
Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina

INFORME DE SALUD Y ALIMENTACIÓN



NOMBRE DE LA PUBLICACIÓN

Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina

AUTORES Y AUTORAS DE INVESTIGACIONES INFORME SALUD Y ALIMENTACIÓN

Soledad García Muñoz ©

Analía Elsa Galkin ©

Güendalina Sessarego ©

Gonzalo Permuy Vidal ©

Mariela Galeazzi ©

Leandro J. Giannini ©

Rocío Norambuena Avilés ©

Sebastián Sandoval Ayala ©

Carolina Meza Pramps ©

Diana Guarnizo Peralta ©

Ana María Narváez Olaya ©

Daniel Felipe Ospina Celis ©

Santiago Pereira Campos ©

Rafael García Martínez ©

José Miguel Ordiozola ©

Alejandra Bocardo ©

Gonzalo Fibla ©

Ananías Reyes ©

COORDINADOR

Gonzalo Fibla

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Cipod

Registro de Propiedad Intelectual: **A-311012**

ISBN: **978-956-8491-68-0**

Centro de Estudios de Justicia
de las Américas (CEJA)
Rodó 1950, Providencia, Santiago, Chile

EDICIÓN DE TEXTOS

Arlette Riquelme - Emerson Valenzuela

DISEÑO DE PORTADA

Camila Fisher

Año: 2019

Distribución gratuita

**Diálogo sobre la protección
jurisdiccional de los derechos
a la salud, educación, trabajo,
seguridad social y medio
ambiente sano en países de
América Latina**

INFORME DE SALUD Y ALIMENTACIÓN

PROYECTO

Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe

EQUIPO GIZ - DIRAJus

Helen Ahrens, Directora Proyecto DIRAJus
Walter Albán
Manuel Jacques
Alexander Schubert

EQUIPO CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS**AMÉRICAS (CEJA)**

Jaime Arellano, Director Ejecutivo
Marco Fandiño, Director de Estudios y Proyectos
Paula Mesa, Directora de Comunicaciones y Relaciones Públicas
Gonzalo Fibla - Matías Sucunza, Coordinación de proyecto
Alejandra Bocardo, Investigadora
Ananías Reyes, Investigador
Juan José Martínez, Investigador
Tatiana Orantes, Pasante

ASESORÍA EXPERTA

Soledad García, REDESCA - CIDH
Horacio Etchichury, Universidad Nacional de Córdoba
Viviana Krsticevic, CEJIL

Contenido

Prólogo	7
Presentación de la publicación	9
Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el sistema interamericano desde la perspectiva de la relatoría especial sobre DESCAs de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): la evolución de su protección, la situación actual y el acceso a la justicia. SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ	13
Acceso a la salud y discapacidad en el ámbito del fuero contencioso administrativo. ANALÍA ELSA GALKIN Y GÜENDALINA SESSAREGO	33
El derecho a la alimentación frente al estado de desnutrición: el caso “Esquivel” y los claroscuros de la tutela efectiva de los DESCAs en Argentina. GONZALO PERMUY VIDAL, MARIELA GALEAZZI Y LEANDRO J. GIANNINI	53
Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en materia de entrega de medicamentos: ni tan novedosa, ni tan progresista. ROCÍO NORAMBUENA AVILÉS Y SEBASTIÁN SANDOVAL AYALA	75
Derecho a la libre elección en el sistema de salud chileno: las preexistencias como barreras de acceso al sistema de salud privado. CAROLINA MEZA PRAMBS	95
<i>Caso Kufu</i> : conflicto entre estrategias de responsabilidad social empresarial de la industria de bebidas y los derechos de la población infantil Wayúu en Colombia. DIANA GUARNIZO PERALTA, ANA MARÍA NARVÁEZ OLAYA, DANIE Y FELIPE OSPINA CELIS	113
Exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la salud, en especial referencia al acceso a los medicamentos y tratamientos de alto precio: el caso de Uruguay en el contexto latinoamericano. SANTIAGO PEREIRA CAMPOS, RAFAEL GARCÍA MARTÍNEZ, JOSÉ MIGUEL ORDIOZOLA	135
La justicia como caleidoscopio, ¿amplificando o disminuyendo las desigualdades? Justiciabilidad del derecho a la salud y a la alimentación en América Latina. ALEJANDRA BOCARDO, GONZALO FIBLA Y ANANÍAS REYES	155

Prólogo

En el año 2015, los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas aprobaron la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que constituyen un enfoque integrado para abordar los desafíos del desarrollo inclusivo. “No dejar a nadie atrás” es uno de sus principios lemas. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estableció en 2016 el Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo Sostenible para dar un seguimiento específicamente al desarrollo inclusivo en la región latinoamericana. Durante su encuentro cuatrienal en Abril 2019, este Foro constató que la región sigue siendo una de las más desiguales. Ello se pone de manifiesto no solamente en las elevadas disparidades en la distribución del ingreso, sino también en múltiples brechas en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se encuentran regulados tanto al nivel universal, como interamericano y nacional. Al nivel universal, en 1966, se promulgaron los DESC mediante la ratificación que la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo de los dos pactos básicos de Derechos Humanos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Posteriormente, en 1968, al nivel interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó y abrió a ratificación la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); y finalmente, se adiciona a esta Convención, en 1988, el Protocolo de San Salvador (PSS) que complementa los DESC por el derecho a un medio ambiente sano.

¿Cuánto de este impresionante paquete de DESC del Derecho Internacional Público ha sido reconocido por los países latinoamericanos? No siendo aquí el lugar apropiado para dar una respuesta detallada se puede constatar que, fuera de Cuba, todos los países de América Latina y el Caribe han ratificado el PIDESC, pero que sólo 16 de los 34 países de la OEA han ratificado el Protocolo de San Salvador. Más allá, los 25 Estados Parte de la CADH se han comprometido a “adoptar providencias (...) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA (...) por vía legislativa u otros medios apropiados” (Art.26 CADH). Y, en efecto, a partir de los años 90 del siglo pasado muchos de los DESC han sido incluidos en las nuevas Constituciones de los países latinoamericanos. En esta línea algunas califican al Estado respectivo como Estado Social de Derecho.

¿Qué es un Estado Social de Derecho? En términos muy generales, es uno que garantiza un nivel de vida justo para todos sus habitantes y mitiga los riesgos sociales a través de los DESC y apoya a grupos desfavorecidos, no por misericordia sino por sus obligaciones legales o contractuales. Los beneficios no se otorgan de forma discrecional. Más bien, las personas son titulares de derechos y, en consecuencia, pueden reclamar sus beneficios frente a la Justicia.

Surge entonces la pregunta si la ratificación de los DESC y su anclaje en las respectivas Constituciones justifica calificar el modelo estatal en América Latina efectivamente como basado en Estados Sociales de Derecho. ¿Están dirigidas las instituciones estatales a cumplir efectivamente con los DESC para beneficio de los ciudadanos? ¿Las personas son titulares de sus derechos y, en consecuencia, pueden hacer valer sus derechos vía el poder judicial en caso de incumplimiento o vulneración por estas instituciones?

El proyecto “Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia – DIRAJus” de la cooperación alemana/GIZ parte del entendimiento común de que un acceso efectivo a la

justicia es importante para el goce de los derechos fundamentales. Ello vale también para los DESCAs cuando las intervenciones sociales de las instituciones estatales no los garantizan. En estos casos, las decisiones y acciones judiciales deberán promover e impulsar la interpretación judicial de los DESCAs, convirtiéndose en determinantes para la ruta recorrida por las políticas públicas. Así ellas contribuirán también a la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

En el año 2016, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus realizaron una primera Convocatoria para estudiar con profundidad los desafíos actuales que enfrenta la plena aplicación del derecho de acceso a la justicia. Ella culminó con una publicación conjunta sobre el tema. En ella se detallan los múltiples obstáculos que enfrenta la efectiva materialización de este derecho. En el campo teórico, pero también material, los grandes ausentes que explican las carencias pareciera ser el reconocimiento y comprensión de los derechos subjetivos de las personas. En esencia, estos son la expresión de la capacidad de los individuos para expresarse frente a la comunidad y, especialmente, al Estado, para manifestarse como tales contra la no integración, exclusión, discriminación etc.

En un segundo llamado, CEJA y el proyecto DIRAJus realizamos a comienzos del año 2019 una Convocatoria de juristas y abogados, estudiosos y activistas de los DESCAs en la región de la CADH y del PSS, para iniciar un diálogo regional sobre experiencias respecto del rol del poder judicial en la materialización de estos derechos en sus respectivos países. Se presentaron más de 70 propuestas de trabajos a la Convocatoria, de los cuales se seleccionaron 20 para su elaboración detallada.

Los trabajos presentados a la Convocatoria CEJA/DIRAJUS sobre DESCAs que se encuentran publicados en este libro están dirigidos a analizar situaciones, desarrollos, lugares y formas específicas de su afectación. Se trata de discutir donde y porqué, con qué efectos y por quienes estos derechos son puestos en duda o negados. Y discutir cómo mejorar su "efectivización" o materialización. Los trabajos y los resúmenes elaborados por los expertos muestran que la necesidad de defender los DESCAs frente al Estado mediante la Justicia resulta estar llena de contradicciones y obstáculos. De allí que, en resumen, su impacto en la vida real de las naciones y el bienestar individual de sus habitantes muchas veces quede en entredicho.

Tanto la colección tan variada de trabajos sobre DESCAs como los resúmenes de los expertos que acompañaron su elaboración constituyen un rico material de análisis. Procesarlo requiere todavía una mayor consideración del debate universal sobre derechos humanos y específicamente DESCAs, y de sus expresiones locales, que aquel a los que los autores han podido recurrir y/o utilizar para sus propios trabajos. Ello se debe a la complejidad de la materia y el poco tiempo disponible para su procesamiento. Es el inicio del debate. Ha comenzado bien y de continuar promete mucho.

Corresponde agradecer al Director Ejecutivo de CEJA, Jaime Arrellano, como al Director de Estudios y Proyectos, Marco Fandiño y al equipo de CEJA conformado por Gonzalo Fibla, Ananías Reyes y Alejandra Bocado tanto por su confianza en la cooperación con el proyecto DIRAJus como por la ejecución de la Convocatoria. Agradezco también al equipo de asesores académicos de DIRAJus conformado por Walter Albán, Manuel Jacques y Alexander Schubert. Continuar la reflexión iniciada sobre el rol de los DESCAs como derechos esenciales en América Latina y el rol de la Justicia en su reconocimiento pleno seguirá constituyendo un gran desafío.

Dr. iur. Helen Ahrens
Directora del proyecto DIRAJus

Presentación de la publicación

1. INTRODUCCIÓN

En el marco del proyecto “Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina y el Caribe” el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus de la Agencia de Cooperación Alemana GIZ realizaron un llamado abierto orientado al desarrollo de estudios de caso en la región. Esta invitación estuvo dirigida a profesionales, especialistas, academia, grupos, instituciones y organizaciones activas en la promoción y defensa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de América Latina y el Caribe.

El foco del llamado estuvo dado en la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs. La convocatoria retoma una cuestión que se desprende del Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”):

“(...) la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros (...).”

Desde la exigencia de una tutela efectiva y partiendo del hecho que el Protocolo se dirige al Estado en su conjunto, surge una pregunta central: ¿en qué medida han contribuido los sistemas judiciales a asegurar que los beneficios de la proclamación de los DESCAs alcancen a toda la población de los respectivos países, garantizando su plena exigibilidad y justiciabilidad? En este contexto, CEJA y el proyecto DIRAJus, convocaron a iniciar un diálogo regional respecto del rol de la Justicia en la materialización de estos derechos. Para ello se partió del relato de una situación específica de afectación, violación o reconocimiento total o parcial de uno o más DESCAs (conflictos concretos en los que los autores y autoras hayan trabajado o conozcan), especificando cómo surgió el conflicto, de qué manera se lo identificó y cuáles son las causas a las que responden; los intereses en juego; las estrategias, actividades y acciones de abordaje y articulación con actores sociales; la construcción del conflicto en caso judicial y su institucionalización; las limitaciones y externalidades que explican y rodean la causa judicial, su procesamiento y resultado; y, los demás elementos esenciales o accesorios, estructurales o contingentes, que hayan condicionado o posibilitado en el caso en concreto, la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs en cuestión.

El propósito de iniciar este diálogo fue también el de reunir distintas experiencias en varios países de la región, posibilitando una reflexión sustantiva sobre la cuestión de los DESCAs en una dimensión que trascienda la perspectiva local y permita un análisis comparado a nivel regional. Así, fruto de este llamado abierto y plural se recibieron más de 60 propuestas de investigación. En la primera fase del proyecto se seleccionaron 20 de ellas para continuar con un intenso trabajo de seguimiento. En el proceso de acompañamiento de los trabajos

participó el CEJA y la agencia GIZ. Además, se contó con la asesoría técnica de Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba), Viviana Krsticevic (CEJIL) y Soledad García Muñoz (REDESCA – Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

El proceso de pesquisa culminó con 19 trabajos finales que se compilan en esta publicación compuesta de tres volúmenes y que constituyen un aporte a la reflexión teórica y práctica de los DESCAs en América Latina. Se suman a estos estudios locales tres informes reflexivos. El primero de ellos fue realizado por Horacio Etchichury y aborda la situación de la justiciabilidad del derecho al medioambiente. El segundo se aboca al derecho a la salud y a la alimentación y fue elaborado por Alejandra Bocado, Gonzalo Fibla y Ananías Reyes de CEJA. El tercer informe global fue preparado por Viviana Krsticevic y ahonda en algunos desafíos del derecho al trabajo, seguridad social y educación. Por su lado, la Relatora Especial DESCAs Soledad García Muñoz plantea en un informe global algunas líneas de trabajo y horizontes de la agenda regional en la materia y que sirve de punto de partida a la reflexión.

2. METODOLOGÍA DE LAS INVESTIGACIONES

Investigaciones locales

La selección de los casos, así como el objetivo de estudio fue delimitado por los propios autores y autoras, teniendo en consideración la relevancia de la temática para los derechos humanos en sus respectivos países y la contingencia de los conflictos y/o afectaciones a los DESCAs. El enfoque metodológico, así como las técnicas a utilizar, se ajustaron de acuerdo a las necesidades de los propios proyectos de investigación.

Sin perjuicio de las particularidades de cada caso, los trabajos responden a la identificación de cuatro grandes momentos o dimensiones que fueron propuestas como criterios rectores que debieron ser abordados con diversos niveles de intensidad de acuerdo a cada proyecto de investigación.

Primera Dimensión

Trayecto inicial de la resolución del conflicto

Esta parte de la investigación se refiere al conjunto de sucesos, acciones o hechos que conforman la ruta del caso estudiado para hacerlo exigible y/o justiciable. Se refiere al contexto político, social y cultural en el cual el conflicto emerge y cómo se desarrolla previo al ingreso al sistema de justicia u otra instancia estatal. Del mismo modo, se debe aludir al contexto normativo y cómo eventualmente el mismo influye en el conflicto.

Además, se debe referir a cómo se delimita e identifica el conflicto, así como también se espera aportar información sobre la estrategia utilizada para hacer exigible y/o justiciable el DESCAs en juego. Finalmente, es necesario desarrollar cuáles son las respuestas estatales frente al conflicto.

Debe conformarse por dos aspectos:

- a) Surgimiento del conflicto, proceso de identificación como conflicto justiciable vinculado a la vulneración de DESCAs, y proceso de definición de estrategia de exigibilidad o justiciabilidad implementada en el caso. Indicar el tipo de obligación del Estado infringida (respetar, proteger y realizar).
- b) Primeros pasos del caso, respuestas estatales –de instancias administrativas y/o jurisdiccionales–, obstáculos normativos y/o operativos en el transcurso del ingreso al sistema de justicia.

<p>Segunda Dimensión</p>	<p>Ingreso al aparato judicial y proceso Esta parte de la investigación se refiere al ingreso del conflicto de DESCAs a la jurisdicción. Resulta relevante en este punto indagar en cómo son los requisitos formales y/o sustanciales que facilitan –o dificultan– la justiciabilidad de los derechos; por ejemplo, plazos, requisitos de admisibilidad, procesos, etapas, acciones, etc. vistos siempre desde una perspectiva crítica sobre cómo ellos pueden impactar la vigencia de los DESCAs. Además, es especialmente relevante el tema de los plazos y tiempo de duración de los procesos y en qué medida esto puede afectar en los DESCAs de las personas involucradas.</p>
<p>Tercera Dimensión</p>	<p>Respuesta jurisdiccional Esta parte de la investigación se debe hacer cargo del contenido de la sentencia que resuelve el conflicto. En concreto, debe analizar la decisión, el cómo reconoce o no los DESCAs, cómo aplica los estándares internacionales –y, en particular el Protocolo de San Salvador–, la realización del control de convencionalidad, entre otros. Se debe analizar críticamente la calidad del proceso analítico de la judicatura, teniendo especial atención a que se trata de un caso de DESCAs. Asimismo, debe ahondar en cómo la sentencia sirve para la delimitación del contenido esencial del DESCAs en juego, así como su titularidad. Debe existir un análisis crítico respecto a la eficacia de las garantías que permiten hacerlo justiciable. Por otro lado, debe identificarse si en la sentencia se realiza un llamado a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.</p>
<p>Cuarta Dimensión</p>	<p>Cumplimiento de la resolución Esta parte de la investigación debe abocarse a las consecuencias que trae consigo lo resuelto. Es decir, en cómo hacer operativo lo declarado en la sentencia y los mecanismos de que dispone la jurisdicción para ello. Se debe contrastar de modo crítico lo declarado en la sentencia en materia de DESCAs con aquello que ocurre en la práctica. Posibles preguntas asociadas con esta etapa son la relación con la dictación de posterior política pública, los efectos particulares o generales de la sentencia, la judicialización de casos similares en tiempo posterior, el carácter de leading case del caso analizado, etc.</p>

Con todo, cabe destacar que no necesariamente todos los trabajos abordan cada una de las mencionadas dimensiones o profundizan en el mismo nivel cada una de ellas. Estas dimensiones se plantearon como una propuesta para ordenar el análisis del caso de DESCAs y valorar a través de este marco la afectación al derecho o derechos del caso objeto de estudio. También permite construir un marco base para comparar los casos surgidos en diversos contextos nacionales y en los cuales hay diversos derechos involucrados.

Los casos priorizaron un enfoque cualitativo o predominantemente cualitativo.

3. LIMITACIONES Y FORTALEZAS

La presente publicación posee tanto fortalezas como limitaciones.

Entre las limitaciones podemos señalar la propia metodología empleada. Las investigaciones locales parten de una idea de estudio de caso, es decir, se representa a través de un caso ejemplificador o de especial interés el camino de exigibilidad o justiciabilidad de los DESCAs. Ello lleva a que las reflexiones emerjan desde los estudios de caso surjan desde lo particular, de manera descriptiva e inductiva. Las conclusiones y proyecciones que se

derivan de estos estudios no permiten revelar tendencias absolutas en la materia, sino que abren la discusión a áreas especialmente conflictivas y que requieren de otras investigaciones que las complementen. Cabe ser señalado que los casos no abordan necesariamente aspectos estructurales que explican las circunstancias en donde emergen las vulneraciones de los derechos, sin perjuicio de que en alguno de ellos se identifican estas circunstancias –legales, sociales, culturales o fácticas– como definitorias en la afectación o vulneración de los mismos.

A pesar de las limitaciones descritas, los trabajos resultan útiles para obtener un reflejo fidedigno del estado de situación de la región. Ello considerando que es poca la información sobre las dinámicas de interacción que hay entre las instituciones públicas involucradas y los caminos que siguen los casos de DESCAs al interior del sistema de justicia. Además, plantea la posibilidad de abordar los conflictos y vulneraciones de los DESCAs desde una perspectiva que va más allá de lo meramente normativo, sino que desde un enfoque social y contextualizado. Así, a través de los estudios de caso es posible detectar el camino de una vulneración mediante una estrategia de justiciabilidad o de exigibilidad de manera descriptiva y particularista, integrando en el análisis los movimientos sociales, las organizaciones de la sociedad civil, la academia y la clínica jurídica. Esta fortaleza lleva a obtener información de suma importancia para decisiones de políticas públicas, pues describen las dinámicas de poder que subyacen a las violaciones a los derechos humanos; o bien describen aquellas circunstancias del contexto que influyen ostensiblemente en cómo se exigen y hacen justiciables los DESCAs.

Investigaciones globales

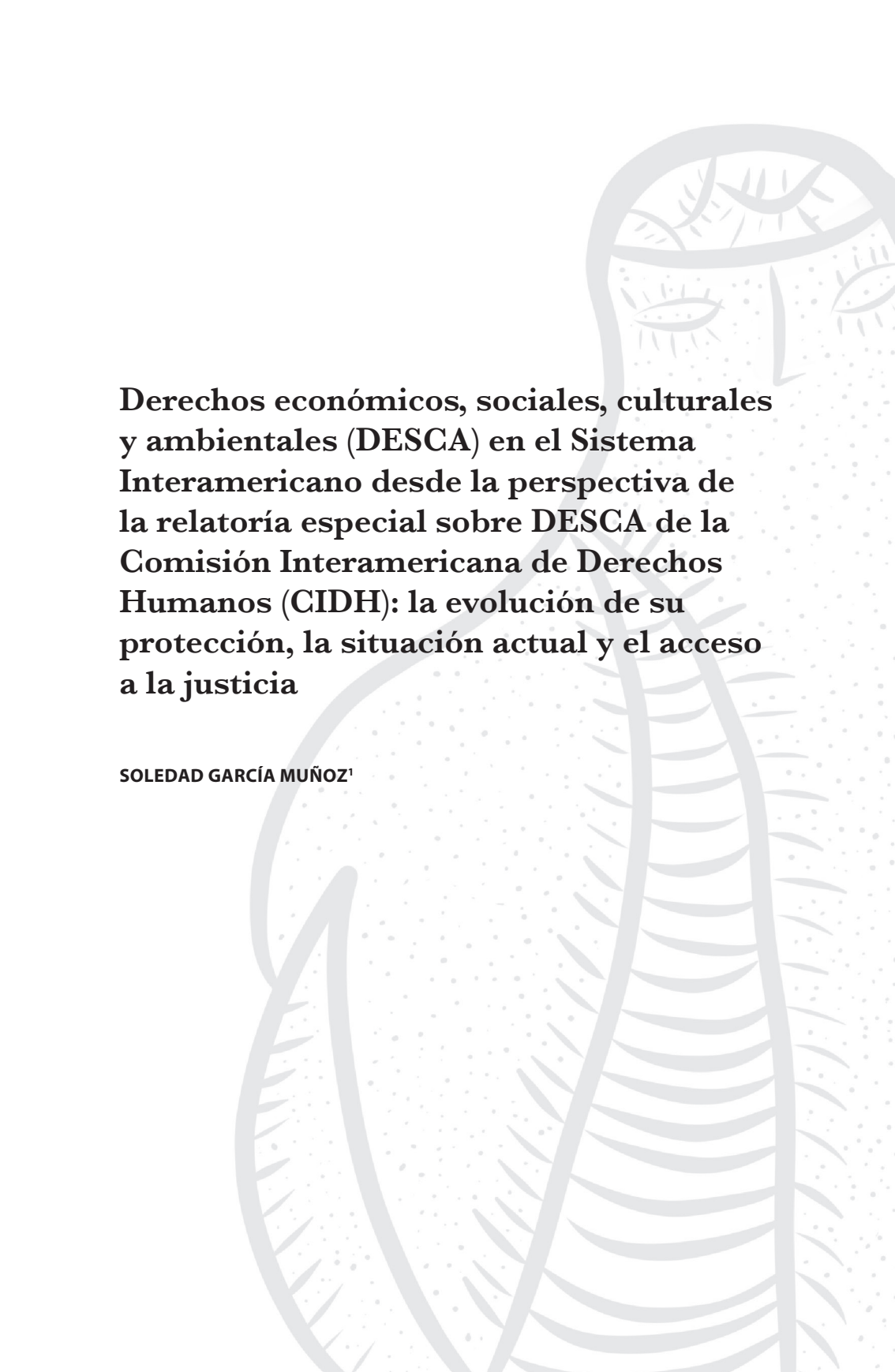
Se decidió agrupar en tres grandes grupos los 19 estudios locales, atendiendo a los derechos conculcados en los conflictos: medioambiente; salud y alimentación; y trabajo, seguridad social y educación. Estos tres trabajos implican un análisis global u holístico que busca complementar los hallazgos y reflexiones locales. Por consiguiente, se desarrollaron tres estudios globales que abordan de manera holística los elementos identificados del análisis transversal de los trabajos que componen cada uno de estos grupos.

A efectos de dar continuidad a las dimensiones presentes en los estudios de caso, se continuó con la identificación de las cuatro dimensiones en estos trabajos globales. Adicionalmente, se incluyen otras reflexiones que emergen a propósito de los estudios y de tendencias identificadas. Por ejemplo, se incluyen reflexiones sobre el rol de la judicatura y los movimientos sociales en la exigibilidad y justiciabilidad de los casos de derechos humanos; el papel de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en la determinación de los DESCAs; el litigio estratégico; derechos humanos y empresas; entre otros.

4. ESTRUCTURA DE LA PUBLICACIÓN

Tal como fue indicado anteriormente, la publicación se divide en tres volúmenes o informes temáticos:

1. Informe de Medioambiente
2. Informe de Salud y Alimentación
3. Informe de Trabajo, Seguridad Social y Educación

A stylized, light gray illustration of a human figure, possibly a woman, is positioned on the right side of the page. The figure is composed of simple lines and curves, with a dotted pattern filling the background behind it. The figure's head is tilted slightly, and its torso is visible, showing a ribcage-like structure. The overall style is minimalist and artistic.

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el Sistema Interamericano desde la perspectiva de la relatoría especial sobre DESCAs de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): la evolución de su protección, la situación actual y el acceso a la justicia

SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ¹

1 Este documento de carácter académico ha sido elaborado por la REDESCA de la CIDH en el marco del proyecto diálogo regional sobre el rol de los sistemas jurisdiccionales en la materialización de los DESCAs conducido por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el proyecto DIRAJus de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ). La Relatora Especial sobre DESCAs Soledad García Muñoz, deja constancia de su agradecimiento a dichas instituciones por su invitación a participar en dicho proyecto. Igualmente, subraya y agradece el destacado desempeño de Renan Bernardi Kalil, personal asociado de REDESCA, en las tareas desarrolladas bajo su supervisión por el mandato en relación con dicho proyecto, entre ellas la de redacción del presente documento*.

1. INTRODUCCIÓN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, “Sistema Interamericano” o “SIDH”) ha avanzado en las últimas décadas en el reconocimiento y la institucionalización de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, “DESCA”) en el continente americano. En este sentido, tuvo gran relevancia la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, “Declaración Americana”) en desarrollo de las normas sobre derechos humanos contenidas en la propia carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como la inclusión del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”, “Convención” o “Convención Americana”) relativo al Desarrollo Progresivo de los DESC, o la posterior adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Protocolo de San Salvador”).

El presente documento, ha sido elaborado como aporte de tipo académico al proyecto de diálogo regional sobre el rol de los sistemas jurisdiccionales en la materialización de los DESC, conducido por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas y el proyecto DIRAJus, el cual tiene el objetivo de presentar la evolución de la protección y tutela de los DESC en el Sistema Interamericano, ofrecer algunos elementos de análisis general sobre la situación de los DESC en el hemisferio y los principales estándares interamericanos sobre acceso a la justicia en materia DESC. Cabe subrayar la importancia del mencionado proyecto para visibilizar las experiencias de exigibilidad y justiciabilidad en los sistemas nacionales, así como la oportunidad que representa para la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, “REDESCA” o “Relatoría Especial DESC”) en el ánimo de ampliar sus alianzas estratégicas y promover los DESC, como el conocimiento del mandato en la región. Este documento refleja fundamentalmente la perspectiva y los aportes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”, “Comisión” o “Comisión Interamericana”) como de su REDESCA en la materia. Es una contribución que debe ser ampliamente visibilizada, siendo la Comisión el órgano principal de la OEA para la promoción y protección de los derechos humanos en los 35 países que integran la Organización, la perspectiva y desarrollos de la CIDH junto con su REDESCA. Se trata de un aporte desde luego complementario de los que lleva adelante la Corte Interamericana, como el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador –del cual la REDESCA hace parte– y otros espacios de la OEA que tienen competencias en materias relacionadas con los DESC.

En la primera parte presentamos el desarrollo institucional de la tutela de los DESC en el ámbito de la Comisión Interamericana. Así, exponemos la creación de la Unidad DESC como un paso importante en la institucionalización de los DESC en la CIDH, el involucramiento de los países y de la sociedad civil en este proceso, la decisión de la CIDH de fundar la Relatoría Especial DESC y los logros obtenidos por la REDESCA desde su creación.

En la segunda parte abordamos un análisis general sobre la situación de los DESC en las Américas y exponemos algunas de las preocupaciones del mandato a partir de información recibida durante visitas de país junto con la CIDH, como de las investigaciones realizadas de oficio, los insumos provenientes de los diferentes mecanismos a través de los cuales la CIDH ha dado seguimiento a la situación de los países –tales como audiencias públicas, visitas temáticas, solicitudes de información bajo el artículo 41 de la Convención Americana o artículo 18 de su reglamento y medidas cautelares–. También son fuentes relevantes para el mandato las decisiones y recomendaciones de organismos internacionales especializados, los informes del Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, informes de organizaciones de la sociedad civil o medios de comunicación.

En la tercera parte, presentamos las principales líneas establecidas por el Sistema Interamericano en su rol esencial de asegurar el derecho de acceder a la justicia, lo cual se configura como una garantía fundamental y como un mecanismo para el reconocimiento y aplicación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Por fin, exponemos nuestras principales conclusiones en relación con los DESCAs en las Américas y el acceso a la justicia.

Las fuentes principales de este documento provienen de los trabajos de la Comisión y su REDESCA, como de otros órganos interamericanos.

2. LOS DESCAs EN LA CIDH: LA CREACIÓN DE LA REDESCA Y SU APOORTE AL SISTEMA INTERAMERICANO

La CIDH ha identificado en la última década destacados logros y avances en la región en materia de derechos sociales y ambientales, que permitieron a grandes sectores de la población salir de la pobreza y de la pobreza extrema, resulta especialmente preocupante para la REDESCA identificar que algunos de estos logros se encuentren hoy en serio riesgo de retroceso a nivel regional. Por otro lado, llevar este tema a debate es importante para reafirmar la universalidad, progresividad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, así como la relevancia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales para disminuir la pobreza y la desigualdad en las Américas.

La CIDH ha trabajado durante décadas en el respeto y garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la región. En 2012, la Comisión creó una Unidad sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la Unidad DESC.

Entre sus actividades, destacó el hecho que la Unidad DESC realizase un proceso de consultas regionales sobre la situación de los DESCAs, que tuvieron lugar en Argentina, Colombia, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, Jamaica y México. La finalidad de dicho proceso fue recabar información sobre las prioridades temáticas identificadas en las subregiones para abordar el trabajo sobre DESCAs. Con apoyo de dicha unidad, la CIDH también ha elaborado un informe sobre "Acceso al Agua en las Américas: Una Aproximación al Derecho Humano al Agua en el Sistema Interamericano" incluido en su informe anual de 2015.

Asimismo, la Unidad DESC ha expresado su beneplácito por haber cumplido con su cometido inicial, prioritario y determinante como lo fue la plena institucionalización de los DESCAs en el Sistema Interamericano de derechos humanos con la constitución efectiva de la Relatoría Especial en la materia y la publicación del informe sobre "Pobreza y Derechos Humanos" a poco de creado dicho mandato.

Además, la CIDH es parte del Grupo de Trabajo encargado de analizar los informes periódicos de los Estados partes del Protocolo de San Salvador. Hasta la creación de la Relatoría Especial DESCAs hubo comisionados y comisionadas que lo integraron. Después, por decisión unánime de la CIDH, la Relatora Especial DESCAs resultó designada para integrar dicho Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador de la OEA, funciones que empezó a desempeñar oficialmente durante el mes de julio de 2017.

El Protocolo ha sido ratificado por 16 países del continente. El Protocolo de San Salvador reconoce el derecho al trabajo, a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, y a los beneficios de la cultura, entre otros. Este instrumento fue adoptado en 1988, y el texto se basó en un borrador preparado por la CIDH.

En la apuesta de la CIDH a profundizar el trabajo en materia DESCA, las numerosas demandas de organizaciones de la sociedad civil y también de varios Estados de la región en el marco del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano, la Comisión decidió crear una Relatoría Especial para estos derechos en 2014.

Asimismo, en función de las consultas realizadas para elaborar su Plan Estratégico, la CIDH decidió incorporar los temas ambientales como una de las áreas de trabajo de la nueva Relatoría Especial. Por un lado, con el objeto de buscar responder al progresivo y cada vez más importante foco de atención sobre la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, y por el otro para desarrollar integral y coherentemente los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano en los que existe una vinculación de los temas ambientales y la garantía de los derechos humanos. Además, dicha integración pone de relevancia la situación que grupos históricamente discriminados y excluidos padecen como consecuencia de desastres naturales, el cambio climático y la contaminación del suelo, el agua y el aire (CIDH, 2017b).

Identificados los recursos mínimos necesarios para su puesta en funcionamiento, en 2017 la Comisión abrió la convocatoria a un concurso público para el cargo de Relatora sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. La Relatora Especial DESCA es la responsable de apoyar a la CIDH en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en las Américas.

Con la creación de la Relatoría Especial DESCA, la Comisión Interamericana busca fortalecer y profundizar su trabajo de defensa y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. No hay dudas que este es un paso de gran trascendencia en la historia de la CIDH y de los derechos humanos en la región.

Además, la creación de la REDESCA es resultado del esfuerzo de numerables activistas y organizaciones sociales, coincidiendo también con una aspiración de los Estados de la región. En efecto, se trataba de un tema pendiente hace tiempo para el Sistema Interamericano de Derechos humanos lograr un mejor equilibrio de los mandatos temáticos de la CIDH, enfocando su labor de promoción y protección en todos los derechos humanos sin jerarquizar los de tipo civil y político o limitar la protección de los DESCA a través de un enfoque indirecto. A partir de este paso, la CIDH está avanzando hacia la promoción y protección de manera directa de los DESCA y aportando a la construcción de nuevos estándares interamericanos, lo que permite actualizar la agenda temática de la Comisión, como también ampliar su alcance, impacto y base social.

Desde su incorporación a la CIDH, la REDESCA ha comenzado a trabajar con el sistema de peticiones y casos. Tras sus reuniones iniciales con los equipos de medidas cautelares, de admisibilidad, de protección y corte, la REDESCA ha comenzado a brindar sus aportes especializados a dichos equipos y se encuentra abocada a la realización de un diagnóstico constante de litigio DESCA para identificar aquellos relacionados con la agenda estratégica para el fortalecimiento y ampliación de los estándares de la CIDH en la materia. En igual sentido, la Relatora se ha reunido con peticionarios/as y representantes de visita en la CIDH o en visitas de país o durante los periodos de sesiones, dando sus insumos durante el proceso de registro, estudio de solicitudes de medidas cautelares e informes de admisibilidad de peticiones y casos en trámite ante la CIDH.

Asimismo, a partir de la puesta en marcha de su REDESCA, la CIDH viene dando mayor tratamiento al artículo 26 de la CADH mediante la admisibilidad en peticiones que involucran derechos sociales o ambientales. Lo mismo ha ocurrido con su tratamiento en fase de fondo, en donde con apoyo de su REDESCA, la CIDH ha desarrollado importantes estándares para los DESCA o para la cuestión de empresas y derechos humanos, enmarcados en los hechos materia de litigio. Al respecto, puede subrayarse el caso 12.428, *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares versus Brasil*, el cual involucra temas como seguridad en el trabajo, trabajo infantil y la obligación del Estado de supervisar

actividades empresariales peligrosas. Dicho asunto se encuentra sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte", "Corte IDH" o "Corte Interamericana") desde septiembre de 2018.

También, con el apoyo de la REDESCA se han logrado desarrollar nuevos estándares en relación con derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a causa de la conexidad con los derechos civiles y políticos. De esta forma, la CIDH está mejorando su capacidad de respuesta frente a los grandes retos de derechos sociales y ambientales que afectan a los/las habitantes de América. En este sentido, la CIDH y su REDESCA sometieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva. Mediante esta solicitud, se pretende obtener una interpretación conjunta de varias normas interamericanas claves sobre las obligaciones de los Estados en relación al ejercicio de la libertad sindical, y la negociación colectiva y huelga como parte de esta, en tanto catalizadores para la protección de derechos laborales, así como de la interpretación de estas normas desde un enfoque de género (CIDH, 2019a).

La CIDH y su REDESCA tienen el compromiso de colaborar con los Estados Miembros para la construcción e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos para garantizar la vida digna de las personas que viven en situación de pobreza y lograr, progresivamente, la erradicación plena de la pobreza y pobreza extrema en el continente americano. Para la REDESCA, el combate de la pobreza y la desigualdad es el paraguas superior de todo el mandato, de manera alineada con la agenda 2030 de Naciones Unidas. Por ello, la Relatoría celebra haber inaugurado sus funciones con la aprobación y lanzamiento del primer informe temático sobre Pobreza y Derechos Humanos de la CIDH en toda su historia. Además, la Relatoría se encuentra culminando la redacción del informe sobre Empresas y Derechos Humanos, para cuya elaboración ha puesto en marcha un intenso proceso de consultas y participación.

3. LA SITUACIÓN DE LOS DESCA EN EL CONTINENTE AMERICANO²

En torno a la situación general de los DESCA en la región, la REDESCA como parte fundamental de su mandato, observa con preocupación que la situación de pobreza y pobreza extrema en el continente es persistente, lo cual se traduce en un detrimento para el goce efectivo de todos los derechos humanos y en especial de los DESCA. Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, para el 2017, el número de personas pobres en América Latina llegó a 184 millones, equivalente al 30,2% de la población, al tiempo que el número de personas en situación de pobreza extrema se situó en 62 millones, representando el 10,2% de la población. No obstante, se prevé un crecimiento de 1,3 puntos del PIB en la región, lo que podría dar lugar a una ligera reducción de la tasa de pobreza hasta el 29,6%. Como consecuencia, el número de personas en situación de pobreza se reduciría unos dos millones. A su vez, la tasa de pobreza extrema se mantendría en el mismo nivel que en 2017, con lo que la cantidad de personas en esta situación se elevaría un millón aproximadamente (CEPAL, 2018a, pp. 80-82). De manera general la pobreza a nivel regional a mediano plazo ha reducido entre 1,1, y 0,2 puntos porcentuales por año, pero esta cifra no se refleja en la pobreza extrema. El aumento de la incidencia y el incremento de la población total resultan en un aumento neto de 8 millones de personas en dicha situación (CEPAL, 2017, pp. 89-90).

Por ello, la pobreza debe ser analizada desde una perspectiva de derechos humanos, a partir del reconocimiento de las personas, grupos y colectividades que viven en esa situación como titulares de derechos humanos y los Estados deben cumplir con su obligación de adoptar medidas orientadas a erradicar la pobreza en la región para cumplir con el propósito establecido en la Carta de la Organización de Estados Americanos: promover el desarrollo económico, social, cultural y erradicar la pobreza.

