idea de gastos soportables establecida en la Observación General sobre el derecho a la vivienda) en orden a señalar que si el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud. Por ello, la Corte utilizó el derecho internacional para reiterar que es deber del Juez de tutela adelantar un cotejo probatorio cualificado para establecer la incapacidad económica como requisito para la procedibilidad de la acción de tutela. Si el costo de la prestación de salud afecta los recursos económicos que permiten cubrir el mínimo vital del afiliado, la obligación que le compete resulta desproporcionada e incompatible con el principio de cargas soportables y los objetivos de accesibilidad del derecho a la salud.

En el caso argentino Christian Courtis ha resaltado que el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido un importante papel para i) la determinación de los alcances de las obligaciones asumidas por el Estado, ii) la precisión de obligaciones de sujetos no estatales del sistema sanitario y iii) el resguardo del derecho a la salud de los niños y las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, ello permitió —al igual que en Colombia— una interpretación del régimen de contratación de adhesión típico del negocio de la medicina prepaga conforme a las cláusulas constitucionales e internacionales del derecho a la salud.²¹

²¹ Christian Courtis, "La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derecho humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos",

IV. El uso de estándares internacionales de conexidad e interdependencia como criterio de protección judicial de dimensiones prestacionales del derecho a la salud

La sentencia seleccionada por la OACNUDH y la Suprema Corte en relación con Guatemala²² es relevante para plantear el debate sobre algunos usos de los criterios de conexidad e interdependencia del derecho a la salud con el derecho a la vida o el principio de dignidad humana. Estos criterios han sido impulsados, de manera preferente, por tribunales que no tienen competencia directa para determinar la violación del derecho a la salud. Por ello, utilizan un criterio indirecto para impulsar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.²³ En el caso concreto la Corte Constitucional de Guatemala interpretó el derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en conexión con el derecho a la vida según lo dispuesto en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007.

²² Corte Constitucional de Guatemala. Sentencia 1204 de 27 de octubre de 2003.

²³ Sobre la diferencia entre exigibilidad directa e indirecta de los derechos sociales, ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Respecto al criterio de conexidad, ver Néstor Osuna Patiño, "La tutela de derechos por conexidad", en Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre (dirs.) y Alexei Julio (coord.), *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

El demandante solicitaba el amparo del derecho a la salud y a la vida de una menor de edad y, en general, de todos los pacientes que, como ella, estaban diagnosticados con el Síndrome de Turner. Se alegó que ésta es una enfermedad congénita que provoca en los niños retardo en su crecimiento corporal, fallos renales así como otros graves daños en su salud tales como secuelas físicas y psicológicas irreversibles. Este síndrome, según la demanda, podía ser tratado a través del medicamento Norditropin cuyo nombre genérico es Somatropina Humana, que es una hormona de crecimiento humano que debía ser suministrado "diariamente" para que pudiera ser efectivo.

Según la demanda, dicho medicamento fue suministrado hasta 2002. Sin embargo, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social negó su administración bajo el argumento de su no inclusión en la lista básica de medicamentos del 2003.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala definió el derecho a la vida como un fin supremo del Estado de conformidad con la Constitución y la normatividad internacional y explicó el derecho a la salud como aquel "por el que todo ser humano pueda disfrutar de un equilibrio biológico y social que constituya un estado de bienestar en relación con el medio que lo rodea", lo cual implica "el poder tener acceso a los servicios que permitan el mantenimiento o la restitución del bienestar físico, mental y social". Asimismo, la Corte de Constitucionalidad consideró que "si el derecho a la salud surge del derecho fundamental a la vida, una afectación del mismo, implica una violación al más fundamental de todos los derechos humanos: la vida". Además, la Corte señaló que el derecho a la seguridad social es:

...un mecanismo de protección a la vida, que tiene como fines fundamentales la prestación de los servicios médico hospitalarios conducentes a conservar, prevenir o restablecer la salud de los habitantes, por medio de una valoración médica que se comprende necesariamente desde el diagnóstico hasta la aplicación del tratamiento que el paciente requiera para su restablecimiento.

Respecto a este derecho a la seguridad social, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala indicó que si bien el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe cubrir las enfermedades generales según lo establecido en su ley orgánica, dicha facultad no podía considerarse absoluta, razón por la cual los procedimientos administrativos internos no podían significar la negación del derecho a la salud de los afiliados o de sus beneficiarios, pues ello atentaría contra el fin supremo del Estado: preservar la vida. Por esta razón la Corte decidió que en los casos excepcionales donde la vida esté en inminente peligro, la prestación del servicio solo puede suspenderse o negarse mediante providencia judicial y no mediante providencia administrativa interna. Dijo la Corte:

Sin perjuicio del ejercicio de dicha facultad, cabe considerar que por elemental humanismo, en aquellos casos excepcionales en los que lo que se esté demandando es la preservación del derecho a la vida, afectado de privación de manera cierta e inminente, por la concurrencia de una enfermedad terminal o bien un caso no previsto (accidentes de tránsito, heridas ocasionadas con armas, por citar dos ejemplos de casos en los que una atención médica adecuada prestada de emergencia pudiese ser determinante para evitar un deceso), la cobertura de servicios médicos no puede ser suspendida o negada en tanto no

exista declaración judicial que así lo autorice, pues de ser suspendida o negada con fundamento en la emisión de una decisión (administrativa) que puede ser posteriormente impugnada, ello pudiera derivar en incumplimiento por parte del Estado de sus fines primordiales como lo es el de la preservación de la vida.

En el caso concreto, dado que 1) la negación del suministro del medicamento requerido por la menor de edad para tratar su enfermedad fue decidida mediante providencia administrativa del Instituto, 2) que, frente a esta, los padres habían realizado el procedimiento administrativo correspondiente en el que se solicitó al Instituto el suministro de dicho medicamento, y 3) que dicha solicitud no había sido respondida aún, señaló la Corte que "mientras [esta solicitud] se resuelva, no hay razón suficiente para denegar la cobertura de servicios médico-hospitalarios, en el caso excepcional" donde la salud de las personas dependa de la prestación de dichos servicios,

...pues el deceso de una persona podría hacer inocuo un pronunciamiento judicial posterior, emitido a su favor. Por elemental solidaridad, el servicio y tratamiento médicos que los solicitantes necesitan, como consecuencia de su enfermedad, no pueden ser negados, ni suspendidos sin una resolución judicial firme que autorice la negación o suspensión de dichos servicios.

Por otra parte, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala analizó si el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social estaba obligado a garantizar el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social de todos los habitantes de Guatemala, o únicamente a sus afiliados y a los beneficiarios de estos. Al respecto, se señaló que, con base en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Instituto

Guatemalteco de Seguridad Social, donde se consagra la obligación de contribuir al sostenimiento del régimen de seguridad social en proporción a los ingresos, "el régimen de seguridad social favorece únicamente a sus afiliados y a sus familiares que dependan económicamente de ellos y no a todos los habitantes". Dicha Corte alegó que, si bien es cierto que el Estado debe velar por la salud y la asistencia social de todos sus habitantes, también lo es que, de conformidad con la normatividad nacional, el régimen de seguridad social funciona mediante las contribuciones realizadas por los habitantes y su correspondiente derecho a recibir beneficios para sí y para su familia.