Considerando que en la última década se lograron importantes avances en la región en materia DESCA, que permitieron a grandes sectores de la población salir de la pobreza y de la pobreza extrema, resulta especialmente preocupante observar que algunos de estos logros se encuentran hoy en serio riesgo de retroceso en la región. Por ello, la REDESCA recuerda que los Estados tienen la obligación de adoptar pasos deliberados y concretos para avanzar en la erradicación de la pobreza, abordando esta problemática desde un enfoque de derechos humanos y desarrollando estrategias para garantizar a toda su población contenidos por lo menos esenciales de los derechos sociales y ambientales. Tomando como base el contenido y estándares del informe de la CIDH sobre pobreza y derechos humanos, preocupa a la REDESCA la persistencia de la pobreza y la desigualdad en el continente, como el riesgo del aumento de la pobreza y la pobreza extrema en países donde se están registrando graves crisis de derechos humanos o adoptándose medidas de austeridad que disminuyen la inversión social. Asimismo, los Estados deben garantizar la participación de las personas en situación de pobreza desde sus propias perspectivas y experiencias, para lograr su empoderamiento económico y social. Especiales esfuerzos deben hacerse para garantizar los DESCA de las mujeres y combatir la feminización de la pobreza.

En el cumplimiento de su mandato, la REDESCA identifica situaciones graves de falta de acceso o contaminación del agua en el hemisferio, falta de acceso a una alimentación adecuada, desnutrición infantil y de mujeres gestantes, desafíos en materia de acceso a la vivienda, asentamientos informales, desalojos forzados, afectaciones de derechos humanos generadas por actividades empresariales, falta de acceso a la educación, a la salud y al empleo o libertad sindical en la región, como también los particulares obstáculos para las personas, grupos y colectividades viviendo en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica.

Llama la atención de la Relatoría la relación directa entre pobreza, desigualdad y falta de oportunidades con el aumento de la movilidad humana en la región. En ese sentido, desde el mandato se está prestando particular atención a las causas y consecuencias en relación con derechos sociales y ambientales del éxodo venezolano, como de las denominadas “caravanas de migrantes” en Centro América, México y América del Norte.

Destaca cómo con el aumento de la movilidad humana en la región, los DESCA están especialmente amenazados para las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. De igual forma, la Relatoría expresa su preocupación por las amenazas, la criminalización, las represalias y la violencia contra personas defensoras de derechos sociales y del medio ambiente en las Américas, así como por el uso desproporcionado de la fuerza y la represión policial en el contexto de manifestaciones, protestas y reclamos claramente relacionados con los DESCA. La REDESCA también viene manifestando su honda preocupación con la expansión de los grupos anti-derechos en la región, con efectos especialmente negativos en relación con los derechos sexuales y reproductivos, el acceso al aborto en condiciones compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos, los derechos de las personas LGBTTI y el derecho a la educación con perspectiva de género.

Preocupa especialmente a la Relatoría Especial la tendencia que viene identificando en cuanto a la adopción de legislaciones, políticas sociales y fiscales, como medidas de austeridad en distintos países de la región que limitan o suponen retrocesos en el acceso y disfrute de los DESCA en especial a los sectores más vulnerabilizados de la población. En

tal sentido, la REDESCA comparte el análisis del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012, pp. 1y2), cuando afirma que:

“todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas tienen que cumplir los siguientes requisitos: en primer lugar, la política debe ser una medida provisional que abarque solamente el período de crisis. En segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afectados los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social, conceptos desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo, y velar por que ese contenido mínimo básico siempre esté protegido”.

También, llama la atención sobre las consecuencias de los desastres naturales y la corrupción en el disfrute de los DESC. De hecho, la Relatoría Especial ha incorporado expresamente un enfoque anticorrupción en su agenda estratégica. En tal sentido, el mandato hizo sus aportes a la resolución 1/18 de la CIDH, introduciendo la dimensión de especial afectación que la corrupción supone para los DESC y las políticas sociales. Subrayamos la recomendación de:

“Fortalecer los mecanismos para monitorear y evaluar los programas sociales, con particular énfasis en aquellos ámbitos donde los actos de corrupción son más frecuentes, tales como los programas sociales y aquellos que definen la asignación y seguimiento a los grandes proyectos de infraestructura y de industrias y proyectos extractivos” (CIDH, 2018b, ítem 3, e, iv).

Así mismo la REDESCA se encuentra especialmente atenta a la relación entre las actividades de las industrias extractivas y el disfrute de los derechos humanos en las Américas, en particular los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Si bien la CIDH y esta Relatoría Especial reconocen que este tipo de proyectos y actividades empresariales pueden impulsar el desarrollo económico de los Estados y beneficiar a las poblaciones donde se encuentran, con frecuencia han recibido información preocupante sobre violaciones e impactos negativos de estas actividades sobre el disfrute de los derechos humanos. Esto se traduce, por ejemplo, en una situación latente de conflictividad social alrededor de la calidad y acceso a fuentes agua y suelos, las garantías de contar con procesos amplios de acceso a la participación e información en la toma de decisiones, así como deficiencia en la provisión de recursos adecuados y reparaciones efectivas para las víctimas. Esta Relatoría Especial también ha tenido conocimiento de casos de desplazamiento forzado de personas, afectaciones graves al derecho a la salud y contaminación ambiental en general por causa de dichas actividades empresariales. En muchas ocasiones, las zonas donde se encuentran una gran cantidad de recursos naturales, y por ende donde se emplazan los proyectos, son territorios históricamente habitados por comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas, las que comúnmente, se encuentran ya en una situación de vulnerabilidad. Sobre esta última situación, es importante mencionar, que la falta de implementación efectiva de la consulta y consentimiento previo, libre e informado como de los estudios de impacto ambiental y social de acuerdo los estándares desarrollados por la jurisprudencia intera-

mericana, recopilados además en el informe temático de la CIDH sobre Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes e Industrias Extractivas de 2015, es una de las principales causas de vulneración a los derechos humanos de estas personas tanto de forma individual como colectivamente.

De la misma forma, la REDESCA manifiesta su preocupación respecto a la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en estos sectores económicos, en particular aquellos que buscan la protección del ambiente y la tierra en el continente por ser constantemente blanco de estigmatización, amenazas y represalias debido a su oposición o tarea de visibilización de los impactos negativos de tales proyectos. Por ejemplo, durante el primer semestre de 2018 la CIDH indicó que 57 personas habrían sido asesinadas por ser defensores ambientales en Brasil, mientras que en Colombia solo en el primer trimestre de 2018 se reportaron 48 muertes de líderes sociales y defensores de la tierra. Así mismo según el informe de Global Witness (2018) (organización no gubernamental que realiza monitoreo sobre las actividades de defensoras y defensores ambientales), en su último reporte indicó que, de los 10 países más peligrosos para ser defensor o defensora del ambiente, 7 se encuentran en América Latina. En esa medida la REDESCA ha recordado a los Estados que tienen una obligación particular de respetar y proteger a las y los defensores ambientales y de la tierra, por cuanto el trabajo que este grupo realiza es primordial para todos los derechos humanos. Así mismo, la REDESCA también subraya que las actividades de extracción son realizadas tanto por empresas de origen nacional como aquellas de origen extranjero, empresas privadas como públicas o a través de diversos esquemas de asociación; también se presentan dentro del sector formal o bajo acciones informales e ilegales las cuales generan un intenso ritmo de deforestación, violencia y contaminación. Esto da cuenta de la importancia de la obligación de tener un marco normativo robusto y efectivo, una labor de vigilancia estatal oportuna y de la responsabilidad de las empresas de este sector de respetar los derechos humanos ejerciendo la debida diligencia y previniendo posibles vulneraciones a estos derechos a través de sus operaciones, sean de índole local o internacional.

La REDESCA viene siendo especialmente activa también en relación con el derecho al medio ambiente. Así, el mandato acompañó los eventos de apertura a la firma del Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación y Justicia en material ambiental, también conocido como Acuerdo de Escazú. Este sería el primer instrumento a nivel regional que obliga a los Estados a cumplir con los preceptos del Principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo. Del mismo modo, la REDESCA también es parte activa de los esfuerzos respecto a la implementación de la Opinión Consultiva No. 23 sobre el contenido del Derecho al medio Ambiente Sano a la luz de los instrumentos del Sistema Interamericano de derechos humanos. Por otro lado, la REDESCA dentro de su agenda estratégica, está buscando apoyos para impulsar un proyecto regional sobre el impacto del cambio climático en los derechos humanos. Por ejemplo, en el 173 periodo de sesiones de la CIDH, se celebró una audiencia sobre “Cambio climático y DESCA de mujeres, NNA, pueblos indígenas y comunidades rurales”. Lo mismo en relación con el derecho humano al agua y saneamiento, en relación con el derecho a la alimentación.

También a respecto al derecho al medio ambiente, la REDESCA sigue con preocupación la deforestación e incendios que afectaron la Amazonía durante 2019. En particular, hizo notar que, en Brasil, según el Instituto Nacional de Investigación Espacial (DETER/INPE), una agencia del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Comunicación, la deforestación en los meses de junio y julio de 2019 habrían aumentado considerablemente en comparación con los mismos meses en 2018. Asimismo, según un experto de la Administración Nacional de la Aeronáutica y del Espacio de los Estados Unidos (NASA por sus siglas en inglés), durante 2019, se han registrado un aumento en la cantidad e intensidad de incendios en la Amazonía brasileña. Según el experto, si bien la temporada seca juega un papel importante en la exacerbación de los incendios, la detección realizada de los incendios en este periodo es

más consistente con las acciones de limpieza de tierras. La REDESCA observa que diversas organizaciones de la sociedad civil también atribuyeron como una de las causas principales del aumento de los incendios a la quema de bosques por actores privados para expandir actividades económicas como la minería o agropecuaria sumado a políticas públicas que tenderían hacia el debilitamiento de la protección de la Amazonía y el medio ambiente. En ese marco, la CIDH advirtió que las poblaciones indígenas que conviven en la Amazonía son las principales afectadas al provocar desplazamientos forzosos de comunidades, pérdida de tierras destinadas a la subsistencia, y el grave riesgo de que pueblos indígenas en aislamiento, como los Awá del territorio indígena de Araribóia en la Amazonía de Maranhão, puedan desaparecer (CIDH, 2019b). Bajo ese mismo contexto, la REDESCA sigue los incendios forestales que también fueron extendidos y graves en Bolivia y Paraguay.

La REDESCA también expresó solidaridad al pueblo de Bahamas por los daños ocasionados por el huracán Dorian y llamó a urgente implementación de estrategias y planes para abordar la emergencia humanitaria, así como la posterior reconstrucción y rehabilitación de las zonas afectadas poniendo los derechos humanos en el centro (CIDH, 2019c)

De la información y análisis consultados sobre la región, se observa que la desigualdad habría disminuido en el último decenio. Sin embargo, se detecta un estancamiento en esa reducción de la desigualdad. Por lo que urge retomar la senda de las políticas redistributivas, potenciando la adopción de políticas fiscales de carácter progresivo que no sólo protejan los avances logrados, sino que impidan los retrocesos hacia el combate de la pobreza y la desigualdad (CEPAL, 2018b).

Para ello, es fundamental que el enfoque de derechos humanos en su indivisibilidad se aplique en todas las etapas de construcción de las políticas públicas. Esto parte por afirmar la voluntad política de todos los poderes estatales que, en cumplimiento de los compromisos asumidos con la Comunidad Internacional, como sobre todo con sus sociedades, aseguren que los Estados organizan sus aparatos para asegurar la máxima movilización de recursos, en favor de la progresividad y no regresividad en derechos. Ancladas en el principio de indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, las políticas públicas en DESCAs son una herramienta indispensable para la reducción de las desigualdades. De esa manera contribuyen a la construcción de sociedad más justas y democráticas.

Es por lo mismo que en este escenario regional de incertidumbre y cambios, debe ser una prioridad reforzar las políticas laborales de los países tomando especialmente en cuenta los avances de la robotización, automatización, digitalización e inteligencia artificial en América Latina. Aunque en ritmo más lento que en Europa y Estados Unidos, esas nuevas tecnologías están produciendo transformaciones e impactos en el mercado de trabajo, siendo que los efectos en la vida de las personas trabajadoras son todavía inciertos, como la creación o extinción de puestos de trabajo, las calificaciones necesarias para ejecutar nuevas tareas y el aumento de arreglos alternativos de trabajo (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018; INFOBAE, 2018). Por ello, se hace necesario construir nuevas capacidades institucionales que busquen soluciones innovadoras a largo plazo, además de enfrentar los riesgos inminentes que se presenten en la formulación y aplicación de tales políticas.

Por lo tanto, la REDESCA observa que a nivel general en casi todos los países de América Latina y el Caribe existen programas, políticas y legislación enfocada a atender los distintos derechos que forman parte del mandato. No obstante, la efectividad de los mismos depende en varias medidas de como los Estados responden a esa necesidad. Por ejemplo, los empleos de peor calidad, como el trabajo informal y el trabajo por cuenta propia, en que las condiciones de trabajo son inseguras, son persistentes en toda la región. En el continente americano se verifica una disminución en los trabajos en el sector formal y asalariado, el avance de la informalidad y la creación más intensa de puestos de trabajo en las actividades por cuenta propia (OIT, 2017, pp. 43-44). Esta situación conspira contra la plena efectividad de las protecciones sociales asociadas con el pleno empleo y las garantías laborales.

En relación a los derechos laborales, subrayamos que la libertad sindical y la libertad de asociación son derechos humanos fundamentales que, junto con el derecho de negociación colectiva, reunión y huelga forman el núcleo básico para proteger y promover el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias (Comité DESC, 2016, párr. 1). Los derechos de sindicación y de negociación colectiva son habilitantes y permiten promover la democracia, una buena gobernanza del mercado de trabajo y unas condiciones laborales decorosas (OIT, 1998). Sin embargo, en el continente americano hay una gran cantidad de datos que comprueban la existencia de prácticas extendidas de actos antisindicales por empleadores privados, así como por los propios Estados, que crean barreras para el ejercicio de la libertad sindical. Según los datos presentados por los presidentes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre el seguimiento de normas internacionales del trabajo y derechos humanos sobre las quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical por regiones entre 1951 y 2015, 55% de las quejas son originadas en el continente Americano (49% de América Latina y 6% de América del Norte). Los países con mayor número de quejas son Colombia (187), Argentina (182) y Perú (170) (Oficina Internacional del Trabajo, 2016).

Por otro lado, la REDESCA pone de manifiesto su especial preocupación por la situación regional del derecho a la salud en su relación con los demás DESC. En sus trabajos de monitoreo, como con el sistema de casos de la CIDH, la REDESCA llama la atención que se trata de un derecho sobre el que ha identificado serias violaciones en distintos países de la región, resultando urgente y prioritario que se adopten medidas y acciones nacionales, como regionales para evidenciar las situaciones más graves, identificar las buenas prácticas en materia de legislación, como políticas públicas, así como articular esfuerzos en la materia. En esta línea, uno de los proyectos estratégicos de la REDESCA se articula precisamente en torno al derecho a la salud.

Por último, la REDESCA pone de manifiesto la existencia de un marco normativo interamericano que genera distintas obligaciones en materia DESC para los 35 países de la OEA, tanto por vía de la Carta de la OEA, la Declaración Americana, como del Pacto de San José, el Protocolo de San Salvador y otros tratados adoptados en la OEA. Siendo mayor el grado de compromiso con los DESC en la medida que se hayan ratificado los tratados del sistema que los reconocen, la REDESCA reitera su especial llamado a la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, como a la firma y ratificación del Protocolo de San Salvador y demás tratados de derechos humanos del sistema. La REDESCA se encuentra especialmente a disposición, junto con el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador para generar procesos de asistencia técnica e incidencia en aquellos países que aún no han ratificado dicho Protocolo.

4. ACCESO AL SISTEMA DE JUSTICIA EN MATERIA DESC

El Sistema Interamericano tiene un rol esencial para asegurar el derecho de acceder a la justicia, lo cual se configura como una garantía fundamental y es un medio para el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. El SIDH ha desarrollado estándares sobre los alcances del debido proceso judicial y de la tutela judicial efectiva en casos que buscan la exigibilidad de los DESC. Los estándares son instrumentos importantes para guiar la interpretación de la Convención Americana por los tribunales nacionales en casos de acceso a la justicia que involucren los DESC y para contribuir en la mejoría de la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas y los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia.

En el Sistema Interamericano, derecho de acceso a la justicia está contemplado de manera específica en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y en el artículo XVIII de la Declaración, así como en el artículo 7, numerales c, d, e, f, g de la Convención de Belém do Pará. En los órganos del Sistema Interamericano se encuentra evidenciado a través del sistema de peticiones individuales, informes anuales, temáticos y de país y en las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte.

Existen cuatro temas centrales y prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a los DESCAs; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a los DESCAs; y 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCAs.

Sobre la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales, los Estados tienen la obligación de proveer servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos en ciertas circunstancias, a fin de que la desigualdad económica o social de los litigantes no sea una barrera para la posibilidad de protección judicial efectiva y de garantizar su acceso a la justicia. Situaciones cotidianas que las personas en situación de vulnerabilidad, de pobreza o pobreza extrema enfrentan son las dificultades involucradas con los costos del proceso, administrativo o judicial, como las tasas de justicia y la localización e insuficiente presencia de los tribunales. Cuando es necesario para tener un acceso eficaz, que los demandantes deban estar representados por un abogado que pueda sustentar sus reclamos, deberá aumentarse el número que defensores públicos disponibles, de manera tal que este servicio esté al alcance de toda persona que lo necesite (CIDH, 2007, párrs. 5 y 6; CIDH, 2017c, párrs. 504, 514 y 520; CIDH, 2002, párrs. 50, 53, 54 y 55).

Además, la CIDH ha identificado casos estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia de ciertos grupos. En esas situaciones, existe la obligación de los Estados de proveer servicios legales gratuitos, de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto y de ofrecer información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela, a fin de disminuir la vulnerabilidad de sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad (CIDH, 2007, párrs. 8 y 9).

La CIDH ha establecido criterios para la determinación de la asistencia legal gratuita en casos concretos: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso; y c) la importancia de los derechos afectados. Además, la Comisión ha identificado que ciertas acciones judiciales complejas, como algunas acciones constitucionales, exigen que los Estados proporcionen asistencia legal gratuita para permitir su efectiva promoción (CIDH, 2007, párrs. 6 y 7; CIDH, párr. 514).

Sobre los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a los DESCAs, hay que tener en cuenta que la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales se resuelve en la esfera administrativa. En parte de los países de la región la organización de las políticas y servicios sociales no ocurre por una perspectiva de derechos, pero bajo una lógica asistencial, lo que ofrece un amplio espacio de discrecionalidad y selectividad política por la administración pública de los Estados, aunque existan algunos controles institucionales. De este modo, el SIDH apunta a la necesidad de establecer reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos en materia DESCAs y la obligación de los Estados de establecer reglas claras de conducta para sus agentes, con el objetivo de evitar el uso de la discrecionalidad para discriminar ciertos grupos de personas (CIDH, 2007, párrs. 10 y 11; CIDH, 2017c, párr. 524).

De acuerdo con el SIDH, el debido proceso legal administrativo tiene como elementos: a) la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego, lo que incluye el derecho a ser asistido jurídicamente, a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso, a ejercer una defensa, a disponer de un plazo razonable para preparar

los alegatos y formalizarlos y para promover y evacuar las correspondientes pruebas; b) el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto; c) la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa; d) el derecho al plazo razonable, teniendo en cuenta que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura una vulneración del artículo 8 de la Convención en principio; e) el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, incluyendo la necesidad de justificar debidamente toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales, la necesidad de la justicia ocuparse de realizar al menos la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la Administración. Es relevante subrayar que la falta de recursos judiciales efectivos contra las consecuencias negativas de las políticas sociales en sectores de educación, salud, vivienda, trabajo y seguridad social o contra decisiones administrativas relativas a la asistencia social o migraciones, conlleva a que las personas no puedan obtener reparación en caso de violación de sus derechos. Eso es un obstáculo al acceso a la justicia de las personas en situación de pobreza y que se ven afectadas por estas políticas (CIDH, 2007, párrs. 14, 15 y 16; CIDH, 2017c, párr. 525).

Sobre los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a los DESCAs, debe considerarse la obligación de los Estados en diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de las autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas. Un aspecto importante para el análisis del derecho al debido proceso en procedimientos judiciales es la relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales y la posibilidad real de exigibilidad de los DESCAs, teniendo en cuenta las características diferenciales de los procedimientos de índole social (CIDH, 2007, párr. 17 y 18; CIDH, 2017c, párr. 526).

El derecho al debido proceso en los procedimientos judiciales en materia DESCAs tiene tres grandes elementos. El primero es el principio de igualdad de armas, ocupando un rol relevante por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los DESCAs suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto (como ocurre entre en la relación entre trabajadores y empleadores) o entre el de beneficiario de un servicio social y el Estado prestador de servicio, en que esa desigualdad suele traducirse en desventajas en los procedimientos judiciales y crea el deber estatal de adoptar medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. Las particulares circunstancias de un caso pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de garantizar un juicio justo. (CIDH, 2007, párrs. 17, 18, 19 y 20; CIDH, 2017c, párrs. 527 y 528).

El segundo es el derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto, siendo que tras la etapa de prueba y debate, los órganos judiciales deben razonar sus decisiones y determinar así la procedencia o no de la pretensión jurídica que da base al recurso y que los Estados deben garantizar que los recursos judiciales efectivos sean resueltos conforme el artículo 8.1 de la CADH, por lo que los tribunales de justicia deben adoptar decisiones que permitan resolver el fondo de las controversias que se le planteen (CIDH, 2007, párr. 21).

El tercero es el derecho al plazo razonable del proceso, siendo que el SIDH ha identificado como criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, la finalidad judicial del procedimiento judicial respectivo y la naturaleza de los derechos en juego. En casos sobre DESCAs, la CIDH ha destacado como elemento esencial de la efectividad del recurso su oportunidad y que el derecho a la protección judicial exige que los tribunales dictaminen y decidan con celeridad, en especial en casos urgentes. En este orden de ideas, la Comisión ha puntualizado que el elemento relevante para evaluar el plazo razonable

ble de los procesos es su eficacia y no la cantidad de actos que se plasmen en el expediente. Otro aspecto que se toma en cuenta en el análisis de ese derecho es la etapa de ejecución de las sentencias, pues el derecho de acceder a la justicia exige que la solución final de toda controversia tenga lugar en un plazo razonable.

Ese punto es central para los DESCAs puesto que una amplia gama de procesos sociales –en particular en materia de seguridad social– los trámites de ejecución de sentencias se han vistos seriamente demorados y obstaculizados por normas de emergencia y defensas dilatorias a favor de los Estados. En este sentido, el SIDH ha considerado que una demora prolongada en el proceso, incluyendo los procedimientos de ejecución de sentencias judiciales firmes, puede llegar a constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales. Específicamente sobre la etapa de ejecución de sentencias, el plazo debe ser más breve debido a la existencia de una decisión firme con una materia concreta. (CIDH, 2007, párrs. 22, 23, 24 y 26; Corte IDH, 2019, párr. 154 y 157).

Sobre los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCAs, el Estado tiene la obligación de brindar mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva. Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas en los ordenamientos jurídicos de los países de la región, así como las medidas sencillas y rápidas para amparar violaciones en casos graves y urgentes han sido diseñadas para la protección de los derechos civiles y políticos. En relación con los DESCAs, las acciones y medidas frecuentemente no funcionan de manera adecuada por los siguientes motivos: a) la limitación en la posibilidad de accionar de grupos o colectivos de víctimas afectadas por las violaciones; b) las demoras burocráticas en los procedimientos judiciales que les hacen perder efectividad; c) la exclusión de la tutela de algunos DESCAs que no se consideran derecho fundamentales; d) la imposición de requisitos procesales excesivos para admisión de acciones judiciales para la tutela de algunos DESCAs (CIDH, 2007, párr. 27; CIDH, 2017c, párrs. 529 y 530).

El SIDH ha intentado fijar algunos principios básicos que las acciones de protección urgente deben cumplir para ajustarse a la CADH. El derecho a la tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales destinados a proteger los DESCAs no presenten condiciones o barreras que le quiten efectividad para cumplir con sus fines. El SIDH ha identificado casos de fuertes obstáculos y restricciones para la ejecución de sentencias firmes contra los Estados, en especial cuando se reconocen derechos de la seguridad social. La tendencia al uso de legislación de emergencia en esta materia limita la posibilidad de ejecutar obligaciones patrimoniales a los Estados y suele otorgar privilegios exorbitantes para la administración frente a los titulares de derechos ya reconocidos en la vía judicial que en general están en situación de desventaja frente al Estado (CIDH, 2007, párr. 27; CIDH, 2017c, párr. 531).

La Convención Americana, en su artículo 25, establece el deber de los Estados de crear un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos. Así, los órganos del SIDH han delineado estándares en relación con los alcances de tal obligación en materia DESCAs. Tanto la CIDH como la Corte IDH han señalado la necesidad de proveer medidas procesales que permitan el resguardo inmediato e incluso cautelar o preventivo de los DESCAs, a pesar de que el fondo de la cuestión pueda llegar a demandar un análisis más prolongado en el tiempo. Estas medidas deben: a) contar con recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; b) tramitación como recursos individuales y como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; c) garantizar una legitimación activa amplia a su respecto; d) ostentar la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar de la justicia local; e) preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados; y f) garantizar que la formalidad de la prueba no sea la misma que aquella que se demanda en los procesos ordinarios cuando

tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales que requieren una respuesta urgente (CIDH, 2007, párrs. 28, 29 y 30; CIDH, 2017c, párr. 532).

Otro aspecto relevante para la tutela judicial de los DESCAs es el reconocimiento de su dimensión colectiva. El SIDH ha comenzado a delinear estándares sobre los mecanismos de tutela judicial para garantizar el litigio colectivo y la dimensión de las obligaciones estatales de proveer este tipo de procedimiento. Hubo una evolución en la jurisprudencia del SIDH en esa materia cuando reconoció la dimensión colectiva de determinados derechos y la necesidad de poner en práctica dispositivos jurídicos para garantizar esa dimensión. El análisis del SIDH sobre la dimensión colectiva de la tutela de los DESCAs ha sido desarrollado bajo la interpretación del artículo 25 de la CADH. Sobre la dimensión individual, el SIDH ha avanzado en exigir la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de los DESCAs, como la necesidad que los Estados diseñen e implementen mecanismos jurídicos de reclamo de la tutela de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores (CIDH, 2007, párrs. 31 y 32).

En relación con la efectiva ejecución de la sentencia que dicta el Poder Judicial de cada Estado, el SIDH ha establecido estándares sobre las obligaciones estatales, en especial cuando aquel que debe obedecerla es el Estado. De esta manera, la CIDH ha recalado que el deber estatal de garantizar la observancia de los fallos judiciales alcanza particular importancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar. Los órganos que componen el Estado suelen tener privilegios procesales, como la inembargabilidad de sus bienes y pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias dictadas en contra de ellos. La CIDH considera que cuando un órgano estatal no está dispuesto a acatar una sentencia desfavorable es posible que intente desconocer el mandato judicial mediante su absoluta falta de observancia o que se decida por técnicas más elaboradas que acarreen el mismo resultado de incumplir el fallo, pero procurando darle cierto aspecto de validez formal a su manera de actuar (CIDH, 2007, párr. 33).

La Comisión ha sostenido que el incumplimiento de una orden judicial firme y la falta de acatamiento de las decisiones cautelares judiciales conllevan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 25 de la Convención Americana (CIDH, 2007, párrs. 34 y 35).

La CIDH ha delineado un estándar relacionado a los límites del accionar exigible a las víctimas a fin de lograr el acatamiento de las mandas judiciales a su favor, siendo que el Estado debe garantizar el cumplimiento inmediato de las decisiones judiciales sin requerir a los afectados que impulsen acciones adicionales de acatamiento. De la misma forma, la CIDH ha enfatizado la necesidad de garantizar el cumplimiento de las decisiones administrativas de forma eficaz (CIDH, 2007, párrs. 36 y 37; CIDH, 2017c, párr. 533 y 534).

El SIDH ha comenzado a desarrollar estándares en relación con el diseño y puesta en práctica de mecanismos eficaces de ejecución de sentencias, con la expresión que la responsabilidad de las autoridades estatales no concluye cuando el sistema de justicia dicta sentencia definitiva y esta queda firme. La Corte apunta que el Estado, a partir de este momento, debe garantizar los medios necesarios a fin de posibilitar la efectiva ejecución de dicha decisión definitiva. En efecto, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que un mandato judicial final y obligatorio persista ineficaz en detrimento de una de las partes. La etapa de ejecución de las decisiones judiciales firmes debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. En los fallos en materia de acciones de garantía, la Corte ha sostenido que, en razón de la naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe acatarlos en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias al efecto. En este punto, las normas presupuestarias no pueden justificar una demora prolongada en el tiempo en

el acatamiento de las decisiones judiciales que resguardan derechos humanos. La Corte ha entendido que la demora en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la tutela judicial efectiva (CIDH, 2007, párrs. 38, 39 y 40).

Por fin, destacamos que la justiciabilidad de los DESCAs en el SIDH está ocurriendo de tres maneras. Los derechos a la libertad sindical y a la educación son exigibles bajo el artículo 19, numeral 6 del Protocolo de San Salvador. Los demás DESCAs –e incluso los mencionados– son exigibles bajo el artículo 26 de la CADH. Para los países que no han ratificado la Convención o el Protocolo, los DESCAs son exigibles bajo la Declaración Americana.

El artículo 26 establece una obligación en cabeza de los Estados partes, de procurar el desarrollo progresivo de los derechos que dicha norma contiene. Aunque ambos órganos del Sistema Interamericano han reafirmado su competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones del artículo 26 de la Convención Americana en el marco del sistema de peticiones y casos individuales, esta disposición había sido materia de poco desarrollo en la jurisprudencia del Sistema Interamericano relativa a casos contenciosos. En sus pronunciamientos sobre la materia, la Corte ha ido enfatizando la interdependencia e indivisibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales respecto de los derechos civiles y políticos, hasta llegar a considerar la directa violación del artículo 26 por vez primera en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (Corte IDH, 2017).

Siendo la puerta de entrada al sistema de casos del Sistema Interamericano, con un estimado de entre 2.000 y 3.000 peticiones recibidas en los últimos años resulta de suma importancia para los DESCAs el enfoque interpretativo que la CIDH sigue en la materia. Así, junto con reconocer que la interpretación del artículo 26 de la Convención y la determinación concreta de su alcance y contenido puede revestir ciertas complejidades interpretativas, a partir de la creación de su REDESCA la Comisión ha empezado a reconocer cada vez más reiterada y vigorosamente la necesidad de aplicación autónoma del artículo 26 en aquellos casos que involucran DESCAs.

Así, en general la Comisión está considerando que el análisis de un caso concreto a la luz del artículo 26 de la Convención Americana debe ser efectuado en dos niveles. En un primer momento, es necesario establecer si el derecho del que se trata el caso se deriva “de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos”, tal como remite el texto del artículo 26. Es decir, el artículo 26 de la CADH es el que atribuye a la Carta de la OEA como fuente directa de derechos, asignando carácter de derechos humanos a las disposiciones que sobre la materia pueden desprenderse de dicho tratado. Dado que el objeto de la Carta de la OEA no fue individualizar derechos sino constituir un organismo internacional, es necesario recurrir a textos auxiliares para identificar los derechos que se desprenden de las disposiciones de dicho instrumento.

Una vez establecido ello, corresponde determinar si el Estado en cuestión incumplió la obligación de “lograr progresivamente” la plena efectividad de tal derecho, o aquellas obligaciones generales de respetar y de garantizar el mismo. En este segundo nivel de análisis, es preciso tomar en consideración la naturaleza y alcance de las obligaciones exigibles al Estado bajo los artículos 1.1, 2 y 26 de la Convención, así como los contenidos del derecho de que se trate, como se efectuará más adelante.

Para establecer los criterios que permitan derivar derechos específicos de la Carta de la OEA, determinar su contenido y las obligaciones de los Estados en relación con ellos, es que el artículo 29 de la CADH adquiere relevancia en tanto que establece los parámetros de las reglas generales de interpretación de dicho tratado. En ese sentido, de acuerdo con dicho artículo la interpretación de las disposiciones de la CADH no podrá limitar ni suprimir derechos reconocidos por la normativa interna de los Estados o por cualquier otro tratado del que este sea parte, ni excluir los efectos de la Declaración Americana sobre Derechos y

Deberes del Hombre u otros actos internacionales de la misma naturaleza. La disposición recepta así el principio “pro persona” en el Sistema Interamericano y ofrece una herramienta clave para la efectiva protección de todos los derechos humanos reconocidos en las Constituciones de los Estados Parte, como en los instrumentos interamericanos o universales de derechos humanos ratificados por los mismos.

A partir de la interpretación integral, que el artículo 26 requiere a la luz de las disposiciones del artículo 29, la Comisión considera pertinente referirse a las obligaciones que se desprenden del artículo 26 de la Convención Americana y que pueden ser materia de pronunciamiento por parte de los órganos del Sistema Interamericano en el marco de casos contenciosos. Al respecto, para el caso específico, la Comisión considera que en la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana se debe tener en cuenta el Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” pues permite determinar el alcance de la obligación estatal en materia de desarrollo progresivo del derecho en análisis. En su artículo 1, el Protocolo establece que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el instrumento.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla en su artículo 2.1 disposiciones similares a las del artículo 26 de la Convención Americana y a las del artículo 1 del Protocolo de San Salvador. La Comisión ya ha acudido a los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a la noción de progresividad y al alcance de las obligaciones que se desprenden de la misma. En ese sentido, dicho Comité (1990) ha explicado que la noción de progresividad:

no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo (párr. 9).

A la luz de lo anteriormente descrito puede afirmarse que la Comisión entiende que el artículo 26 de la Convención Americana impone diversas obligaciones a los Estados que no se limitan a una prohibición de regresividad, el cual es tan sólo un correlato de la obligación de progresividad, pero no puede entenderse como la única obligación justiciable en el Sistema Interamericano bajo esta norma. Así, la Comisión afirma que teniendo en cuenta el marco interpretativo del artículo 29 de la Convención Americana, el artículo 26 visto a la luz de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, se desprenden, al menos las siguientes obligaciones inmediatas y exigibles: i) obligaciones generales de respeto y garantía; ii) aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales; iii) obligaciones de dar pasos o adoptar medidas para lograr el goce de los derechos incorporados en dicho artículo; y iv) ofrecer recursos idóneos y efectivos para su protección. Las metodologías o fuentes de análisis que resulten pertinentes para cada una de estas obligaciones, deberán ser establecidas según las circunstancias propias de cada caso.

En relación con los componentes exigibles e inmediatos de la obligación de dar pasos o adoptar medidas, el Comité DESC ha indicado, por ejemplo, que la adopción de medidas por sí misma no se encuentra limitada o condicionada a otras consideraciones;

por ello, si bien el logro de la realización efectiva de los derechos podrá ser paulatino, la adopción de medidas o providencias para tales efectos deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible a su cumplimiento. El Estado además tiene obligaciones básicas que deben satisfacer niveles esenciales de tales derechos, las cuales no están sujetas al desarrollo progresivo, sino que son de carácter inmediato (Comité DESC, 1990; CIDH, 2017c, párrs. 236 y 237).

5. CONCLUSIONES

El Sistema Interamericano ha inaugurado una nueva etapa en su accionar con el realce dado a los DESC por la CIDH y por la Corte. La creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) es un símbolo de ese proceso y un importante avance en la institucionalización de los DESC en el SIDH. Los logros cosechados por la REDESCA desde su fundación confirman el valor histórico de la decisión de la CIDH al ponerla en marcha, en aras de asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en su integralidad, con apego a los principios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación que requiere la realización efectiva de la dignidad humana, en su intrínseca relación con la democracia, el desarrollo y el medio ambiente.

En este sentido, la Relatoría Especial sobre DESC procura consolidarse como la entidad especializada líder en la promoción y protección de los DESC para la aplicación a la materia del mandato hemisférico de la CIDH, fomentando la integralidad de los derechos humanos, con énfasis en las causas estructurales de la desigualdad y en las poblaciones en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica.

En su labor de analizar y monitorear la situación de los DESC en el continente Americano, la Relatoría Especial sobre DESC también viene llamando la atención específica en relación con el debilitamiento del derecho al trabajo y del derecho al medio ambiente sano. En cuanto al primero, la disminución del empleo formal y asalariado y el crecimiento del empleo informal y por cuenta propia es preocupante por debilitar las condiciones de vida de las personas y dificultar su supervivencia a través de su trabajo. El avance de ese cuadro lleva a un aumento de la pobreza e incrementa la desigualdad en el hemisferio, además que vulnera el goce del derecho al trabajo y a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Por eso es tan importante desarrollar estándares en esta materia, especialmente en tiempos de lo que se denomina la “Cuarta Revolución Industrial” a consecuencia de la digitalización y robotización del mundo del trabajo.

Sobre el derecho al medio ambiente sano, la Relatoría Especial DESC notó el aumento de la degradación ambiental en las Américas y la urgencia de coordinar una actuación conjunta con los países de la región para garantizarlo y enfrentar los desafíos emergentes del cambio climático. La REDESCA apunta que el derecho al medio ambiente es central para garantizar todos los DESC, considerando su profunda conexión con otros derechos, como el agua, la vivienda, el trabajo, la salud, la alimentación o la cultura. Asimismo, el mandato viene insistiendo en la importancia del denominado Acuerdo de Escazú elaborado con el auspicio de CEPAL-ONU, sobre derechos de acceso y participación en materia medio ambiental, llamando a los Estados de la región a ratificarlo.

Por fin, destacamos que el acceso a la justicia para los DESC es fundamental. Por un lado, debido a que un derecho que no cuente con una vía de reclamación es más difícil de ser ejercido. Por este motivo, es clave que las personas accedan a la justicia –cuando sea necesario– para hacer efectivo sus DESC. Por otro lado, el acceso a la justicia redundará en un mayor reconocimiento de estos derechos que históricamente han sido relegados respecto a los civiles y políticos. Mucho se ha avanzado en el reconocimiento en pie de igualdad

de todos los derechos humanos, su interdependencia e indivisibilidad. En este sentido la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en el Sistema Internacional ha significado un gran avance. En esta conquista, la ratificación de muchos países de la región, también fue clave. Desde la Relatoría Especial DESCA la afirmación de la indivisibilidad de todos los derechos humanos, así como la complementariedad de los sistemas y mecanismos nacionales e internacionales de derechos humanos, es un aspecto clave a fomentar para la efectiva promoción y protección de los DESCA.

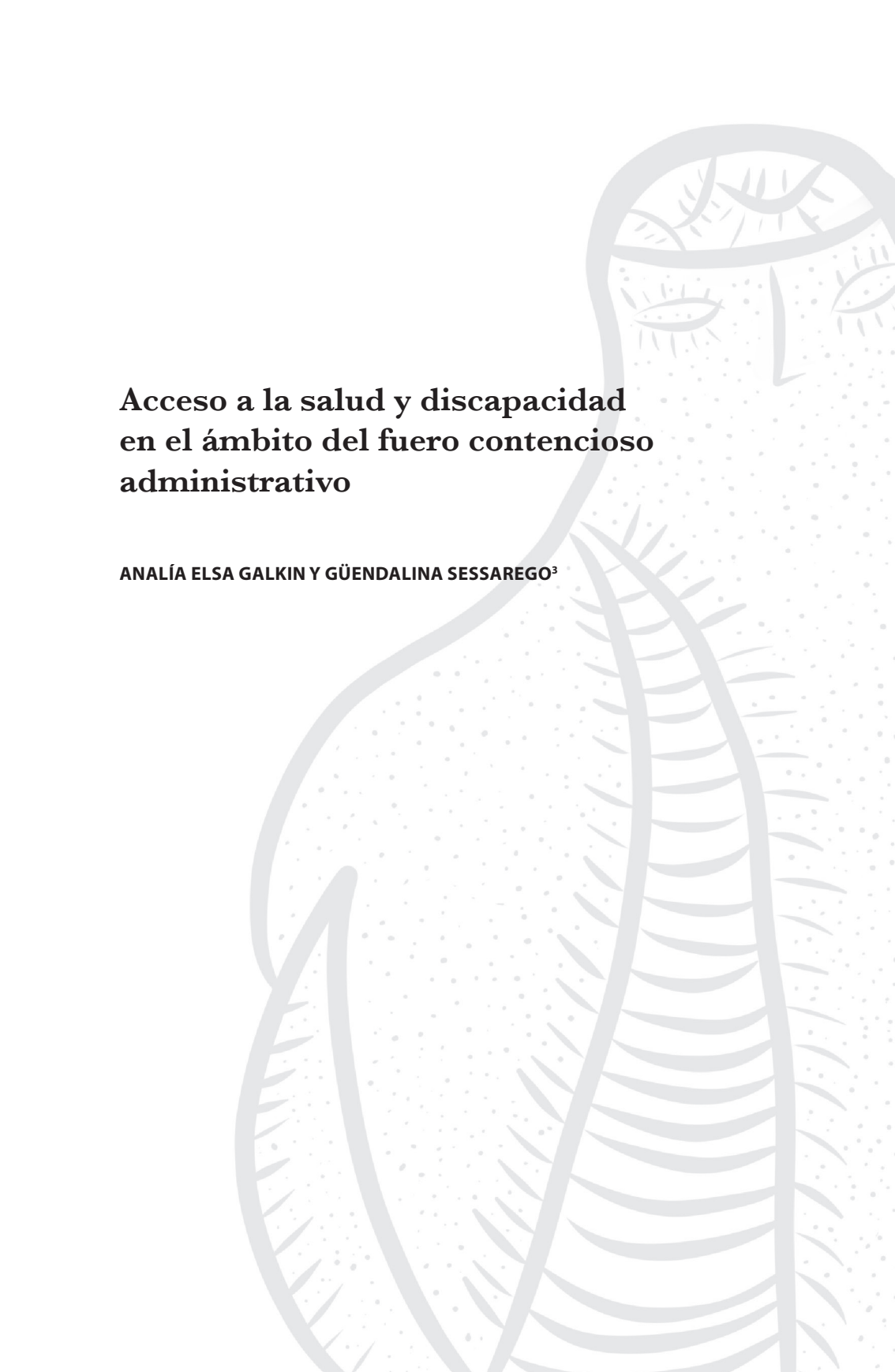
Asimismo, es un aspecto central la justiciabilidad en la materia a la luz del control de convencionalidad para apoyar procesos nacionales de pleno reconocimiento de estos derechos, así como de los defensores/as que trabajan para su vigencia muchas veces con grave riesgo para sus vidas, como es el caso de quienes defienden el medio ambiente, la tierra y el territorio.

En cuanto al Sistema Interamericano, la sentencia de la Corte en el caso Lagos del Campo versus Perú y las que posteriormente han recaído con una interpretación autónoma del artículo 26 del Pacto de San José, auguran importantes avances de los estándares del sistema. Dicha decisión representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA. La posibilidad de exigir jurídicamente y de manera vinculante el respeto y garantía de los DESCA a través de los órganos del Sistema Interamericano permitirá desarrollar y definir progresivamente el contenido de cada uno de estos derechos y las obligaciones de los Estados Partes en relación con ellos, facilitando la formulación de políticas públicas adecuadas y estableciendo estándares y lineamientos regionales para su efectivo disfrute y realización, en especial respecto de las poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo (2018). *La automatización en la región: actualidad y perspectivas*. Recuperado de: <http://conexionintal.iadb.org/2018/09/03/la-estructura-productiva-regional-y-el-uso-de-robots-actualidad-y-perspectivas>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2017). *Panorama Social de América Latina: 2017*, Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/42716/7/S1800002_es.pdf.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018). *La desigualdad disminuye en América Latina en la última década, pero su reducción presenta signos de estancamiento*, Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-desigualdad-disminuye-america-latina-la-ultima-decada-pero-su-reduccion-presenta>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2018). *Panorama Social de América Latina: 2018*, Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44395/11/S1900051_es.pdf.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015, junio 24). *Comunicado de prensa 73/2015*, Recuperado en 18 septiembre 2019, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/073.asp>. Acceso en: 17 ene. 2019.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Informe anual de la CIDH*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 210.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Disponible en: OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Plan Estratégico 2017-2021*. Disponible en: OEA/Ser.LV/II.161 Doc. 27/17.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017, mayo 1). *Comunicado de prensa 56/2017*, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/056.asp>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Informe anual de la CIDH*. Disponible en: OEA/Ser.LV/II.Doc 30.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). Resolución No. 1/18: Corrupción y Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, julio 31). CIDH y su REDESCA solicitan Opinión Consultiva sobre libertad sindical con perspectiva de género, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/185.asp>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, septiembre 3). *CIDH y su REDESCA expresan profunda preocupación por la deforestación y la quema en la Amazonía*, Recuperado en 18 septiembre 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/215.asp>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019, septiembre 23). *CIDH y su REDESCA expresan solidaridad al pueblo de Bahamas por los daños ocasionados por el huracán Dorian y llaman a urgente implementación de respuesta basada en los derechos humanos*, Recuperado en 26 septiembre 2019. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/237.asp>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2012). *Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. HRC/NONE/2012/76.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016). Observación general núm. 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1990). Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Corte IDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.
- Oficina Internacional del Trabajo (2016). 326ª Reunión del Consejo de Administración – Tercer punto del orden del día – Iniciativa relativa a las normas: Informe conjunto de los presidentes de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y del comité de libertad sindical. Febrero, 2016.
- Organización Internacional del Trabajo (1998). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, adoptada en 1998.
- Organización Internacional del Trabajo (2017). *Panorama laboral 2017: América Latina y Caribe*.



**Acceso a la salud y discapacidad
en el ámbito del fuero contencioso
administrativo**

ANALÍA ELSA GALKIN Y GÜENDALINA SESSAREGO³

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es analizar la protección judicial del derecho a la salud, desde el fuero Contencioso Administrativo, en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora de la Provincia de Buenos Aires, una de las circunscripciones judiciales más grandes de América Latina. A tales efectos, se llevó a cabo un mapeo de causas con trámite por ante ese fuero desde el año 2002 a la actualidad haciendo foco en el curso integral de una causa representativa.

Palabras claves: Derecho a la Salud • Discapacidad • Pobreza • Tutela judicial

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyse the judicial protection of the right to health, from the perspective of Administrative Litigation, in the Judicial Department of Lomas de Zamora, which is part of the Province of Buenos Aires, one of the largest judicial districts in Latin America. To such end, a mapping of selected lawsuits was carried out, from a temporary cut that spans from 2002 to the present and focusing on the integral course of a representative cause.

Keywords: Right to Health • Disability • Poverty • Judicial protection

3 Analia Elsa Galkin, especialista en derecho administrativo, de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE), doctorado en Derecho en curso en la Universidad de Buenos Aires (UBA), Jueza del Juzgado Contencioso Administrativo N° 2 de Lomas de Zamora, agalki@hotmail.com; Güendalina Sessarego, magister en Derecho Empresario Económico en curso, en la Universidad Católica Argentina (UCA), Secretaria del Juzgado Contencioso Administrativo N° 2 de Lomas de Zamora, wendy-sessarego@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

De un modo previo cabe señalar que con frecuencia, cuando estudiamos la conceptualización de los DESC, que incluye pero no se limita a la discusión sobre su exigibilidad y operatividad, generalmente inclinamos nuestra mirada hacia arriba. Las declaraciones de derechos se incluyen en los textos constitucionales y en las declaraciones, tratados y convenciones internacionales. Sobre esos derechos existe una multiplicidad de prácticas discursivas que le dan sentido, pero cuando revisamos el plano conceptual de los DESC descuidamos lo que sucede en las narraciones subterráneas con las que las organizaciones populares hablan de derechos, estructuran sus demandas en términos de derechos, dotan de sentido aquello que está escrito en las constituciones y declaraciones (Benente, 2018).

Con ese norte, el presente trabajo se orienta a visibilizar la tutela del derecho a la salud en uno de los departamentos judiciales de la Provincia de Buenos Aires, su conflictividad, trámite y características a partir de la recolección de información empírica que servirá de base para la confección de un cuadro que constituirá un mapeo de causas judiciales dictadas en ese marco. Seguidamente, se analizará una de las causas detalladamente, a fin de observar qué sucede con el derecho a la salud en la esfera que el autor antes citado denomina subterránea.

Preliminarmente, a fin de describir el contexto social, cultural y económico en el que articulan los órganos del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, ámbito donde tienen trámite las causas que analizaremos, resulta dable consignar que el llamado Gran Buenos Aires, emplazado a escasos kilómetros de la Capital de la República Argentina, está constituido por un conglomerado urbano complejo, heterogéneo y densamente habitado en el que reside casi un tercio de la población total del país.

Está compuesto por tres zonas geográficas bien diferenciadas:

- *Zona Norte* (Vicente López, San Isidro, San Fernando, Tigre, San Martín, San Miguel, José C. Paz, Malvinas Argentinas, Pilar) se caracteriza por sus barrios cerrados para sectores de clase media alta y por contar con importantes centros industriales, principalmente automotriz y la farmacológica.
- *Zona Oeste*: (La Matanza, Merlo, Moreno, Morón, Marcos Paz, Hurlingham, Ituzaingó, Tres de Febrero) es una zona muy industrial de urbanización más reciente.
- *Zona Sur*: (Avellaneda, Quilmes, Berazategui, Florencio Varela, Lanús, Lomas de Zamora, Almirante Brown, Esteban Echeverría, Ezeiza, presidente Perón, San Vicente) es el área industrial tradicional del país, donde se instalaron los frigoríficos desde fines del siglo XIX. Separada de la Ciudad de Buenos Aires y de la Zona Oeste por el Riachuelo, es la zona donde se hacen más evidentes las desigualdades sociales y urbanas. Con importantes zonas comerciales y gran cantidad de barrios de nivel socioeconómico bajo y asentamientos precarios, también se registran zonas semiurbanas y áreas que son objeto de proyectos inmobiliarios de barrios cerrados.

Se estima que en el Conurbano Bonaerense hay cerca de 10 millones de habitantes –9.916.715 de acuerdo al Censo 2010– del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC, 2012) y en términos generales, las características sociodemográficas y socioeconómicas de los hogares y las condiciones de vida de su población son sensiblemente diferentes a las de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A fin de graficar dichas circunstancias desfavorables debemos mencionar que actualmente, el Gran Buenos Aires tiene al 35,9% de su población, por debajo la línea de pobreza tal como fue determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC, 2018), en tanto que el 24,7% de dicha población vive cerca de basurales. Resulta oportuno

asimismo consignar que el 17% de las personas que aquí habitan lo hacen en viviendas no adecuadas por su tipo o materiales de construcción, el 24,4% de las personas se encuentran en viviendas sin conexión a red de agua corriente, el 7,5% no cuenta con medidores de luz, el 36% no tiene conexión a la red de gas natural, el 51,8% carece de conexión a la red cloacal, 41,5% habita en viviendas sin desagües pluviales y el 29,2% vive en hogares situados en calles sin pavimentar (Defensoría del Pueblo, 2017).

En el mencionado marco las personas con discapacidad, caracterizadas por su grado de vulnerabilidad y sus requerimientos especiales, hacen que las condiciones de precariedad antes descritas las afecten más gravemente en el efectivo goce del derecho a la salud.

En este punto, a fin de conceptualizar la temática en tratamiento, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoció que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. Dicho tribunal ha establecido que la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población (Caso Poblete Vilches vs. Chile, 2018).

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su Observación General número 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, destacó que el mencionado derecho abarca la atención oportuna y apropiada, así como el cumplimiento de los siguientes requerimientos esenciales: disponibilidad (traducido en que las personas deben contar con número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y programas), accesibilidad (vinculado con que los establecimientos, programas, bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, sin discriminación), aceptabilidad (aspecto referido a que todos los establecimientos bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados respetando la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades a las vez que sensibles de los requisitos del género y el ciclo de vida) y calidad (deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad con personal médico capacitado, medicamento y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia y potable y condiciones sanitarias adecuadas (Comité DESC, 2000).

En cuanto al presupuesto de accesibilidad, según allí se expresa, trasunta cuatro dimensiones superpuestas:

- No discriminación: caracterizada por la necesidad de que los establecimientos sean accesibles de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación.
- Accesibilidad física: deberán encontrarse al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de grupos vulnerables o marginados, como el caso de las personas con discapacidad, entre otros.
- Accesibilidad económica: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance de todos y los pagos referidos a ellos deberán basarse en el principio de la equidad, significando ello que sobre la población más pobre no debería recaer una carga desproporcionada, en comparación con hogares más ricos.
- Acceso a la información: entendido como el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.

En el marco de lo reseñado, cabe destacar que en el presente trabajo analizaremos la tutela del derecho a la salud en el conjunto de personas que padecen algún tipo de discapacidad. Pues bien, en el ordenamiento nacional, el Estado –a través de una Junta Evaluadora Nacional– les otorga el llamado “Certificado Único de Discapacidad” (CUD), que es un documento de tramitación gratuita y voluntaria, válido en todo el país, mediante el que se certifica la discapacidad de la persona. Dicho documento permite ejercer los derechos y acceder a las prestaciones previstas en las leyes nacionales número 22.431 y número 24.901.

Según los datos que surgen de un estudio recientemente realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Argentina, el 10,8% del total de la población en el Gran Buenos Aires tiene algún tipo de dificultad y, entre ellos, el 34% cuenta actualmente con el certificado mencionado, emitido por la autoridad pública competente (INDEC, 2018).

En referencia al contexto de pobreza y su incidencia en el acceso de las personas con discapacidad al derecho a la salud en el Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos de las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha expresado que:

En el nuevo paradigma, las personas con discapacidad dejan de verse como “meros objetos de protección” para ser tratadas como “sujetos de derechos y obligaciones”. Sin embargo, la CIDH observa que, a pesar de los avances significativos a nivel internacional, sigue existiendo una gran brecha en la aplicación efectiva de tales derechos a nivel interno, y las personas que viven con esta condición siguen enfrentando serios impedimentos en el pleno disfrute de sus derechos. Las personas que viven con esta condición tienen más probabilidades de experimentar situaciones socioeconómicas adversas, tales como menor nivel de educación, peores condiciones de salud y alto porcentaje de desempleo. De acuerdo con el Banco Mundial, la relación entre la pobreza o pobreza extrema y la condición de discapacidad es bidireccional. Por un lado, la pobreza puede hacer aumentar el riesgo a desarrollar una discapacidad, y por el otro, la discapacidad puede incrementar el riesgo de caer en la pobreza, debido a factores como el desempleo o salarios más bajos y el aumento del costo de la vida. Además, al añadirse a la discapacidad los factores de género, edad y origen étnico se agravan las situaciones de pobreza y exclusión social.

La pobreza afecta de manera desproporcionada a las personas con discapacidad, y los costos adicionales de vivir con una discapacidad equivalen a una “barrera infranqueable” para el ejercicio de los derechos de este colectivo. En este sentido, indicó que “la brecha entre las personas con y sin discapacidad que viven bajo la línea de pobreza o están en riesgo de caer en la pobreza es alarmante y debe ser atendida con urgencia.

La escasez de recursos económicos puede dificultar el acceso a los centros de salud y, por tanto, a recibir servicios de prevención y tratamiento. Un estudio conjunto del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Universidad de Wisconsin, estableció que los niños de los hogares incluidos en los tres quintiles más pobres de la mayoría de los países están expuestos a un riesgo de adquirir una discapacidad mayor que el de otros niños. El acceso a la salud para las personas con discapacidad también presenta un escenario de preocupación en la medida que en gran parte de la región, el acceso al seguro médico depende del estado ocupacional, por lo que las altas tasas de desempleo pueden privar de cobertura a este colectivo (CIDH, 2017).

2. MÉTODO DE TRABAJO

Preliminarmente, haremos una breve reseña conceptual de los organismos jurisdiccionales sobre los que trabajaremos (pertenecientes al Fuero Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires), sobre los mecanismos adjetivos previstos para el acceso a la mencionada jurisdicción y respecto del programa público con competencia en salud vinculado a estos casos, del Programa Federal Incluir Salud (PROFE), para luego generar el mapeo de causas propuesto.

Con dicha finalidad, mediante una búsqueda electrónica de material en el sitio web de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA): la Mesa de Entradas Virtual (MEV), llevaremos a cabo un análisis documental de resoluciones judiciales recaídas en casos de salud cuyos actores sean beneficiarios del PROFE con domicilio dentro del departamento de Lomas de Zamora. Las sentencias sujetas a análisis serán las dictadas desde el año 2002 –año de creación del PROFE– hasta la actualidad (30 de abril de 2019, más precisamente), que hayan sido emitidas por los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo número 1 y 2 de Lomas de Zamora y la SCBA, (cuando actuó como instancia originaria, antes de la creación del fuero específico en el año 2004).

Corresponde mencionar que los promotores de los litigios pueden ser personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas que reclaman al PROFE el acceso a un medicamento, insumo, práctica o tratamiento cuya entrega, prestación o cobertura le fue denegada u omitida de resolver en sede administrativa.

Para rastrear las sentencias ingresaremos en el formulario simple de búsqueda de la MEV los términos *PROFE, Programa Federal Incluir Salud, Ministerio Salud* y de todos los resultados arrojados desestimaremos los procesos ordinarios, (ello ya que lo mismos vehiculizan pretensiones referidas a reclamación de daños y perjuicios). Finalmente, del mapeo de causas resultante de dicha búsqueda, seleccionaremos un caso representativo por sus características, para analizar en detalle su curso (confeccionaremos una línea de tiempo grafica) y entrevistaremos sujetos vinculados a la misma a fin de que nos transmitan su experiencia en la articulación con las distintas esferas del sistema (administrativo-judicial). Esto resulta congruente con la idea antes expuesta de visibilizar de primera mano la efectiva tutela del derecho involucrado.

3. ACERCA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES IMPLICADOS Y EL SISTEMA CAUTELAR EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES POR SER EL MAYORMENTE UTILIZADO

En el contexto social y conceptual referido en el punto uno, la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 5.827) divide geográficamente a la Provincia de Buenos Aires en diecinueve Departamentos Judiciales, siendo el de Lomas de Zamora el de mayores dimensiones.

Dicho Departamento proyecta su jurisdicción en las siguientes localidades emplazadas en el sur del Gran Buenos Aires: Lomas de Zamora, Lanús, Avellaneda, Esteban Echeverría, Almirante Brown y Ezeiza.

Actualmente, es el que tiene el mayor número de organismos jurisdiccionales de toda la Provincia de Buenos Aires, con un total de noventa y cinco, entre Juzgados, Tribunales y Cámaras, ello tal lo informado por la Oficina de Estadísticas de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA O. d., 2019). Ubicado geográficamente entre las calles Larroque y Camino Negro representa el mecanismo más importante de acceso a la

justicia para un total de 2.618.090 personas (el 15% de la población de toda la Provincia de Buenos Aires), que se encuentran habitando una superficie total de 674.5 kilómetros.

De modo articulado hallamos el entramado orgánico del Ministerio Público Fiscal que, en lo vinculado a la temática de este estudio, cuenta actualmente con seis Asesorías de Menores e Incapaces, cuatro Unidades de Defensa Civil especializadas en salud y una Unidad recientemente creada, dedicada a la materia contencioso administrativa.

En tal marco, el Fuero Contencioso Administrativo, cuya competencia definida principalmente por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como aquella vinculada a la judicialización de los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los Municipios y sus entes descentralizados, en el caso del Departamento Judicial de Lomas de Zamora cuenta actualmente con dos Juzgados en funciones, siendo la ley de procedimientos que rige su actuación el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.008).

Dicha norma procedimental, en sus artículos 23 a 26 regula el sistema de medidas cautelares aplicables. Como es sabido, en casos referidos a la tutela judicial del derecho a la salud, el objetivo principal de este instrumento adjetivo será asegurar el resultado final del proceso, ya que por el acaecimiento de situaciones urgentes y graves que han sido rechazadas o no atendidas en sede administrativa, el mero trascurso del tiempo podría tornar ilusoria la sentencia definitiva de un trámite judicial ordinario, produciéndose daños irreversibles o de muy difícil reparación ulterior en la salud, y por lo tanto, en la vida humana involucrada.

Las características principales de estos instrumentos tal como fueron previstos en este procedimiento son: ser instrumentales, no enmarcados en procedimientos contradictorios, son sumarias, de carácter provisional, mutable, temporal y funcional a la clase de la pretensión principal ejercida.

En tal senda, a efectos de graficar su perfil normativo diremos que estas medidas –las que pueden peticionarse de modo previo, concomitantemente con la propia demanda o durante cualquier momento en el curso de la acción– tienden a asegurar la celeridad y eficacia práctica de la sentencia o resolución que recaerá en el proceso principal, siendo su regulación un reflejo directo de la recepción del derecho fundamental de tutela judicial continua y efectiva resultante de los principios generales del derecho y de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (1969) y, expresamente, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CP, 1994).

Se advierte que los requisitos para el otorgamiento de estas medidas son: a) apariencia de buen derecho (verosimilitud) vinculada con que del cálculo de probabilidades sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza del derecho, correspondiéndole la carga de probar el *fumus bonis iuris* a quien la solicita, b) el peligro en la demora, exigiéndose generalmente que el perjuicio sea inminente e irreparable o irreversible y c) la no afectación grave del interés público con el dictado de la medida tal como es requerida.

Cabe destacar, que el cuerpo normativo referenciado expresamente consigna que el juez o jueza en atención a las circunstancias del caso podrá requerir un informe previo a la parte demandada que deberá ser contestado en un plazo no mayor a cinco días, asimismo está habilitado a adoptar toda clase de medida que resulten idóneas para asegurar el objeto, pudiendo ser de contenido positivo, ordenando la realización de una determinada conducta u acción a la parte demandada.

4. ACERCA DEL ORGANISMO PÚBLICO CON COMPETENCIA EN SALUD IMPLICADO EN LA INVESTIGACIÓN (PROFE)

Mencionadas las particularidades del tejido social, de los órganos jurisdiccionales en los que tramitan las casusas que analizaremos y del mecanismo procesal utilizado mayori-

tariamente en procesos de salud, cabe seguidamente esquematizar las particularidades del órgano Administrativo cuya actuación vamos a referenciar en su trámite: el PROFE (Programa Federal Incluir Salud).

Actualmente, el Programa Federal Incluir Salud (PROFE) es un programa de la Agencia Nacional de Discapacidad que permite el acceso a los servicios de salud, a los titulares de las Pensiones No Contributivas (PNC), entre otros.

El mismo fue creado inicialmente dentro de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales y es recién a partir de la emisión del Decreto número 1606/2002, que dicho programa pasó a la órbita del Ministerio de Salud de la Nación. Por dicho motivo, como ya expresamos, el recorte temporal efectuado en la presente investigación inicia el 29 de agosto de 2002, fecha del dictado del aludido decreto.

El PROFE, actualmente transfiere fondos a las provincias para garantizar que todas las personas titulares de dichas pensiones, independientemente de dónde vivan, puedan acceder a una atención de calidad teniendo como pauta mínima el PMO (Plan Médico Obligatorio), para ello principalmente articula la atención médica a través del sistema público de salud. A nivel Provincial y local el PROFE actúa bajo la órbita del Instituto Obra Medico Asistencial (IOMA). Lomas de Zamora constituye la Región Sanitaria Número 6 y los afiliados cuentan con oficinas del organismo a fin de iniciar los trámites de petición de prestaciones en la Localidades de: Ezeiza, Lomas de Zamora (2), Lanús, Almirante Brown y Avellaneda.

Dentro de este Programa funciona un conjunto de prestaciones médicas y de asistencia destinado a atender a la población de Pensionados por Invalidez especialmente delimitadas por la *Ley De Atención Integral en favor de las Personas con Discapacidad* (Ley 24.901).

Esta Ley exige a los actores del sistema público de salud prestaciones especiales para personas con discapacidad; de este modo, las atenciones para discapacidad del PROFE constituyen la respuesta institucional a la exigencia de la Ley. Hay dos modalidades: (i) Por cápitas para las prestaciones médicas, que se instrumentan a través de las Provincias; (ii) Prestaciones no médicas, que se gestionan en forma centralizada.

La Ley número 22.431, dispone que el Estado tiene el deber de garantizar la prestación de los servicios que requiera la atención de las personas con discapacidad e instituye un Sistema de Protección Integral de las Personas con Discapacidad que asegure su atención médica, su educación y su seguridad social, como así también la concesión de franquicias y estímulos que permitan neutralizar las desventajas de la discapacidad.

En algunos casos los trámites deben ser iniciados por el propio afiliado o por un familiar, trasladándose a las oficinas de atención, mientras que otros trámites son iniciados directamente por el prestador privado de servicios médicos (como por ejemplo el caso del servicio de diálisis).

5. RESULTADOS OBTENIDOS

Entre los años 2002/2004 no se registran casos de procesos no ordinarios, con sentencia dictada, contra el PROFE. En dicho período se registra un solo resultado en el que la Corte Provincial (SCBA), intervino para resolver un conflicto de competencia en el marco de un amparo de salud contra el organismo en estudio (Causa número B66980, 2003). Ello entendemos se relaciona con que para ese entonces no existía el fuero contencioso tal como se dispuso a partir del año 2004.

Luego, siguiendo las pautas antes señaladas, desde el año 2005 a la actualidad se identificaron 40 causas captadas en la MEV (MEV), las que se detallan en el cuadro descriptivo adjunto al presente como ANEXO I. Cabe destacar que del análisis de las causas selec-

cionadas se extractó la siguiente información de cada una de ellas: número de expediente, juzgado donde tramita, tipo de proceso, presencia de menores, objeto, intervención de Defensor Oficial, intervención de Asesor de Incapaces, libramiento de oficio extrajudicial, nivel de cumplimiento de la sentencia, apelación y requerimiento de caución como requisito previo a la exigibilidad de la sentencia.

Del análisis de tal cuadro se advierte que la mayoría de las causas (62,5%) fueron iniciadas como medidas cautelares autónomas y sólo el 20% como amparo. En este último caso, en sólo uno de los 8 amparos registrados no medió declaración de incompetencia por falta de sorteo, (el amparo en la provincia de Buenos Aires es un remedio procesal que prevé una competencia multifuero, la cual se determina por sorteo). El 72,5% de las causas fueron iniciadas con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial; y en el 67,5% de los casos se intimó al organismo (PROFE), a través del Ministerio Público Fiscal vía oficio, como medida de última ratio antes de la judicialización del caso. En otro orden, se observa que un 37,5% de las reclamaciones fueron promovidas por menores de edad, (o sus representantes) y solo en un 20% intervino la Asesoría de Incapaces Departamental. En un 50% las causas tienen por objeto algún insumo o prestación y el 47,5% de los casos se reclama un medicamento. Luego, los datos indican que el 5% de las sentencias fueron apeladas y el 37,5% fueron incumplidas, teniendo las partes que instar a su cumplimiento a través de diferentes mecanismos. Por último, hemos de señalar que el 20% de las sentencias establecen una caución previa para hacer efectiva la medida peticionada. Cabe resaltar asimismo que en el 97,5% de los casos, los actores son personas físicas individuales.

Realizado el mapeo y efectuado el desagregado cualitativo de sus notas características, se procedió a seleccionar un caso particular (número 21), representativo del universo de causas: se trata de una medida cautelar, donde el pretensor individual actúa con patrocinio de un Defensor Oficial, quien intimó previamente al PROFE para requerir el reconocimiento del derecho a obtener diferentes insumos, en el que intervino asimismo la Asesoría de Incapaces y han mediado incumplimientos que se han intentado sortear. Respecto del mismo se realizó entrevista al progenitor del actor y a su abogado (Defensor Oficial, Dr. Silvio Perzan). Asimismo, obra en el ANEXO II adjunto al presente, una línea de tiempo en la que se grafica el curso de los trámites en el conflicto.

6. ANÁLISIS DEL CASO NÚMERO 21: “I.F.A C/PROFE S/MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA” (CAUSA 23.577/2011)

6.1 Trayecto inicial

El peticionante es el Sr. G. A.I., en representación de su hijo menor de edad, con domicilio en el barrio de San José, partido de Alte. Brown, Provincia de Buenos Aires. Se presenta con patrocinio letrado del Dr. Silvio Perzan, Defensor Oficial. La patología del menor consiste en una cuadriparesia espática y retraso madurativo global, manifestación de encefalopatía crónica no evolutiva secundaria a hipoxia grave, sistema de clasificación de la función motora gruesa (GMFCS), con síndrome epiléptico, gastrostomizado y traqueostomizado y escoliosis severa. En la entrevista (Progenitor, comunicación personal 10 de junio de 2019) el padre expresa que su hijo, siendo un niño sin patologías de nacimiento, al año sufre un accidente (ahogamiento en una pileta de su casa) y que, por haber padecido una muerte clínica de más de 15 minutos, queda con las graves secuelas que actualmente conforman su enfermedad incapacitante.

- *Objeto* (obligación del Estado): proveer los siguientes insumos: duchador pediátrico con arnés de suspensión transportable, silla de traslado y postura a medida, con

asiento y respaldo de módulos planos y acolchonado, respaldo con espuma de menor densidad, controles laterales para tronco anatómico, acolchonados, regulables en altura y profundidad, controles laterales para cadera y rodillas acolchonados, abductor de caderas rebatible desmontable, pechera de sujeción tipo H o mariposa, sujeción pélvica a 45°, acolchonado a nivel de la hebilla con doble ajuste; un par de valvas cortas de polipropileno, tobillo y pie a 90°, ajustes de velcro (según molde de yeso); férula inmovilizadora de muñeca con pulgar, confeccionada en neopreno de 3.5 mm, con barras de aluminio en su parte dorsal y palmar, ajustes con velcro a medida.

- *Trámite administrativo/Respuestas estatales:* El Dr. Perzan señaló en la entrevista, (Perzan, comunicación personal 22 de mayo de 2019) que el primer obstáculo que se presenta para los peticionantes beneficiarios del PROFE, es la complejidad de los trámites administrativos necesarios que sirven de presupuesto para obtener el reconocimiento de su derecho a la salud en el ámbito del organismo público que analizamos. En ese sentido nos señaló expresamente que “El PROFE es una gran maraña de trámites administrativos que son muy difíciles para las personas” (Perzan, 2019, minuto 6:30).

En línea con lo antedicho relató que muchas veces dichos trámites son engorrosos porque requieren ser acompañados de prescripciones médicas muy detalladas que solo se obtienen en Hospitales Públicos, ámbitos en los que los médicos tratantes no disponen del tiempo para extender dichos certificados o los resúmenes de historias clínicas en esos términos, (y para lo cual deben sacar turno que suele ser otorgado a largo plazo). Luego, en los casos de internaciones o prestaciones particulares, se presenta una dificultad adicional consistente en la carga del beneficiario de obtener una vacante en un establecimiento apto para la patología dentro de los habilitados por el Programa.

Además, consignó que los peticionantes no suelen contar con medios propios para trasladarse a fin de que le provean los tratamientos, con lo cual se adiciona otra complicación que es el transporte, el cual es muy requerido por los afiliados pero difícilmente cubierto por que no se suele conseguir transportista que esté dispuesto a cobrar las tarifas que abona el PROFE.

A su turno, el progenitor del menor F.A.I. indicó en la entrevista respecto a esta instancia que:

Iba a La Plata, al Ministerio de Salud, yo iba con él (el hijo) porque la mamá había entrado en un estado depresivo bastante complicado, no me podía acompañar y yo tenía que ir con mi nene porque no tenía con quien dejarlo... viajaba en tren... con todo lo que eso conllevaba porque tenía la traqueotomía y la gastro... era complicado (Progenitor, 2019).

Expresa que en un principio, todos los trámites administrativos con el Ministerio de Salud los efectuaba viajando a La Plata en tren con su hijo con discapacidad. Detalla que luego comienza a presentar trámites en la delegación local, en el caso puntual, con fecha 23 de mayo y 15 de septiembre del 2014 solicitó los insumos ante PROFE, Delegación Almirante Brown (Zona Sur del Gran Buenos Aires). Al no obtener respuesta, recurrió a la Defensoría Oficial perteneciente al Departamento Judicial de Lomas de Zamora a fin de ser asesorado jurídicamente. Respecto a tal requerimiento nos remarcó que “sinceramente no tenía la capacidad” de pagar un abogado particular, (Progenitor, 2019, minuto 26:50). Y con fecha 20 de febrero de 2015 el Sr. Defensor Oficial, ofició al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires a fin de que dé cumplimiento con lo requerido por el progenitor en su oportunidad (oficio extrajudicial).

El 23 de febrero de 2015, el área legal del PROFE informó que los insumos requeridos se encontraban en el área de compras a los fines de cotización entre los diferentes prestadores para su posterior compra. Ante el silencio y la inacción por parte del PROFE, se libró nuevo oficio desde la Defensoría Oficial con fecha 30 de abril del 2015 reiterando la solicitud, sin obtener respuesta alguna, motivo por el cual se decide judicializar el caso.

El progenitor resalta lo engoroso de efectuar trámites administrativos toda vez que, en los casos de menores con patologías irreversibles como el de su hijo, se debe presentar la historia clínica y trámites administrativos constantemente, mes a mes, con toda la complejidad que ello conlleva.

6.2 Ingreso al aparato judicial y proceso

Primigeniamente, se inició una acción autosatisfactiva de salud por ante el fuero de familia. El juez sorteado se declaró incompetente por entender que lo que se analizaba en el caso era la actuación del PROFE en ejercicio de función administrativa (Ley 12.008, 1997) por lo que se inhibió de entender en la causa y remitió las actuaciones al fuero contencioso administrativo, oportunidad donde se reencausó la pretensión en una Medida Cautelar Autónoma (MCA). Ello, en tanto las acciones autosatisfactivas no están previstas en el ordenamiento legal aplicable al fuero (Ley Provincial número 12.008 Código Contencioso Administrativo, según art. 12 y concordantes).

Cabe denotar en este punto que para que una pretensión contencioso administrativa, como la de estudio sea admisible es necesario que exista un caso, en términos del art. 1 del Código antes citado. Tal como fuera expresado anteriormente, es preciso que se cumplan los requisitos del art. 22 (verosimilitud del derecho, peligro en la demora y ausencia de afectación al interés público). Los plazos de este tipo de proceso son breves. Existe la posibilidad de pedir un informe previo a la sentencia para que el demandado se expida en un plazo de 5 días. Luego de ello o vencido el plazo se dictará sentencia la que se notificará en el plazo máximo de 3 días (Hutchinson, 2005).

El Defensor Oficial, desde su experiencia, transmitió que los conflictos con estas características que arriban a sede judicial se pueden dividir, en cuanto al objeto de su pretensión, en al menos tres grupos: (i) conflictos en los que, requerida la medicación o insumo administrativamente al PROFE, la misma es denegada ofreciéndose otra alternativa al justiciable que por razones médicas no está en condiciones de aceptar; (ii) conflictos en los que requerida la medicación o insumo administrativamente al PROFE, formado el expediente administrativo, el pedido cursa instancias de auditoría y otras que generan demoras que los justiciables no están en condiciones de esperar dada la urgencia de sus casos; y (iii) conflictos en los que, requerida la prestación administrativamente al PROFE, formado el expediente correspondiente, el beneficiario del Programa –que es el encargado de encontrar una opción disponible para cotizar– no encuentra opciones disponibles debido al rechazo que plantean los proveedores a vender su producto o servicio al PROFE con motivo de las condiciones desfavorables de pago que ostenta el Programa. En relación a ello expuso que “es el afiliado o sus allegados que tienen que gestionar la vacante en el lugar” (Perzan, 2019, minuto 7:00).

Frente a ello, el entrevistado entiende que la judicialización del caso se muestra como salida imperante. Y en relación a los remedios procesales escogidos señala “hay diferentes metodologías seleccionadas por cuestiones procesales y conveniencia” (Perzan, 2019, minuto 17:40).

Recordemos que los Defensores Oficiales son quienes brindan la asesoría jurídica a los justiciables en un 100% de los casos del mapeo efectuado. Desde su óptica advierte que el amparo previsto en la Ley número 13.928 no resulta ser la herramienta más eficaz

para proteger el DESCAs en cuestión. Ello en tanto que la ley que regula dicho carril procesal establece una competencia multifuero lo que habilita a que la causa sea radicada en fueros donde no se puede consultar el estado del proceso mediante el sistema de la Mesa de Entradas Virtual (MEV), por lo que se dificulta el seguimiento de las causas y “el acceso del justiciable al juzgado es muy difícil” (Perzan, 2019, minuto 18:30).

Luego, el progenitor expresó haber tenido buena recepción a la oficina del Defensor Oficial, a donde arribó en estado de desesperación por no encontrar canales adecuados en sede administrativa, a efectos de viabilizar los pedidos de insumos y medicamentos necesarios para la salud de su hijo, siendo importante la respuesta jurisdiccional (audiencia y sentencia) para conseguir lo necesario, a pesar de que su cumplimiento también implicó la espera de los tiempos administrativos reglamentarios en términos de contratación pública.

6.3 Respuesta Jurisdiccional

En este punto resulta procedente mencionar, en relación a las causas mapeadas se advierte que en el 100% de los casos se hizo lugar al planteo de los pretenses y pretensoras, los que muchas veces judicializan el caso por recomendación de los propios actores participantes en el sistema de salud, quienes reconocen que el PROFE no hace lugar a las peticiones hasta tanto no exista sentencia firme.

En particular hemos de recordar que en el caso 21, se dictó sentencia en el mes junio de 2015 haciendo lugar a todo lo solicitado otorgando un plazo de 10 días para dar cumplimiento a la sentencia. En dicha resolución judicial se efectuó el correspondiente control de convencionalidad con expresa invocación de los artículos 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Const., 1994), artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CP), artículos I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, 1948), el artículo 25 inciso 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea Gral. de la ONU, 1948), artículo 4 inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica (OEA, 1969)– artículo 24 inciso 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12 inciso 1 y 2 apartado C. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea Gral. de la ONU, 1966) y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea Gral. de la ONU, 1989).

Esta sentencia permitió al menor F.A.I., según dichos de su padre, obtener las prestaciones necesarias para gozar de su derecho de salud (Progenitor, 2019, minuto 18:40 y 26:15).

6.4 Cumplimiento de la resolución

Respecto de este apartado diremos en primer lugar, que la gran mayoría de las sentencias condenatorias del PROFE no son apeladas por la Fiscalía de Estado (quien representa en juicio al Estado Provincial en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley número 7.543/1.969, por lo que quedan firmes y exigibles desde la fecha consignada en la resolución o desde que el actor presta la caución requerida en el resolutorio, según el caso.