La Corte de Constitucionalidad señaló que, en los casos de inminente peligro para la vida del paciente, la suspensión o negación del tratamiento debe ser decidida judicialmente y no puede adoptarse por un órgano administrativo. Sin embargo, la duda que surge es, hasta qué punto, si bien el Síndrome de Turner genera secuelas a la salud del paciente, la evidencia analizada en la sentencia permitía una conclusión cierta sobre en cuáles casos debía proceder la protección judicial y en cuáles casos no resulta evidente una afectación directa del derecho a la vida. De otra parte, tampoco queda claro qué pasaría con una situación similar respecto a personas no afiliadas al sistema de salud. Es posible inferir que las personas más pobres y vulnerables son aquellas que no hacen parte del sistema de salud y que podrían necesitar un beneficio como el que se otorgó judicialmente en el caso valorado por la Corte.

En el derecho comparado es posible encontrar otras aproximaciones complementarias. Así por ejemplo, la Corte Constitucional

de Colombia ha señalado que la acción de tutela es procedente para exigir el suministro de la hormona del crecimiento cuando la estatura de un menor es inferior a la del promedio de la población y ello incide patológicamente en su desarrollo físico y afecta su autoestima y dignidad. El Tribunal colombiano desarrolló este criterio teniendo en cuenta que, en Colombia, el derecho a la salud de los niños y las niñas es un derecho fundamental, motivo por el cual es exigible toda la atención necesaria para garantizar el desarrollo físico e intelectual que asegure una existencia digna a los menores, particularmente en los casos donde corre riesgo el desarrollo normal tanto físico como anímico de un niño. Para la Corte, el no suministro de la hormona del crecimiento implicaría una afectación del desarrollo anímico de la menor al sentirse en condiciones de inferioridad respecto de sus compañeros.²⁴

En estos casos,²⁵ la tutela ha sido concedida porque la ausencia del tratamiento hormonal hace imposible un desarrollo físico que se aproxime a los parámetros normales. Con todo, la Corte ha considerado que la acción de tutela sólo es procedente cuando las dificultades de crecimiento generan problemas distintos a que el menor presente una estatura inferior a la del promedio de la

²⁴ Sentencia T-442 de 2000. La línea jurisprudencial en torno a este tema se inicia con la sentencia T-666 de 1997.

²⁵ Sentencias T-414 de 2001, T-421 de 2001, T-970 de 2001, T-1188 de 2001 y T-244 de 2003. En la sentencia T-087 de 2003, se negó el suministro de la hormona de crecimiento porque, en concepto del médico tratante, pese a que la menor presentaba una talla baja, su estatura se encontraba dentro del promedio normal (baja-normal), sin que mediara una situación patológica subyacente. De otro lado, la condición de la niña no conducía a una situación de inferioridad o debilidad frente a los demás y no se demostró la incapacidad de asumir el costo del tratamiento.

población, lo cual explica la negación del amparo en algunos casos.²⁶

V. Las críticas a los criterios de conexidad y al énfasis en la protección del derecho a la salud a través de casos individuales

En este segmento introduzco algunos elementos que permitirán un análisis contextual de la decisión colombiana seleccionada en el marco de este proyecto: la sentencia T-760 de 2008. El análisis de esta sentencia exige precisar, como antecedentes, las críticas contra algunas decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en materia de derechos sociales.

En efecto, en el caso colombiano el argumento "por conexidad" permitió, por ejemplo, inaplicar las normas que excluyen ciertas prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (en adelante "POS") utilizando la conexidad del derecho a la salud con el derecho a

²⁶ Sentencia T-970 de 2001. Según la Corte: "En algunos casos el retraso en el crecimiento puede acarrear otro tipo de consecuencias en la salud del niño, lo cual hace indispensable el tratamiento hormonal. Sin embargo, puede darse el caso en que no exista una relación entre el retraso en el desarrollo físico y otros problemas de salud, reduciéndose la situación a que la persona, una vez concluido su desarrollo físico, tenga una estatura inferior al del promedio de la población. (...) No obstante lo anterior, en la historia clínica del menor afectado se indicó que además del problema de baja estatura, presentaba de manera crónica problemas de salud relacionados con rinitis alérgica y desnutrición. Adicionalmente, en la historia clínica se descarta una causa hereditaria o generacional relacionada con la baja estatura al comprobarse la inexistencia de casos similares en los padres o familiares, concluyendo que el déficit hormonal y, por ende, la baja estatura del menor es una patología, es decir, no es normal. Es suficiente esta exposición para revocar la decisión de segunda instancia y en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social del niño".

una vida digna. En el sistema de salud colombiano los órganos reguladores diseñaron un plan obligatorio conformado por prestaciones consideradas como las más relevantes teniendo en cuenta diversos análisis técnicos, tales como, entre otros, la situación demográfica de la nación, los avances tecnológicos, etcétera. Al eludir las exigencias de estos mandatos legales y señalar la prevalencia de las normas constitucionales, la Corte amparó el acceso a la atención médica necesaria para el restablecimiento de graves problemas de salud mental,²⁷ las intervenciones estéticas que tienden a poner fin a fuertes dolores corporales,²⁸ el suministro de prótesis mamarias para el restablecimiento de la integridad física, moral y psíquica,²⁹ el mencionado suministro de la hormona del crecimiento y las prestaciones destinadas a la atención de graves problemas de la visión,³⁰ entre otras prestaciones.³¹ Teniendo en cuenta que los órganos reguladores del sistema de salud sólo habían previsto la financiación de aquellas prestaciones incluidas en los Planes Obligatorios, estas decisiones de la Corte Constitucional alcanzaron un alto impacto financiero.

En consecuencia, la jurisprudencia intentó regular el alcance del criterio de conexidad respecto al derecho a la salud. Se estableció entonces que la procedencia de la tutela respecto a las prestaciones no incluidas en el POS exigían como requisito que

²⁷ Sentencia T-409 de 2000.

²⁸ Sentencia T-119 de 2000, entre otras.

²⁹ Sentencia T-572 de 1999.

³⁰ Sentencias T-827 de 2002 y T-1081 de 2001.

³¹ Para una descripción y sistematización más detallada de estos casos, ver Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, Prosedher, 2003, capítulo IV, numeral 1.5.

se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. Además, el paciente debe acreditar que no podía sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etcétera).³²

En este punto, una importante crítica ha surgido debido al alto nivel de discrecionalidad que tendrían los Jueces para utilizar, sin mayor límite, las cláusulas de interdependencia y conexidad. Por vía de la conexidad podría llegarse a un derecho absoluto cuando se trata de la protección judicial frente a todo tipo de enfermedades y en cualquier tipo de circunstancia, sin importar, por ejemplo, que la alta capacidad económica de una persona le permita autofinanciar su tratamiento. Así por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, se han hecho críticas específicas sobre los efectos inequitativos de la doctrina de conexidad para ordenar el suministro de lo no incluido en el Plan Obligatorio de Salud. Dado que esta jurisprudencia ha permitido inaplicar normas legales de la política pública respectiva, las principales críticas señalan que:³³

³² Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998 y T-329 de 1998, entre otras.

³³ Tomo como referencia la sistematización de estas críticas hecha en la aclaración de voto de Rodrigo Uprimny Yepes a la sentencia T-654 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia. Ver asimismo Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, *El Derecho*

- a) La acción de tutela en salud, al ser utilizada mayoritariamente por quienes hacen parte del régimen contributivo,³⁴ implica una mayor garantía del derecho para los incluidos en el sistema y quienes tienen mayor capacidad de pago "en detrimento de quienes aún no han sido incluidos y, por lo mismo, resultan más vulnerables";³⁵
- b) Se debate sobre la legitimidad de los Jueces para solucionar casos difíciles donde la concesión de la prestación en un determinado caso podría implicar la negación de la misma o de otras prestaciones en otros, particularmente al ordenar tratamientos de alto costo.³⁶ Ello puede implicar

a la Salud en perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud, Bogotá, 2008; Rodrigo Uprimny Yepes, "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana", en AA.VV., *La Salud Pública hoy*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003; Rodrigo Uprimny Yepes, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", *Revista de Derecho Público*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, y Manuel José Cepeda Espinosa, "Constitución y economía: las premisas equivocadas del debate", en *id.*, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 121 a 148. Cepeda precisa las diversas etapas de la jurisprudencia constitucional colombiana en relación con este debate.