Pues bien, en el caso 21, la sentencia había establecido un plazo de diez días desde notificada para hacerla exigible. La sentencia fue notificada el 23 de junio de 2015 y para el 16 de julio del mismo año seguían sin entregarse los insumos (duchador pediátrico y silla de traslado). Con dicho motivo, se intimó al Ministerio de Salud Provincial (órbita a la que

pertenecía el PROFE en ese momento) para que en un plazo de 24 horas de estricto cumplimiento e informe el nombre del funcionario responsable del programa a fin de aplicarle astreintes en caso de incumplimiento.

Por otra parte, en fecha 5 de abril de 2016 se amplió la cautelar otorgada, ordenando al PROFE hacer entrega de un Botón Gastico al menor F.A.I. en un plazo de 10 días de notificada la sentencia. Luego, en fecha 13 de septiembre de 2016, se pretendió extender la sentencia a fin de requerir un aparato aspirador/nebulizador, sin embargo, dicha ampliación fue denegada atento la falta de trámite administrativo cursado al PROFE y por ende falta de acreditación de rechazo.

A continuación, a los 29 días del mes de junio de 2017, se citó a audiencia a todas las partes intervinientes en la causa, (la apoderada de la Fiscalía de Estado, el padre del menor y la Asesora de Incapaces) en la que el padre solicitó una ampliación de la medida cautelar a fin de requerir se asegure al menor F.A.I. la entrega de medicaciones, fórmula láctea e insumos y denunció el incumplimiento de la sentencia en tanto no le habían hecho entrega del duchador pediátrico ordenando en la resolución primigenia. En ese mismo acto la Fiscalía manifestó que no encontraban en el mercado un duchador de las características ordenadas en la sentencia –que seguían los lineamientos ordenados por los médicos tratantes–, por lo que de común acuerdo se acordó requerir al médico tratante una nueva prescripción médica indicando nombre, marca y modelo del duchador requerido a fin de poder hacer efectiva la ejecución de sentencia.

En la entrevista el progenitor (Progenitor, 2019, minuto 34:40) señala ciertos incumplimientos intermitentes del PROFE respecto de ciertos insumos como leche, (en el caso el menor se alimenta por sonda), pero la sentencia dictada en el caso dio respuesta a su petición (Progenitor, 2019, minuto 39:00).

7. CONSIDERACIONES FINALES

Concluida la investigación cabe consignar que del mapeo realizado se observa una preeminencia de la reclamación individual, habiendo sido todas las causas iniciadas por derecho propio o por sus representantes (curadores o progenitores), a excepción de un solo caso (número 20), en la que la Asesora de Incapaces en representación de un menor que tenía bajo su tutela, inició la causa judicial. Este dato denota la ausencia de agrupamientos institucionales o colectivos en la materia, que articulen su trabajo con esta población en el ámbito local y que aborden la problemática desde el asesoramiento jurídico y el acompañamiento de las personas implicadas y sus familias. Dicha circunstancia, pudimos percibirla asimismo de lo expuesto en la entrevista del progenitor del actor en el caso 21. Allí nos transmitió, permanentemente, el esfuerzo intelectual que efectúa diariamente para capacitarse técnicamente en cuestiones médicas, pedagógicas, jurídicas, etc. intentando ayudar a otros papás que, ocasionalmente, se encontraba en oficinas públicas, hospitales o consultorios médicos, pero siempre expresando la idea de atravesar una lucha personal contra el *aparato*.

Asimismo, cabe denotar que casi la mitad de los fallos que analizamos ordenaron brindar servicios de salud consistentes en medicamentos (47,5%) y el universo restante se divide entre prestaciones tales como operaciones urgentes, sillas de ruedas, equipos de oxígeno, acompañantes terapéuticos, vacantes en establecimientos de salud mental, transporte, prótesis, suplementos y hasta pañales. De este dato se extrae que las necesidades que se judicializan por los beneficiarios del Programa, generalmente, no están constituidas por aparatología o tratamiento de alta complejidad, ni costosa o que requieran tecnología de alta sofisticación, tampoco se vislumbra la necesidad de transitar en sede

judicial un contradictorio que implique resolver la discusión científica sobre los beneficios de determinado tratamiento y la negativa de su provisión por una cuestión médica. Por el contrario, observamos que lo que casi en su totalidad requieren los pretensesores y pretensoras resultan ser insumos básicos que el demandado está obligado a proveer a las y los titulares de certificado único de discapacidad por sus resoluciones internas (por ejemplo pañales, leche, oxígeno), cuestión que queda asimismo expuesta con la ausencia de apelación de las sentencias que se observa. De este modo la resolución jurisdiccional se transforma en un acto que, consentido por el demandado, hace virar el litigio hacia un proceso de acompañamiento a las partes respecto del modo en que se cumplirá lo originalmente peticionado y, ahora, reconocido judicialmente. Pudiendo consignar entonces que en muchos casos el sistema judicial es utilizado como un canal o vía de comunicación entre el actor y el organismo público que otorga cierto grado fehaciente a las partes. En el caso 21 ello queda claramente graficado cuando el entrevistado nos expresó, que en ocasiones, los mismos efectores del sistema administrativo le recomiendan iniciar una actuación judicial ya que, con la obtención de una sentencia en muchas ocasiones resulta más pronto el abastecimiento de la necesidad debida.

También de allí se observa que el 60% de las causas tramitaron por el carril llamado *medidas cautelares autónomas o anticipadas*, pudiendo concluirse que este remedio procesal resulta ser el que brinda mayor y más urgente acceso a la justicia en esta materia. Entendemos relacionado ello, con la ausencia de oposición del demandado, que existe en general en estos casos, conflictos que giran en torno a demoras en la provisión, asumiendo el organismo la responsabilidad legal que tiene en la entrega del insumo básico requerido. En relación con ello, recordemos que el defensor oficial entrevistado manifestó que “elige” esta vía porque por su regulación es tramitada por juzgados contenciosos o de familia, que tienen mayor manejo en la materia, a diferencia de lo que le sucede con la vía amparo, dada la competencia multifuero antes explicada.

Respecto de la respuesta del sistema judicial, se advierte que en el 100% de las causas se arribó a una sentencia y que antes de la creación del fuero contencioso administrativo (2004) –cuando las causas contra el PROFE debían tramitarse por ante la Secretaría de Demandas Originarias de la Suprema Corte Provincial, con sede en la Ciudad de La Plata– no se registraron causas con éstos parámetros, a excepción de un conflicto de competencia en el marco de un amparo deducido contra dicho organismo, motivo por el cual, cabe inferir que la creación del fuero especializado y su consecuente descentralización territorial, incidió positivamente en la operatividad del DESC en cuestión, su acceso y goce.

Por otra parte, en el estudio del caso en particular analizado se advierte que a la dificultad propia de la discapacidad que padecen las personas implicadas y sus familias se suman otros valladares a traspasar relacionados con el contexto de pobreza, que se traduce en dificultad para trasladarse a efectuar los trámites necesarios para acceder a los servicios, complejidad en las tramitaciones (formularios de difícil resolución o que deben ser firmados por especialistas que deben contactar y para lo cual deben sacar turnos), complejidad para entender el lenguaje técnico utilizado por los especialistas y escasa sistematización en los trámites administrativos.

De todo ello se concluye, que las dificultades incapacitantes de las personas tienen un efecto multiplicador de barreras cuando se está contextualizado en un marco social de pobreza lo que nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de la emisión, por parte de los organismos administrativos y judiciales de respuestas prácticas, simples, rápidas, emitidas por oficinas de cercanía territorial y sobre todo, por efectores que realicen su tarea diaria de modo empático con la problemática y sensible con las personas y sus familias, haciendo obligada lectura de la necesidad de igualar condiciones de acceso teniendo presente la amplia diferencia de realidades.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, A. G. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, (A. G., 1966). Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos. Recuperado el 25 de agosto de 2019, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU. (A. G., 1989). Convención de los Derechos del Niño. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>
- BENENTE, M. (2018). Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de provincia. Ciudad de Buenos Aires: Editores del Sur; Universidad de José C. Paz. Recuperado el 16 de agosto de 2019, de https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2019/08/los_derechos_economicos_sociales_y_cultu.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 08 de marzo de 2018, CASO POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE (Fondo, Reparaciones y Costas). Recuperado el 16 de agosto de 2019, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf
- CONGRESO DE ARGENTINA. (04 de julio de 1955). Ley Orgánica del Poder Judicial, [Ley 5.827 de 1955]. Recuperado el 22 de agosto de 2019, de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-5827.html>
- CONGRESO DE ARGENTINA. (1969). Ley de Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires, [DECRETO LEY 7.543/1.969]. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-7543.html>
- CONGRESO DE ARGENTINA. (16 de marzo de 1981) Ley de Sistema de protección integral de los discapacitados. [Ley 22.431 de 1981].
- CONGRESO DE ARGENTINA. (16 de marzo de 1981). Ley de sistema de Protección Integral de Discapacitados [Ley 22.431 de 1981]. Recuperado el 22 de agosto de 2019, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/norma.htm>
- CONGRESO DE ARGENTINA. (2 de diciembre 1997) Ley de Sistema de prestaciones básicas en habitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad. [Ley 24.901 de 1997]
- CONGRESO DE ARGENTINA. (05 de noviembre de 1997). Ley sistema de prestaciones básicas en habitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, [Ley 24.901 de 1997]. Recuperado el 22 de agosto de 2019, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/47677/texact.htm>
- CONGRESO DE ARGENTINA. (01 de octubre de 1997). Código Contencioso Administrativo, [Ley 12.008 de 1997]. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-12008.html>
- CONGRESO DE ARGENTINA. (29 de agosto de 2002). Creación del Programa Federal Incluir Salud (Cobertura Médica), [DECRETO 1.606 de 2002]. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/77334/norma.htm>
- CONGRESO DE ARGENTINA. (11 de Febrero de 2009) Ley de Amparo [Ley 13.928 de 2009] Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13928.html>
- CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, (C.I.A, 1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1000
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. (C.N, 1994). Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. (C.P.B.A, 1994). Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://www.gob.gba.gov.ar/dijl/constitucion/cpppal.htm>
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Pacto de San Jose de Costa Rica. (1969). Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CIDH, 2017). Informe sobre pobreza y derechos humanos en las américas. Recuperado el 16 de agosto de 2019, de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CIDH.1959). Informe sobre Pobreza y De-

rechos Humanos de las Américas del año 2017.

- COMITÉ DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. (CDESC, 2000). Recuperado el 16 de agosto de 2019, de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, P. d. (2017). Recuperado el 16 de agosto de 2019, de [https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/Informe%20Te%CC%81cnicoDefensori%CC%81a%20de%20la%20Pcia%20Bs%20As%20\(1\).pdf](https://www.defensorba.org.ar/imgs/comunicados/file/Informe%20Te%CC%81cnicoDefensori%CC%81a%20de%20la%20Pcia%20Bs%20As%20(1).pdf)
- HUTCHINSON, T. (2005). Código Procesal Contencioso Administrativo. La Plata, Buenos Aires: Scotti.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. (INDEC, 2012). Recuperado el 16 de agosto de 2019, de https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo2.pdf
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. (INDEC, 2018). www.indec.gov.ar. Recuperado el 16 de agosto de 2019, de https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_02_18.pdf
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. (INDEC, 2019). Recuperado de https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_02_18.pdf
- MESA DE ENTRADAS VIRTUAL. (MEV), Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Recuperado el 16 de agosto de 2019, de <https://mev.scba.gov.ar/loguin.asp>
- SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES. (SCBA), Área de estadísticas, secretaría de planificación. Recuperado el 16 de agosto de 2019, de <http://www.scba.gov.ar/planificacion/poblacion%20superficie%20organos.pdf>
- SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES. (SCBA, 28 de marzo de 2003). S/ Amparo, B66980 causa Graña Elena c/ Ministerio de Salud (Programa Federal incluir Salud). Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <https://mev.scba.gov.ar/procesales.asp?nidCausa=14493&pidJuzgado=GAM290>
- PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y CIVILES Y POLÍTICOS Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO. (1986). Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>

ANEXO I

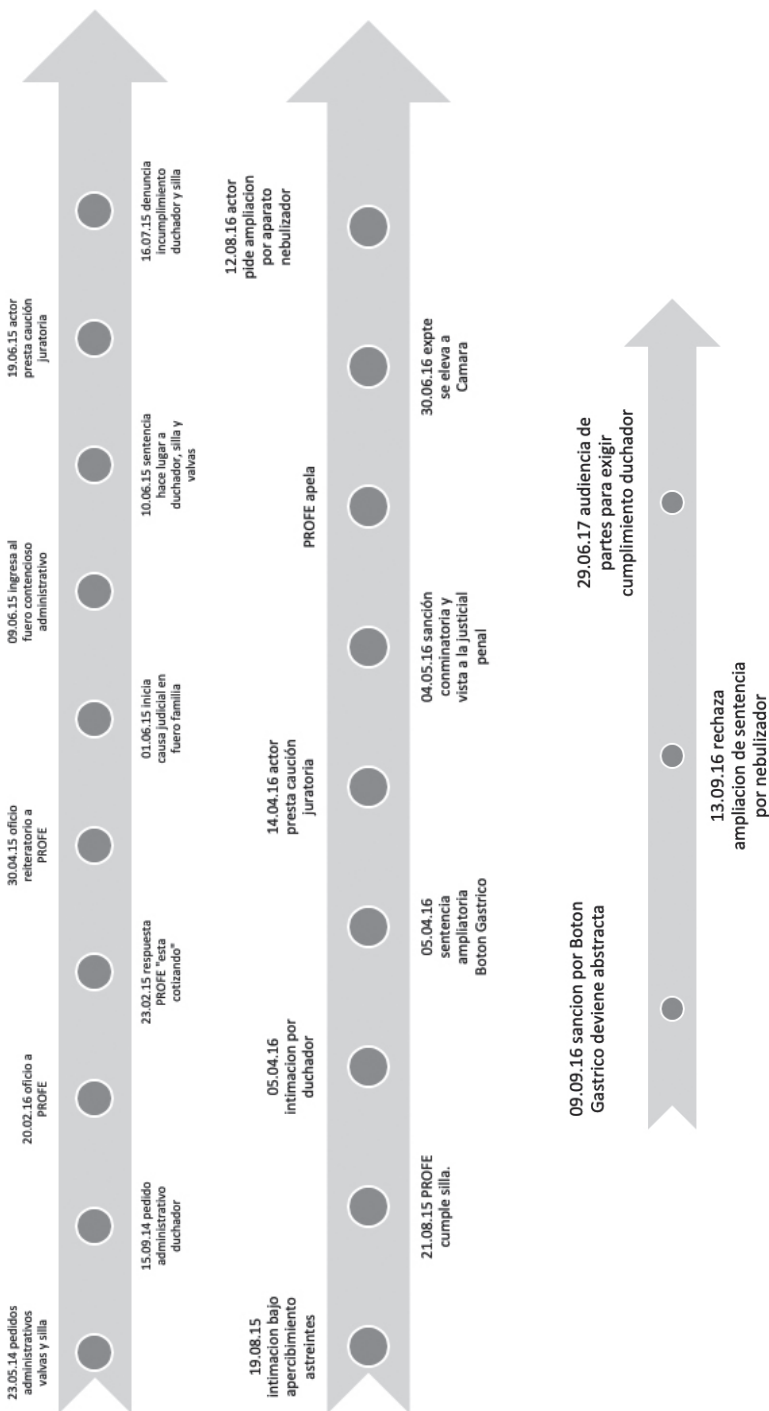
MAPEO CAUSAS	Expte.	Juz	Proceso	Menor	Objeto	Defens. Oficial	Oficio	Asesor Inc	Incump.	Apela	Cautión
1	39.306	1	MC	SI	audifonos	SI	SI	NO	NO	NO	NO
2	37.567	1	MC	NO	oxigenoterapia, análisis, otros	SI	SI	NO	NO	NO	NO
3	24.286	1	MC	SI	sup. nutricional, medicación, pañales	SI	SI	NO	NO	NO	SI
4	21797	1	Mca	NO	medicación - agujas	SI	SI	NO	NO	NO	SI
5	72.559	2	Mca	NO	sincronizador	SI	SI	NO	NO	NO	NO
6	58.153	2	Mca	SI	medicación	SI	SI	SI	NO	NO	NO
7	37.818	2	Mca	NO	prótesis	SI	SI	NO	SI	NO	NO
8	34.247	2	Mca	NO	medicación	SI	SI	SI	SI	NO	NO
9	34.227	2	Mca	SI	medicación	SI	SI	SI	SI	NO	NO
10	17.805	2	Mca	NO	cirugía ojo	SI	SI	NO	SI	NO	NO
11	15.651	2	Mca	SI	estimulador vagal	SI	SI	SI	SI	NO	NO
12	28.775	2	Mca	SI	vacante en un psiquiátrico	SI	SI	SI	SI	NO	SI
13	50.751	1	Mca	NO	medicación	SI	SI	NO	SI	NO	SI
14	4.2003	1	Mca	NO	oxígeno y otros insumos	SI	SI	NO	SI	NO	SI
15	35.827	1	A	NO	medicación - incompetencia	NO	NO	NO	NO	NO	NO
16	39.717	1	A	-	incompetencia por sorteo	NO	NO	NO	NO	NO	NO
17	36.813	1	Mca	NO	medicación	SI	NO	NO	NO	SI	NO
18	37.566	1	Mca	NO	insumos, oxígeno	SI	NO	NO	NO	NO	NO
19	37.569	1	Mca	SI	oxigenoterapia, cama ortopédica, análisis, otros	SI	SI	NO	NO	NO	NO

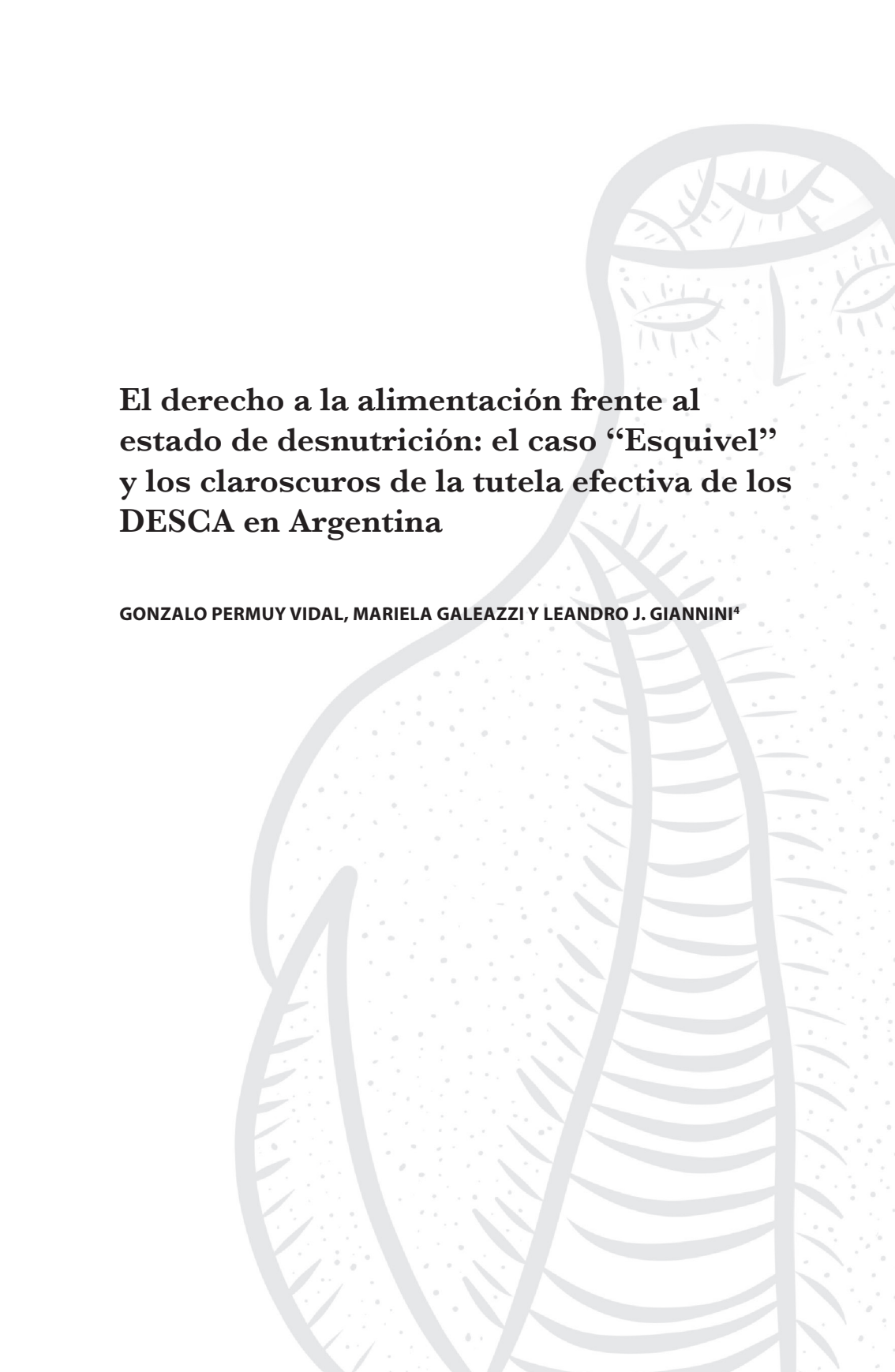
20	19189	2	MC	SI	AT, CET, vacante centro de día, transporte	SI	SI	SI*	SI	NO	NO
21	23577	2	Mca	SI	duchador, silla traslado, valvas, ampliación: botón gástrico con balón	SI	SI	NO	SI	NO	SI
22	11779	2	A	NO	incompetencia por falta de sorteo	NO	NO	NO	NO	NO	NO
23	37784	2	AM	NO	entrega implante	NO	NO	NO	NO	NO	NO
24	55200	2	A	NO	incompetencia por falta sorteo	NO	NO	NO	NO	NO	NO
25	10923	2	AM	NO	medicación	NO	NO	NO	NO	NO	NO
26	61609	2	Mca	NO	medicación	SI	SI	NO	SI	NO	NO
27	36814	1	MC	SI	medicación, insumos, silla	SI	SI	SI	SI	NO	NO
28	8914	1	A	SI	internación domiciliaria	NO	NO	SI	NO	NO	NO
29	34826	1	A	SI	incompetencia por sorteo	NO	NO	NO	NO	NO	NO
30	34822	1	A	SI	incompetencia por sorteo	NO	NO	NO	NO	NO	NO
31	34823	1	A	-	incompetencia por sorteo	NO	NO	NO	NO	NO	NO
32	56808	1	Mca	SI	medicamentos y vitaminas	SI	SI	NO	NO	NO	NO
33	48881	1	Mca	NO	medicamentos	SI	SI	NO	SI	NO	SI
34	49067	1	Mca	NO	medicamentos	SI	SI	NO	SI	NO	SI
35	51495	1	Mca	NO	medicamentos	NO	NO	NO	NO	NO	NO
36	54955	1	Mca	SI	medicamentos, insumos, botón gástrico	SI	SI	NO	NO	NO	NO
37	45811	1	Mca	NO	medicación	SI	SI	NO	SI	NO	NO
38	46800	1	Mca	NO	medicación	SI	SI	NO	NO	NO	NO
39	57777	1	Mca	NO	medicación	SI	SI	NO	NO	NO	NO
40	45405	1	Mca	NO	medicación, arnés	SI	SI	NO	NO	SI	NO

Fuente: sitio web www.scba.gov.ar, cuadro de elaboración propia.

MCA (medida cautelar autónoma) - MC (materia a categorizar) - A (amparo) - AM (amparo por mora)

ANEXO II – LINEA DE TIEMPO



A stylized, light gray illustration of a human figure, possibly a child, is positioned on the right side of the page. The figure is composed of simple lines and dots, giving it a textured, almost woven appearance. The background of the entire page is white with a subtle pattern of small dots. The figure's head is at the top right, with a large, expressive eye. The torso and limbs are defined by thick, curved lines, and the overall style is minimalist and artistic.

El derecho a la alimentación frente al estado de desnutrición: el caso “Esquivel” y los claroscuros de la tutela efectiva de los DESCAs en Argentina

GONZALO PERMUY VIDAL, MARIELA GALEAZZI Y LEANDRO J. GIANNINI*

RESUMEN

El trabajo analiza un *leading case* seguido ante la justicia federal argentina que sentó un precedente relevante sobre la operatividad y exigibilidad del derecho a la alimentación, reconociendo que es deber del Estado la provisión directa de una dieta balanceada a una familia con once hijos en situación de desnutrición. Se aborda críticamente la respuesta del sistema judicial argentino ante violaciones de DESCAs que demandan acciones positivas del Estado para ser remediadas.

Palabras claves: Derecho a la alimentación • Desnutrición • Ley 25.724 • Artículo 11 PIDESC • Contenido mínimo • Operatividad • Plazo razonable • Medidas cautelares • Tutela judicial efectiva • Acceso a la justicia • Pobreza • Niños y niñas • Planes sociales • Dieta balanceada • Implementación de sentencias

ABSTRACT

The paper analyzes a leading case pursued before an Argentinian federal court, which set up relevant standards in the of the enforceability right to food, by recognizing that it is a duty of the State to directly provide a balanced diet to a family with eleven malnourished children. The work critically discusses the response of the judicial system when violations of ESCER demand affirmative actions from the State in order to be remedied.

Keywords: Right to Food • Malnutrition • Law 25.724 • Article 11 ICESCR • Minimum essential levels • Operability • Reasonable term • Precautionary measures • Effective judicial protection • Access to justice • Poverty • Children • Social protection • Balanced diet • Implementation of judicial decisions

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto “Identificación de Experiencias referidas a los DESCA en países signatarios del Protocolo de San Salvador y otros”, coordinado por el Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA) y la cooperación alemana (GIZ/DIRAJus). En representación del Centro para la Implementación de los Derechos Constitucionales (CIDC), los autores analizaron un caso paradigmático de lesión de DESCA en la República Argentina: el caso “Esquivel”. El caso resulta valioso para analizar los conflictos interpretativos existentes sobre los alcances de la protección de derechos fundamentales en sectores vulnerables, identificar los inconvenientes que presenta la respuesta jurisdiccional del Estado en esta clase de asuntos, y verificar la relación y eventuales inconsistencias entre la interpretación judicial de la operatividad de los derechos y las políticas públicas destinadas a atender ciertas problemáticas, como, en el caso, la desnutrición infantil.

El desarrollo se divide en cuatro capítulos. En el primero se describen los antecedentes del caso que culminaron en el inicio de la acción judicial destinada a reclamar al Estado que haga cesar el estado de desnutrición de los hijos y las hijas del matrimonio Esquivel – Molina. En el segundo se examina la respuesta jurisdiccional del Estado, en lo referido al desarrollo del proceso, a la adopción de decisiones cautelares destinadas a anticipar la tutela de mérito requerida en el caso y, finalmente, al dictado de la sentencia definitiva (que aún no se encuentra firme). En el tercer apartado se ingresa en el análisis jurídico de los fallos, especialmente de algunas decisiones claves. En el cuarto apartado se analiza la implementación de las decisiones judiciales, desde dos perspectivas: por un lado, se conceptualizan los problemas enfrentados en la ejecución de las decisiones; y, por el otro, se examina el impacto que el caso “Esquivel” haya podido tener en la redefinición de las políticas públicas referidas a los DESCA comprometidos.

Para ello, se ha utilizado una metodología de análisis documental basada en el examen de: 1) los textos reglamentarios, legales, constitucionales y convencionales vigentes; 2) los informes, resoluciones, recomendaciones y decisiones de organismos internacionales de promoción y protección de DESCA; 3) las constancias de la causa “Esquivel” y de las restantes actuaciones judiciales iniciadas concomitantemente por la situación de desnutrición del Barrio La Matera. Asimismo, se han realizado entrevistas (personales o con utilización de Tecnología de Información y Comunicación [TIC’s]), a protagonistas de la controversia.

2. DESARROLLO

El caso Esquivel es un proceso de amparo que lleva más de catorce años tramitando ante la Justicia federal argentina sin que hasta el momento se haya arribado a una sentencia de última instancia. Recién después de doce años de iniciado el caso se llegó a una sentencia definitiva de primera instancia, la cual hizo lugar a la acción de amparo deducida por Roberto Esquivel y Sandra Molina y ordenó al Estado brindar a sus hijos los alimentos necesarios para que cuenten con una dieta balanceada, entre otras prestaciones básicas. Dicha sentencia, confirmada por la Cámara de Apelación, se encuentra hoy recurrida por el Estado (Municipalidad de Quilmes y Estado Nacional), ante la Corte Suprema de la Nación (CS). La medida cautelar dictada por la CS un año después de iniciado el pleito fue un resorte fundamental para paliar las consecuencias de la demora en obtener un pronunciamiento de mérito. Sin embargo, las dificultades observadas en la implementación de dicha medida ponen en evidencia la insuficiencia de la respuesta jurisdiccional brindada en el caso para proteger efectivamente esta clase de derechos sin dilaciones indebidas.

3. TRAYECTO INICIAL DEL CONFLICTO

Como tantas familias en Argentina, la familia Esquivel vivía en el año 2005 en una situación de pobreza extrema y multidimensional. Víctimas de la exclusión social, junto a otras 1500 familias, se habían establecido tiempo antes en el barrio La Madera, que forma parte del Municipio de Quilmes, Provincia de Buenos Aires. Este Municipio integra lo que se conoce como el Conurbano Bonaerense o Gran Buenos Aires, esto es, el conglomerado urbano que rodea a la Ciudad de Buenos Aires, donde se encuentra concentrada aproximadamente un 25% de la población total de la Argentina, es decir, unos 10 millones de personas al año 2010 (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2010).

El barrio La Madera es una urbanización muy humilde cimentada sobre el lecho de una laguna que tiene serios problemas de infraestructura, notable precariedad habitacional y constante riesgo de inundación debido a la cercanía al Arroyo Las Piedras. La grave contaminación de este acuífero (uno de los más contaminados de la Argentina), entre otros impactos derivados de la falta de la planificación urbana y la industrialización excesiva y no controlada de la región, hacen que la población del barrio se encuentre además en estado de vulnerabilidad ambiental.

En el marco de las reuniones periódicas que organizaba en ese entonces la Federación de Entidades de Fomento de Quilmes con el fin de atender la problemática ambiental en la zona de Quilmes Oeste, un referente del barrio se acercó a Gonzalo Permuy Vidal, quien asesoraba a la Federación, para solicitar asesoramiento ante el estado de desnutrición de niñas y niños que aquejaba a su barrio. Manifestaba que la contención primaria que venían recibiendo para hacer frente a las necesidades de alimentación infantil se basaba en el suministro de lo que se conoce como “copa de leche” (comedores comunitarios), dado que habían sido cerrados los comedores municipales, luego de que el entonces Intendente perdiera las elecciones de medio término en el barrio.

A partir de ello, la Federación de Entidades de Quilmes inició tareas preliminares para elaborar una estrategia legal. Los primeros obstáculos giraron en torno a: (i) la ausencia de documentación de los niños y las niñas (que en muchos casos carecían de Documento Nacional de Identidad, el principal documento identificador de las personas en la República Argentina); o (ii) los problemas para verificar el estado de salud, dado que la mayoría de los profesionales cuyos servicios fueron requeridos al efecto trabajaban directa o indirectamente para el estado (nacional, provincial o municipal) y no querían certificar el estado de desnutrición por temor a represalias laborales. Finalmente, la Federación contactó a quien entonces se desempeñaba como Subdirector del Hospital de Niños de La Plata, una de las principales instituciones pediátricas del país. Dicho profesional certificó el estado de desnutrición de alrededor de 100 niños en el barrio. Gracias a esta certificación y a que poseían la documentación de sus hijos e hijas, la familia Molina-Esquivel –al igual que otras 5 familias en idéntica situación de vulnerabilidad– pudo iniciar las acciones que se estudian en este trabajo.

El trayecto inicial del conflicto muestra la importancia de las organizaciones comunitarias en el acceso de los grupos tradicionalmente postergados a la Justicia. Sin la presencia activa de la Federación y su capacidad de articular con referentes barriales y profesionales comprometidos, el caso Esquivel nunca habría tenido su día ante los tribunales. Entre los obstáculos, merece subrayarse, por un lado, la dificultad de generar evidencia médica sobre la desnutrición debido al temor de los profesionales de la salud a represalias del Municipio; por el otro, la falta de documentación de identidad, que, además de constituir un derecho humano fundamental, funciona como llave de acceso a otros derechos, como el derecho a peticionar ante los tribunales. Otra nota a considerar es la indebida influencia política que se ejerce sobre distintos agentes, como ocurrió con el cierre de comedores por motivaciones

político partidarias, lo que supone una utilización espuria de las personas en situación de pobreza.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO: LA RESPUESTA JURISDICCIONAL

El 10/06/2005, Roberto Esquivel y Sandra Molina iniciaron una acción de amparo en representación de sus hijos Leandro (8 años), Melisa e Iván (6 años), Rodrigo (5 años), Diego (4 años), Brenda (2 años) y Alan (1 año). Invocaron la protección de la ley 25.724 (Programa Nacional de Nutrición y Alimentación) y de los arts. 43, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución de la Nación Argentina (CN), y 1 a 6 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), entre otros. La demanda fue dirigida contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, y tuvo por objeto que se disponga: i) el cese de las acciones y omisiones de dichas agencias estatales que hacían que los niños y niñas se encontraran en estado de desnutrición; ii) la realización de “todas las acciones compensatorias de asistencia alimentaria directa y/o cualquier otro método alimentario tendiente a superar el estado de desnutrición referido”. Todo ello, “bajo el control directo y efectivo de las autoridades competentes de salud de conformidad a la normativa vigente en la materia”. Junto con la causa “Esquivel” se iniciaron amparos que tenían idéntico objeto y finalidad, aunque respecto de otras familias del barrio La Madera. Las causas fueron “Rodríguez Karina c/ PEN y otros s/ Amparo” (Expte. N° 35.266), “Leiva de Rotela Severiana y Otros c/ PEN y otros s/Amparo” (Expte N° 2.220/2006), “Gómez, Myriam Beatriz c/ PEN y otros s/ Amparo” (Expte. N° 13.855) y “Quiñone, Alberto c/ PEN y otros s/ Amparo” (Expte. N° 11.834).

El primer reflejo procesal de la causa “Esquivel” fue el pase que el Juez ordenó al Ministerio Público para que dictamine acerca de la procedencia de la competencia federal. El Ministerio Público entendió que el Juzgado era incompetente, ya que –a su entender– se trataba de una causa propia de la competencia originaria de la CS. Siguiendo dicho dictamen, el Juez de 1° Instancia se declaró incompetente y ordenó la remisión de las actuaciones a la CS. La remisión se materializó en septiembre de 2005. En marzo de 2006, la CS, si bien se declaró incompetente para entender en el proceso, hizo lugar a la *medida cautelar* solicitada por la parte actora, ordenando a dos de los demandados (la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes) proveer a los niños y niñas “los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de su salud, en un plazo de cinco días” (Esquivel, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo (Ley 16.689), 2006, p. resolutorio 1).

Devuelta la causa al Juzgado Federal de origen, el Fiscal Federal dictaminó que la Justicia federal era incompetente y solicitó su remisión a la Justicia provincial, decisión compartida por el Juez interviniente. La decisión fue apelada. Como para ese momento, la Cámara Federal ya se había pronunciado en favor de la competencia federal en la causa “Leiva de Rotela” dado el carácter preferencial y la calidad de los derechos en juego, el Juez de primera instancia dejó sin efecto la decisión y reasumió la competencia para seguir actuando en la causa. El traslado de la acción (Art. 8 Ley 16.986), fue notificado a los demandados el 28/03/2007 (Estado Nacional) y el 29/03/2007 (Municipalidad de Quilmes y Provincia de Buenos Aires).

Como puede apreciarse, desde el inicio de la acción de amparo hasta la traba efectiva de la litis (con la notificación del pedido de informe del artículo 8 de la Ley Nacional de Amparo [LNA]), *transcurrieron 20 meses, en los que la mayoría del tiempo fue insumido debatiendo cuestiones de competencia planteadas de oficio por el sistema de justicia*. De todos modos, resulta destacable el actuar de la Corte Suprema que, pese a declararse incompetente,

se pronunció expresamente sobre la medida cautelar solicitada en el escrito de inicio. Si bien es cierto que las reglas procesales vigentes consideran válidas las medidas cautelares dictadas por órganos jurisdiccionales incompetentes (artículo 196, Código Procesal Civil de la Nación, CPCN), en la práctica difícilmente los tribunales se pronuncian sobre una medida cautelar en la misma resolución en la que se declaran incompetentes. Ello fuerza a considerar que el Máximo Tribunal tuvo en consideración la particular sensibilidad de los derechos en juego para flexibilizar dicha ortodoxia en el caso “Esquivel”, del mismo modo que lo hizo en las causas “Karina Rodríguez”, “Gómez” y “Leiva de Rotela”.

El análisis de la respuesta jurisdiccional en el caso “Esquivel” puede ser separada en dos grandes grupos: por un lado, el referido al cumplimiento de la *medida cautelar* ordenada; por el otro, el correspondiente al proceso principal, que culminara con la sentencia definitiva de primera y segunda instancias que hicieron lugar a la acción, estando pendiente la revisión final del caso por la CS. Además, en un tercer apartado, se describen las acciones tendientes a la búsqueda, en el marco de la causa, de una solución colectiva a la problemática general del barrio.

4.1 Cumplimiento de la medida cautelar

La orden emanada de la CS referida imponía, como puede verse, obligaciones “de dar” y “de hacer” que debían cumplirse en especie (dar alimentos –dieta balanceada– y controlar periódicamente el cuadro de salud de los menores involucrados).

Las dificultades iniciales en el cumplimiento de la medida cautelar giraron en torno a la definición del contenido de dicha obligación; en concreto, de lo que debía entenderse por “dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas”. Mientras el Estado entendía satisfecha la orden judicial con la entrega de “bolsones” de alimentos, la familia Esquivel denunciaba que ello no cumplía con la condición cualitativa del balance nutricional exigido por la CS. La otra dificultad era logística, derivada de los problemas que tenía el Estado para la entrega de ciertos alimentos, principalmente los alimentos frescos, lácteos, etc.

La familia Esquivel propuso que fuera un Hospital Público, el que defina qué debía contener una “dieta balanceada” que cubra las necesidades nutricionales de los niños y niñas afectados. Los niños y niñas fueron revisados en el Hospital de Niños de La Plata, “Sor María Ludovica”, donde se determinó para todos una única dieta, constituida por una serie de alimentos y con indicación de su cantidad por día o por mes. Dicha dieta era, para la parte actora, la medida para evaluar del cumplimiento estatal. El Municipio de Quilmes, sin embargo, manifestó que cumpliría entregando una caja de alimentos e incluyendo a la familia en un plan social consistente en la entrega de vales para que sean canjeados en supermercados por alimentos. La familia Esquivel consideró que ello no cubriría las necesidades nutricionales definidas por el hospital de niños, por lo cual propuso tres alternativas de cumplimiento: a) entrega de la caja de alimentos con vales suficientes para compensar las deficiencias nutricionales de aquella; b) entrega en especie por parte del Estado de los alimentos necesarios para cubrir dicha dieta; c) sustitución por la entrega de las sumas necesarias para que la familia pueda adquirir dichos alimentos, sobre la base de los valores de mercado. Esta última fue la opción que tomó el juez, quien, a principios de agosto de 2007 ordenó a la Provincia y a la Municipalidad la entrega de \$1.563,55 ARS mensuales (\$223 por cada niño y niña, lo que equivalía aproximadamente a 3,82 USD). Calculó el monto siguiendo la información suministrada por la parte actora, basada a su vez en el valor informado por cuatro cadenas de supermercados con sucursales en la zona. Además, dispuso realizar un seguimiento sobre la salud de los niños y niñas. La medida recién se hizo efectiva en el mes de noviembre de 2007, aproximadamente tres meses después de la orden judicial.

Al poco tiempo comenzaron un segundo tipo de dificultades, vinculadas con las demoras en el pago de las sumas indicadas y con la desactualización del monto fijado como consecuencia de la inflación. Si bien el Municipio y la Provincia propusieron, en abril de 2008, un sistema por el cual se harían cargo del pago sucesiva y alternadamente durante tres meses cada uno, y depositarían el cheque los primeros diez días de cada mes, el atraso llegó a superar los seis meses en 2009 y los diez entre julio de 2014 a abril de 2015. Por otra parte, entre 2009 y 2013, la Familia Esquivel solicitó (y llegó a “implorar” –en una presentación del diciembre de 2011–), la readecuación de los montos de la medida cautelar, que quedaban desactualizados por la inflación.

En noviembre de 2009 el Juez intimó al pago de la deuda denunciada y pospuso el pedido de readecuación para el momento en el que se realice un nuevo relevamiento de salud de los niños y niñas, que se llevó a cabo seis meses más tarde, en mayo de 2010, debido a varios obstáculos derivados de las debilidades en la coordinación estatal para el traslado de la familia Esquivel desde su casa hasta el Hospital Sor María Ludovica (aproximadamente 30 km). También introdujo la denuncia por incumplimiento de la garantía del plazo razonable (art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH). El Municipio, por su parte, solicitó que se declare “abstracta” la causa, por haberse ya atendido el cuadro de desnutrición, lo que motivó enfáticos rechazos por la parte demandante.

Recién en agosto de 2014, momento para el cual Sandra Molina había dado a luz a cinco hijos e hijas más, el Juez dispuso una adecuación de la prestación mensual, llevándola a \$1563 ARS (aproximadamente 26,81 USD), por cada uno de los once hijos del grupo familiar. Desde ese momento hasta el año 2016 periódicamente se denuncia el incumplimiento por atrasos en el pago de la medida cautelar y se repiten pedidos de readecuación en un escenario de elevada inflación.

En 2016, se amplió la demanda incorporando formalmente a la pretensión a los once hijos del grupo que ya habían sido denunciados –a los efectos de la medida cautelar– en una audiencia de septiembre de 2013. Más adelante, se desarrolló una nueva audiencia donde los médicos del Hospital de Niños de La Plata, explicaron la evolución de la salud de niños y niñas a partir del relevamiento realizado en agosto de 2016 e informaron que se apreciaba un cuadro de percentil 3 (lo que equivale a un estado de subnutrición) y, en el caso de uno de ellos, se detectaron problemas dermatológicos. En esa oportunidad, el Municipio solicitó que se deje sin efecto el pago de las prestaciones alimentarias a los tres hijos que ya habían alcanzado la mayoría de edad (18 años). Al dictarse la sentencia definitiva en primera instancia, el juez dispuso mantener en vigencia la medida cautelar, hasta que la sentencia definitiva adquiera firmeza.

4.2 Proceso principal

Pese a que las partes (especialmente la actora), solicitó en diversas oportunidades el dictado de sentencia de mérito, dicha decisión definitiva se dilató por más de una década sólo en primera instancia. Al día de la fecha, está pendiente de decisión de la CS, del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional y la Municipalidad de Quilmes contra la sentencia de Cámara que confirmara la condena de primera instancia.

En lo que aquí interesa, la respuesta jurisdiccional sobre el debate de fondo culminó en primera instancia, con la *sentencia definitiva* del 28/06/2017. Por los argumentos que serán analizados más adelante, el Juez Adolfo G. Ziulu, hizo lugar al amparo condenando a todos los demandados a prestar a los niños y niñas *asistencia integral*, tendiente a superar el estado de vulnerabilidad y alcanzar un nivel de subsistencia *más allá del marco asistencial*, mediante los beneficios y/o planes sociales existentes en cada ámbito, respecto de los menores y de sus progenitores. Asimismo, les ordenó prestar asistencia social continua que

asegure a la familia la *información, atención y contención* adecuada para la problemática que atraviesa y brindar *orientación y/o capacitación laboral* a los progenitores. Todo ello en el plazo de 30 días.

En cuanto a la *salud*, dispuso que se efectúen controles periódicos sobre los menores en el Hospital Materno Infantil Oller de San Francisco Solano, partido de Quilmes.

Respecto de la *alimentación*, se obligó a las demandadas a *garantizar la provisión de alimentos suficientes* para que los menores completen una *dieta normal y adecuada*, hasta que se acredite la superación del estado de riesgo nutricional. Y para el cumplimiento de esta condena, se prevé que las sumas que requiera la cobertura de dichos gastos de alimentación podrían cubrirse abonando en parte con los planes de asistencia social aludidos previamente, caso en el cual debería cubrirse el costo adicional requerido para alcanzar la dieta adecuada, con el pago de las sumas correspondientes a cargo de las demandadas. Respecto de todos los contenidos de la condena, se impuso un deber de información a cargo de las demandas para verificar periódicamente (cada seis meses), el cumplimiento de las prestaciones a su cargo.

La sentencia fue apelada por la parte actora, el Estado Nacional y la Municipalidad de Quilmes. La *actora*, cuestionó la limitación de sus alcances a los niños y niñas hasta los 18 años, así como el mecanismo de determinación del monto (especialmente el mecanismo de actualización de las sumas, que –según la actora– no debía basarse en los indicadores generales de precios –estadística– sino en función del valor real de los alimentos que componen la dieta balanceada). Por su lado, las demandadas cuestionaron la responsabilidad impuesta al Estado. El *Municipio de Quilmes* sostuvo tres líneas argumentales: 1) la invasión del Poder Judicial en las funciones del poder administrador, al incurrirse en un control de la bondad o idoneidad de las políticas aplicadas por el último, que se encuentra –a su juicio– vedado a los jueces; 2) la violación del principio de igualdad que afecta al interés público en general (al conferirse a los demandados más de los que se le otorga en general en quienes están en la misma situación); 3) la inidoneidad del amparo (art. 43, Constitución Nacional argentina), por tratarse de una vía procesal que no debe ser utilizada cuando es necesario mayor debate y prueba para verificar la lesión de los derechos en juego. Finalmente, el Estado Nacional se enfocó en la improcedencia de la acción de amparo. Indicó que no se había identificado omisión alguna de deberes a su cargo en la materia litigiosa y que no se demostró en el curso de las actuaciones el incumplimiento de políticas activas bajo de su responsabilidad.

El 15/05/2018, la *Cámara Federal de Apelaciones de La Plata* confirmó la *sentencia de mérito*, introduciendo algunas modificaciones en línea con los planteos de la parte actora. Fundamentalmente, se dejó sin efecto la limitación de la sentencia a aquellas personas que alcanzaren los 18 años, en sintonía con lo solicitado por la parte actora. Se determinó así que la condena se extienda a la totalidad del grupo familiar, ya que se encontraba demostrado que quienes habían llegado a los 18 años, seguían aún en estado de vulnerabilidad y sin haber concluido sus estudios. Asimismo, estableció el modo de actualización de las prestaciones alimentarias, a partir de una metodología de ajuste periódico que tenga en cuenta el valor real de los alimentos que integran la dieta familiar y no a través de la aplicación de índices.

La sentencia de Cámara fue recurrida por el Estado Nacional y por la Municipalidad de Quilmes, mediante recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48 y concordantes), que fue concedido el 26/06/2018. El 11 de julio de 2018 ingresó ante la CS, que aún no se pronunció sobre su admisibilidad ni sobre su procedencia.

Sin perjuicio de la revisión pendiente ante la CS, el régimen procesal federal argentino permite que, frente a una condena confirmada en dos instancias, la parte beneficiaria de dicha sentencia pueda exigir su ejecución provisoria mientras el expediente sigue su curso ante el Máximo Tribunal (art. 285, CPCN). Sobre la base de ello, el 28/06/2018 la parte

actora solicitó dicha ejecución provisoria o, en su defecto, la continuidad de la ejecución de la medida cautelar. En este marco, se ventilaron diversas peticiones que culminaron por decisión del juez de primera instancia del 11/10/2018, en la que: 1) se rechazó la petición de la Municipalidad para que se le devuelvan algunas sumas que –afirmaba– había pagado de más (por incluir en los depósitos a quienes habían alcanzado los 18 años); 2) se liquidó la suma adeudada por la medida cautelar, determinando que también los hijos mayores de 18 años debían ser beneficiados por la condena hasta que: i) cumplan los 21 años; o ii) se acredite su capacitación laboral; 3) se dispuso un aumento del 20%, sin atender a los parámetros determinados en la Cámara; y 4) se ordenó la producción de un amplio informe socio-ambiental, la realización de un control de salud en el Hospital Oller, y requerir a los actores que concluyan con la obtención de sus Documento Nacional de Identidad (DNI).

La parte actora apeló la fijación del aumento en el 20%, alegando no solo el apartamiento de los parámetros de la Cámara sino su insuficiencia para cubrir la dieta balanceada. Mientras tanto se llevó a cabo un nuevo relevamiento de salud de los menores en el Hospital Oller, del que surgió que 6 de los 11 niños y niñas habían empeorado su estado nutricional, recomendándose un tratamiento especial a su respecto (precisiones para su dieta y abordaje de situación de parasitosis).

Frente a ello, la parte actora solicitó una vez más que los montos sean actualizados, y consideró que el debilitamiento en la salud era una muestra evidente del impacto que la desactualización de la condena produce sobre el estado nutricional de los actores. Practicó un nuevo cálculo para determinar el monto suficiente para adquirir la dieta de acuerdo a los nuevos parámetros señalados por el hospital, a partir de la aplicación de la misma metodología de cálculo utilizada anteriormente, pero basada en la información pública emanada del Instituto de Estadísticas y Censos acerca de los precios de los alimentos que componen la dieta impuesta. También solicitó que los demandados cumplan las restantes prestaciones contenidas en la sentencia condenatoria, como la capacitación laboral de los hijos e hijas mayores de 18 años, y la realización de relevamientos socio-ambientales e informes semestrales de seguimiento.

El Juez, sólo se pronunció sobre la readecuación de los montos, elevando a \$8.000 ARS mensuales (lo que equivale aproximadamente a 180 137,19 USD), la prestación dirigida a los 6 niños y niñas respecto de quienes se había verificado un empeoramiento de su condición nutricional y a \$7.000 para los restantes y reiteró la limitación de la cobertura a las personas menores de 21 años. En cuanto a las costas por dicha incidencia, fueron impuestas por su orden, variando el criterio que se venía siguiendo en la causa con fundamento con la regla general establecida en el artículo 68 del CPCN, de imponer las costas al Estado vencido.

Esta decisión fue apelada nuevamente por la actora, cuestionándose la omisión de las restantes cuestiones sometidas a decisión, la ausencia de una metodología concreta para readecuar progresivamente los montos en un contexto de continua inflación, la insuficiencia de los montos establecidos, la insistencia en la limitación de la sentencia a los 21 años, y la imposición inmotivada de las costas por su orden, que no sólo constituye un apartamiento de la solución expresa de la ley sino un obstáculo al acceso de la justicia en esta clase de acciones, dada la imposibilidad material de los actores de afrontar los honorarios de sus letrados. El municipio también apeló la decisión, afirmando sustancialmente que las personas de entre 18 y 21 años no deberían estar alcanzados por la sentencia. Estas apelaciones todavía no han sido resueltas.

4.3 Alternativa de solución colectiva

En abril de 2008, tuvo lugar una audiencia para analizar una alternativa de solución al conflicto colectivo, de modo tal de extender una solución similar para todos los

vecinos del barrio La Madera, que se encontraban en una situación equiparable a la familia Esquivel.

El 23/07/2008, las partes presentaron ante el juzgado los lineamientos de un principio de acuerdo para arribar a dicha solución alternativa mientras continuaron con las tratativas, durante aproximadamente un año, con la participación de varias instituciones en reuniones convocadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires. Se llegó incluso a la firma de un preacuerdo con la intervención de la Universidad de San Martín, para hacer un relevamiento niños y niñas en situación de desnutrición y cubrir sus necesidades alimentarias, con la entrega de entre \$350 y \$400 ARS mensuales por niño/a (lo que equivale aproximadamente a 6,00 USD). Entre tanto, la medida cautelar en el caso "Esquivel" se cumplía en las condiciones definidas en la causa. El día 25/09/2009, se produjo un cambio abrupto en ese contexto de diálogo, cuando en una de las reuniones que periódicamente las partes sostenían para alcanzar una la solución colectiva, la representante del Ministerio de Desarrollo provincial expresó allí que con el cambio de gestión en el Ministerio (había sido recientemente reemplazado el Ministro a cargo de esa cartera), no seguirían adelante con el preacuerdo ni con las gestiones.

5. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS FALLOS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

5.1 La medida cautelar dictada por la CS

El 7/03/2006, la CS hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando a dos de las demandadas (Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de Quilmes): i) proveer los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas; y ii) realizar los controles sobre la evolución de su salud. Todo ello, en el plazo de cinco días. Como fundamento, la CS remitió a lo expresado en la causa "Karina Rodríguez", por guardar "sustancial analogía" con los hechos del caso "Esquivel".

Ahora bien, en "Karina Rodríguez" no se advierte una justificación pormenorizada de las razones por las que se concedió la medida cautelar. La CS simplemente expresa que: *"toda vez que en este caso media suficiente verosimilitud en el derecho y en particular peligro en la demora de conformidad con lo establecido en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada..."* ("Rodríguez, Karina Verónica s/ Estado Nacional s/ amparo", 2006, cons. 4). Se trata de una motivación extremadamente acotada, de la que únicamente puede destacarse el énfasis que supone la expresión "en particular", que precede a la alusión al peligro en la demora. Dicho énfasis no es común cuando se analizan los recaudos de las medidas cautelares, lo que permite afirmar que la CS ponderó al decidir la especial urgencia del caso, aunque no lo haya exteriorizado formalmente.

Un dato adicional puede extraerse del análisis de los elementos de juicio tenidos en cuenta por la Corte para pronunciarse sobre competencia originaria. Allí, el máximo tribunal verificó que no se había demostrado que el Estado Nacional hubiera incumplido con las obligaciones establecidas en la ley 25.724 (Programa Nacional de Nutrición y Alimentación), lo que le sirvió de fundamento para declararse incompetente. Sin embargo, lo que no se advierte en la decisión es una valoración –aunque sea *prima facie*– de la verosimilitud de la pretensión contra los restantes demandados.

Es de destacar que tanto "Esquivel" como "Karina Rodríguez" implicaron un apartamiento, por parte de la CS, de su criterio anterior sentado en "Ramos, Marta y otros", si bien ello no fue explicitado en la decisión. La actora en "Ramos" había demandado al Estado municipal y provincial el suministro de una cuota alimentaria que les permitiera satisfacer –a

ella y sus hijos e hijas— sus necesidades básicas y vivir dignamente. En dicha oportunidad, la mayoría del tribunal (compuesta por Eduardo Moliné O'Connor, Augusto C. Belluscio y Guillermo López), había interpretado que estaba fuera su competencia “valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (...) [y] asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles” (Ramos, Marta R. y otros v. Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo, 2002). En cambio, era “en el ámbito de la administración de los planes asistenciales” y “por las vías del sistema de la seguridad social” que la demandante debía canalizar sus pedidos (Ídem). Los jueces Fayt y Boggiano, disintieron respecto de la “posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos (...), en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados” (Ídem). Si bien la CS no lo explicita, se podría suponer que, en “Esquivel”, la decisión de hacer lugar a la medida cautelar y disponer la provisión directa de alimentos se basa en un entendimiento distinto del rol del poder judicial en esta materia. Las razones de este cambio de criterio pueden obedecer a una multiplicidad de factores, cuya indagación y explicación excede el objetivo de este trabajo. Una hipótesis puede enfocarse en la modificación de la integración de la CS, que varió sustancialmente entre el año 2002 (caso “Ramos”) y 2006 (fecha de la medida cautelar acogida en el caso “Esquivel”). Ninguno de los jueces que formaron la mayoría en el primero (Moliné O'Connor, Belluscio y López; Petracchi y Bossert por su voto), eran parte de la Corte al resolver “Esquivel”. La plausibilidad de esta hipótesis explicativa del cambio de criterio de la CS se fortalece por el hecho de que el valor del precedente horizontal en Argentina es moderado. Pese a que la CS ha exteriorizado en más de una oportunidad la importancia de seguir sus precedentes como condición para promover la seguridad jurídica, en la práctica, ha encontrado en el cambio de su composición oportunidad propicia para reexaminar el acierto de las decisiones adoptadas en el pasado. Sin embargo, no es posible adoptar una conclusión definitiva sobre el punto, ya que la modificación del criterio no fue explícita, sino que se extrae de la diferente aproximación conceptual que se advierte en ambas decisiones acerca del rol del poder judicial en este tipo de casos.

5.2 La sentencia definitiva de primera instancia y Cámara

La decisión de grado parte de considerar que el derecho a la alimentación no se encuentra reconocido en forma expresa en la Constitución Nacional (C.N), sino que surge implícito (artículo 33 de la C.N) y en las declaraciones y tratados internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75 inc. 22), entre los cuales identifica a la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI) y al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC, artículo 11). Asimismo, afirmó que el derecho a la alimentación se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la vida y a la salud, y aclaró que se trata de un “derecho de segunda generación”, en tanto no requiere sólo de una abstención, sino de un deber de dar y hacer por parte del Estado (Esquivel, Roberto y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/ Amparo Ley 16986, 2017).

Se refirió extensamente a la Observación General Número 12 del Comité PIDESC, con apoyo en la doctrina de la CS en el caso “Q. C. S.” (Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 2012), conforme la cual dicho Comité, es el intérprete autorizado del pacto homónimo ya que el instrumento debe ser interpretado de acuerdo con sus “condiciones de vigencia” (artículo 75 inc. 22, CN). De aquella Observación destacó los conceptos de adecuación, sostenibilidad y accesibilidad económica y física, así como el alcance de las obligaciones del Estado con relación al derecho a la alimentación. Sobre este punto, resaltó que, de acuerdo al Comité, cuando un individuo sea incapaz de disfrutar el derecho a una

alimentación adecuada por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de hacer efectivo ese derecho directamente. Refirió además a la expresión utilizada en el Pacto, relativa a la obligación de los Estados de demostrar que se encuentran imposibilitados de garantizar el derecho, incluso habiendo recurrido a la cooperación internacional.

Además, la sentencia hizo referencia a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 12, párrafo 2), a la Convención sobre los Derechos del Niño y el Adolescente (artículo 24 y 27), y a las Directrices de la FAO (Organización Mundial para la Alimentación Agricultura), en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (Directriz 16).

El juez entendió que en el caso, “la respuesta brindada por la demandada a la situación de los actores no resultó adecuada para garantizar, al menos mínimamente, los derechos de la parte actora a la alimentación y a la salud cuya tutela se demanda” (Esquivel, 2017, cons. VI, 2.). Ello, en tanto no se había controvertido que los hijos de la familia Esquivel sufrieran de distintos grados de desnutrición, que el grupo se encontraba atravesado por situación de vulnerabilidad y de riesgo social y económico, así como que las medidas adoptadas por el Estado eran insuficientes.

En sustento de esta conclusión, el juez de primera instancia refirió al criterio de la CS en “Q. C. S.” sobre la “operatividad derivada” como una característica de los derechos fundamentales que encarnan obligaciones de hacer. En palabras de la CS, citadas en el fallo, este grado de operatividad derivada significa que la implementación de esos derechos requiere de una ley o de una decisión del Poder Ejecutivo “porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos y los recursos necesarios”. En este esquema, al Poder Judicial incumbiría el análisis de razonabilidad posterior, para garantizar que se atiendan “las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”. Sobre este punto, la Cámara de Apelaciones, agregó que los derechos no pueden quedar en “mera retórica”, de modo que “la falta o insuficiente respuesta normativa o de programas correspondientes que lleven a la vulneración o insatisfacción de estos derechos, configura causa adecuada para la intervención de la Justicia (...) máxime cuando no se está requiriendo medidas de alcance general” (“Esquivel, Roberto y Otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/ Amparo Ley 16.986”, 2018).

El juez de primera instancia, consideró que el caso requiere de una “intervención estatal global y especializada” e “integral” que atienda la situación de los afectados de forma que éstos puedan llegar a ejercer alguna actividad rentable (Esquivel, 2017, cons. VI, 4). A partir de ello, consideró que el Estado debe “articular la intervención de los distintos programas públicos (...) para que el grupo supere su especial grado de vulnerabilidad y alcance un nivel que le permita su subsistencia más allá del marco asistencial y de la actual situación precaria”. En ese sentido, agregó que “corresponde garantizar no sólo el acceso a la alimentación adecuada, sino también garantizar el acceso a los medios para obtenerla, a través de la orientación y/o capacitación laboral de los progenitores, que debe tender a cesar. La intervención estatal debe procurar alcanzar una solución que permita superar la emergencia” (Esquivel, 2017, cons. VI, 5). No se trata, recuerda la sentencia con cita de Q. C. S., de dar por cumplido el deber que se incumple en razón del costo o precio que se paga por ello, sino de la idoneidad de la erogación estatal, y de la adecuación del costo a las necesidades del caso.

Por eso, al resolver, ordenó otorgar a los amparistas beneficios sociales y asistencia social en forma integral y continua, extendiendo la condena más allá de los 18 años; brindar orientación y/o capacitación laboral de los progenitores y afectados que alcancen la mayoría de edad; realizar controles de salud, y proveer alimentos suficientes. Mantuvo la medida cautelar fijada que ordena el depósito de dinero.

5.3 Análisis de las decisiones a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos

Analizaremos aquí tres aspectos de las decisiones relevantes a la luz de los estándares internacionales pertinentes: a) el contenido esencial del derecho a la alimentación; b) la interdependencia de los derechos; c) la exigibilidad judicial del derecho.

El contenido del derecho a la alimentación

El derecho a la alimentación que la justicia reconoce en la sentencia de primera instancia y ante el cuadro de desnutrición se vincula, prioritariamente, con la provisión de alimentos necesarios para satisfacer una “dieta normal y adecuada”, de acuerdo a lo determinación hecha por especialistas de una institución pública reconocida, “hasta que se acredite debidamente en la causa la superación del estado de riesgo nutricional en que se encuentran” (Esquivel 2017, punto resolutorio 2).

De acuerdo Comité DESC, el contenido normativo del “derecho a la alimentación adecuada” (artículo 11 inc. 1 y 2 PIDESC), implica que “todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, [tenga] acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla” (Comité de Naciones Unidas del Pacto de Derechos Económicos, Observación General Número 12 sobre el derecho a la alimentación, E/C.12/1999/5, 1999, p. 6). Por lo tanto, no debe interpretarse de manera restrictiva como un conjunto de calorías, proteínas, y otros elementos nutritivos concretos dado que para que la alimentación sea adecuada deben ponderarse también las “condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas”, entre otras, en cada caso.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha decidido, en el caso *Xákmok Kásek*, que la provisión de 0,29 kg por día de alimento era insuficiente para satisfacer las necesidades básicas de alimentación (Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 2010, p. 200). De forma similar al caso bajo análisis, en el caso *Comunidad Yakye Axe*, el citado tribunal supranacional recurrió a peritos para determinar la deficiencia alimentaria (Comunidad indígena *Yakye Axa Vs. Paraguay*, 2005). Por otro lado, en el caso *Comunidad Sawhoyamaya*, la Corte consideró que el accionar del Estado fue insuficiente e inadecuado para proteger el derecho a la vida (Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, (Fondo, Reparaciones y Costas), 2006, p. 170). Ello, en tanto si bien se adoptó un decreto para atender la situación de la comunidad, en más de seis años, el Estado entregó víveres a las víctimas en diez ocasiones. Finalmente, en el caso *Instituto de Reeducción del Menor*, la mala alimentación fue considerada como un elemento más para encontrar por probada la violación de los artículos 4 y 5 de la CADH (Caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2004, pp. 134.6, 166. 250, 301).

A nivel universal, el caso bajo análisis encuentra cierta analogía con el caso *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India & Others* del Tribunal Supremo de la India, que declaró que los planes alimentarios gubernamentales constituían prestaciones legales reclamables, conforme a un derecho constitucional a la alimentación y estableció en detalle los niveles de asignación mínimos de nutrientes para las personas pobres de la India (Rodríguez Garavito & Kauffman, 2014).

En este aspecto, la solución adoptada en el caso judicial bajo análisis se encontraría, en principio, en línea con la definición del Comité DESC. Ello, en tanto no considera suficiente la solución ofrecida por el Estado demandado, que se limita a la inscripción de los/as afectados/as en planes sociales que implican una transferencia dineraria y la entrega de tickets alimentarios y cajas con alimentos. Requiere, en cambio, una prestación en especie

de alimentos para cubrir una dieta elaborada teniendo en cuenta las condiciones socio-económicas en que se encuentran las personas afectadas.

Por otra parte, de acuerdo al Comité, el contenido básico del derecho comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficiente para satisfacer necesidades alimentarias, sin sustancias nocivas, aceptables para una cultura determinada, y la accesibilidad física y económica de los alimentos (Comité DESC, Observación General Número 12, pp. 8, 9, 12, 13).

Esta prestación en especie por parte del Estado admite en el caso, por razones de operatividad, la transferencia de sumas de dinero, cuya determinación surge a partir de una metodología que permita adquirir la dieta balanceada en el mercado. Dicha metodología debería tener, sin embargo, capacidad de readecuación periódica de modo tal de mantener la capacidad de compra, más aún en supuestos de procesos inflacionarios.

El grado de operatividad del derecho a la alimentación que consagra el caso Esquivel resulta relevante porque supera a nivel nacional la doctrina anterior de la CS según la cual no reconocía este derecho dado que ordenarle al Estado pagar una cuota para satisfacer necesidades básicas importaría “transferirle una obligación que surge las relaciones de parentesco” (Ramos, Marta R. y otros v. Provincia de Buenos Aires y otros s/amparo, 2002).

También supone dejar atrás el criterio según el cual corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo canalizar esta clase de reclamos por ser quien administra los planes asistenciales de modo que introduce un cambio paradigmático en el abordaje judicial de la problemática de la pobreza, así como en los alcances del rol del Estado a su respecto. Nótese que la orden judicial no se limita a ordenar la inscripción del afectado/a como “beneficiario/a” de un plan social como se había hecho con anterioridad (Cerrudo, 2003) sino que avanza en la orden de otorgar el contenido prestacional del derecho (prioritariamente haciendo una entrega en especies o sustituirla por dinero suficiente para acceder una dieta balanceada). Esta doctrina se ratifica en “Defensor del Pueblo c/ Chaco”, cuando la CS ordenó “el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas” (Defensor del Pueblo de la Nación c/ Chaco, 2007).

La interdependencia de los derechos humanos

La sentencia de primera instancia, señala la “estrecha vinculación” que el derecho a la alimentación tiene con el derecho a la vida y a la salud. Respecto del derecho a la salud, lo define como “una derivación del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal” y concluye que “para vivir con dignidad, la calidad de vida se debe integrar con la salud” (Esquivel, 2017, cons. II, 2).

Por otra parte, se detiene en el vínculo existente entre el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda digna cuando analiza la situación habitacional de la familia y, sobre la base de un informe socio ambiental, indica que el “grupo familiar se encuentra atravesado por situación de vulnerabilidad y riesgo social y económico” (Ídem, cons. III, a).

La interdependencia entre derechos anotada es, por un lado, acorde con los fallos citados de la Corte IDH, para quien el análisis derecho a la alimentación se vincula con la violación del derecho a la vida o a la integridad física, y por el otro, un avance respecto de los casos decididos por la Corte IDH, que aún no ha delineado claros estándares sobre los alcances del derecho a la alimentación bajo lo establecido en el artículo 26 o el Protocolo de San Salvador.

La interdependencia de los DESC se manifiesta en el caso, claramente, cuando la condena obliga al Estado a brindar una solución “global y especializada” que incluye, además de la provisión de alimentos, la realización de controles de salud, la necesidad de capacitación laboral de los progenitores para que puedan salir de la situación de emergencia (Esquivel 2017, cons. IV).

No obstante, corresponde formular dos observaciones respecto de los alcances de la interdependencia de los derechos que subyace en el caso. En primer lugar, no es consistente con los estándares internacionales la caracterización del derecho a la alimentación como un “derecho de segunda generación” y al derecho a la salud como un producto del constitucionalismo social y, por lo tanto, vinculado al rol del Estado de “contribuir activamente al resguardo de la salud pública”. Dicha concepción debilita la interdependencia e indivisibilidad de los DESC que la misma decisión, en otros capítulos, respalda. En efecto, la relación inescindible entre los derechos civiles y políticos y los DESC, reconocida en el Preámbulo mismo del PIDESC, no es compatible con la clasificación de esta clase de derechos en generaciones, jerarquías o categorías según las cuales unos derechos “tienen más dientes” que otros. Más aun en contextos de pobreza, la cual ha sido definida por la Comisión IDH como “una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 90). En segundo lugar, la interdependencia reconocida en el caso es limitada, ya que se enfoca en algunos aspectos de la salud (imponiendo controles relacionados con los problemas derivados de la nutrición inadecuada) y de la educación (capacitación laboral), pero no se tienen en cuenta problemas especialmente relevantes en barrios del nivel de vulnerabilidad como el riesgoso entorno ambiental con el que convive la familia, la falta de acceso a la educación en un sentido más amplio que la capacitación laboral (incluyendo no sólo la formación escolar sino la educación sexual), la verificación de problemas de salud más amplios derivados de la desnutrición (como los problemas mentales y cognitivos), etc.

Exigibilidad judicial del derecho a la alimentación

El modo en que los Estados decidan implementar sus obligaciones es irrelevante, siempre y cuando existan recursos para demandar su cumplimiento en caso de que las obligaciones sean incumplidas. En su Observación General Número 3, sobre la índole de las obligaciones de los estados, el Comité DESC, ha establecido que, si bien las obligaciones del Pacto deben ser cumplidas “progresivamente”, los Estados tienen la obligación mínima de garantizar los contenidos esenciales de los derechos (Comité de Naciones Unidas del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990, p. 10). Además, ha dicho que “toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional” (Comité de Naciones Unidas del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990, p. 32). Respecto al rol del Poder Judicial, el Comité ha agregado que “[l]os tribunales estarán entonces en condiciones de juzgar las violaciones del contenido básico del derecho a la alimentación refiriéndose de modo directo a las obligaciones en virtud del Pacto” (Comité de Naciones Unidas del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990, p. 33).

En este sentido, la justificación que tanto el juez de primera instancia como la Cámara de Apelaciones han hecho de su capacidad de intervención resulta acorde, en líneas generales, a los estándares del Comité. Únicamente podría observarse que en un pasaje de la sentencia de primera instancia, que cita a la CS en *Defensor del Pueblo c/ Chaco*, se indica que la garantía judicial se activa cuando existe “una amenaza grave para la existencia misma de la persona” o “cuando está en juego el derecho a la vida y existencia de las personas”. Esto pareciera elevar el umbral de validez de actuación del poder judicial, condicionando la tutela jurisdiccional del derecho a la alimentación a la verificación de hipótesis de afectación o amenaza grave a derechos fundamentales como la vida o la integridad física. Hubiera sido más adecuado razonar al respecto definiendo estándares apropiados para determinar contenidos mínimos del derecho en juego. La referida interdependencia de los derechos fundamentales, no debiera condicionar la protección de un derecho a la verificación de la vulneración de otro.

En esta línea, la Corte IDH se ha pronunciado acerca de la justiciabilidad directa de los DESCAs (Caso Lagos del Campo Vs. Perú, 2017), analizando directamente la violación de derechos sociales sin vincular necesariamente dicha lesión con una afectación al derecho a la vida, la integridad física, o la propiedad.

6. ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS FALLOS

6.1 La implementación de los fallos en el caso

Es sabido que uno de los desafíos fundamentales de la tutela efectiva de los DESCAs, es la instauración de herramientas adecuadas para asegurar que una vez agotado el debate acerca de su existencia y alcances en el caso concreto, las decisiones sean eficaces para modificar la realidad. La eficacia del sistema de justicia, condición sine qua non del debido proceso (art. 18, CN; 8, CADH y CCS), depende no sólo de la existencia de vías de remoción de los obstáculos materiales al acceso al sistema de justicia, del desarrollo de un debate adecuado para esta clase derechos y de obtención de decisiones fundadas a su respecto, sino de mecanismos que una vez concluida la controversia, aseguren el cumplimiento efectivo de los mandatos prestacionales a cargo del condenado (en el caso –y, en general– el Estado en sus diversas manifestaciones). Como ha dicho la Corte IDH sobre el artículo 25 de la CADH, “...la falta de ejecución de las sentencias tiene “vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos”, por ello, “el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse para contabilizar el término de duración de un proceso, con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo razonable de un proceso (...)” (Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2012, p. 149).

En el caso, la implementación de la medida cautelar y de la sentencia definitiva ha encontrado obstáculos significativos que pueden ser agrupados en cinco tipos de inconvenientes, íntimamente conectados entre sí:

Incumplimientos reiterados por parte del Estado. Falta de utilización de instrumentos de compulsión existentes para instar a la observancia de los mandatos judiciales

Las distintas jurisdicciones estatales que debían (y deben), cumplir solidariamente con dichos mandatos incurrieron en notables demoras en el pago de las prestaciones alimentarias a las que se recondujo la orden judicial.

El incumplimiento liso y llano de sus decisiones es la modalidad más básica de ineffectividad judicial. Una de sus razones más elementales es la falta de autoridad del sistema de justicia, cuyas decisiones, por más que se refieran a casos de elevada sensibilidad y urgencia no son percibidas como rigurosamente operativas por parte de las autoridades gubernamentales, que intentan consistentemente justificar su inactividad en las dificultades logísticas de su organización burocrática. Los jueces, en paralelo, suelen abstenerse de imponer objetivos claros con deberes de información sistematizada y actual a los obligados para ulteriormente imponer sanciones rigurosas por el incumplimiento de esos mandatos. Existe una deferencia notable hacia las autoridades gubernamentales que les permite sostener en el tiempo una defensa que se limita a reconocer la propia ineficiencia de su estructura de gestión. Muchas veces esa defensa (problemas infraestructurales o de gestión para cumplir con la manda judicial), no necesita ni siquiera ser exteriorizada en juicio. La parte actora acumula denuncias de incumplimiento que nunca producen sanciones efectivas contra los funcionarios responsables ni contra el Estado mismo.

En el caso, pese a la reiteración de los planteos de inobservancia de la medida cautelar, el Juez no ha hecho efectivo el apercibimiento que acompaña a toda orden judicial de girar

las actuaciones a la justicia penal para investigar la comisión del delito de desobediencia (artículo 239, Código Penal). Tampoco se han aplicado las sanciones patrimoniales conminatorias (astreintes), previstas en el ordenamiento procesal (artículo 37, CPCN) y sustancial (artículo 804 del Código Civil y Comercial) para los casos de incumplimiento de las decisiones judiciales.

En definitiva, no se ha acudido a los resortes que la ley establece para forzar la observancia de las decisiones judiciales, lo que agrava, las ya serias consecuencias de la desobediencia de las reparticiones estatales y legitima implícitamente la apelación banal a la propia ineficiencia de la organización administrativa como justificativo para dicho obrar. La consecuencia de este círculo de tolerancia al incumplimiento impacta no sólo en la efectividad de las decisiones judiciales dictadas en el caso concreto, sino que produce un estímulo indebido y general hacia el futuro, con el consecuente desprestigio y pérdida de autoridad y seriedad en el servicio de justicia.

Demoras significativas en la readecuación de los montos

En un país, que sufrió durante la mayoría del tiempo que insumiera el juicio, un marcado proceso inflacionario –más del 2280% entre junio de 2005 y abril de 2019– (Cavallo, Febrero 2012; Bertolotto & Cavallo, 2016), la actualización ágil de las sumas dispuestas para adquirir una dieta nutricionalmente balanceada para cada uno de los menores resultaba esencial para mantener la efectividad de la orden judicial.

Sin embargo, se registran en el proceso reiteradas demoras para pronunciarse sobre la actualización periódica de dichas sumas, pese a los reiterados pedidos que en tal sentido formulara la parte actora. Ello impactó notablemente sobre la capacidad adquisitiva de las sumas, problema que tiene efectos irreparables en especie: los alimentos no consumidos no pueden emplearse “retroactivamente” para revertir los efectos de la ausencia de una nutrición adecuada en tiempo oportuno. Por otro lado, el mismo sistema de justicia se negó a reparar económicamente el perjuicio ocasionado cuando le fuera solicitada la entrega de los fondos no depositados, incentivándose nuevamente el incumplimiento al no disponerse sanción alguna, no ya en especie ni conminatoria (astreintes), sino siquiera la reparación económica del perjuicio directo (entrega de las sumas adeudadas).

Insuficiencia del seguimiento sobre el estado de salud física. Ausencia de evaluación tempestiva y continua del estado de salud psíquica y capacidad cognitiva

En este punto, no se aprecia en el caso un seguimiento periódico efectivo del estado de salud integral de los hijos del matrimonio Molina-Esquivel, como se dispuso cautelar y definitivamente. Ello así, porque en las dos ocasiones en las que se llevó adelante un monitoreo del estado de salud, se lo hizo casi exclusivamente sobre la salud “física” vinculada con la alimentación (medición en percentiles del estado de crecimiento y desarrollo de los menores), sin atenderse ni medirse otros problemas de salud física propias de su entorno ambiental, ni el impacto que la desnutrición tuvo sobre su salud psíquica y capacidades cognitivas.

Falta de cooperación del Estado y deficiencias en la coordinación de competencias

Los obstáculos referidos previamente responden, entre otras razones, a un problema más general del sistema de justicia argentino (*lato sensu*), como es la ausencia de reglas explícitas que impongan a las partes de un proceso cooperar en la consecución de sus fines, sea durante el debate, o sea con posterioridad a él, en el cumplimiento e implementación de los mandatos judiciales. El principio de colaboración, que encuentra múltiples manifestaciones y variantes en el derecho comparado, tiene un reconocimiento limitado en el sistema procesal de este país, por considerárselo circunstancialmente como una derivación

del principio de buena fe, pero sin introducirse reglas claras y efectivas que permitan darle rendimiento, especialmente en la fase de cumplimiento de las sentencias.