³⁴ En Colombia el sistema de salud contempla dos regímenes de acceso: el régimen contributivo (para aquellos que tienen capacidad de pago) y el régimen subsidiado (para los más pobres, aquellos que no tienen capacidad de pago y dependen de la solidaridad para acceder al sistema).

³⁵ Procuraduría y Dejusticia, *op. cit.*, p. 173.

³⁶ El salvamento de voto a la sentencia SU-225 de 1998 lo expresa en los siguientes términos: "Es claro que los niños de Puente Aranda son titulares del derecho a la salud, y que la administración distrital está obligada a adoptar una política orientada a hacerlo efectivo; pero los menores de los demás barrios del Distrito Capital y de los demás municipios del país, donde la pobreza es igual o peor, son también titulares de ese derecho. Es claro para nosotros que, en procura de evitar a uno y otro grupo de menores las consecuencias de la meningitis, deben actuar las autoridades municipales y distritales; pero deben hacerlo acatando y ejecutando las leyes vigentes sobre la materia, que no pueden ser sustituidas por los órdenes del Juez de tutela".

que, al resolver algunos casos, se termina utilizando recursos que se podrían haber utilizado para proteger a los más pobres y vulnerables. Al respecto, se señala que "no es factible que todas esas prestaciones sean universalizables" a cualquier otra persona que lo requiera, por lo que se termina concediendo "un privilegio a favor de quien presentó la tutela";³⁷

- c) En similar sentido se señala que la concesión de prestaciones no previstas por los planes obligatorios, desequilibra el sistema diseñado previamente y lo puede llevar a la quiebra. Al respecto, se alude a la tensión entre lo que se puede derivar de la protección normativa de derechos sociales y lo que el Estado realmente puede hacer dada su restricción presupuestaria;
- d) Algunas investigaciones indicarían que el dinero utilizado en los recobros de las tutelas podría haber sido utilizado para aumentar la cobertura, particularmente de los más pobres en el régimen subsidiado (el régimen de acceso establecido en Colombia para las personas que no tienen capacidad de pago);³⁸
- e) Esta inequidad se haría más grave porque se explicaría, según los críticos, en la intromisión de los Jueces en esferas

³⁷ Procuraduría y Dejusticia, *op. cit.*, p. 176.

³⁸ *Idem.*

propias del Congreso y del Ejecutivo, donde los actores tienen mayor responsabilidad política y rendición de cuentas;

- f) Los Jueces no tendrían una visión de conjunto sobre los efectos de sus decisiones en el sistema de salud, en gran medida porque no cuentan con herramientas y elementos de juicio técnicos y macro, por lo cual terminan repartiendo los recursos de manera arbitraria;
- g) Ante la escasez de recursos para garantizar todos los derechos sociales de todos, las decisiones —en ocasiones trágicas— sobre la limitación en la garantía de ciertos derechos, deben adoptarse en el proceso democrático, por parte de autoridades electas para tomar dichas decisiones, razón por la cual la intervención judicial termina eludiendo este necesario debate democrático, y
- h) La enorme cantidad de tutelas a resolver exige la dedicación exclusiva de funcionarios de algunas entidades del sistema de salud (como las aseguradoras) y de los entes territoriales, y genera además un importante grado de congestión judicial.

Estas críticas, si bien se concentran en la jurisprudencia sobre el derecho a la salud, son similares a las críticas generales contra la presunta inconveniencia o ilegitimidad de la intervención judicial respecto a otros derechos sociales. Como se observa, algunas críticas atacan directamente la posibilidad de proteger judicial-

mente los derechos sociales, aspecto bastante discutible hoy en día en términos del derecho comparado y en el marco de lo que implica un Estado social de derecho. Sin embargo, algunas críticas aciertan cuando señalan algunos problemas relacionados con el tipo de órdenes que emiten los Jueces. Son estas órdenes o remedios los que tienden a generar los impactos financieros y los desajustes institucionales. En este contexto, a continuación se analiza la sentencia T-760 de 2008 como un ejemplo de buena práctica judicial cuyas órdenes con vocación estructural constituyen una respuesta relevante a algunas de estas críticas.

VI. El activismo judicial dialógico y la intervención judicial para resolver los problemas estructurales; la sentencia T-760 de 2008³⁹

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional de Colombia, teniendo en cuenta el incremento del número de acciones de tutela sobre acceso a prestaciones de salud, y debido al no acatamiento de los estándares establecidos en su jurisprudencia, impulsó una forma de "activismo dialógico" en el cual la intervención judicial ordena la revisión general de una política pública que tiene impacto en la violación masiva de derechos. Utiliza figuras como el "Estado de Cosas Inconstitucional" o la emisión de órdenes dirigidas a que las autoridades competentes revisen los principales problemas de una política pública específica.

³⁹ En este segmento retomo trabajos previos en los que se desarrollan con mayor profundidad algunos de estos temas. Ver en particular Alicia Ely Yamin y Oscar Parra Vera, "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates", *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2), 2010.

En el derecho comparado es posible encontrar antecedentes de este tipo de intervenciones, particularmente en el caso del "litigio de interés público" en Estados Unidos.⁴⁰ En dicho país el llamado *judicial policy making* desempeñó un rol fundamental en la reforma de algunas políticas públicas, particularmente las relacionadas con prisiones, escuelas, instituciones de salud mental, abuso policial y derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, durante los años ochenta, tras décadas de autorestricción en la materia, los sistemas de prisiones de ocho Estados habían sido declarados inconstitucionales a través de decisiones judiciales catalogadas como "structural injunctions" o remedios estructurales expansivos dirigidos al monitoreo de una política general.⁴¹

Como señalan Uprimny, Jaramillo y Guarnizo, tomando como referencia trabajos de Rosenberg, Chayes y Wayne, estos *remedios estructurales* se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho individual en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que, a partir de la evaluación de las consecuencias que puede tener una decisión judicial, las órdenes buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes y, en particular, de los responsables

⁴⁰ La literatura al respecto es enorme. Resalto en particular Feeley, Malcolm M. y Rubin, Edward L., *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, New York, Cambridge University Press, 1998. Para un análisis concentrado en el caso colombiano, ver César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social. Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

⁴¹ Una reseña del litigio de interés público en Estados Unidos en relación con las prisiones, puede verse en Rodrigo Uprimny Yepes, Juan Fernando Jaramillo y Diana Guarnizo, "Intervención judicial en cárceles", 2004, disponible en http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=181.

y actores relevantes de una política pública. En otras palabras, no se busca solucionar el caso concreto sino la situación general que cobija a dicho caso y muchos otros. Este litigio de interés público se relacionaría con casos que involucran múltiples causas, sujetos y autoridades gubernamentales, órganos de control y órganos legislativos. En consecuencia, las decisiones no establecían un responsable único sino que fijaban criterios generales dirigidos a los actores relevantes para la aplicación de la política. Además, la decisión no finalizaba el caso, toda vez que los demandantes podían solicitar la supervisión judicial continuada del cumplimiento de las decisiones. Lo anterior resulta en una "experimentación institucional" que, en principio, está dirigida al fortalecimiento de la democracia y la legitimación del poder judicial.⁴²

Como proyección de estos enfoques, la sentencia T-760 de 2008 analiza 22 tutelas que se seleccionaron para ilustrar los problemas sistémicos en la supervisión y la regulación del sistema de salud que habían conducido al uso excesivo de la tutela. La sen-

⁴² En similar sentido Sabel y Simon (2004) han defendido un "nuevo paradigma remedial" asociado al modelo de "litigio experimental". Sabel y Simon, retomando el trabajo de Mangabeira Unger, caracterizan al "litigio de interés público" como "desestabilizador", teniendo en cuenta la forma en que las órdenes buscan romper barreras, aparatos burocráticos y trincheras institucionales para reevaluar organizaciones y procedimientos irregulares y cerrados. Además, consideran que las complejidades que enfrenta este tipo de remedios exigen una intervención "experimental", según la cual, el punto de partida es la inexistencia de una institucionalidad determinada que permita alcanzar los objetivos de transformación estructural. Por ello, el proceso de implementación exige combinar normas flexibles con la progresiva participación de los "stakeholders". Los alcances de la intervención judicial se perfilan a partir del diálogo entre los actores y del Juez con dichos actores, en orden a evaluar y aprender en torno a escenarios institucionales desconocidos e inciertos. Ver Charles Sabel and William Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds," *Harvard Law Review* 117 (2004): 1015-1091.

tencia, además de resolver las 22 tutelas, exige una transformación del sistema de salud en su totalidad. La Corte afirmó que este enfoque estructural era necesario porque "los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela". De otra parte, la Corte utiliza el derecho internacional como marco para interpretar las obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud.

Para entender el alcance de algunas de las órdenes emitidas por la Corte, es relevante tener en cuenta algunas características y problemas del sistema de salud colombiano. En dicho sistema intervienen instituciones públicas y privadas en la administración y prestación de servicios de salud. Uno de los elementos centrales del sistema se concentra en la prestación de servicios tomando como punto de partida un paquete de beneficios que debía caracterizarse por su precisión. Dicho paquete, el Plan Obligatorio de Salud (POS), se debía suministrar mediante un sistema de seguro nacional y estaba basado en la distribución de recursos en función del número de personas atendidas. La Ley 100 de 1993 (la ley que transformó radicalmente el sistema de salud en Colombia) introdujo también un sistema de beneficios dividido en dos niveles: i) el régimen contributivo (POS-C) para las personas empleadas formalmente o con ingresos superiores al doble del salario mínimo, y ii) el régimen subsidiado (POS-S) que, según la Ley 100, tenía una capitación establecida en la mitad del régimen contributivo y que incluía muchos menos beneficios. En 2007, a través de la Ley 1122, el Poder Legislativo ordenó la actualiza-

ción de los planes, lo cual no ocurría desde 1994. Sin embargo, al momento de emitirse la Sentencia de la Corte, dicha tarea aún no se había cumplido.

Los defectos del sistema de salud, uno de los cuales se relacionaba con una ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, hicieron que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa. Según datos de la Defensoría del Pueblo, entre 1999 y 2009, el número de tutelas que se presentaron relativas a reclamaciones de salud aumentó continuamente y se calcularon en 775.102 las tutelas relativas al derecho a la salud.⁴³ La mayoría de estas tutelas buscaban hacer efectivos tratamientos y servicios que debían haber sido cubiertos por aseguradoras encargadas de prestar los servicios de salud. En efecto, según los informes de la Defensoría del Pueblo,⁴⁴ entre los años 2003 y 2008, el 54,4% de las tutelas eran para tratamientos y servicios contenidos en el POS. Igualmente, entre 2006 y 2008, el 74,8% de las cirugías, el 62,6% de los exámenes, el 66,9% de los tratamientos y el 77,7% de los procedimientos solicitados en las tutelas eran parte de los beneficios a los que tenía derecho una persona cubierta por el POS-C o el POS-S, según los casos. Asimismo, en el año 2009, se encontró que el 68,2% de las solicitudes requeridas a través de las tutelas se relacionaban con prestaciones incluidas dentro del POS. Por consiguiente, con res-

⁴³ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005*, Bogotá, 2007 y Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2006-2008*, Bogotá, 2009 y Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud. Período 2009*, Bogotá, 2010.

⁴⁴ *Idem*.

pecto a la mayoría de los 700.000 casos registrados, sería impropio hablar de activismo judicial, dado que los Jueces se limitaban a hacer cumplir obligaciones preexistentes, establecidas en políticas creadas y aprobadas por las ramas Legislativa y Ejecutiva.⁴⁵

Sin embargo, otras sentencias, particularmente aquellas que ordenaban el suministro de prestaciones no incluidas en el POS habían creado claramente nuevas políticas de salud y eso había afectado indirectamente los gastos públicos. Ello generó gran parte de las críticas mencionadas en el apartado anterior.

Entre otras órdenes, en la sentencia T-760 se insta a: i) definir con mayor claridad los beneficios y prestaciones incluidas en el POS, ii) desarrollar auditorías institucionales sobre desempeño con el fin de informar a los usuarios sobre la actuación de las distintas empresas proveedoras de servicios y aseguradoras; iii) tomar las medidas para facilitar el cumplimiento de las órdenes de tutela, y también la adopción de un plan de contingencia para garantizar los reembolsos apropiados y oportunos en casos de costos asociados con cuidados de salud no cubiertos en el POS-C y el POS-S; y iv) hacer una revisión integral de las tasas de captación, que no se habían analizado o revisado a fondo desde hacía muchos años.

La decisión de la Corte ordenó la reestructuración del sistema de salud en forma significativa, particularmente en lo que se refiere a

⁴⁵ En este sentido, ver Procuraduría y Dejusticia, *op. cit.*, pp. 155-156.

los ajustes de los planes obligatorios de salud. Para que se ajustara a lo dispuesto por el propio órgano legislativo en la Ley 1122 de 2007, la sentencia le ordenó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) actualizar completa e inmediatamente y luego año tras año los beneficios incluidos en el POS mediante un proceso que incluyera la "participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud", en particular de aquellos que se vieran más afectados por los posibles cambios en la política.

Tal como ha sido mencionado, en Colombia existía un POS para quienes tenían capacidad de pago y otro POS para los más pobres. En 1993, cuando se adoptó dicho diseño institucional, se dispuso que en algún momento dicho POS sería similar para todos los ciudadanos, sin distinción en razón a la capacidad de pago. Sin embargo, esta meta tampoco se había cumplido. En la sentencia T-760/08, citando la inacción del Gobierno para tomar cualquier medida hacia la unificación de los planes desde la adopción de la Ley 100,⁴⁶ la Corte le ordenó a la CRES unificar los planes de beneficios (POS-C y POS-S), inicialmente para los niños y luego para los adultos, en este último caso de manera progresiva y teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera, además del perfil epidemiológico de la población. Además de ser

⁴⁶ La Ley 100 había establecido como finalidad unificar los dos regímenes de beneficios de salud en el futuro. En el año 2006, la Corte consideró la diferenciación de los planes basada en la capacidad de pago como algo permisible constitucionalmente, pero expresó que el Gobierno debía, para cumplir con los objetivos declarados en la propia ley, formular un plan para que la unificación tuviese lugar en un plazo específico. Sentencia C-1032/2006.

basado en el perfil epidemiológico de la población, el proceso de diseñar un plan de unificación debía ser participativo, transparente, e incluir indicadores y parámetros de comparación relevantes. Asimismo, a partir de las metas establecidas en la propia Ley 100, la sentencia le ordenó al Gobierno adoptar medidas deliberadas para conseguir progresivamente la cobertura universal.