En el caso "Esquivel", el Estado: a) no ofreció colaboración alguna para cumplir en especie el mandato destinado a brindar los alimentos necesarios para la dieta balanceada (de hecho, como se explicó, debió imponerse el pago de prestaciones dinerarias sustitutivas frente a dicha ausencia de cooperación logística fundamental); b) dilató en reiteradas oportunidades el pago de las sumas adeudadas, negándose posteriormente a abonarlas cuando el período respectivo se había vencido (v. *supra*, apartado II.2); c) se negó a trasladar a los niños y niñas desde su domicilio al Hospital en el que debían hacerse el control de salud dispuesto judicialmente (o, lo que es peor, en una ocasión aceptó trasladarlos para luego incumplir su compromiso –v. *supra*, apartado II.2.1–); d) se negó a aceptar un sistema de readecuación automático que permita ajustar los montos a abonar periódicamente en un escenario de inflación acelerada, pese a que la parte actora propuso distintas alternativas para ello, que no fueron receptadas; e) tuvo una actitud inconsistente respecto de la posibilidad de arribar a una solución colectiva al problema de desnutrición en el barrio La Matera, pasando de una postura inicial favorable a dicha salida, a la posterior desarticulación de las mesas de diálogo que se venían desarrollando por el solo hecho de haber "cambiado el Ministro" de Desarrollo Social (v. *supra* apartado II.2.1), etc.

Ausencia de infraestructura adecuada en los tribunales para monitorear el cumplimiento de las decisiones judiciales

El sistema de justicia argentino carece de una infraestructura adecuada para supervisar el cumplimiento de decisiones judiciales de tracto sucesivo. No existe un área de asesoramiento del Poder Judicial para asegurar un control de gestión efectivo sobre decisiones que procuran un objetivo o una serie de objetivos determinados (en este caso, que las personas que componen un núcleo familiar salgan del cuadro de desnutrición que exhiben) e indican los medios apropiados para hacerlo (en el caso, el acceso a una dieta balanceada mediante la entrega de los alimentos apropiados o la suma necesaria para adquirirlos). El sistema de justicia no cuenta con funcionarios especializados (vg., *special masters*), dedicados al control de implementación de decisiones de estas características. Ni los funcionarios que integran la planta estable de los Juzgados (por ejemplo, secretarios, auxiliares letrados, etc.) ni el sistema de peritos (basado predominantemente en la confección de una lista de profesionales liberales que son designados en cada caso para elaborar un dictamen sobre hechos que requieren de su conocimiento técnico), sirven a este propósito, ya que no aseguran un control efectivo de gestión y de procesos, una medición periódica de los resultados, la eventual asistencia en la readecuación de los objetivos establecidos en la sentencia o de los instrumentos necesarios para lograrlos, etc.

Tampoco se aprecia una *relación institucional* fructífera entre Poder Judicial y las distintas agencias gubernamentales, que permita a los jueces conocer y supervisar de mejor manera el trabajo de las distintas reparticiones del Estado, no sólo a la hora de juzgar la compatibilidad de las prácticas de la administración con los estándares legales, constitucionales y convencionales de protección de los DESCA sino al momento de controlar el cumplimiento efectivo de sus decisiones.

7. IMPACTO DEL CASO EN LA REDEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Si bien el caso "Esquivel", constituye un precedente fundamental para el reconocimiento de la plena operatividad de los DESCA (en particular, del derecho a la alimentación),

en un país que arrastra décadas de expansión de los indicadores de pobreza e indigencia, no ha logrado repercutir en la modificación de las prácticas asistencialistas con las que se concibe el rol del Estado en esta materia.

La estructura de “planes sociales” basados en la entrega periódica de sumas de dinero se mantiene como instrumento fundamental de política social para la atención de esta sensible problemática, pese a padecer graves inconvenientes como:

- i. La desatención de la calidad nutricional de la dieta que se puede adquirir con esos fondos
- ii. La omisión de mecanismos de seguimiento efectivo y permanente de la salud de las personas o familias a las que dichos planes o subsidios son acordados
- iii. La ausencia de una concepción interdependiente de los DESCAs, que descuida la necesaria interacción de este derecho (alimentación), con las condiciones ambientales, habitacionales y educativas que impiden acceder a umbrales mínimos de dignidad.
- vi. La falta de transparencia, déficits de control y riesgos de cooptación política (lato sensu), que produce la organización burocrática destinada a su otorgamiento en las distintas jurisdicciones del país.
- v. La insuficiente coordinación de competencias entre las distintas áreas gubernamentales con impacto en la promoción y protección de DESCAs.

La diferencia entre las posibilidades nutricionales de un plan social y los contenidos de una dieta balanceada como la acreditada en el caso son ostensibles y han sido señaladas al hacer referencia a los antecedentes del caso analizado. Sin embargo, la respuesta Estatal en general no ha variado en este punto.

Es cierto que distintas gestiones pueden promover prácticas más o menos eficientes o transparentes en el pago de las prestaciones dinerarias. También lo es que los cambios gubernamentales pueden conllevar un mayor o menor condicionamiento al acceso a los planes por motivos de alineamiento político, respaldo a organizaciones afines, etc. Es igualmente innegable que el sistema de planes sociales puede ser mejor o peor complementado en diversos períodos históricos, dependiendo de la efectividad de otras políticas gubernamentales que varían según la eficacia que exhiba la gestión en políticas de vivienda, de infraestructura social, educativas, de protección del ambiente, etc. Todo ello sólo permite afirmar que puede haber gobiernos más efectivos y eficientes que otros en el compromiso por el respeto de los derechos humanos.

Sin embargo, lo que no se ha visto modificado por la causa “Esquivel”, es la modalidad de respuesta del Estado frente al problema de la falta de acceso a la alimentación. Sigue siendo el plan social, basado en la entrega de prestaciones dinerarias por hijo o miembro del grupo familiar, sin visión interdependiente sobre los DESCAs vulnerados ni coordinación adecuada entre las reparticiones competentes ni contralor entre la suficiencia de dichas sumas para alcanzar una dieta balanceada nutricionalmente, la solución predominantemente utilizada por las distintas áreas de la administración.

8. CONCLUSIONES

Lo hasta aquí expresado permite extraer las siguientes conclusiones:

- i) El caso “Esquivel” constituye un precedente fundamental para el análisis de los alcances del derecho a la alimentación, por haberse en él reconocido no sólo su plena operatividad, sino la posibilidad de acudir directamente a la justicia para obtener

del Estado prestaciones efectivas tendientes a prevenir y remediar situaciones de desnutrición, especialmente en poblaciones vulnerables, como los niños y niñas, jóvenes y adolescentes en situación de pobreza o marginación.

- ii) Frente a la violación del derecho a la alimentación corresponde un abordaje interdependiente con otros DESCAs, lo cual implica brindar, por parte del Poder Judicial, una respuesta integral que abarque, al menos, cuestiones vinculadas con el derecho a la salud, educación, trabajo, vivienda digna, y cuestiones ambientales del entorno.
- iii) El derecho a la alimentación prioritariamente se satisface a través de la entrega de los alimentos que componen una dieta balanceada, determinada por personal médico idóneo que tenga en consideración las particularidades de cada caso y sustitivamente a través de la entrega de sumas de dinero suficientes para adquirir dichos alimentos. En este último supuesto resulta aconsejable establecer mecanismos ágiles y adecuados para mantener el poder adquisitivo de la cuota abonada, especialmente en países signados por la inflación.
- iv) El derecho a la alimentación así reconocido no queda satisfecho mediante el otorgamiento de planes sociales ni con la entrega de alimentos sin una planificación adecuada de las necesidades nutricionales de los sujetos de derecho. La determinación de las prestaciones necesarias para dotar a las personas carentes de recursos de una dieta balanceada, requiere la intervención de profesionales de la medicina especialistas en nutrición.
- v) El seguimiento sobre la salud, educación, capacitación de los involucrados e involucradas, debe ser periódico, personal y profesional.
- vi) La cobertura alimentaria debe ser acompañada de capacitación para el consumo de alimentos de uso no frecuente en los sectores sociales involucrados, aplicando estándares de alimentación saludable.
- vii) El derecho a la alimentación no debe ser limitado por razones de edad. Si bien la desnutrición infantil constituye una lesión extrema de DESCAs, que debe concentrar la atención prioritaria y urgente del Estado en todas sus dimensiones, la cobertura de las necesidades alimentarias y de las prestaciones asociadas a su insatisfacción, especialmente en familias carentes de recursos, no debe acotarse a situaciones de minoridad.
- viii) Las reglas procesales, en supuestos en los cuales se ventilan pretensiones sobre derecho a la alimentación debe ser adaptadas en procura de la maximización del derecho involucrado. La tutela efectiva de esta clase de derechos supone dejar de lado toda clase de prácticas burocráticas propias de procesos escriturarios carentes de intermediación y de instrumentos básicos de gestión del caso. Esta combinación de factores, padecida generalizadamente en múltiples jurisdicciones de la República Argentina con resultados alarmantes en términos de duración razonable de los procesos (artículo 8.1, Convención Americana de Derechos Humanos), agrava su impacto nocivo en la órbita de la protección de DESCAs.
- ix) Las medidas cautelares constituyen un paliativo fundamental para atender en tiempo oportuno las situaciones de urgencia que padecen los sectores más postergados de la sociedad, especialmente cuando el funcionamiento muestra una demora significativa en la resolución definitiva de los asuntos llevados a sus estrados. Sin perjuicio de ello, la amplitud de las medidas cautelares debe ser acompañada de instrumentos adecuados para asegurar el cumplimiento efectivo de esta clase de providencias, entre los cuales se destacan el necesario respeto de las decisiones judiciales por parte de las restantes ramas de gobierno, la utilización efectiva de las medidas conminatorias previstas en el ordenamiento para compeler a los obligados a observar este tipo de decisiones, la dotación de capital humano e infraestructura apropiados para supervisar el cumplimiento de los mandatos judiciales, etc.

- x) Sin perjuicio de la necesidad de una revisión integral del funcionamiento de la justicia civil en Argentina, los órganos judiciales deben adaptar urgentemente sus prácticas de gestión para brindar un tratamiento diferenciado a las controversias en las que se ventilan esta clase de derechos, cumpliendo a cabalidad los principios de eficacia y celeridad que impone la Constitución de la Nación (artículo 43 –acción de amparo– y los tratados internacionales (vg., arts. 8 y 25, CADH), para dotar a la ciudadanía de recursos rápidos y sencillos para la tutela de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Informes de organismos internacionales

- COMITÉ de Naciones Unidas del Pacto de Derechos Económicos, S. y. (1999). Observación General No. 12 sobre el derecho a la alimentación, E/C.12/1999/5.
- COMITÉ de Naciones Unidas del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (13 de 12 de 1990). Observación General No. 3 La índole de las obligaciones de los Estados Parte (Art. 2, para. 1 de la Convención). E/1991/23.
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164.

Publicaciones académicas

- BERTOLOTTI, M., & Cavallo, A. (2016). Obtenido de <https://pdfs.semanticscholar.org/6840/731389f9e40e4468c452964cc2b70e4199a8.pdf>.
- CAVALLO, A. (Febrero 2012). Online and official price indexes: Measuring Argentina's inflation. Obtenido de SSRN: doi:10.2139/ssrn.1906704
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C., & Kauffman, C. (2014). Estudios de caso de mecanismos de implementación exitosos. En Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales - Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas (págs. 32-36). DeJusticia .

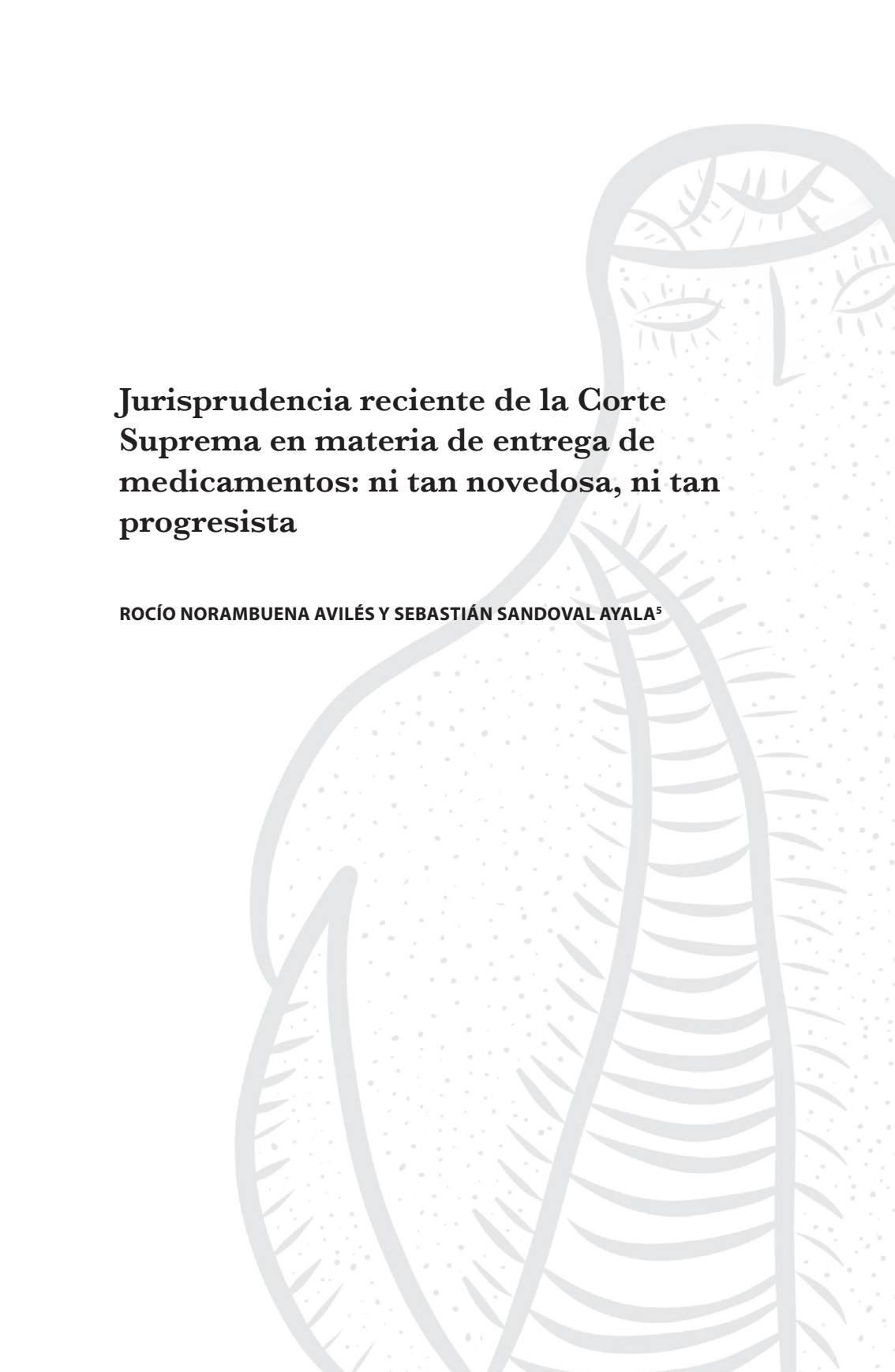
Sentencias judiciales de tribunales internacionales o extranjeros

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (17 de 06 de 2005). Comunidad indígena yakey axa vs. paraguay, Serie C 125.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (17 de 06 de 2005). Caso comunidad indígena sawhoyamaya vs. paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas). C
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (24 de 08 de 2010). Caso comunidad indígena xákmok kásek vs. paraguay, serie c 214.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (31 de 08 de 2012). Caso Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 246.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2 de 09 de 2004). CASO INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR VS. PARAGUAY (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C 112.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (31 de 08 de 2017). CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ, Serie C 340.

Sentencias judiciales de tribunales nacionales

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (18 de 09 de 2007). DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN C/ CHACO.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (07 de 03 de 2006). RODRÍGUEZ, KARINA VERÓNICA S/ ESTADO NACIONAL S/ AMPARO, R.1148.XLI
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (24 de 04 de 2012). Q. C., S. Y. C/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES s/ amparo, Fallos 335:452
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (12 de 3 de 2002). RAMOS, MARTA R. Y OTROS V. PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTROS s/amparo.
- CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. (7 de 03 de 2006). RODRÍGUEZ, Karina Verónica s/ Estado Nacional s/ amparo, R. 1148.XLI.
- JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO (N° 3 03 de 11 de XX 2003). Expediente 6985/0, CERRUDO
- JUZGADO EN LO CIV., COM., Y CONT. ADM. FEDERAL DE LA PLATA. (No. 2, 28 de 06 de 2017). ESQUIVEL, Roberto y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/ Amparo Ley 16986, 22011831.



Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en materia de entrega de medicamentos: ni tan novedosa, ni tan progresista

ROCÍO NORAMBUENA AVILÉS Y SEBASTIÁN SANDOVAL AYALA⁵

RESUMEN

Durante el año 2018, la Corte Suprema afianzó un giro en su jurisprudencia sobre la entrega de prestaciones médicas de alto costo a pacientes en riesgo vital. La presente investigación busca ahondar en las razones de este cambio, intentando identificar si se trata de una efectiva protección al derecho a la salud o si, por el contrario, se mantiene la desprotección de los derechos económicos sociales y culturales en nuestro contexto jurídico.

Palabras claves: Derechos sociales • Derecho a la vida • Derecho a la Salud • Medicamentos de alto costo

ABSTRACT

During 2018, the Supreme Court of Chile changed its precedent regarding the issue of granting expensive medical benefits to vital-risk patients. This investigation seeks to elucidate the reasons behind this turn of precedent, in order to identify if it constitutes an effective protection of health's rights or if it still keeps Chile's Courts tendency of leaving economic, social and cultural rights unprotected.

Keywords: Social Rights • Right to life • Right to health • High cost medical treatment and medicines

Desde finales de 2017 y hasta la fecha, se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema una concepción del derecho a la vida, que obliga a la Administración del estado a proveer medicamentos de alto costo que no se encuentran contemplados en la legislación nacional⁶. Este hecho ha propiciado serias discusiones sobre el rol de los tribunales de justicia, así como del lugar que corresponde al manejo presupuestario y a las políticas públicas.

Si bien la nueva jurisprudencia no ha sido unánime, ciertamente se posiciona como mayoritaria. Ante una nueva jurisprudencia, corresponde plantearnos nuevas preguntas y reeditar algunas viejas cuestiones que constantemente vuelven a aparecer en el escenario constitucional: ¿Qué sucede con aquellos casos que no fueron acogidos?, ¿Qué razones existen para que la Corte rechace algunas solicitudes, aceptando mayoritariamente las otras?, ¿Es la reciente jurisprudencia realmente novedosa en nuestra tradición jurisdiccional?, y, quizás lo más importante de cara a la realización de este trabajo, ¿Es esta jurisprudencia reciente una demostración de que los derechos económicos, sociales y culturales encuentran protección efectiva por la vía judicial en nuestro sistema? El presente trabajo busca responder a estas interrogantes y para ello, se intentará congeniar el análisis jurisprudencial con la narración de un caso en que se denegó un medicamento de alto costo.

Se partirá haciendo una contextualización normativa que permita enmarcar el relato y se expondrán las principales barreras prejudiciales que enfrentan las personas para hacer justiciables sus derechos fundamentales. Formarán parte de este primer análisis las barreras de información, el actuar de los órganos administrativos, la baja cantidad de expertos puestos a disposición de las Corporaciones de Asistencia Judicial y las falencias en la coordinación entre actores públicos y privados.

En un segundo momento, nos referiremos a la situación de los derechos económicos, sociales y culturales una vez iniciada la fase judicial. Sostendremos que la acción de protección constituye un mecanismo inidóneo para cautelar estos derechos y expondremos conductas de los órganos judiciales que pueden tener como consecuencia la perpetuación a la vulneración del derecho aun en sede jurisdiccional.

Como tercer eje, se revisará la respuesta jurisdiccional. Se analizará la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en materia de entrega de medicamentos y se determinará qué derecho es realmente el cautelado. Asimismo, buscaremos comparar la jurisprudencia reciente con el caso en estudio, intentando descubrir las razones que motivaron una sentencia desfavorable.

Finalmente, nos referiremos a las consecuencias de la decisión adoptada, así como a las repercusiones de su cumplimiento, haciendo referencia a las críticas y aciertos que ha tenido la jurisprudencia de la Corte en la materia.

1. TRAYECTO INICIAL DE LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Nuestro contexto en materia de salud está normativamente regido por la Constitución, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, leyes y decretos específicos que regulan la materia. A nivel constitucional se consagra un sistema dual de acceso a la salud en que existen tanto prestadores públicos (FONASA), como privados (ISAPRES), resguardándo-

6 Para el presente trabajo se analizó un universo de 22 causas, las cuales han sido falladas desde mediados de 2017 hasta la fecha y se refieren a sentencias en que se ha decidido sobre el otorgamiento o denegación a la entrega de medicamentos no cubiertos por GES. De estas 22 causas es posible desprender una tendencia mayoritaria a otorgar los medicamentos a los pacientes; siendo excepcionales y minoritarios aquellos fallos en que se denegaba el tratamiento o medicación. Así, cuando en adelante se utilice la expresión "jurisprudencia mayoritaria" nos estaremos refiriendo a aquella que ha otorgado los tratamientos mientras que la "minoritaria" aquella en que la postura dominante fue la de denegación.

se el derecho del titular para elegir uno u otro. Adicionalmente la Constitución le mandata al Estado el rol de coordinación entre ambos actores.

A nivel internacional nuestro país ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1969), el cual consagra en su artículo 12° el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Luego, a nivel legal se cuenta con la existencia de dos leyes que consagran el derecho a recibir prestaciones específicas: la ley de Garantías Explícitas de Salud (GES) y la ley Ricarte Soto (20.850), la cual crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo.

La ley Ricarte Soto debe su funcionamiento a la existencia de un fondo (Fondo para Diagnóstico y Tratamientos de Alto Costo), que busca financiar los diagnósticos y tratamientos que se encuentren garantizados. Según el último informe trimestral de la Dirección de Presupuestos (DIPRES), a septiembre de 2018 el fondo ascendía a la suma de \$179.570 millones⁷. En cuanto a la incorporación de una patología, la propia ley señala el procedimiento y requisitos que deben cumplirse para ser incorporadas a la garantía. Como primer requisito el costo del tratamiento debe ser igual o superior al umbral señalado como costo catastrófico. Luego, el tratamiento debe haber obtenido una favorable evaluación científica y haber sido sugerido por la Comisión de Recomendación Priorizada de la Subsecretaría de Salud Pública. Finalmente, el tratamiento deberá incorporarse mediante un Decreto Supremo que cuente con la firma de los Ministros de Salud y de Hacienda.

En la incorporación de una patología a la Ley Ricarte Soto participan diversos expertos quienes evalúan el costo del medicamento, su eficacia médica, las dificultades de implementación en el sistema de salud y las diversas repercusiones del tratamiento. Esto, sumado a la existencia de recursos limitados, evidencia el complejo proceso de funcionamiento de la ley.

Si bien la normativa legal ha buscado desarrollar las exigencias constitucionales e internacionales, existen patologías y medicamentos, especialmente de alto costo, que no se encuentran cubiertos por estas garantías de salud. Tal es el caso del medicamento Enzalutamida, que da origen al caso analizado.

Durante el año 2017, el Señor Otárola era paciente oncológico del Hospital Clínico San Borja Arriarán, encontrándose afectado por un cáncer de próstata en etapa IV, patología incluida en aquellas reguladas por la Ley GES.

Si bien la ley cubre esta patología, para julio del mismo año Otárola agotó, sin éxito, las opciones de tratamiento contempladas por GES para enfrentar el cáncer prostático. Su caso se presenta ante el comité oncológico y se decide seguir un tratamiento con Enzalutamida, medicamento de alto costo que no se encuentra dentro de la cobertura que ofrece el sistema de salud⁸.

Al ser incapaces de costear el medicamento, la familia optó por solicitar el auxilio extraordinario del Ministerio de Salud (MINSAL)⁹. Como es la tónica en estos casos, el MINSAL

7 Información disponible en <http://www.observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/> (consultado el 7 de junio 2019)

8 El valor del medicamento es de \$8.901.200 por el ciclo para cuatro meses.

9 El auxilio extraordinario de MINSAL, es un fondo de cobertura nacional que le permite a la institución financiar una prestación médica que no puede ser solventada por el paciente. Este beneficio requiere que el paciente sea parte del sistema público de salud (FONASA) y trámite en el centro médico la solicitud, acompañando el informe médico del Hospital Público en que se atiende el paciente, la respectiva receta médica, el informe social que fundamenta la necesidad y prioridad del caso, la cotización unitaria y mensual del tratamiento, así como los datos de Cédula de Identidad y red social de apoyo del paciente. Actualmente, el auxilio extraordinario se encuentra regulado en el Decreto Exento N° 109 del 12 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud el cual aprueba la norma técnica N°0202. En cuanto a las falencias de la aplicación de este fondo, es posible identificar dos situaciones recurrentes: 1) El MINSAL se ha negado a dar respuesta en la etapa prejudicial a la solicitud del auxilio extraordinario-como se evidencia en las causas 16155-2017 y 34517-2018, ambas de la Corte de Apelaciones de Santiago, habiendo tramitado y otorgado previamente el auxilio extraordinario al paciente, luego se le niega y revoca el beneficio, como se aprecia en la causa rol 10204-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

no dio respuesta alguna durante la etapa prejudicial, razón por la cual la familia del señor Otárola negocia con el Hospital Clínico San Borja Arriarán para costear, de forma conjunta, el primer ciclo de Enzalutamida. El ente hospitalario acepta, iniciándose el tratamiento en enero de 2018 y cumpliendo con el primer ciclo en marzo del mismo año, con excelente tolerancia y logrando estabilizar la enfermedad.

Cuando en abril de 2018, Otárola acudió a control con su médico tratante, éste le establece la indicación de uso permanente de Enzalutamida pero, para este segundo ciclo de tratamiento, el Hospital Clínico San Borja Arriarán, deniega volver a comprar el medicamento, argumentando que la Enzalutamida no es parte del arsenal del hospital y no está contemplado como tratamiento para la patología número 28 de GES (cáncer de próstata en personas de 15 años o más), razón por la cual no está obligado a financiar su uso.

Ante la negativa del hospital de seguir financiando parte del medicamento, se iniciaron dos vías de acción por parte de la familia del paciente: por una parte, se intentó resolver administrativamente la situación con el Hospital, relacionándose principalmente con las asistentes sociales de la institución. Por otra, decidieron acudir a la Corporación de Asistencia Judicial en busca de asesoría jurídica.

La Corporación de Asistencia Judicial (CAJ), es un organismo público sin fines de lucro que busca proporcionar, gratuitamente, asesoría jurídica a las personas que no puedan costear un abogado particular. Es así mismo, la forma en que egresados y licenciados de derecho realizan su práctica profesional con miras a la obtención de su título de abogado. Frecuentemente, en las CAJs podemos encontrar una o dos abogados profesionales que supervisan y guían a un conjunto de licenciados y egresados que llevan los casos.

La familia Otárola acudió a la CAJ de San Miguel, institución que optó por redactar y presentar una acción constitucional de protección solicitando que se cautelara los derechos fundamentales del afectado. En dicha acción se alegó la vulneración de los derechos a la vida e integridad física, a la protección de salud y a la propiedad.

En lo relativo al primero de estos derechos, se señaló que la vida es un derecho humano básico que permite el ejercicio de los demás derechos y que, en observancia de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Estado y sus organismos están obligados a tomar las acciones necesarias para promoverlo y protegerlo. En cuanto al segundo derecho se acusó una afectación a la recuperación de la salud y rehabilitación al negarse los medicamentos que se habían entregados previamente por la institución. Finalmente, en cuanto a la propiedad se argumentó la existencia de un derecho adquirido respecto a la entrega del medicamento, toda vez que no habían variado las circunstancias que llevaron a los médicos del hospital a ordenar la realización del tratamiento.

El 16 de mayo de 2018, se interpuso una acción de protección en favor del señor Otárola; misma fecha en que el caso fue derivado por la CAJ de San Miguel, a la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial.

En este punto, es posible identificar las siguientes barreras prejudiciales con las que Otárola debió lidiar: omisiones del ente administrativo, escasez de recursos pecuniarios para buscar asesoría jurídica y plazos de interposición de las acciones.

En primer lugar, existe una falta de observancia del MINSAL a los principios de celeridad y conclusivos de la ley 19.880, toda vez que habiéndose solicitado su auxilio extraordinario, la institución simplemente no respondió. Más aún, sólo responde una vez iniciada la fase jurisdiccional mediante la entrega de un informe el 4 de julio de 2018; es decir, casi un año después de realizada la solicitud en fase administrativa.

El prolongado silencio del MINSAL ante una solicitud de auxilio médico ha sido una tónica en los casos de acceso a la salud. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido reiteradamente que:

"(...) Sin embargo, esta información se viene a conocer solo a partir de la emisión del informe respectivo, ya que antes de ello, existe un silencio absoluto por parte de la recurrida, quien pese a tomar conocimiento oportuno de la enfermedad que la aqueja y las perniciosas consecuencias que produce dicho mal, prefirió guardar silencio, antes de informar a la recurrente sobre cuáles documentos debía remitir para poder optar a la cobertura que proviene del Fondo de Auxilio Extraordinario.

En este escenario, su silencio e inactividad frente a la urgente solicitud de la recurrente debe ser calificado como arbitrario, por no condecirse con un actuar racional, propio de un organismo que tiende, precisamente, a dar las directrices nacionales de los planes de salud a sus servicios dependientes"¹⁰.

Junto a lo anterior, se perfila también como barreras de acceso a los DESC en fase prejudicial, la existencia, o no, de recursos pecuniarios suficientes para contar con la adecuada asesoría jurídica. En el caso en cuestión, la asesoría vino, primeramente, de la CAJ de San Miguel, la cual optó por derivarlo a la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación. Si bien la derivación permitió que un organismo con mayor especialización pudiese patrocinar la causa, no deja de ser cierto que las CAJs patrocinan una gran cantidad de causas a la vez, lo que lleva a que, muchas veces, puedan verse sobrepasadas. Existe, por tanto, una diferencia entre contar recursos suficientes para contratar abogados particulares, que atiendan de modo exclusivo o preferente la causa, versus carecer de estos recursos y acudir al sistema público¹¹.

Finalmente, el plazo para accionar de protección, se yergue como una importante barrera a la hora de acceder a la justicia, pues no sólo debe diseñarse una estrategia para hacer justiciables derechos sociales en una acción que no los incorpora directamente dentro de su esfera de protección, sino que además debe hacerse en un plazo de 30 días. Este punto se tratará en profundidad en el apartado siguiente, el cual incluye una mención especial al diseño de la acción de protección.

2. INGRESO AL APARATO JUDICIAL Y PROCESO

En este apartado, se describirán las barreras dentro del sistema judicial que enfrentan los derechos económicos, sociales y culturales para hacer efectiva su justiciabilidad. Primeramente, se analizará la acción de protección y su eficacia respecto de estos derechos, para luego referirnos concretamente al caso Otárola.

2.1 Acción de protección, ¿mecanismo idóneo?

Una de las principales barreras para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es el diseño de la acción de protección (Contesse, Jorge y Lovera, Domingo, 2008). Si bien esta contempla amplias facultades para que el juez pueda restablecer

¹⁰ SCA Santiago Rol N° 16155-2017, considerando 16°, de 12 de junio de 2017.

¹¹ En relación a este punto cabe mencionar el informe N° 761-2017 de Contraloría General de la República, el cual evalúa el funcionamiento de algunas Corporaciones de Asistencia Judicial, información disponible en https://www.contraloria.cl/SicaProd/SICAv3BIFAPortalCGR/faces/detalleInforme?docIdcm=00f58cc0992d0ce97192a9d420f8e43b&_adf.ctrl-state=18rxfm-w1e_3 (visitado el 7 de agosto de 2019). Al respecto, es relevante mencionar que el impacto que se genera en los DESC no se debe necesariamente al carácter público de la Corporación de Asistencia Judicial, sino que responde a la falta de recursos monetarios y humanos para un óptimo funcionamiento.

el imperio del derecho, está sujeta a un limitado catálogo de derechos respecto de los cuales procede. Se excluyen de este listado los derechos implícitos, los derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos, pero no en la Constitución, y los derechos económicos, sociales y culturales. En el caso del derecho a la salud, esta acción solo ampara el “derecho a elegir el sistema de salud al que (toda persona) desee acogerse, sea éste estatal o privado”, pero no cautela ningún tipo de contenido prestacional.

Esta limitación ha generado que, en la práctica jurisprudencial, se tiendan a buscar uniones entre derechos no protegidos con otros que sí lo están, de forma que se pueda garantizar una protección indirecta¹². En palabras del actual presidente de la Corte Suprema, podemos decir que:

“Pese a la limitación del artículo 20 de la Constitución Política, el mayor desarrollo en el reconocimiento de estos derechos (sociales), se encuentra en la jurisprudencia de esta Corte relativa a los recursos de protección, que los ha garantizado por vía indirecta, principalmente a través de los derechos fundamentales a la igualdad y propiedad”¹³.

A los dos derechos enunciados por don Haroldo Brito, cabe hoy en día agregar el derecho a la vida en los casos referidos a la entrega de medicamentos. Esta unión entre derecho a la vida y derecho a la salud no es para nada un invento novedoso o que obedezca netamente a los últimos fallos de la Corte Suprema, sino que se ha ensayado en el pasado y ha sido defendida a nivel dogmático (Zúñiga, 2011). Lo novedoso del fenómeno que hoy presenciamos en la jurisprudencia es que, por primera vez, esta tesis triunfa al interior de la Corte Suprema.

Con todo, consideramos que esta jurisprudencia debe ser analizada detenidamente para determinar si realmente se está discutiendo sobre derechos sociales o, en cambio, sólo estamos tratando con la expansión de un derecho civil y político, como el derecho a la vida, al campo de la entrega de prestaciones básicas. En este sentido, es posible realizar dos encuadres previos: (1.) la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema no habla de salud y (2.) se trata de casos en que se encuentra en riesgo la vida del paciente. Es a raíz de estas dos consideraciones, que desarrollaremos en un apartado posterior, que la jurisprudencia de la Corte no puede ser vista como la realización de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que debe enmarcarse en la protección del derecho a la vida como “derecho absoluto”, alejado de consideraciones relativas al bienestar público. En estos casos, la Corte no está participando del desarrollo de derechos sociales a pesar de una acción restrictiva, sino que, como veremos, está estructurando su razonamiento en razón de características que solo pueden realizarse respecto del derecho a la vida.

2.2 El caso Otárola en el poder judicial

Dado el contexto anterior, no debe sorprender que la acción de protección presentada en este caso trate, en un primer momento, del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y, solo en un segundo momento, se refiera al derecho a la salud. Como venimos diciendo, esta práctica es común en las acciones de protección y obedece a un diseño insti-

12 Para una reconstrucción sobre la posibilidad de amparar derechos sociales de forma indirecta nos remitimos al trabajo de: Abramovich, Víctor y Courtis Christian (2002), p. 200.

13 Discurso completo disponible en: <http://www.pjud.cl/documents/396533/0/Derechos+Sociales+17+5+19.pdf/130c9297-fe20-4e40-84ba-a0c788a6f01b>

tucional que no concibe la justiciabilidad directa de los derechos sociales, viéndose forzados los abogados litigantes a plantear sus acciones de protección en derechos que gocen de protección directa.

Habiéndose mencionado la situación de la acción de protección en nuestro contexto, se hace necesaria una referencia a la actitud de los órganos jurisdiccionales una vez ingresado el caso del paciente Otárola a su conocimiento. En particular, se hará referencia a actuaciones que aparecen como criticables en el desarrollo del caso por lo que, para permitir una mejor comprensión del desarrollo del litigio, se adjunta en los anexos información en orden cronológico que permite conocer las diversas actuaciones de los participantes. [Cuadro 1]

Dentro de la acción de protección ingresada el 16 de mayo de 2018, se solicitaba a la Corte una Orden de No Innovar (ONI), dirigida a que el Hospital San Borja Arriarán continuara suministrando las dosis de Enzalutamida que fuesen necesarias, hasta la dictación del fallo. Con fecha 18 de mayo, la Corte concede la ONI.

Sin embargo, el hospital no cumplió con la entrega del tratamiento. La Oficina de Derechos Humanos, solicitó a la Corte tomar las medidas que estimase necesarias para cautelar los derechos del recurrente y hacer cumplir la orden que había dictado. El órgano jurisdiccional, sin embargo, no reaccionó a esta solicitud. Teniendo en cuenta el palpable deterioro de la salud del recurrente, la Oficina solicitó medidas en otras dos ocasiones sin obtener respuestas.

El 12 de julio, la Corte agregó extraordinariamente la causa para su vista el 20 de julio. La causa queda en acuerdo y se dicta sentencia el 8 de agosto, rechazándose la acción de protección. El día 14 de agosto la CAJ, interpone recurso de apelación. El 27 de diciembre de 2018, la Corte Suprema confirma el fallo de alzada.

De los hechos ya expuestos, se presentan como especialmente criticables dos aspectos: en primer lugar, la inactividad de la Corte, ante la solicitud de que tomase las medidas necesarias para hacer cumplir la Orden de no innovar que ella misma había concedido. El silencio de la Corte en este escenario es tan criticable como el silencio del MINSAL, cuando por primera vez se solicitó el auxilio extraordinario.

Como segundo cuestionamiento, los amplios plazos que existen para fallar un caso en que el recurrente encuentra en riesgo su vida y ve claramente cómo se deteriora su salud. Ambos aspectos se perfilan como relevantes de cara a la débil justiciabilidad a la que se enfrentan los DESC. Si se suma a las barreras de ingreso al sistema y al diseño de una acción constitucional que no contempla protección para los derechos sociales, la desidia de una Corte de Apelaciones que no toma las medidas necesarias para siquiera hacer cumplir las órdenes que ella misma ha concedido, nos encontramos en un escenario en que los DESC pueden ver perpetuada su vulneración aun en sede jurisdiccional y aun ante resoluciones que les son favorables. Así mismo, los amplios plazos que se toman las Cortes, especialmente la Suprema, para resolver cuestiones, en que la salud del recurrente decrece cada día implica el permanente riesgo de que el afectado pueda fallecer sin haber obtenido respuesta del tribunal, desnaturalizando un procedimiento que es, a lo menos en teoría, de emergencia, tramitación concentrada y cautelar.

3. RESPUESTA JURISDICCIONAL

Hasta antes de los casos resueltos por la Corte durante el año 2017, la jurisprudencia mayoritaria se había amparado en una tesis de la separación fuerte de los poderes del Estado, el respeto a la elaboración de políticas públicas y en consideraciones de índole presupuestarias, para negar la posibilidad de otorgar medicamentos y otras prestaciones médicas (Tórtora, 2011). Esta jurisprudencia consideraba además, la igualdad como un punto clave

para sostener, que de concederse el recurso, se estaría obrando de manera arbitraria, prefiriendo al paciente que demanda por sobre el que no lo hace.

Una de las primeras sentencias en esta materia se produce el año 2001, a propósito de la reclamación de un conjunto de personas que sufrían de Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) y que reclamaban el amparo estatal frente a la imposibilidad de acceder a los tratamientos por sus propios medios. En esta oportunidad la Corte revoca la sentencia apelada, que concede el recurso, estimando:

“Que lo resuelto por la sentencia recurrida implica precisamente lo contrario de lo que pretende la ley, ya que lleva a otorgar en condiciones de arbitrariedad las prestaciones reclamadas por los recurrentes, al preferirlos por la sola circunstancia de haber acudido a solicitar amparo constitucional por la presente vía, y porque para establecer un criterio adecuado en dicho otorgamiento es menester tener a la vista no solo los antecedentes relativos a los que buscan protección en el presente proceso, sino a todos los enfermos del grave mal que a estos afecta y que no están en condiciones de tratarse de manera particular, por sus propios medios, cuestiones que solamente pueden y deben manejar las referidas autoridades del sector Salud, salvo por cierto, algún caso en el que claramente haya preferencias indebidas, lo que no ocurre en la especie”¹⁴.