Por otro lado, siguiendo la interpretación del Comité DESC, la Corte: i) desarrolla cuáles serían las diversas obligaciones estatales que emanarían del derecho a la salud y cómo la supervisión es esencial para proteger el derecho a la salud, al igual que para el control público de las acciones de los distintos agentes de salud; ii) reitera que el Estado es responsable de adoptar medidas deliberadas para conseguir el cumplimiento progresivo del derecho a la salud y que las medidas regresivas son por regla general inadmisibles, y iii) afirma que el derecho a la salud exige transparencia y acceso a la información, además de planes basados en pruebas científicas y decisiones de cobertura apoyadas en procesos participativos.

De otra parte, la Corte adopta el esquema de "las cuatro A" establecido por la Observación General 14 del Comité DESC, según la cual las instalaciones, los bienes y los servicios de salud deben estar disponibles, accesibles, ser aceptables y tener una adecuada calidad. La sentencia T-760/08 pone un énfasis especial en las múltiples dimensiones superpuestas de la accesibilidad: accesibilidad física, accesibilidad económica, accesibilidad a la información fundamental relativa a la salud y accesibilidad sin discriminación. Incluso, el análisis de la Corte va más allá del dere-

cho internacional, al considerar los obstáculos burocráticos al acceso a los cuidados de salud, algo que no está contemplado explícitamente en la Observación General.⁴⁷

La Corte argumentó que su tarea no era definir el alcance del derecho a la salud. En lugar de eso, estableció un enfoque estructural que exige un diálogo democrático amplio sobre el contenido del nuevo POS y, por extensión, del alcance del derecho a las prestaciones de salud en Colombia. La Corte no pretende ser el órgano que mejor conoce lo que se debería incluir en el POS, ni tampoco desea establecer los fundamentos éticos para efectuar esas elecciones. En lugar de eso, insta a la CRES a que cumpla con estas funciones legales conforme a la Ley 1.122 de 2007, asumiendo entonces que la tarea apropiada de los Jueces es exigir justificación para las decisiones de la política de salud, no tomar ellos mismos las decisiones.⁴⁸

El enfoque de la Corte a la hora de redefinir un POS unificado es compatible con las propuestas de Norman Daniels respecto a "rendición de cuentas sobre la razonabilidad".⁴⁹ Daniels argumenta que no necesitamos tener principios totalmente definidos que nos digan cómo solucionar equitativamente las necesidades de salud —criterios para determinar qué prioridad darles a los que están

⁴⁷ Alicia Ely Yamin y Oscar Parra Vera, "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates", *op. cit.*

⁴⁸ Keith Syrett, "Law, legitimacy, and the rationing of health care". *Cambridge Law, Medicine, and Ethics* 6. New York: Cambridge University Press, 2007.

⁴⁹ Norman Daniels, "Accountability for reasonableness". *BMJ* 321, 2000, pp. 1300-1301 y Norman Daniels, *Just health: Meeting health needs fairly*. New York: Cambridge University Press, 2008.

en peor situación u otros similares— cuando no es posible satisfacer todas esas necesidades. Por ello, argumenta que lo que se necesita es tener un proceso justo, definido como un proceso que sea: i) transparente, en el sentido de que los fundamentos de las decisiones sean públicos; ii) basado en razones relevantes (por ejemplo, el cuidado apropiado del paciente), en vez de criterios raciales o estereotipos sobre género; iii) revisable mediante alguna clase de procedimiento de apelación, ya que siempre habrá nuevos elementos que haya que considerar además de casos atípicos; y v) exigible. La T-760/08 exige este tipo de procesos deliberativos y transparentes que permitan actualizar y unificar los planes de beneficios.

La sentencia ha suscitado diversos debates y críticas. Uprimny y Rodríguez Franco⁵⁰ han criticado a la Corte por no haberse pronunciado sobre los principios para "limitar el derecho a la salud de una forma constitucionalmente aceptable y financieramente sostenible". Por su parte, algunos economistas resaltaron las dificultades que genera una orden de unificar los planes de beneficios cuando financieramente el régimen contributivo no está en capacidad de sostener al régimen subsidiado, entre otras dificultades relacionadas con el alto incremento de la economía informal.⁵¹

⁵⁰ Rodrigo Uprimny y Diana Rodríguez Franco (2008). "Aciertos e insuficiencias de la sentencia T-760 de 2008: implicaciones para el derecho a la salud en Colombia". *Observatorio de la Seguridad Social* 18. Medellín: Universidad de Antioquia.

⁵¹ Santa María, Mauricio y Guillermo Perry, "El fallo de la Corte sobre salud: la Trinidad imposible". *Economía y Política* 46. Bogotá: Fedesarrollo, 2008.

En la implementación de la Sentencia la Corte ha tenido en cuenta éste tipo de críticas y ha impulsado un proceso de discusión pública relativamente similar al que fue desarrollado en una macro-sentencia anterior sobre desplazamiento forzado. En julio de 2009, una sala especial de seguimiento designada por el pleno de la Corte aprobó 16 autos en los que requería información con respecto al progreso y los obstáculos en la ejecución de la sentencia.⁵² Posteriormente, durante 2010, la Corte emitió 17 autos específicos en relación con el cumplimiento de órdenes emitidas en la sentencia.⁵³

⁵² La gran mayoría de los autos criticaba la manera en que se había presentado la información y especificaba cuáles debían ser los ajustes pertinentes. Varios de los autos solicitaban información con respecto a las metodologías usadas para dar cumplimiento a la sentencia, al cálculo de la tasa de capitación del régimen subsidiado y el procedimiento para escoger esa metodología.

⁵³ En el auto 105 del 8 de junio de 2010 la Corte formuló diversas preguntas a la CRES relacionadas con los criterios tenidos en cuenta al emitir acuerdos dirigidos a actualizar el POS. Entre otros aspectos, el Tribunal indagó sobre los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas "zonas grises" (es decir, aquellas prestaciones que no están claramente incluidas o excluidas) y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios. Cabe resaltar que en el auto 247 de 2010 la Corte indagó sobre la situación financiera del Fosyga y el abuso en los recobros ante dicho órgano. Además, a través del auto 150 de 28 de junio de 2010, la Corte solicitó al Consorcio Fidufosyga y al Ministerio de Protección Social información sobre "las medidas tomadas respecto de las "prácticas perversas" en la definición de los valores de los medicamentos y de los abusos en los recobros por servicios ordenados por vía de tutela". De otro lado, la Corte requirió a la Contraloría General de la República información sobre las líneas de auditoría dirigidas a identificar irregularidades o abusos en el manejo de los recursos del Régimen Contributivo, incluyendo información sobre la deuda que actualmente soporta cada uno de los prestadores del servicio de salud. A su vez, mediante los autos 107 (8 de junio de 2010), 372 y 373 (29 de noviembre de 2010) la Corte hizo seguimiento a las órdenes dirigidas a remover obstáculos al flujo de recursos relacionados con los recobros al Fosyga. Por otro lado, en el auto 246 de 2010 se analizó "el agravamiento de las condiciones de operación por problemas de liquidez e incertidumbre en el recaudo de los recursos que soportan los procesos de aseguramiento" dentro del régimen subsidiado.

Además, en 2011 se llevó a cabo una audiencia pública en la que pudieron participar diversos ministerios y donde la Corte permitió la presentación de conceptos por parte de entidades académicas, sobre áreas técnicas, críticas y complejas en el seguimiento de la sentencia. Con posterioridad a dicha audiencia, la Corte emitió un auto en el que estudió la literatura internacional y regional sobre indicadores y parámetros de cumplimiento de derechos humanos y, particularmente, sobre derechos socioeconómicos. Para impulsar la implementación de la sentencia, el Alto Tribunal estableció parámetros de estructura, proceso y de resultados. Asimismo, la valoración de estos parámetros se regirá por niveles de cumplimiento alto, mediano, bajo y niveles de incumplimiento.⁵⁴ El énfasis de la Corte, hacia el futuro, se concentrará, entre otros, en un control judicial sobre las justificaciones para excluir o incluir prestaciones en los planes obligatorios. Ello es muy importante para evitar justificaciones basadas en criterios discriminatorios o que no tienen en cuenta la especial vulnerabilidad de algunos grupos poblacionales.

Tres años después de emitida la sentencia, su proceso de implementación se encuentra en una primera fase y los pasos más importantes están aún por darse. En un primer momento, diversas críticas aludieron a las dificultades para verificar una adecuada participación, teniendo en cuenta que el público no tenía acceso en la práctica a la información sobre los principios y la metodología que se están usando para efectuar las reformas. Tampoco se

⁵⁴ Auto 226 de 2011.

hacía ninguna previsión para poder revisar o apelar las decisiones o para crear mecanismos que permitieran a la ciudadanía controlar las decisiones adoptadas por el Ministerio en el proceso de actualización del POS.⁵⁵ Esta situación ha sido objeto de atención por parte de la Corte, la cuál ha solicitado información específica para verificar el respeto de los principios de participación y rendición de cuentas. En el futuro se verá si la sentencia logra constituir una respuesta judicial idónea frente a la crisis permanente que atraviesa el sistema de salud en Colombia.

VII. Derecho a la salud, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad

En esta sección me concentro en buenas prácticas judiciales para una protección del derecho a la salud en conexión con el principio de autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad. Para ello focalizo mi atención en la sentencia seleccionada

⁵⁵ Ver Camila Gianella-Malca, Oscar Parra-Vera, Alicia Ely Yamin y Mauricio Torres-Tovar (2009). "¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008". *Health and Human Rights: An International Journal* 11. Por ejemplo, el 30 de julio de 2009, un día antes del cumplimiento del plazo y después de haberse reunido sólo dos veces, la CRES aprobó un acuerdo para "aclarar y actualizar íntegramente" el POS. La CRES aludió a los "procesos participativos" y a los "estudios de adecuación" con respecto al monto de la capitación, pero no estableció ninguna metodología precisa para la determinación de inclusiones y exclusiones en el POS. La CRES excluyó sólo 33 procedimientos e incluyó más de 300 por razón de su "frecuencia de uso". No hubo cambios significativos con respecto a los medicamentos, y las llamadas zonas grises permanecieron intactas. Meses más tarde, mediante el Acuerdo 8 de 2009, la CRES aclaró y actualizó "íntegramente" el POS, derogando el Acuerdo 003. Sin embargo, el Acuerdo 008 no actualizó la lista de medicamentos ni incluyó aquellos que estaban teniendo mayor impacto económico en los reembolsos. Ver Yamin y Parra Vera (2010).

por la OACNUDH y la Suprema Corte de Justicia de México.⁵⁶ Luego analizao otro tipo de interacción entre el derecho a la salud y la autonomía personal teniendo en cuenta algunos precedentes similares en el caso colombiano.

1. Derecho a la salud y derecho a la identidad sexual

La sentencia resuelve la demanda de una persona que 1) había sido diagnosticada con un estado intersexual denominado "seudohermafroditismo femenino" a causa de una deficiencia enzimática y virilización de órganos sexuales externos, 2) se había sometido a un tratamiento hormonal inducido o tratamiento de reasignación hormonal feminizante, toda vez que su aspecto físico, psicológico y social son los de una mujer, 3) se había sometido a una cirugía de reasignación sexual, y 4) desde entonces, en el ámbito laboral, familiar y social se desenvolvía con nombre femenino. La recurrente inició un proceso civil de rectificación de acta con el fin de lograr la correspondiente rectificación en su acta civil de nacimiento respecto de su nombre y sexo. Adicionalmente solicitó que dicha rectificación se hiciera mediante la expedición de una nueva acta en la que no se pudiera dar como pública la información sobre su sexo de origen (masculino).

En junio de 2007 un Juez civil ordenó rectificar el acta de nacimiento del actor y asentar, mediante una anotación marginal en los renglones correspondientes el nuevo nombre y el sexo femenino.

⁵⁶ Amparo Directo Civil 6/2008 de seis de enero de 2009.

Sin embargo, consideró improcedente la solicitud de elevar una nueva acta toda vez que el artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal ordena que toda rectificación debe hacerse mediante la susodicha anotación marginal y no mediante la elaboración de una nueva acta. El único evento en que permite ésta última opción, es en el caso de adopción con el fin de proteger el derecho a la privacidad del menor adoptado consistente en no hacer pública su calidad de hijo adoptivo. La parte recurrente promovió recursos de aclaración y apelación, frente al cual el primero se negó por improcedente y el segundo se solucionó con la confirmación integral de la sentencia de primera instancia.

A continuación me concentro en el análisis de uno de los cargos del recurso de amparo, según el cual el mencionado artículo 138 que motivó el fallo era inconstitucional por desconocer diversos derechos. La Suprema Corte declaró vulnerados los derechos fundamentales de la persona transexual al no rectificarse efectivamente su sexo legal, toda vez que se exponía públicamente dentro de su acta de registro la información sobre su sexo de origen y su estado de transexual. En efecto, la Suprema Corte indicó que el quejoso, incluso habiéndose sometido a una intervención quirúrgica, no podría alcanzar un bienestar general (equilibrio en todos los aspectos de su vida) y, por ende, el libre desarrollo de su personalidad, si no se le permite el cambio en los asientos registrales del dato referente a su sexo, a través del cual, logre concluir su nuevo aspecto con la realidad registral, lo que sólo puede lograrse con la expedición de nuevos documentos de identidad, así como con la protección de esa información frente a terceros, salvo los casos que expresa y limitativamente establezca el legislador.

La Corte negó la pretensión de declarar la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil ya que ésta, al ser una norma general, no podía depender de la situación particular del quejoso. Por el contrario, la Suprema Corte señaló que la norma de rectificación del estado civil pretende su protección como uno de los atributos de la personalidad, revelando la historia de las personas mediante las anotaciones marginales en el acta. Se señaló entonces que lo que ocurría en el caso particular era la existencia de una omisión o laguna legislativa al no prever las condiciones particulares de personas transexuales, lo que hace que sea la sentencia reclamada la que deviene inconstitucional. Al respecto, la Suprema Corte señaló la necesidad de efectuar una labor de integración que colmara dicha laguna para salvaguardar los derechos afectados.

Para argumentar dicha inconstitucionalidad, la Corte acudió a un estudio interdisciplinar para definir algunas categorías. La Suprema Corte diferenció sexo y género, entendiendo que el primero es el producto de la configuración somática de la persona, es decir, atendiendo a su naturaleza eminentemente corpórea, en tanto que género es la consideración del sexo "sentido y vivido" como producto de la actividad psicosocial y cultural de la persona. Sin embargo, respecto del sexo biológico indicó que diversos autores han identificado que se compone de un factor físico (sexo cromosómico, sexo cromático o nuclear y sexo gonadal) y de un factor psicosocial que se compone del sexo social (encasillamiento que hace la sociedad respecto a la pertinencia de una persona a un determinado sexo) y del sexo psicológico que es el sentimiento interno de cada persona de ser parte de uno u otro

sexo. La Suprema Corte señaló que, según varios autores, es en esta última categoría en donde se construye lo que se denomina como "identidad sexual".