En un fallo acontecido durante el año 2010, la Corte repitió esta jurisprudencia poniendo el énfasis en que son las autoridades públicas quienes constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones de salud, las que a su vez deben considerar múltiples factores, así como los fondos de que dispongan para ello:

“Que de las referidas disposiciones se colige que no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud, las cuales deben ser definidas y aplicadas por las autoridades del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones, que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello”¹⁵.

Cabe destacar que ambas sentencias, están revocando otras que concedían los recursos y aseguraban la entrega de los medicamentos o tratamientos requeridos por los pacientes. Este es un hecho no menor pues se repetirá incluso hoy frente a la nueva jurisprudencia de la Corte. En nuestro país, la justiciabilidad de la salud y la entrega o rechazo de medicamentos no ha recibido, bajo la vigencia de la constitución del año 1980, un tratamiento unívoco.

3.1 La nueva jurisprudencia de la Corte Suprema

La jurisprudencia de la Corte cambiará a finales del año 2017 y a propósito de diversos casos, relativos a menores de edad, en que se conceden medicamentos no contem-

14 SCS Rol N°3599 - 2001, considerando 5°, 9 de octubre de 2001.

15 SCS Rol N°4396 - 2010, considerando 8°, 21 de septiembre de 2010.

plados en la Ley Ricarte Soto. En una primera instancia la Corte se pronuncia solo confirmando las sentencias provenientes de las cortes de apelaciones relativas a requerimientos de financiamiento, a través del fondo extraordinario, que no habían sido respondidos por las autoridades públicas¹⁶ y, en un segundo momento, haciendo extensivos los beneficios de medicamentos que sí se estaban entregando a determinadas personas pero que no se habían hecho extensivos a otros que se encontraban en una misma situación¹⁷.

El primer caso en que la Corte desarrolla de forma lata su nueva doctrina, será el de "Mauricia Llantén Fernández contra el Ministerio de Salud, FONASA, Servicio de Salud Metropolitana Sur Oriente y Hospital Sótero del Río"¹⁸, primero de los casos en que además se hace presente el Consejo de Defensa del Estado. Este caso surge a propósito de un menor afectado por un "Síndrome Hemolítico Urémico (SHUA)", con carácter crónico requiriendo, por tanto, de forma permanente, el medicamento "Eculizumab".

Respecto del carácter del Fondo Extraordinario, el Minsal sostuvo la imposibilidad de suministrar el medicamento debido a su alto costo y al carácter crónico de la enfermedad que afectaba al menor, sosteniendo que:

"(E)l Auxilio Extraordinario, no puede financiar el Eculizumab para el caso de los pacientes con SHUA toda vez que se trata de una enfermedad crónica y de un medicamento a permanencia, dada la naturaleza del fondo se encuentra expresamente excluido de cobertura en su protocolo por su carácter a permanencia, agrega que el costo del tratamiento requerido bordea los \$400.000.000, en circunstancias que el presupuesto del referido fondo para el año 2017 es de \$1.700.000.000, de los cuales hasta el 22 de septiembre del presente año se habían destinado \$895.897.369, a financiar 101 casos de pacientes con virus de hepatitis C y \$783.035.252, para 145 pacientes con diversos diagnósticos, en consecuencia se ha ejecutado la suma de \$1.678.932.621 quedando disponible \$21.067.379, motivo por el cual no hay un actuar o ilegal imputable a su parte, debiendo rechazarse el recurso de protección"¹⁹.

FONASA, por su parte, alegó que no existe ilegalidad en su actuar, toda vez que el medicamento no figura en ningún cuerpo normativo²⁰. El Servicio de Salud, a su vez, recalca que suministrar este medicamento implicaría un gasto "gigantesco" que implicaría dejar a otros pacientes sin tratamiento²¹ por lo que el actuar no sería arbitrario.

La Corte, modificando su jurisprudencia de forma radical, sostendrá que:

"(E)s preciso reflexionar que si bien el elemento económico constituye un aspecto a considerar en diversas decisiones de las autoridades públicas, no debería serlo en aquellas que dicen relación con resguardar la vida de una persona, derecho que constituye un bien jurídico superior y de carácter absoluto"²².

16 Son de este tipo las sentencias: 34540-2017; 34601-2017; 38590-2017; 43250-2017; 45080-2017; y 45300-2017.

17 Son de este tipo las Sentencias: 25-2018 y 27-2018. Estos casos se resuelven entonces aplicando el derecho a la igualdad ante la ley: "Que si bien los sentenciadores tienen presente que la asignación de recursos para este tipo de tratamientos de salud corresponde a políticas públicas, es insoslayable advertir que la recurrida Fondo Nacional de Salud (FONASA) financia desde el año 2015, el "Programa de Implementación de Terapia de Reemplazo Enzimático para Enfermedad de Morquio A" que beneficia a 27 personas, beneficio que se niega hacer extensivo al recurrente, sin esgrimir razones fundadas que justifiquen dicha decisión, estableciendo en consecuencia una diferencia arbitraria en perjuicio de éste en relación a las demás personas incluidas en el citado programa, vulnerando con ello la garantía fundamental de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental" (Considerando 2°).

18 SCS Rol N° 43250-2017, de 29 de diciembre de 2017.

19 Considerando 3°.

20 Considerando 4°.

21 Considerando 5°.

22 Considerando 6°.

Este es el argumento central que la Corte reiteró a lo largo de la jurisprudencia relativa a la entrega de medicamentos y es posible sostener que de los fallos revisados, se configuran dos notas características interesantes a tener en cuenta: (1.) la corte no reflexiona en torno a los derechos sociales y (2.) se trata siempre de casos en que está en riesgo la vida de la persona, por lo que tampoco existe un mayor detenimiento en las condiciones de vida ni en la calidad de vida del paciente.

Se trata más bien de la reiteración de una jurisprudencia de la Corte en atención a categorías propias y distintivas del derecho a la vida como derecho absoluto, no susceptible de ponderación ni consideraciones de índole presupuestaria. La pregunta que surge es entonces si esto representa un real avance en materia de derechos económicos, sociales y culturales o es más bien la reiteración de una ordenación clásica de los derechos en que el derecho a la vida ocupa un lugar preponderante en el entramado constitucional. Intentaremos responder a esta pregunta más en detalle en el punto número 4.

En un fallo posterior, la Corte Suprema se hará también cargo del argumento referido al rol de las autoridades en la elaboración de políticas públicas, sosteniendo que no se pronunciará sobre el modo en que la autoridad habrá de concretar el fallo que se pronuncie²³. La Corte sostiene que se está limitando a cumplir con el mandato constitucional de salvaguardar los derechos garantizados por la Constitución:

*"Por el contrario, la Corte Suprema se limita, en el cumplimiento del mandato que le otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República, a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental, mas no se halla en situación de definir, ni pretende hacerlo, cómo es que ello debe ser cumplido por las autoridades competentes, pues el bosquejo y delineación de las políticas públicas, así como la definición y el empleo del presupuesto correlativo, compete en exclusiva a estas últimas"*²⁴.

De esta forma, la Corte corre el cerco de sus potestades sin desatender, en principio, el rol de las autoridades en la formulación de las políticas públicas. Ahora bien, si hemos de tomar en serio la afirmación de la Corte respecto del derecho a la vida como derecho absoluto, cabría preguntarnos por el rol que puede tener una política pública, si se da al derecho a la vida una interpretación amplia: Si el derecho a la vida implica, por ejemplo, un derecho a una determinada calidad de vida, a una vida digna o a prestaciones materiales, ¿de qué forma podría realmente efectuarse una política pública con recursos escasos? ¿no cabría entonces una clara delimitación de un máximo por parte de los tribunales de justicia que obligase al legislador a políticas públicas determinadas?, por otro lado, si aceptamos la formulación de la Corte relativa al derecho a la vida como derecho absoluto, quizás la única opción sea entender el derecho a la vida como un derecho restrictivo, que sólo opera ante el riesgo de muerte y, en este sentido, abandonar las pretensiones relativas a la vida digna o a una determinada calidad de vida. La combinación de un derecho amplio con un contenido absoluto parece sumamente irrealizable (Holmes y Sunstein, 2011) y no parece estar, en la intención de la Corte, mantener esta osada afirmación en otro tipo de causas.

Esta jurisprudencia ha sido duramente criticada. Algunas de sus críticas han sido realizadas con escaso fundamento y con más preocupación por las finanzas públicas que

23 SCS Rol 17043-2018.

24 Considerando 13°.

por el derecho y la normativa constitucional²⁵. Sin embargo, otras críticas han sido algo más atingentes y se han centrado tanto en argumentos de igualdad como de políticas públicas y del rol del parlamento, sobre todo en relación a la formulación de la Ley Ricarte Soto²⁶.

Frente a la ponderación hecha por el Congreso Nacional, que consideró todos los elementos ya señalados para la formulación de la Ley, la Corte Suprema no solo no entrega una ponderación mejor, de mayor calidad o que considere elementos concretos relevantes que constituyan una regla de excepción, sino que lisa y llanamente nos habla de un derecho imponderable. Y este derecho no es el derecho a la salud ni ningún otro derecho social, económico o cultural, sino que el derecho a la vida. Este es el quid de la cuestión, y es la razón de por qué la jurisprudencia de la Corte no puede ser vista como un avance en la materia.

3.2 Sobre el derecho a la vida

Hasta aquí, hemos dicho que la jurisprudencia novedosa de la Corte descansa en consideraciones propias o características propias del derecho a la vida. Con ello nos referimos ciertamente a la conceptualización de este derecho como un derecho absoluto, incapaz de ser limitado y ponderado en atención a otros derechos o principios constitucionales.

Esta postura no es novedosa en la jurisprudencia de la Corte Suprema, sobre todo en materia de aborto, huelgas de hambre y rechazo a tratamientos médicos. En todos estos casos, se ha sostenido que la vida es un bien jurídico indisponible, de carácter superior a otros derechos fundamentales o, lisa y llanamente, absoluta. Si entra en conflicto con otro valor constitucional, o incluso con la propia libertad de su titular, el derecho a la vida triunfará, sin necesidad de ponderar.

Para sostener este razonamiento, usualmente se habla de la vida como “derecho germen”, es decir, como un derecho necesario para el ejercicio de todo el resto de los derechos fundamentales. En este entendido, según Ángela Vivanco (2006):

“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona son los derechos fundamentales por excelencia, los primeros y más trascendentes para el ser humano, porque importan una base de protección que el ordenamiento jurídico brinda al individuo y que posibilita el ejercicio de todas las demás prerrogativas. Lo anterior obliga a tener presente que no se trata de uno más de los tantos derechos que encontramos en diversas declaraciones, cartas y listados, sino que constituyen una suerte de derecho germen, inicio de todos los demás y, por ello, especialmente relevante y esencial. En efecto, la vida tiene la particularidad de ser no solo un atributo del ser humano, sino que confundirse con el mismo, por lo que resulta ser integrante del sujeto del derecho, a partir del cual se generan las restantes prerrogativas jurídicas con las que este se coronará” (p. 262).

No resulta por tanto novedoso que se hable del derecho a la vida, como derecho absoluto. Lo realmente novedoso, es que esta postura se haya trasladado desde el plano de las abstenciones al plano de las prestaciones, comprometiendo así recursos presupuestarios. Esto es sumamente controversial, toda vez que como ya adelantamos, implica combinar un derecho absoluto con un contenido prestacional.

25 La discusión sobre el valor de las finanzas públicas ha tenido lugar sobre todo a través de la prensa, en donde se le ha enrostrado a la Corte el impacto que su jurisprudencia podría tener en las finanzas públicas. Sobre la materia se puede consultar la siguiente nota: <https://colegioabogados.cl/si-no-que-deroguen-la-garantia-al-derecho-a-la-vida-y-pongana-que-lo-mas-importante-son-las-finanzas-publicas/>.

26 Sobre este punto, ver: <http://www.observatoriojudicial.org/una-curiosa-separacion-de-poderes/>.

Lo anterior también nos lleva a una primera conclusión de este trabajo. El ejercicio que hace la Corte, relativo a considerar un derecho como absoluto frente a las consideraciones presupuestarias no es un ejercicio que se pueda realizar, en nuestra jurisprudencia, con ningún otro derecho fundamental, ni civil y político, ni tampoco económico, social o cultural. Este razonamiento sólo es posible a partir del derecho a la vida, e implica sustraer el derecho de toda otra consideración, incluso de aquellas vinculadas con la igualdad, elemento especialmente necesario para el trato de un derecho social. Para clarificar este punto, explicaremos a continuación qué es la ponderación y por qué la negativa a ponderar de la Corte Suprema, solo tiene explicación respecto del derecho a la vida.

3.3 Sobre la ponderación

La ponderación es una técnica argumentativa, a la cual se suele recurrir para lograr la resolución de conflictos entre principios fundamentales. Como señala Chiassoni (2011), ésta tiene un carácter residual, en la medida de que es una respuesta a la imposibilidad de aplicar, a conflictos entre principios de rango constitucional, alguno de los criterios clásicos de solución de controversias: jerarquía, especialidad y cronología.

Al ponderar, un principio triunfa sobre otro en atención a las circunstancias relevantes presentes en un caso determinado, pero nada obsta a que si varían esas circunstancias, la solución pueda ser distinta y el principio que había sido derrotado resulte, por tanto, victorioso en un caso diferente. Es por ello que se ha llamado a la ponderación una *jerarquía móvil* (Guastini, 1999). Es móvil porque el resultado no es fijo ni rígido: si varía el caso, puede también variar la solución aún si los principios en conflicto son los mismos.

Al ser un criterio recurrente en el derecho constitucional, no creemos necesario una reconstrucción completa de sus notas distintivas sino más bien enfocarnos en dos presupuestos importantes de cara a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Para que exista ponderación es necesario: (1) que se considere que los principios que contienen derechos fundamentales pueden, efectivamente, entrar en conflicto entre sí y también con otros principios que, sin ser derechos, tienen también un rango constitucional, y (2) que sea imposible recurrir a los criterios clásicos de resolución de controversias.

Ambos presupuestos derivan del entendimiento de las Constituciones modernas como compromisos democráticos entre posturas contrapuestas que legítimamente integran la sociedad. Este pluralismo implica usualmente, si no se quiere caer en la tiranía de un valor sobre otro, que los principios tienen una misma jerarquía (Zagrebelsky, 1995). Asimismo, se acepta que estos derechos, de raigambres tan disímiles y que protegen intereses tan opuestos, entran, habitualmente, en conflicto (Pino, 2013).

Desde el momento en que se reconoce un derecho como absoluto respecto del resto, uno de los presupuestos de la ponderación deja de existir y, como contrapunto, un método de solución clásico es posible. Siendo el derecho a la vida un derecho absoluto, superior, por tanto, vence a los demás por criterio jerárquico. Esto último es reconocido en la jurisprudencia nacional únicamente respecto del derecho a la vida²⁷.

Es por ello que sostenemos que a lo largo de esta jurisprudencia y pese a las opiniones optimistas que se puedan formular, no se están garantizando derechos económicos, sociales y culturales, así como tampoco se está permitiendo su desarrollo. A la fecha, no po-

27

La base de la consideración de que el derecho a la vida es absoluto es, en realidad, una confusión. Tal como lo ha señalado Rodolfo Figueroa (2008), el derecho a la vida es confundido por la doctrina mayoritaria con la vida misma. Es por ello que sostienen que un derecho es presupuesto para ejercer otros derechos fundamentales. Lo que ocurre realmente es que la vida es, obviamente, un requisito para ejercer todos los derechos, incluso el derecho a la vida. Se confunde el hecho de estar vivos con un derecho.

demos saber cómo se concretiza el derecho de salud, qué prestaciones permite y cuáles excluye ni dónde están sus limitaciones. Todo lo que sabemos es que el derecho a la vida se ha expandido aún más, manteniendo peligrosamente la característica de su absolutismo, que ya guardaba frente a otros derechos, ahora respecto de las consideraciones presupuestarias.

3.4 El caso Otárola

De todos los casos analizados, el caso Otárola es el único en que se niegan los medicamentos, así como también es el único caso en que la Corte sigue la tesis antigua, ya reseñada, sobre la distinción fuerte entre los poderes del estado y la autoridad del legislador para elaborar políticas públicas. El mayor desarrollo de estos argumentos lo redacta, en la prevención, el Ministro Señor Arturo Prado:

Se previene que el Ministro señor Arturo Prado Puga concurre al rechazo de esta apelación y a confirmar la sentencia de primera instancia atendido a que el de autos no se encuentra contemplado dentro de los medicamentos que consulta el sistema público, de modo que el acogimiento del recurso supondría pasar por encima de las prioridades establecidas por la autoridad de Salud, encargada por ley de su elaboración y de racionalizar su distribución, conforme a un presupuesto.

A este primer argumento se agrega, también en la forma ya reseñada, el argumento referido a la igualdad y el impacto de la decisión en el tratamiento de otros pacientes que no han reclamado la tutela judicial:

Ello, además, teniendo en cuenta que las prioridades en cuanto a la asistencia no pueden pasar a llevar las políticas preestablecidas sólo por virtud de una acción de tutela judicial, pues ello impactaría la vida y el cuidado de muchas otras personas, que, probablemente, recibirían una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos que se pretende a través de este mecanismo.

De lo discutido hasta aquí podemos sacar dos conclusiones generales. La primera de ellas es que ni los argumentos entregados por la actual postura mayoritaria ni por esta reestructuración de la teoría clásica, son realmente novedosas. Ambas forman parte del debate nacional referido a la entrega o rechazo de prestaciones de salud que ha tenido lugar, a lo menos, durante los últimos 20 años. Ambas también pueden enmarcarse en la discusión sobre el rol de los tribunales de justicia respecto de la tutela de los derechos fundamentales y del alcance y naturaleza de la acción de protección.

Asimismo, y como segunda nota general, ninguna de estas dos posturas es realmente dialogante ni abierta a consideraciones relativas al caso concreto. Ambas posturas toman una decisión unívoca, unilateral, y aplicable a todos los casos que comparten un sustrato común. Mientras que la primera postura, nos señala que siempre se ha de preferir la ponderación hecha por el legislador y excluir por tanto toda posibilidad de amparar derechos fundamentales mediante la disposición de recursos públicos, la segunda nos dice que siempre que esté en juego el derecho a la vida la prestación debe ser entregada. Ambas posturas parecen resolver el problema antes de saber quién recurre, cuál es la efectividad médica del tratamiento solicitado, la cantidad de recursos públicos que se requieren para ello o la posibilidad real que tiene el servicio público de hacer frente a la necesidad de cautela.

La primera postura demarca una concepción sumamente restrictiva de los derechos fundamentales, los que solo pueden ser cautelados cuando no se involucren recursos pú-

blicos. Si tomamos en serio que los derechos, todos ellos, son susceptibles de requerir de recursos económicos para su respeto, promoción y protección, entonces esta postura no permite a los tribunales de justicia participar realmente de su desarrollo.

La segunda postura, en cambio, establece un derecho sumamente amplio, al que además caracteriza como absoluto. Si la afirmación de la Corte ha de ser tomada en serio, entonces sería posible ver cómo los costos de estas decisiones aumentan año tras año, así como la judicialización de casos que a fin de cuentas, estaría dando mejores resultados que los mecanismos propuestos por la ley. Para ser coherente, la prestación debiese ser otorgada en cada oportunidad que la vida estuviese en riesgo y ello sin consideración a los recursos disponibles. Una postura como esta no es realista ni sostenible a largo plazo.

Habiendo establecido ciertos elementos sobre las doctrinas en general, corresponde ahora analizar el caso particular de la sentencia expuesta. En ella, como ya se ha señalado, se recurre por la entrega de un medicamento necesario para la mantención de la vida del paciente. ¿Qué es entonces lo que cambió?, ¿Cuáles fueron los motivos que hicieron cambiar la jurisprudencia de la Corte y volver a su tesis antigua sobre la separación de los poderes?

En realidad, la respuesta a estas preguntas es tan sencilla como lamentable. La única diferencia sustancial que podemos apreciar como determinante para resolución del caso, es la conformación de la sala. Es en este caso, y solo en este, en que por primera vez la conformación de la sala quedó constituida por un ministro, y dos abogados integrantes, que han rechazado constantemente la entrega de este tipo de prestaciones: el ministro Señor Arturo Prado y los abogados integrantes Señor Pedro Pierry y Señor Álvaro Quintanilla²⁸.

Tanto es así que el voto disidente, elaborado por la ministra Señora Ángela Vivanco y por el ministro Señor Sergio Muñoz, optó por revocar la sentencia en la Corte de Apelaciones y conceder el recurso por exactamente las mismas consideraciones que venimos repasando: el derecho a la vida como derecho absoluto, no puede estar restringido por consideraciones de índole presupuestaria.

A mayor abundamiento, el caso del Señor Otárola no era, ni siquiera, el que pretendía el medicamento más costoso o el que presentase las peores evidencias científicas que respalden su posición. Bajo la jurisprudencia de esta misma sala de la Corte, se han concedido medicamentos más costosos y con serias dudas sobre su eficacia respecto del titular a quien se concedieron.

Se trata por tanto de un caso, en que un particular sufre las consecuencias de las disputas no resueltas por el máximo tribunal del país, así como de un caso de un trato arbitrario, desigual y atentatorio contra el principio de coherencia del sistema jurídico.

4. LAS REPERCUSIONES DEL FALLO

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, ha sido duramente cuestionada. Algunas de sus críticas parecen ser sumamente infundadas, pero otras deben considerarse como serias preocupaciones sobre los efectos de la decisión de cara a la configuración de políticas públicas y de la posible sobrecarga al poder judicial.

28 Se arriba a esta conclusión luego de examinar las 22 causas, con sus respectivas sentencias, que conforman el universo muestral utilizado para el presente trabajo. Del análisis pudo identificarse que, en el caso de Otárola, el Ministro Prado Puga y el abogado integrante Pedro Pierry -los cuales se posicionan como minoría en los demás fallos- se ven apoyados por el voto del abogado integrante Alvaro Quintanilla; este último ha tenido, además, una conducta errática concurriendo tanto a la entrega de medicamentos como, a veces, concurriendo a su negativa. Todo lo anterior, permite identificar el factor de composición de la sala como claro y decisivo a la hora de obtener como resultado de la acción proteccionista la entrega o negativa de los medicamentos solicitados.

Uno de los aspectos más polémicos de esta jurisprudencia, ha sido ciertamente el costo económico que podría generar (y estaría generando), la prestación de los medicamentos ordenados por la Corte Suprema. Los datos entregados por el Observatorio Judicial son esclarecedores: Durante el 2017 los fallos representaron un gasto anual estimado de \$US 2.760.000, el año 2018 la cifra alcanzó un total de \$3.500.000 y, a enero de 2019, el costo de los tratamientos a los que el estado está obligado es de \$8.954.000 millones de dólares²⁹. Del mismo modo, la cifra de casos ha ido aumentando y hay buenas razones para creer que puede aumentar mucho más.

En la medida de que la judicialización de los casos se constituye como una herramienta más eficiente que los mecanismos contemplados en la Ley, es notorio que frente a la emergencia muchas personas recurrirán a los tribunales, que han demostrado ser mucho más eficaces en resolver materias en donde el tiempo de reacción es, literalmente, vital.

5. CONCLUSIÓN

La mantención de la acción de protección como mecanismo limitado ha generado que la cautela de ciertos derechos se busque a partir de una operación de subsunción, en que un derecho protegido subsume a otro que no se encuentra, a priori, amparado por la acción. Esta conducta ha generado que los derechos económicos, sociales y culturales no sean desarrollados por los tribunales superiores de justicia y, como contrapartida, ha producido un fenómeno de inflación de otros derechos como el derecho a la vida, igualdad y a la propiedad (Navarro, 2012). La aplicación de estos derechos con sus características propias ciertamente ha permitido un grado de protección a las pretensiones de los recurrentes, pero no ha permitido la aplicación de los derechos no protegidos y su correspondiente debate. Toda discusión relevante en el derecho constitucional moderno chileno se ha realizado dentro del paradigma de los tres derechos enunciados.

A su vez, el derecho internacional sólo es utilizado de forma excepcional y no forma parte de ningún criterio relevante para la resolución de estos casos. No se ha utilizado para especificar el contenido de los derechos en cuestión ni tampoco se ha aplicado un control de convencionalidad de la ley o algún tipo de interpretación conforme³⁰. La Corte ha preferido sortear el problema de la constitucionalidad de la ley utilizando el desarrollo propio que ha efectuado respecto del derecho a la vida, en tanto derecho absoluto y no susceptible de consideraciones presupuestarias³¹.

El resultado al que arriba la jurisprudencia de la Corte es la sustitución de las políticas públicas, que ciertamente han elaborado un ejercicio de ponderación respecto de la utilización presupuestaria en materia de salud, por la consideración del derecho a la vida como derecho absoluto. Esta sustitución se genera al reemplazar la ponderación efectuada por

29 Disponible en: <http://www.observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/> (consultado el 7 de junio de 2019).

30 Si bien la Corte ha sido uniforme en esta omisión, las Cortes de Apelaciones han sido, históricamente, mucho más diversas en el tratamiento de estas materias. Sobre el particular, destaca, por ejemplo, una de las sentencias relativas a pacientes con VIH dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 2001. En dicha instancia, se llega a conclusiones similares a las actuales y también se sostiene que el derecho a la vida no puede ser derrotado por cuestiones presupuestarias, sin embargo, los argumentos normativos que sustentan esta postura se construyen citando el DIDH: la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Rol N° 3025-2001, C°9). Existen otros casos similares, aunque resulta discutible, en todo caso, que estas citas llegan a representar un uso sustancial del derecho y no solo un argumento adicional.

31 En otras áreas, el DIDH ha servido para dar concreción a principios constitucionales y mejorar el acceso de grupos discriminados. Sin embargo, y como bien señala Nash (2018): "factores culturales y no normativos han impedido desarrollar consistentemente una interpretación jurisdiccional que dé efectividad a los derechos de grupos en situación de discriminación estructural" (p.168). Es en esta situación de discriminación estructural en que se encuentran, efectivamente, los enfermos cuyas patologías no resultan cubiertas por ninguna de las normas que rigen la materia.

el legislador sin contar con argumentos suficientes que justifiquen tal postura. La Corte no señala de qué manera su sentencia permite un mejor desarrollo de los derechos fundamentales, no se fundamenta en comités expertos en la materia, ni utiliza las herramientas que contempla el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Si bien esta conducta es sumamente criticable, la postura minoritaria cae en el mismo error. Frente al absolutismo de la Corte, se sostiene un absolutismo del legislador, sosteniendo una separación fuerte de los poderes que deja a la Corte sin injerencia en materia presupuestaria. Si entendemos que todo derecho es costoso, la consecuencia, de esta postura, es una limitada labor jurisdiccional y un derecho constitucional de mínimos.

Frente a las posturas no dialogantes, el resultado es un criterio discordante en donde algunos casos serán fallados favorablemente y otros simplemente serán rechazados, como es el caso del Señor Otárola, simplemente por la conformación de la sala. Siendo que la pretensión en este caso era menor y su aval científico era mayor al de otros casos concedidos, la pretensión se rechaza, conculcando severamente la igualdad ante la ley.

Con todo, proponemos una postura intermedia que no ignore la labor realizada por el legislador, pero que tampoco minimice la labor de los tribunales de justicia en la protección de los derechos fundamentales. Esta postura parte por la deferencia mínima que todo ejercicio jurisdiccional debe al legislador. Éste efectivamente ha creado una ley que resulta aplicable al problema del acceso a la salud, y para ello ha considerado múltiples factores a los que ya nos hemos referido.

Por otro lado, los tribunales se encuentran en una posición privilegiada frente al caso concreto. En lenguaje coloquial, saben cosas que el legislador pudo no saber, pudo no haber considerado o decidió, en atención a la excepcionalidad, no tratar. Al conocer de un caso concreto, los tribunales tienen información constitucionalmente relevante que no puede ser ignorada. La solución adecuada pasa también por esta consideración y por este respeto a la labor de los tribunales de justicia en tanto se enfrentan, en ocasiones, a casos límites, excepcionales o no regulados.

Una consideración de los casos desde el derecho a la salud permite, en cambio, efectuar este ejercicio de deferencia al legislador que ha desarrollado una política pública y una consideración a la información a la que tiene acceso el juez al momento de fallar. Esta doble consideración no es posible si se falla desde un absoluto que siempre hace primar la labor del juez frente al legislador o bien que siempre hace primar el equilibrio fiscal por sobre la protección de los derechos.

Forman parte de esta consideración los análisis efectuados por los médicos tratantes, los estudios sobre la efectividad de los tratamientos solicitados, lo riesgoso de la enfermedad que afecta al titular de derechos y lo excepcional de la enfermedad. También puede formar parte de este análisis la consideración del valor del medicamento versus la efectividad del mismo y la probabilidad de sobrevida del paciente. Se trata de una ponderación y, por tanto, de una jerarquía móvil entre principios en conflicto. Toda solución absolutista que no admita consideraciones específicas genera problemas y tensiones entre los poderes del Estado y compromete innecesariamente a los afectados.

Más allá de la entrega o del rechazo a los medicamentos, corresponde hablar del derecho a la salud y no del derecho a la vida. Más allá de las posturas absolutas, corresponde ponderar. Y más allá de una cuestión presupuestaria, corresponde un enfoque de derechos que permita la aplicación de la Constitución. En el derecho internacional encontramos cánones que nos permiten desarrollar estas aristas y que lamentablemente han sido ignorados.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis Christian. (2002). Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta.
- Chiassoni, Pierluigi. (2011). Técnicas de interpretación jurídica. Madrid: Marcial Pons, p. 326.
- Contesse, Jorge y Lovera, Domingo. (2008). Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/Sida: Éxitos sin victoria en Chile. Revista internacional de derechos humanos, número 8, pp. 148-167.
- Figueroa, Rodolfo. (2008). Concepto de derecho a la vida. *Ius et Praxis*, Año 14, N°1, pp. 261-300.
- Guastini, Riccardo. (1999). Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, p. 170. Barcelona: Gedisa.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass. (2011). El costo de los derechos. Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 107-154.
- Nash, Claudio. (2018). Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile. Santiago: Universidad de Chile.
- Navarro, Enrique. (2012). 35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa. Revista de Estudios Constitucionales, Año 10, N°2, pp. 617-642.
- Pino, Giorgio. (2013). Derechos fundamentales, conflictos y ponderación, p. 178. Lima: Palestra.
- Tórtora, Hugo. (2011). El derecho a la Vida en la jurisprudencia. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Vivanco, Ángela. (2006). Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la carta fundamental de 1980. Santiago: Universidad Católica.
- Zagrebelsky, Gustavo. (1995). El derecho dúctil, p. 13. Madrid: Trotta.
- Zúñiga, Alejandra. (2011). El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: una relación necesaria. Revista de Estudios Constitucionales, Año 9, N°1, pp. 37-64.

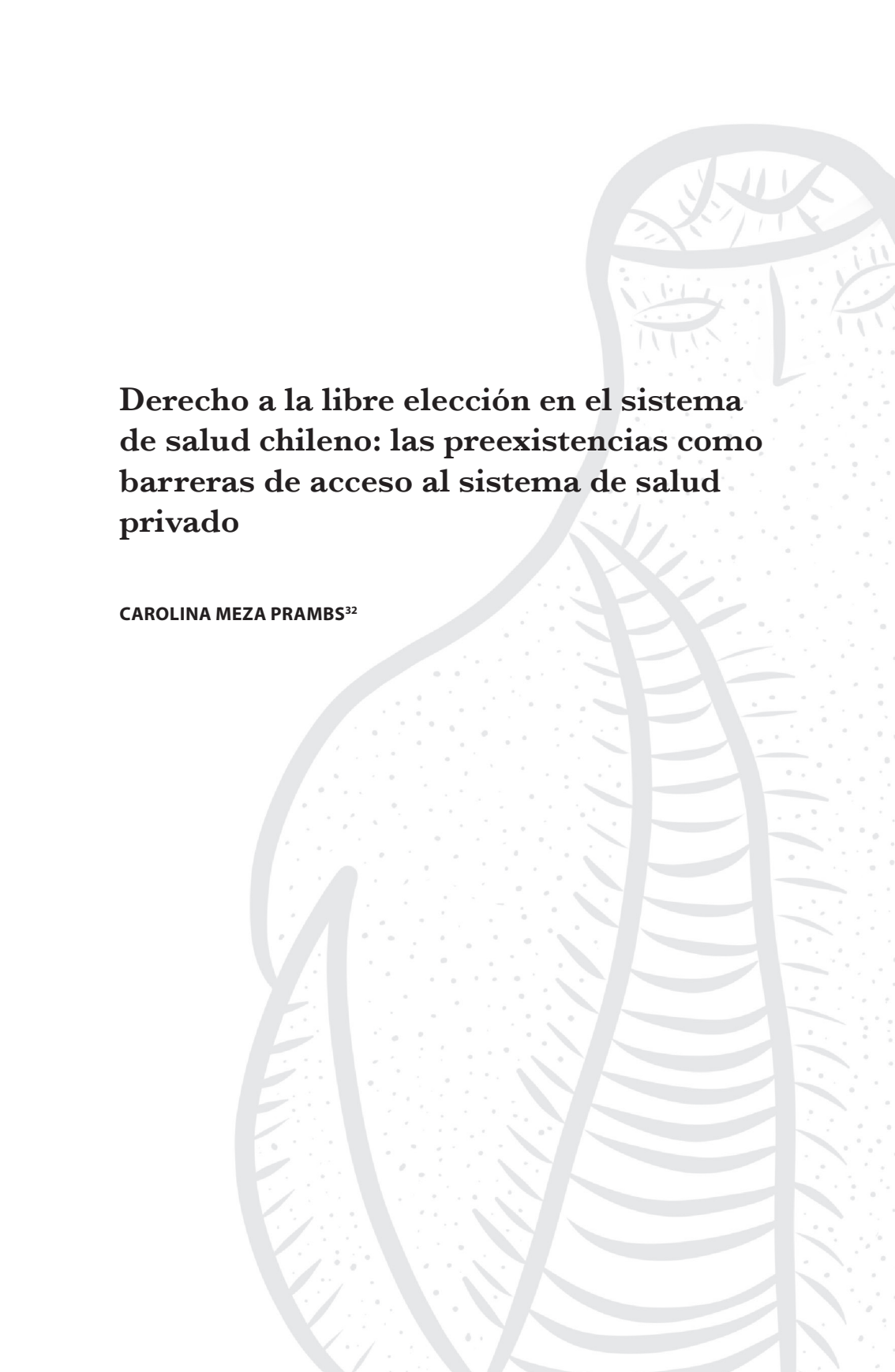
Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA. (21 de septiembre de 2010). Recurso de Protección. Contreras solis eriko gaston contra hospital regional de concepción guillermo grant benavente y otros.
- CORTE SUPREMA. (6 de noviembre de 2018). Recurso de Protección Daniela Díaz Hernández contra servicio de salud de concepción y otros.
- CORTE SUPREMA. (29 de diciembre de 2017). Recurso de Protección. Mauricia Llantén Fernández contra Ministerio de Salud, Fonasa, Servicio de salud metropolitano ser oriente y Hospital Sotero del Río.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. (12 junio de 2017). Recurso de Protección Melián/ Ministerio de Salud.
- CORTE SUPREMA. (9 de octubre de 2001). Recurso de Protección. Rojas Vera Nayade Orietta contra Servicio de Salud Metropolitano Oriente.

ANEXO

Cuadro 1
PRINCIPALES ACTUACIONES EN EL CASO ROL 34517-2018

16 de mayo de 2018	El caso ingresa al órgano jurisdiccional, vía acción de protección. Se incluye una Orden de no Innovar (ONI), consistente en la solicitud de que la Corte ordenara al Hospital San Borja Arriarán suministrar la dosis de Enzalutamida hasta la dictación de la sentencia definitiva.
18 de mayo	ONI es concedida por la Corte de Apelaciones de Santiago.
22 de mayo	ICA solicita informes a Fonasa y Hospital.
1 de junio	Hospital evacúa informe y por medio de un recurso de reposición solicita se deje sin efecto la Orden de no innovar.
5 de junio	CAJ pide se solicite informe a MINSAL.
6 de junio	Corte rechaza reposición del Hospital, manteniendo la Orden de no innovar.
7 de junio	El Hospital San Borja Arriarán en rebeldía de la orden de no innovar, no había suministrado al paciente Otárola el medicamento Enzalutamida, razón por la cual la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de asistencia Judicial solicita al tribunal que tome las medidas que estime necesarias para cautelar los derechos del recurrente y haga cumplir la ONI.
15 de junio	FONASA evacúa informe.
18 de junio	Ante la continuada negativa del Hospital a entregar el tratamiento, se reitera la solicitud de medidas para hacer cumplir la ONI y se solicita de prescindir del informe de MINSAL y colocar la causa en tabla.
26 de junio	Ante la inactividad del tribunal y la manifiesta negativa del hospital a cumplir la ONI, se reitera la solicitud de 18 de junio de 2018.
4 de julio	MINSAL evacúa informe en el cual señala que si bien el caso cuenta con la aprobación de la comisión del Cáncer, no es posible imputarse al fondo de auxilio extraordinario toda vez que existen disponibles 180 millones de pesos para un total de 450 casos pendientes los cuales representan una suma de 4.700 millones de pesos.
12 de julio	Sin referirse a la solicitud de medidas para dar cumplimiento a la ONI, se agrega extraordinariamente a la tabla de la segunda sala, la causa rol 34517-2018 para su vista el día 20 de julio de 2018.
20 de julio	Se produce la vista de la causa con alegatos de la CAJ y del Hospital dan Borja Arriarán. Causa queda en acuerdo.
8 de agosto	Se rechaza el recurso de protección con el voto en contra de la Señora ministra Jenny Book Reyes.
14 de agosto	CAJ interpone recurso de apelación.
27 de diciembre	CS confirma fallo apelado, con el voto en contra de los ministros Señores Muñoz y Vivanco.

A stylized, light gray illustration of a human figure, possibly a woman, is positioned on the right side of the page. The figure is composed of simple lines and curves, with a dotted pattern filling the background behind it. The figure's head is tilted slightly, and its torso is visible, showing a ribcage-like structure. The overall style is minimalist and artistic.

Derecho a la libre elección en el sistema de salud chileno: las preexistencias como barreras de acceso al sistema de salud privado

CAROLINA MEZA PRAMBS³²

RESUMEN

El presente trabajo analiza el caso de María Pilar Iturrieta con las ISAPRES Banmédica, Consalud y Cruz Blanca, el cual buscaba hacer exigible el derecho a la protección de la salud y la libertad de elegir el sistema al cual desea adherirse. Su relevancia es que logra fijar un precedente inédito en la Corte Suprema, al rechazar la negativa de las ISAPRES de afiliar a personas que contaban con alguna preexistencia médica, posicionando el contrato de salud como de orden público e irradiado por la Constitución.