Además, se señaló que, junto con el sexo biológico se encuentra el sexo legal, que es el que se le atribuye a una persona dentro del ordenamiento jurídico usualmente mediante un acta de registro. La determinación del sexo para su correspondiente registro suele basarse únicamente en el sexo morfológico (revisión de genitales), lo cual lleva a que, cuando una persona, por su propia voluntad y libre decisión, decide modificar su sexo, a través de tratamientos hormonales y/o quirúrgicos, a fin de adecuar su apariencia física a su vivir y sentir, se confronten sexo legal y sexo biológico. Para solucionar este conflicto, la Suprema Corte señaló que, desde diferentes ciencias se ha aceptado que ante los factores objetivos y subjetivos que definen a una persona, tratándose de su identidad sexual, se presenta en la realidad una prelación o preeminencia del factor subjetivo (sentimientos, proyecciones, ideales—sexo psicosocial), sobre su apariencia física (factor objetivo—sexo morfológico).

De esta manera la Suprema Corte, en lugar de considerar al sexo como algo determinado biológicamente y al género, como algo que se aprende culturalmente, señaló que se deben considerar ambos como productos que se configuran según una compleja interacción biosocial, cuyo resultado final dependerá, en gran medida, del ajuste que haga la persona en función de su desarrollo, el que no siempre será como socialmente se espera que sea. En consecuencia, la Suprema Corte señaló la necesidad de

garantizar la armonía entre la identidad de género y la identidad sexual y la genitalidad o sexo biológico, teniendo en cuenta que los avances médicos han permitido que las personas transexuales, a través de diversos tratamientos, incluso quirúrgicos, adapten su cuerpo al sexo con el que se identifican mental y emocionalmente.

Una vez definidas de manera interdisciplinaria las categorías mencionadas, la Suprema Corte utilizó disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos referidas al derecho a la dignidad humana, la no discriminación y el respeto de la vida privada de las personas.⁵⁷ A partir de estas referencias y teniendo en cuenta la superioridad del principio de dignidad humana dentro del ordenamiento jurídico mexicano, se señaló que, si bien algunos derechos no se enuncian en forma expresa en la Constitución, a partir de los tratados internacionales mencionados, deben entenderse como derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana los siguientes:

- i) el libre desarrollo de la personalidad, entendido como la consecución del proyecto de vida que para sí tiene la persona como ente autónomo;
- ii) el derecho a la salud, que implica la obtención de un determinado bienestar general y que se integra necesariamente por el estado físico, mental, emocional y

⁵⁷ La Corte citó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

social del sujeto, incluyendo entonces el derecho a la integridad físico-psicológica;

- iii) el derecho a la intimidad, por el cual no puede exigirse al individuo que soporte la publicidad de ciertos datos de su vida privada;
- iv) el derecho a la propia imagen, el cual incluye la imagen que la persona conserva para mostrarse a los demás;
- v) el derecho a la identidad personal: entendido como el derecho que tiene toda persona a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros, y
- vi) el derecho a la identidad sexual, el cual incluye no sólo el aspecto morfológico, sino, primordialmente, los sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado a una persona al nacer.

Una vez incluyó el derecho a la identidad sexual y a la privacidad como derechos derivados de la dignidad humana, la Suprema Corte resaltó la necesidad de incluir en la ley la regulación del cambio de sexo legal en casos de transexualismo a partir de un análisis de derecho comparado, que incluyó la referencia a normas sobre el tema en países como España, Alemania, Holanda, Italia, entre otros. De igual manera incluyó referencias jurisprudenciales, en particular, la Suprema Corte acude al prece-

dente sentado por la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH) en el Caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, emitido en 2002.⁵⁸ En este caso se señaló que la persona transexual debe gozar de todos los derechos que tienen las personas cuyo sexo ha adoptado. Esto incluye el reconocimiento legal de la nueva identidad sexual. La Corte Europea indicó que el mero cambio de los documentos de identidad y la adecuación del nombre no permiten vivir a los transexuales de acuerdo con la identidad que les es propia. Además, ello les genera continuas humillaciones y discordancias en el trato que se les da, por haber cambiado su género de forma irreversible y no obtener todos los derechos del género adoptado. En este sentido, se vulnera el derecho a la vida privada al tener que revelar un sexo al que ya no pertenecen, en múltiples actos de su vida.

La Suprema Corte concluyó que en el derecho comparado y en los avances jurisprudenciales de tribunales nacionales y regionales —como el europeo—, en los casos de transexualismo se da prevalencia al sexo psicosocial y no al morfológico. Esto trae como consecuencia que forma parte del libre desarrollo de la personalidad la decisión de una "reasignación sexual", que puede comprender o no una cirugía para ese fin, con el objeto de adecuar su estado psicosocial a su estado físico y, a partir de ello, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente. De esta manera, la Suprema Corte señaló que mantener legalmente a una persona (en documentos de identidad como el acta de nacimiento) en un

⁵⁸ CEDH, *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, Judgment of July 11, 2002.

sexo que no siente como propio es una vulneración de los siguientes derechos fundamentales:

- a) De su libre desarrollo de la personalidad, porque sólo a partir del respeto a su identidad sexual, adecuando su sexo legal a su sexo psicosocial, se podrá realizar el propio proyecto vital que, en forma autónoma, la persona tiene derecho de decidir;
- b) De su derecho a la salud, porque la reasignación del sexo en una persona transexual no sería suficiente para alcanzar el equilibrio o armonía entre su cuerpo y su psique y, por ende, un estado de bienestar integral, cuando no resulta posible adecuar su sexo legal al sexo con el cual se identifica y no al biológico con el que fue registrado inicialmente. Lo anterior porque en las más simples actividades de su vida la persona estará obligada a mostrar un documento (como el acta de nacimiento) que contiene sus datos anteriores, revelando su condición de persona transexual, lo que hace que perviva una situación tortuosa en su vida cotidiana que, indudablemente, tendrá efecto sobre su estado emocional o mental.
- c) De su derecho a la intimidad y a la vida privada: por tener que exteriorizar, en muchas de sus actividades, su condición anterior, lo cual puede generar eventuales actos discriminatorios hacia su persona en aspectos laborales o en sus relaciones sociales.

Finalmente, la Suprema Corte señaló que los derechos de terceros no constituían un fundamento suficiente para la restricción del derecho a la identidad sexual, pues los derechos de terceros que tienen algún tipo de relación obligacional con la persona demandante se ven protegidos toda vez que la rectificación del sexo no implica la eliminación de su historia personal, la cual podría verificarse dentro de un eventual proceso judicial.⁵⁹

2. Otras aproximaciones a la relación entre autonomía personal y derecho a la salud en el derecho comparado

A continuación me refiero a ejemplos relevantes sobre la forma como la Corte Constitucional de Colombia ha entendido la relación entre el derecho a la autonomía personal y el derecho a la salud.⁶⁰ La Corte colombiana ha señalado que, en una sociedad fundada en el pluralismo y la dignidad humana, el principio de autonomía prevalece *prima facie* sobre otros principios concurrentes. Por consiguiente, y salvo ciertas excepciones, prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y del Estado en preservar la salud de las personas.

⁵⁹ La Corte ordenó al Juez civil de segunda instancia emitir un nuevo fallo a partir de los criterios de interpretación utilizados en la sentencia y en el que se aplicara, como principio general del derecho, el contenido de las nuevas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos para el Distrito Federal, que regulaban, en específico, lo relativo a la rectificación de las actas del estado civil, entre ellas, el acta de nacimiento de personas que se han sometido a un procedimiento de reasignación de concordancia sexo-genérica.

⁶⁰ Para una mayor profundización, ver Oscar Parra Vera, *El Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, *op. cit.*

En el contexto de la relación médico-paciente, la autonomía no desaparece cuando el enfermo debe someterse a una serie de tratamientos para alcanzar mejoría de su salud. La Corte Constitucional ha delimitado estas relaciones entre el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud en casos donde aparece el siguiente problema jurídico: ¿en caso de disputa entre el médico y su paciente en relación con el procedimiento que debe ser llevado a cabo, puede aquél decidir y prescribir el tratamiento que considere más adecuado aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada, cuando ello es riesgoso para el paciente o cuando se subordina su autonomía personal?⁶¹ El conflicto no se refiere exclusivamente a la relación entre el médico y el paciente. En últimas, la tensión se configura entre la autonomía individual y el interés de la sociedad y del Estado en proteger la salud de las personas.⁶²

En algunos casos, las decisiones han dado prevalencia a la autonomía del paciente a través de su consentimiento informado, mientras que en otros casos ha prevalecido la decisión del médico y la autonomía profesional y científica del mismo o, incluso, el consentimiento sustituto (aquel que radica en los padres o en un tercero autorizado). Los precedentes que ha establecido la Corte Constitucional de Colombia sobre esta materia son los siguientes:

⁶¹ Como lo anotan Abramovich y Courtis, este problema se relaciona, a su vez, con el derecho a la información en relación con la salud, la libertad de prescripción del médico, la libertad de elección del paciente y el derecho a recibir explicaciones acerca del tratamiento prescrito. Véase Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, *op cit.*, p. 63, nota 76.

⁶² Sentencia T-850 de 2002.

- a) Todo tratamiento, incluso el más ordinario, debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo cuando concurren las siguientes excepciones:⁶³
- i. Cuando el estado mental del paciente no es normal.
 - ii. Cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia.
 - iii. Cuando el paciente es menor de edad.
- b) La Corte ha distinguido entre los **tratamientos ordinarios**, que no implican una perturbación mayor en el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las **intervenciones extraordinarias**, que conllevan una intromisión determinante en la vida del paciente. Cuando el tratamiento es ordinario, si el paciente no manifiesta su negativa a recibirlo, se presume su consentimiento. Cuando la intervención médica es extraordinaria, se debe contar con el **consentimiento expreso** del paciente.⁶⁴ Por consiguiente, a mayor intensidad de la intervención, mayor el ámbito de autonomía del paciente. Esto significa que entre mayor sea el grado de invasión en

⁶³ Sentencia T-401 de 1994. La sentencia revisaba el caso de un paciente que padecía problemas renales y era objeto de un tratamiento de diálisis peritoneal que le permitía llevar una vida ordinaria. Sin embargo, su relación con el médico tratante fue objeto de deterioro progresivo. Posteriormente, el médico decidió cambiar el tratamiento de diálisis peritoneal a hemodiálisis, lo cual requería de mayor control y tiempo en el hospital. El paciente afirmaba que el cambio de tratamiento se debía a los problemas personales y no a fundamentos científicos, motivo por el cual interpuso una acción de tutela con el objeto de que se reevaluara el cambio de tratamiento. La Corte consideró que el paciente tiene derecho a elegir el tratamiento que más se ajuste a sus condiciones.

⁶⁴ *Idem*.

el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente.⁶⁵

- c) El consentimiento informado del paciente respecto de la decisión de aceptar o rehusar un tratamiento, prevalece sobre el dictamen médico si se cumplen dos requisitos:
 - i. La existencia de una contraindicación médica que afecta muy poco el tratamiento, de tal forma que no lo anula ni lo hace contraproducente. En otras palabras, cuando no atender a las instrucciones del médico no genera un grave daño a la integridad física del paciente.
 - ii. El beneficio de otros intereses del paciente que, pese a no relacionarse directamente con su salud física, permiten un importante desarrollo de su autonomía.⁶⁶

Desde esta perspectiva, el paciente está en plena posibilidad de asumir, a su propio riesgo, las complicaciones para su salud que puedan derivarse de un tratamiento y optar porque éste le sea suministrado. Esta posibilidad persiste incluso en situaciones en que las personas tienen trastornos de personalidad y éstos no afectan su capacidad de consentimiento. En estos casos, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el médico que no esté de acuerdo y crea totalmente ineficaz el tratamiento elegido

⁶⁵ *Ibidem*. Criterio reiterado en las sentencias T-477 de 1995 y T-850 de 2002.

⁶⁶ Sentencia T-477 de 1995.

por el paciente podrá renunciar a continuar tratándolo, caso en el cual se asignará otro médico al enfermo.⁶⁷

Finalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que no se puede imponer a una persona un determinado patrón de conducta respecto a la enfermedad que padece, en cuanto ello menoscaba su potencialidad como persona, su capacidad de autodeterminación y desconoce el derecho a la intimidad personal y familiar.⁶⁸

VII. Conclusiones

En este escrito he realizado un análisis muy general de tres sentencias de Altas Cortes en México, Guatemala y Colombia, en orden a visibilizar buenas prácticas en materia de intervención judicial respecto a la garantía del derecho a la salud. Esta aproximación a un análisis comparado permite afirmar que, a diferencia de los debates que se concentran en si el derecho a la salud es justiciable o si constituye un derecho fundamental, la experiencia comparada demuestra que los debates emergentes se relacionan con la forma como se valora la interacción del derecho a la salud con otros derechos y el tipo de remedio judicial ofrecido

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Sentencia T-493 de 1993. En esta sentencia se proyectó el dilema entre la autonomía individual y los límites del interés social y estatal en proteger la vida y la propia salud. La Corte entendió que se desconocía el derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando no se respeta la decisión de una persona que, pese a sufrir de cáncer de mama y sentirse bien de salud, decide no acudir a los servicios médicos en razón de su alto costo, el deseo de no alejarse de su hija y la fe religiosa en la esperanza de curación. La decisión fue adoptada en la medida en que no se afectaban ni los derechos de los demás ni el orden jurídico.

por los Jueces para enfrentar las situaciones estructurales que explican los patrones y contextos en el que se insertan muchas de las violaciones a derechos sociales.

En particular, en torno a la judicialización del derecho a la salud ha tenido cada vez mayor importancia la pregunta por el impacto equitativo de estas decisiones y las transformaciones estructurales que corresponde impulsar mucho más allá de los casos concretos analizados por vía judicial. Este proceso ha sido muy dinámico y la experiencia comparada demuestra un nivel relevante de creatividad y diálogo con el derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, la invocación de las obligaciones internacionales asumidas en relación con el derecho a la salud ha sido útil para judicializar ciertos reclamos sociales que tradicionalmente se entendían excluidos del control judicial. El derecho internacional también ha permitido a los Jueces involucrar legítimamente a otros poderes políticos que deben rendir cuentas frente a dichas obligaciones internacionales, como lo muestra el ejemplo de la sentencia T-760 de 2008. Por otra parte, como se observa en el caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México, es posible utilizar el derecho internacional para suplir aquellos vacíos normativos que impiden la plena vigencia de los derechos fundamentales involucrados.

Cabe resaltar el surgimiento de los remedios asociados al control judicial estricto de políticas públicas en salud. Ello permite diversas respuestas a los críticos de la intervención judicial en estas

materias cuando se focaliza exclusivamente en casos individuales, pero también ha generado nuevos dilemas, debido a la larga espera por la implementación adecuada de aquellos remedios dirigidos a impulsar una mejor gestión institucional y una mayor deliberación democrática. Estos son retos donde el derecho internacional de los derechos humanos se convierte en una herramienta imprescindible.