Palabras claves: Derecho a la salud • Libre elección • Preexistencia médica

ABSTRACT

This research analyzes the case of María Pilar Iturrieta with the ISAPRES Banmédica, Consalud and Cruz Blanca, which wanted to enforce the right to health protection and the liberty of choice the system to which you wish to adhere. Its relevance is that it sets a unique precedent at the Supreme Court, by rejecting the refusal of the ISAPRES to affiliate people who had some medical pre-existence, positioning the health contract as one of the public orders and radiated by the Constitution.

Keywords: Right to health • Liberty of choice • Medical preexistence

1. INTRODUCCIÓN

El modelo de protección del derecho a la salud en Chile se articula desde la convivencia de un sistema público y uno privado, los cuales son los encargados de asegurar el acceso de todas las personas al sistema y el correcto cumplimiento de las acciones de salud. A nivel Constitucional, su regulación se encuentra en el artículo 19 n°9, donde se establece el derecho a la protección de la salud, consagrando la libertad de sus titulares a elegir el sistema de salud al cual desean adherirse, sea este público o privado, para lo cual se establece una cotización obligatoria de un 7%.

En particular, el sistema de salud privado en Chile está dejado a las Instituciones de salud previsual o Isapres, las cuales funcionan como una especie de seguro individual regidos por los principios de libre contratación y autonomía de la voluntad, teniendo ellos en la práctica la capacidad de decidir si afiliarse o no a una determinada persona. El problema es que una vez que uno ingresa a una Isapre, las posibilidades de cambiarse al interior del sistema privado son escasas, siendo la movilidad al interior de él prácticamente nula. Lo anterior se produce básicamente en razón de las denominadas preexistencias en salud, es decir aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud existentes con anterioridad a la suscripción del contrato o incorporación del beneficiario (Superintendencia de Salud, 2019), las cuales funcionan como una especie de candado que te impide cambiarte o bien afiliarte a una, producto del alto costo que éstas implican para la Isapre.

El presente trabajo busca analizar la exigibilidad del derecho a la protección de la salud en el sistema privado y el derecho a la libre elección del mismo, desde el caso rol 71020/2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago y su apelación rol 5293/2018 de la Corte Suprema la cual declara ilegal la negativa de afiliación de María Pilar Iturrieta y su hija de 5 años a una Isapre producto de la declaración de una preexistencia médica. Para esto, se analizará en primer lugar la situación del derecho a la salud en Chile en lo relativo al acceso al sistema privado a la luz de los estándares internacionales en la materia, para luego revisar cómo se desarrolló este caso en los tribunales superiores de justicia y cuál fue la respuesta respecto a la tutela de este derecho. Finalmente se analizarán los desafíos que este fallo podría implicar para el sistema jurídico nacional.

Para esto, el trabajo se realizará a través de un análisis documental de la legislación existente, tanto a nivel nacional como los tratados internacionales y convenciones ratificadas por Chile en la materia. En particular respecto de la legislación nacional, es relevante estudiar la evolución que ha tenido en los últimos 15 años y la interpretación que han hecho los tribunales superiores de justicia y el Tribunal Constitucional de las normas asociadas al derecho a la salud y su exigibilidad. A nivel internacional es importante conocer qué es lo que los organismos internacionales sostienen respecto al derecho a la protección de salud, cuáles son sus dimensiones y aspectos a tutelar.

Lo anterior, permitirá tener un diagnóstico inicial del escenario en el cual se desarrolla el caso en cuestión, pudiendo analizar de manera íntegra sus efectos en cuanto a la exigibilidad del derecho a la protección de la salud en el sistema privado chileno. Para esto, será necesario revisar en profundidad cada una de las etapas del proceso tanto ante la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema, verificando el actuar de ambos tribunales, el comportamiento de los actores y los fundamentos para llegar a conclusiones opuestas en cada instancia.

2. ESTÁNDARES DEL DERECHO A LA LIBRE ELECCIÓN Y LA TUTELA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

2.1 Estándares internacionales del derecho a la salud

Cuando hablamos del derecho a la salud a nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), reconoce en su artículo 12.1 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Organización de las Naciones Unidas, 1966). En la misma línea, el protocolo de San Salvador en su artículo 10.1 establece que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (OEA, 1988a).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reconocido que se trata de un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos. Su contenido apunta a que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, apartado 118).

A su vez, el Comité del PIDESC interpreta el derecho a la salud “ como un derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.” (Comité PIDESC, 2000, parágrafo 9).

Así, las observaciones generales sobre el derecho a la salud son claras al expresar que no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino que incluye libertades y derechos. Dentro de las libertades está el derecho a controlar su salud y su cuerpo, no ser sometido a torturas ni tratamientos y experimentos médicos no consensuales, entre otros, mientras que entre los derechos se refieren a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud (Naciones Unidas, 2015a).

Bajo estos parámetros se debe analizar la regulación y protección del derecho a la salud en Chile, el cual está regulado por lo establecido en el artículo 19 n° 9 de la Constitución Política de la República de Chile, donde se consagra el derecho a la protección de la salud –y no el derecho a la salud– y los deberes del Estado para su cumplimiento.

Los orígenes de este derecho se posicionan más como un derecho prestacional de protección basado en libertad y autonomía que como un derecho social, en razón de la visión que tenía el constituyente de 1980 (Henríquez, 2012a). Así, en la Constitución se enfoca principalmente en las prestaciones que deben ser otorgadas y los deberes del Estado al respecto, ya que se establece que el Estado debe proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, las cuales son la promoción, protección, recuperación y rehabilitación del individuo. A su vez, se fijan como deberes del Estado la coordinación y control de estas acciones, siendo su deber preferente garantizar la ejecución de las acciones de salud. El que sea un deber preferente del Estado, implica que no es el único obligado a esto, sino que el principal, dando espacio para que convivan ambos sistemas: el público y el privado.

Bajo esta lógica, el constituyente define el rol del Estado como sólo de protección, dejando un amplio espacio para la iniciativa privada, posicionándose como un derecho prestacional de protección (Henríquez, 2012b). De esta forma se articula un sistema dual de protección de la salud en Chile, ya que en su inciso 4, se señala que las acciones de salud pueden ser prestadas a través de instituciones públicas o privadas, pudiendo la ley establecer cotizaciones obligatorias para su financiamiento, mientras que su inciso final estipula

que “cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”. Es por esto que en Chile se consagra un sistema de salud de carácter mixto y regulado, es decir compuesto por aseguradores y prestadores públicos y privados ambos dependientes del Ministerio de Salud (Valdivieso, 2000).

El principal problema que presenta la consagración del derecho a la protección de la salud, que al ser considerado un derecho prestacional más que social, no presenta mecanismos de exigibilidad directa ante los tribunales de justicia, en cuanto la acción destinada a este fin –la acción de protección– cuenta con un catálogo taxativo de derechos a tutelar, privilegiando los derechos individuales por sobre los derechos sociales en general y el derecho a la protección de la salud en particular, el cual solo está amparado en su inciso final relativo al derecho a elegir el sistema de salud al que acogerse³³.

Así, las recomendaciones para Chile en el marco de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), se enmarcan en que la formulación constitucional de los DESC en general no incluye a todos los derechos consagrados en el PIDESC y que además excluye de la aplicación del recurso de protección a buena parte de estos derechos (Cox, 2006, p. 19).

En contrapartida, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha reconocido que el derecho a la salud es un derecho autónomo y justiciable directamente, es decir se establecen obligaciones de exigibilidad inmediata, las cuales implican que los Estados deben adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminaciones a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, apartado 104). En cuanto al sujeto obligado y los deberes que este derecho impone, la Corte Interamericana ha entendido que cuando hablamos del derecho humano fundamental a la salud “la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, apartado 118).

Por lo que la labor de los tribunales superiores de justicia, ha sido complementar el contenido de ciertos derechos a través de los tratados internacionales. Para Henríquez (2010), las “Cortes de Apelaciones se han valido de los tratados internacionales para complementar el contenido de ciertos derechos constitucionales, principalmente los derechos sociales, como el derecho a la protección de la salud, estableciendo nuevas obligaciones de promoción y protección al Estado” (Henríquez, 2010, p. 760).

2.2 El derecho a libre elección y el sistema de salud privado

El inciso final del artículo 19 n°9, consagra la libertad de las personas de elegir el sub-sistema de salud al cual adherirse, este inciso ha sido entendido por la jurisprudencia como un derecho libertad propiamente tal, el cual le permite a la persona elegir libremente el sistema cual pertenecer, sin que esta elección afecte en lo absoluto las garantías y derechos de los afiliados a dicho sistema (Tribunal Constitucional, 2008, considerando 53°). Esta libertad debe ser complementada con lo establecido en el artículo 131 del DFL N° 1 de 2005, el cual establece “[e]l ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el

33 Sin perjuicio de lo anterior, la práctica jurisprudencial ha encontrado diversas fórmulas para tutelar los DESC en general y el derecho a la protección de la salud en particular, en lo que se ha llamado la tutela indirecta de los derechos sociales. La fórmula más utilizada ha sido la incorporación del contenido esencial del derecho a la salud en el contenido del derecho a la vida, la integridad física y psíquica, del artículo 19 n° 1, derecho que sí se encuentra amparado por la acción de protección en su integridad. Otra alternativa ha sido la propietarización de los derechos adquiridos a través de la suscripción contrato de salud con entidades privadas, o las acciones de protección en razón de la desigualdad de trato y discriminación a través del derecho de igualdad ante la ley del 19 n° 2 (Jordán, 2008).

libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse”.

La relevancia de esta dimensión del derecho a la protección de la salud, es que por un lado habilita la existencia de un sistema de salud privado y por otro es el único inciso exigible ante los tribunales de justicia mediante la acción de protección. Así, el derecho a la protección de la salud no cuenta con una acción directa para su tutela, salvo su inciso final, ya que lo que se garantiza no es el contenido mismo del derecho social, sino que los contenidos asociados a la libertad (Allard, Hennig, & Galdámez, 2016a)³⁴. De esta manera, este derecho se configura como uno de contenido complejo, es decir con dos esferas de contenido constitucional, por un lado, la libertad de las personas de autodeterminarse y elegir su sistema de salud ya sea público o privado, y por el otro el rol activo y prestacional del Estado, estableciendo una serie de deberes, en el otorgamiento de determinados bienes y servicios (Jordán, 2013a).

Es necesario tener presente que el derecho a la protección de la salud en cuanto a su provisión también fue objeto de una ola privatizadora durante la década de los 80’ –al igual que en otras materias de protección social como la educación o la previsión social–. Así se configuró un sistema a través de prestadores público y privados: el sistema público de salud se constituye por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), que opera como asegurador público, mediante una red de servicios regionales de salud, hospitales públicos y una red de consultorios de atención primaria, los que en general dependen de las municipalidades. En este sistema según datos de la encuesta CASEN de 2017, se encuentra afiliado un 78% de la población nacional (Ministerio de Desarrollo Social, 2017a). Por su parte, el sistema de salud privado está configurado a través de las Instituciones de Salud Previsional o Isapre, las cuales se articulan en base a una relación individual contractual y de seguro privado. En la actualidad existen 12 Isapres, con las que la ciudadanía puede elegir contratar (Superintendencia de salud, 2019), las cuales prestan servicio al 14,4% de la población nacional, lo que corresponde a 2.557.241 personas, a través de una red de prestadores privados (Ministerio de Desarrollo Social, 2017b).

Este último sistema, está regulado por la ley 18.933 que “Crea la superintendencia de instituciones de salud previsional y dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE” (en adelante Ley de ISAPRES), publicada el 9 de marzo de 1990, a días del retorno del país a la democracia. En ella se establece que el otorgamiento de las prestaciones se realiza previa suscripción de un contrato con la institución el cual es de carácter indefinido, en donde “las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento” (Congreso Nacional Ley 18.933, 1990, artículo 33), para posteriormente la ley establecer una serie de prestaciones mínimas y condiciones que el contrato debe comprender.

En la práctica el sistema privado de salud funciona a través de un acuerdo de voluntades entre la ISAPRE y la persona que se quiere afiliar, mediante un plan de salud, cuyas primas están determinadas en razón de edad, sexo y riesgo. Este contrato es pagado por la cotización obligatoria del 7%, la cual puede ser costeadada por el empleador o de manera independiente por el trabajador en caso de no contar con un contrato de trabajo. Por su parte, las Isapres están facultadas para recibir y administrar esta cotización, a través de las cuales financian prestaciones de salud y los beneficios, como el pago de licencias médicas (Con-

34 Cabe destacar que esto no es un hecho aislado en el ordenamiento constitucional del país. Lo mismo ocurre con el derecho a la educación y la libertad de los padres de elegir el establecimiento educacional de sus hijos y el derecho a la libertad de enseñanza, como el derecho de los privados para abrir establecimientos educacionales (Allard, Hennig, & Galdámez, 2016b), la libertad de contratación, etc.

greso Nacional Ley 18.933, 1990, artículo 21) debiendo mantener informado a sus afiliados respecto a los valores del contrato, modalidades y condiciones de otorgamiento (Congreso Nacional Ley 18.933, 1990, artículo 21 bis).

2.3 El derecho a la protección de la salud y su vinculación con el derecho a la seguridad social

Esta visión liberal e individual en base a la cual se articuló inicialmente el sistema de salud privado ha sufrido durante los últimos 15 años una serie de alteraciones, ocupando un espacio importante en la discusión de las políticas públicas y dando un giro en la forma de entender este derecho, reconociendo su carácter social y el deber del Estado en su resguardo. La regulación del derecho a la protección de la salud en el sub sistema de salud privado ha vivido un proceso de publicación, esto quiere decir que su regulación ya no está dejada exclusivamente al derecho privado y sus principios en el marco de un Estado subsidiario, sino que ahora también se le hacen aplicables estándares y principios propios del derecho público y de los tratados internacionales, estableciendo deberes para el Estado en su provisión, en cuanto el derecho a la protección a la salud es un derecho humano fundamental de carácter social, reconocido por la Constitución y los tratados internacionales en la materia.

El Protocolo de San Salvador, establece el compromiso de los Estados a reconocer la salud como un bien público, con el objetivo de hacer efectivo este derecho. Esto implica para cada uno de los Estados cumplir con una serie de obligaciones, entre las que destaca –para efectos de este trabajo – la extensión de beneficios de los servicios de salud a todos a los individuos sujetos a jurisdicción del Estado (OEA, 1988b). Para Salvioli (2004a), el que sea un bien público significa que los gobiernos no pueden desentenderse de la atención primaria y garantía del derecho a la salud de forma equitativa para todas las personas sujetas a sus jurisdicciones, sean estas otorgadas por prestadores públicos o privados.

El derecho a la salud en el ámbito internacional, establece tres tipos de obligaciones para el Estado: respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12 del PIDESC. Y por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud (Naciones Unidas, 2015b).

En ese escenario, el primer paso se produjo con la reforma de salud del año 2005, con la promulgación de la ley N° 19.966 que establece un régimen de garantías en salud (Ley GES), la cual incorpora el acceso universal a determinadas prestaciones médicas, calidad, oportunidad y protección financiera, tanto para el sistema público como privado. Debiendo cada Isapre incorporar estas prestaciones de manera obligatoria en los planes de salud de las personas.

El año 2010, se marcó el segundo hito de este proceso, con la declaración por parte del Tribunal Constitucional (TC), de la inconstitucionalidad de la tabla de factores para determinar los costos de los planes de Isapres (la cual previamente había sido declarada inaplicable en una serie de sentencias desde 2008), establecida en el artículo 38 ter de la ley de Isapres, argumentando que el contenido de la norma vulneraba el derecho a la protección de la salud, el cual, a juicio del TC, formaba parte de un sistema de seguridad social vinculado a la idea de no discriminación, dando así al Estado un rol preponderante en la tutela del derecho, donde la libertad de los privados no puede afectar la igualdad en el acceso y mantención del sistema privado.

Aquí el TC argumentó, que al momento de concebir una relación contractual entre la Isapre y su cotizante, ésta se encuentra amparada por la dignidad humana y por un resguardo constitucional, es por eso que el contenido de los contratos de salud es de orden público, ya que se encuentran directamente vinculado con un derecho fundamental como lo es el derecho a la protección de la salud (TC, 2010a, considerando 88^o). Esto daría un giro en la forma de entender el derecho a la protección de la salud pasando de un sistema de índole “individual-contractual” a uno “social” (Jordán, 2013b, p. 334). Se reconoce que “el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro tiene asegurada, por ley una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público” (TC, 2010b, considerando 154^o).

De esta forma, el principal aporte de esta sentencia radica básicamente en lo que a partir de ella entendemos por derecho a la protección de la salud, relativizando la idea de subsidiariedad del Estado y cediendo ante los valores constitucionales de orden público (Bassa, 2015a). En materia de derechos sociales los particulares se encuentran obligados a respetar y promover los derechos fundamentales que se satisfacen mediante sus prestaciones, limitando así la libertad empresarial y de contratación de las Isapres (Bassa, 2015b). Es decir, el derecho a la protección de la salud desde la sentencia se define como de carácter prestacional y social, donde confluyen en su satisfacción tanto el Estado como los particulares (Henríquez, 2012c).

El que se incorpore en un sistema de seguridad social, implica que los principios asociados a este sistema se hacen extensivos al sistema de salud y que la interpretación de ambos derechos debe realizarse de manera interconectada. Desde el ámbito internacional la seguridad social se entiende como el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales sin discriminación (Naciones Unidas, 2013a, p. 9), las cuales deben incluir un sistema de planes no contributivos³⁵, en razón de que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro privado. Ambos sistemas deben cumplir con los elementos del derecho a la seguridad social y ser protegido por el Estado (Comité de DESC, 2008b, p.2). Así, el “piso de protección social”, se basa en el derecho de toda persona a la seguridad social y a un nivel de vida básico que garantice su salud y bienestar, mediante el cual pretende garantizar la seguridad de ingresos básicos en forma de pensiones de vejez y discapacidad y el acceso universal a los servicios esenciales de salud, definidos según las prioridades de cada Estado (Naciones Unidas, 2013b, p. 10). De este modo los estándares internacionales de seguridad social se vinculan con los conceptos de disponibilidad, accesibilidad, asequibilidad y adecuación, los cuales deben cubrirse de manera progresiva por los Estados (Comité de DESC, 2008c, p. 4-5).

Para el TC los principios del derecho a la seguridad social a nivel nacional, si bien no están expresos en el texto constitucional, se entienden incorporados en su contenido esencial y serían los principios de solidaridad, universalidad, igualdad, suficiencia y unidad o uniformidad (TC, 2010c, considerando 131^o)³⁶. Por lo que el rol del Estado, es garantizar el

35 El Comité de DESC ha entendido por sistema no contributivo, aquellos como los universales proveen servicios para todos aquellos que experimentan un riesgo o contingencia en particular, o como los sistemas de asistencia social donde los beneficios son recibidos por aquellos en situación de necesidad. Estos sistemas se posicionan en contraposición a los seguros privados (Comité de DESC, 2008a, p. 2).

36 El razonamiento del TC en la materia se vincula con el aumento del valor de los planes de la Isapres producto del envejecimiento natural de las personas, la cual es una contingencia amparada por la seguridad social. Estas alza implicarían un impedimento para ejercer el derecho a elegir el sistema de salud y a la seguridad social, “por lo que el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de los beneficiarios del respectivo plan es constitucionalmente inaceptable” (Tribunal Constitucional, 2008, considerando 77^o y 78^o).

goce de ambos derechos, sea que se preste por instituciones públicas o privadas, siendo el deber del Estado respecto de los privados coordinar y controlar las prestaciones de salud y en seguridad social supervigilar el sistema (TC, 2010d, considerando 135°).

Para el Protocolo de San Salvador, el derecho a la seguridad social aparece con una triple dimensión, siendo una de ellas su posicionamiento como una herramienta indispensable para el ejercicio de otros derechos, como la salud (Salvioli, 2004b, pág. 116). De este modo, bajo los ojos del artículo 9 y 10 del Protocolo de San Salvador el derecho a la seguridad social cubre esferas del derecho a la salud, siendo derechos interrelacionados y debiendo la regulación nacional adecuarse a estos estándares. Por lo que ambos derechos se encuentran íntimamente relacionados a la hora de su protección, debiendo realizar una interpretación conjunta de ambos y los deberes impuestos para el Estado en cada uno de ellos.

El TC ha señalado que el deber de los particulares y de las instituciones privadas respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad humana cobra relevancia en el caso de aquellas instituciones que la Constitución les ha reconocido, en el marco del principio de subsidiariedad, la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos mismos. Y enfatiza el TC que “[t]al es, exactamente, lo que sucede con las instituciones de salud previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la seguridad social, así como a la protección de la salud, consagrados en el artículo 19, N° 9 y 18, respectivamente” (TC, 2008, considerando 37° al 40°).

Es por esto, que a juicio de Bassa, la actividad de las Isapres se encuentra condicionada por la dimensión del valor protegido y por eso el efecto de irradiación afecta también a los contratos privados de salud (Bassa, 2015c), pasando a ser contratos irradiados por la Constitución y por las normas propias del derecho público.

2.4 Las preexistencias en salud como restricciones a la libre elección

En septiembre de 2017, María Pilar Iturrieta Cuevas, tomó contacto con tres ejecutivos comerciales de tres diferentes Isapres (Banmédica, Consalud y Cruz Blanca), con el objeto de afiliarse a alguna de ellas, junto con su hija de 5 años en calidad de beneficiaria y carga legal, quien adolece de una preexistencia médica, en cuanto nació con fisura labiopalatina unilateral, una malformación congénita, la cual fue informada en la Declaración Personal de Salud (DPS), proporcionando los informes médicos de la menor y dejando constancia del diagnóstico y posibles tratamientos.

Acorde a la ley de Isapres, se establece como una restricción a la cobertura la preexistencia declarada (Congreso Nacional, 1990, artículo 33), entendiéndose por preexistencia en salud aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud existentes con anterioridad a la suscripción del contrato o incorporación del beneficiario (Superintendencia de Salud, 2019), las cuales deben ser debidamente registradas en la DPS realizada con anterioridad a la suscripción del contrato y que tendrán una cobertura inferior (Congreso Nacional, 1990, artículo 33). Es decir, acorde a la ley una persona con una preexistencia médica que ingresa a una Isapre tendrá una menor cobertura respecto a esta enfermedad, patología o condición de salud, siendo éstas una limitante al momento de contratar, la cual debe ser debidamente informada previa firma del contrato.

La DPS está regulada en parte por la Circular IF/160 del 3 de noviembre de 2011, que imparte instrucciones sobre los antecedentes que pueden evaluar las Isapres respecto de una persona que solicita un contrato de salud. En ella se establece que estas instituciones pueden evaluar al momento de la suscripción del contrato de salud el riesgo individual de salud de esa persona y sus beneficiarios o cargas legales, utilizando para ello la DPS, como

única fuente. Agrega esta circular, que se podrá negar fundadamente la afiliación en razón de esta evaluación (Superintendencia de salud, 2011, p. 2). La Corte de Apelaciones de Valdivia reconoce que esta circular pone énfasis en la libertad contractual, pero en el marco de las instituciones que participan de un sistema de seguridad social, ya que se encuentran autorizadas por la Constitución y las leyes a percibir la cotización obligatoria (Corte de Apelaciones de Valdivia, 2015, considerando 3°).

De este modo, las preexistencias en salud se posicionan como una limitante del sistema de salud privado, dado que una vez que una persona ingresaba en una Isapre la posibilidad de movilidad dentro del mismo sistema es sumamente baja, en razón de que el surgimiento de nuevas patologías, propias del transcurso del tiempo, aumentarían el riesgo de esta persona y su costo asociado para la Institución de salud privada, por lo que se negaría a contratar.

Sin embargo, es importante tener algo presente, la ley también es clara en el sentido de que las preexistencias no son causales para que una persona no pueda afiliarse a una Isapre, sino constituyen únicamente a una restricción a la contratación, la cual debe quedar de manifiesto en la DPS y posteriormente en el contrato. Es más, acorde a la ley, la existencia de una preexistencia no declarada ni siquiera constituye causal para un término adelantado del contrato, sino que es únicamente una menor cobertura respecto a esa enfermedad o patología no informada debidamente.

3. ITURRIETA V/S ISAPRE BANMÉDICA, CONSALUD Y CRUZ BLANCA: LAS PREEXISTENCIAS COMO OBSTÁCULOS PARA INGRESAR AL SISTEMA DE SALUD PRIVADO

El desarrollo del caso Iturrieta con estas 3 Isapres se desarrolló en un período de poco más de un año (desde septiembre de 2017 a octubre de 2018). La primera solicitud se presentó ante la Isapre Consalud el 13 de septiembre de 2017, la cual fue rechazada, siendo ésta informada por vía telefónica a la requirente, indicando únicamente que constituiría un alto riesgo para la Isapre, sin entregar información adicional respecto a qué constituiría ese alto riesgo. Ante esta situación María Pilar Iturrieta, tras acudir presencialmente a la Isapre a consultar los motivos y tras indicaciones del jefe de la sucursal, solicitó por escrito una reconsideración de la negativa a la gerencia general de la Isapre, requiriendo que se le indicaran las razones y las circunstancias que configurarían el alto riesgo indicado por la Isapre, ya que no tenía claridad de los motivos del rechazo (Rol 71020, 2017, pp. 3-4), sin que tuviera respuesta a la fecha de presentación de la acción.

En segundo lugar, y tras la negativa de la Isapre Consalud, se dirigió a la Isapre Banmédica, la cual nuevamente manifestó su rechazo vía telefónica y sin expresión de mayores fundamentos, tras la presentación de toda la documentación requerida. Producto de lo anterior, la Señorita Iturrieta, tomó contacto con la supervisora, quien le indicó que se le informaría los motivos por escrito en un plazo máximo de 60 días (Rol 71020, 2017, pp. 5-6).

Finalmente, acudió a la Isapre Cruz Blanca, la cual le solicitó de manera adicional a la información proporcionada informes sobre las cirugías pendientes, para con posterioridad informarle el rechazo de la solicitud por parte de la Contraloría médica de la Isapre sin indicar motivo alguno, señalándole, al igual que la Isapre Consalud, que se emitiría una resolución donde se explicaría los motivos del rechazo, de la cual no se tuvo noticia previa interposición de la acción (Rol 71.020, 2017, pp. 6-7).

En ese escenario y tras la negativa de afiliación de las 3 instituciones, sin proporcionarle ningún tipo de fundamento, se presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, basándose principalmente en que la negativa de las instituciones

de salud privada afectaría la libertad de elegir el sistema de salud al que desean adherirse, derecho establecido en el artículo 19 N° 9 de la Constitución, así como también el derecho a la integridad física y psíquica del numeral 1 y el derecho a la igualdad ante la ley del 19 N°2, todos de la Constitución Política de la República.

Señala que el hecho sería arbitrario en cuanto carece de fundamentación e ilegal por cuanto la ley, no establece a la preexistencia como una causal que habilite a la Isapre a no contratar, sino que la fija únicamente como una restricción, ante la cual hay que evaluar el riesgo y ofrecer un plan de salud acorde (Rol 71.020, 2017, p. 13).

Cabe destacar que el plazo de interposición del recurso de protección es de 30 días corridos, desde que ocurrió el acto u omisión que privó, perturbó o amenazó el derecho fundamental, por lo que era incompatible con la presentación de dicha acción la espera de la respuesta de las instituciones privadas. Ya que además no existe regulación alguna que las obligue a proporcionar respuesta a la negativa de la solicitud de afiliación en un plazo determinado.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA ISAPRES VERSUS EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA LIBERTAD DE ELEGIR EL SISTEMA

La causa fue conocida por la Corte de Apelaciones de Santiago en primera instancia y en segunda, a raíz de una apelación presentada por la requirente, por la Corte Suprema. Los resultados de ambos fueron opuestos. Mientras la Corte de Apelaciones privilegió la autonomía de la voluntad y la libre contratación de las Isapres resguardando la visión individual del modelo y amparándose en la evaluación del riesgo de las DSP, la Corte Suprema veló por un enfoque de derechos fundamentales y colectivo, reforzando la visión que ya se había establecido en 2010, con la sentencia del TC en la causa 1.710, en el sentido que los contratos que se suscriben con las Isapres no son meramente de derecho privado sino que forman parte de un sistema de seguridad social y de orden público, irradiados por la Constitución.

4.1 El rechazo de la Corte de Apelaciones de Santiago, la preminencia de la autonomía de la voluntad y la evaluación del riesgo de la Isapres

Tras la presentación de la acción, las Isapres argumentaron –por separado y ya durante el desarrollo del litigio a través de cada uno de sus informes– que la negativa se debió al riesgo individual evaluado y la necesidad a mediano plazo de una intervención para la menor, lo cual fue declarado por la requirente en la DPS. Señalan que ellas son libres de determinar a quienes desean afiliar o no, en cuanto se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y que el contrato de Isapres es un contrato de carácter dirigido (Corte de Apelaciones de Santiago, 2017, considerando 2°, 3° y 4°). Adicionalmente, señalaron que las respuestas a la solicitud de la requirente habían sido emitidas y enviadas, sin embargo, en una fecha posterior a la prestación de la acción.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo en primera instancia de la acción en cuestión la rechaza, indicando que el acto no aparece como arbitrario ni ilegal, en cuanto se basa en el ejercicio legítimo de un derecho como lo es la autonomía de la voluntad y los principios de la contratación privada, tal y como lo habían señalado las Isapres. A la vista de la Corte de Apelaciones de Santiago, la DPS es un elemento esencial para la Isapre a la hora de decidir si desea o no contratar con una persona, ya que permite determinar los costos

que la afiliación de una persona conllevará para la institución aseguradora (Corte de Apelaciones de Santiago, 2017, considerando 8°).

Así, se señala que “la decisión de las recurridas ha sido oportuna, con fundamento suficiente y basada en lo que expresamente les faculta el ordenamiento jurídico en la normativa legal ya referida, todo lo cual hace excluir una ilegalidad o una arbitrariedad en ella, lo que conduce necesariamente al rechazo de la presente acción” (Corte de Apelaciones de Santiago, 2017, considerando 9°).

El alto riesgo que constituiría la preexistencia de la menor, a ojos de la Corte de Apelaciones de Santiago, habilitaría a las Isapres a negar su afiliación, ya que esta situación conllevaría para ellos altos costos, en cuanto que se requieren consultas médicas, exámenes específicos, cirugías, hospitalizaciones y tratamientos multidisciplinarios que requiere la patología, estando esta hipótesis amparada por la ley y no en un mero capricho o voluntad de la Isapres (Corte de Apelaciones de Santiago, 2017, considerando 8° y 9°)³⁷.

Por último, la Corte de Apelaciones de Santiago agrega un argumento de forma para desechar la acción, en cuanto indica que las 3 Isapres fueron igualmente recurridas, por lo que, de acogerse la acción no se sabría a cuál de las 3 ordenar la afiliación de la afectada y su hija, ya que no existiría en el recurso un orden de prelación de las mismas, debiendo haberse solicitado en lo principal para una de ellas y las otras como subsidiarias (Corte de Apelaciones de Santiago, 2017, considerando 11°). Por lo que la Corte, de acoger la acción no sabría a cuál de las 3 instituciones mandar la afiliación de la recurrida, concluyendo así que la Corte no se encuentra facultada para “ordenar y obligar a alguna de las recurridas a que acepten la solicitud de ingreso y posterior afiliación de la actora” (Corte de Apelaciones de Santiago, 2017, considerando 11°).

El rechazo por parte de la Corte de Apelaciones de la acción, da cuenta de una primacía de una visión liberal del derecho, donde basándose en la autonomía de la voluntad y el riesgo individual, era posible rechazar la solicitud de afiliación de una persona al sistema privado de salud, siendo esto, a juicio de la Corte de Apelaciones, legal y no arbitrario.

4.2 Los contratos de salud como contratos de orden público irradiados por la Constitución y limitados por el contenido del derecho a la protección de la salud

En contraposición a lo establecido por la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema conociendo de la apelación de la causa, opta por acoger la acción de protección en un fallo dividido.

La Corte Suprema, a diferencia de lo que hace la Corte de Apelaciones, pone el énfasis no en la libertad de la Isapre de contratar, sino que en la libertad de las personas de elegir el sistema al que adherirse y el contenido esencial de este derecho constitucional. Esta mirada indica que la elección del sistema de salud privado, reconocido en el 19 N° 9 se materializa en un contrato de salud, por lo que la libertad de contratación se encuentra limitada

37 Esta visión había aparecido ya en fallos previos de los tribunales superiores de justicia. La Corte Suprema había reconocido en 2015 que tanto las Isapres como las personas tenían la facultad de evaluar la posibilidad de contratar, de modo que mientras el afiliado analiza la cobertura ofrecida y el precio, la Institución analiza el riesgo existente al contratar (Corte Suprema, 2015, considerando 12°). Así, las Isapres “cuentan con la facultad de decidir si aceptan o no la oferta de afiliación efectuada por el particular, siempre y cuando el rechazo encuentre su fundamento en el riesgo individual de salud de esa persona y sus beneficiarios, información que sólo pueden obtener por medio de la declaración de salud” (Corte Suprema, 2015, considerando 4°). De este modo, se entendía que no se podía obligar a las Isapres a contratar con una determinada persona, en razón de la primacía de la libertad contractual y que de hacer el contrato sería nulo acorde a las normas del derecho civil.

por la esencia del derecho constitucional a elegir libremente el sistema de salud, por lo cual no podría privarse a una persona en base al riesgo individual financiero que representaría la afiliación (Corte Suprema, 2018, considerando 8°), descartando así el argumento presu- puestario que había presentado la Corte de Apelaciones, en el sentido de que el alto costo que implica para la institución de salud privada una persona con preexistencia no puede ser límite al ejercicio del derecho fundamental.

De este modo si las tres instituciones privadas rechazan las solicitudes de afiliación en razón del riesgo individual, no se estaría cumpliendo con lo establecido por la Constitu- ción en cuanto no existiría libertad alguna para elegir el sistema de salud al que adherirse, vulnerando el derecho fundamental y forzándola a acudir al sistema de salud público. Las personas deben poder elegir a que institución afiliarse, sea pública o privada, por lo que al tener 3 negativas consecutivas de parte de Isapres se está vulnerando el contenido esencial del derecho a la libre elección.

Si lo anterior lo analizamos bajo los estándares internacionales respecto al derecho a la salud, cabe destacar que se considera como un elemento esencial de este derecho la accesibilidad a los establecimientos, bienes y servicios de salud, la cual se debe realizar sin discriminación alguna (Naciones Unidas, 2015c). En ese sentido, se señala que “los estableci- mientos, bienes y servicios 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” (Naciones Unidas, 2015d, p. 36). Por lo tanto, lo que se requiere es que el acceso a las prestaciones y servicios básicos de salud sea igualitario y oportuno (Naciones Unidas, 2015e), por lo que negativa a afiliarse a una Isapre, está afectando el acceso de las recurrentes a los establecimientos médicos, generando un acto discriminatorio en razón de la preexistencia médica y su costo.

En consecuencia, la negativa de las tres Isapre es una privación de poder ejercer legítimamente el derecho constitucional a elegir libremente el sistema al que desea adscribirse ya que se está privando a la persona de decidir libremente con que institu- ción contratar. Lo anterior sería ilegal en cuanto contraviene lo establecido en el artículo 131 del DFL N° 1 de 2005, antes mencionado, lo que a juicio de la Corte Suprema afecta simultáneamente el derecho constitucional del 19 N° 9 (Corte Suprema, 2018, conside- rando 9°).

En cuanto al problema formal que había puesto de manifiesto el fallo de la Corte de Apelaciones, respecto a cuál de las Isapres se le fijaría el deber de afiliarse a la requiren- te si se acogiera la acción, la Corte Suprema indica que lo deberá hacer la última insti- tución a la cual se habría requerido, es decir la Isapre Consalud S.A., “por cuanto se debe entender a estos efectos que al tratarse de la última de las peticiones de incorporación es la única manifestación de voluntad en tal sentido que no se ve dejada sin efecto por otra posterior y que, por ende, se encuentra actualmente vigente” (Corte Suprema, 2018, considerando 10°), salvando así el punto y ordenando la afiliación inmediata de la requirente y su hija.

De este modo, la Corte Suprema fija un precedente inédito en materia de pro- tección a la salud en el sistema privado y en particular respecto al estándar de la pre- existencia para afiliarse a una ISAPRE, rompiendo el esquema establecido hasta la fecha y viendo el contrato con la Isapres como de carácter social y público. Lo resuelto por el máximo tribunal del país amplía la exigibilidad del derecho a la protección de la salud y abre una nueva ventana para su justiciabilidad, considerando que este inciso es el único amparado por el recurso de protección. La negativa de afiliarse a una Isapre producto de una preexistencia estaría afectando el contenido esencial del derecho a la protección de la salud directamente, en cuanto no habría libertad alguna de elegir el sistema de salud al cual desea adherirse.

5. **LOS DESAFÍOS PENDIENTES: LA NECESIDAD DE UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA EN EL ACCESO AL SISTEMA DE SALUD PRIVADA Y LOS EFECTOS DE LA EVENTUAL MOVILIDAD DEL SISTEMA**

El fallo de la Corte Suprema trae consigo una serie de consecuencias que son importante de analizar. El reconocimiento de que los contratos de salud privados se encuentran irradiados por la Constitución y que la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación se encuentran limitadas por el contenido esencial del derecho a la protección de la salud, añaden otro elemento al cambio de visión sobre el derecho a la protección de la salud en el subsistema privado, fijando un precedente inédito en nuestro ordenamiento constitucional. Cabe destacar que desde la entrada en vigor del sistema de salud privado las reformas legales que ha tenido han sido escasas y no han logrado tocar el núcleo del sistema proveniente de dictadura. Es por esto que la labor realizada por los tribunales de justicia durante los últimos años ha sido tan relevante, porque ha logrado adecuar la exigibilidad de este derecho a los desafíos sociales actuales.

Sin embargo, para que esto tenga impacto y sea realmente un caso que marque la diferencia en la forma de entender el acceso al sistema de salud privado y se cumplan con los estándares de la seguridad social es necesario que se den ciertas variables.

Ante esto, existen dos posibles escenarios tras la dictación de esta sentencia:

En primer lugar, si bien el fallo es algo novedoso, como toda sentencia judicial solo tiene efecto inter partes, por lo que lo más probable es que las Isapres no cambien su forma de determinar a qué personas afiliar, manteniéndose el supuesto de rechazo en caso de preexistencia. Así, solo afiliaría a aquellas personas con preexistencias médicas que acudan a tribunales a exigir su incorporación. Esto se produce porque en términos económicos para una Isapre es más conveniente judicializar los casos que asumir los costos de una persona con un alto factor de riesgo, como lo serían las personas con preexistencia.

Sin embargo, es necesario ser cauto respecto a las implicaciones que la replicabilidad de estos casos puede tener para el sistema judicial. Es importante tener presente que la eliminación de la tabla de factores el año 2010, a través de la sentencia que declaro inconstitucional el artículo 38 ter de la ley de Isapres antes mencionado (STC 1.710/2010), trajo como consecuencia judicialización de las alzas de los planes de estas instituciones. De este modo, estas causas han colmado la labor de las Cortes de Apelaciones durante los últimos 9 años. Según datos de la Cuenta Pública de la Corte Suprema de 2019, las acciones de protección contra las Isapres superaron las 18.000 durante el año 2018, quedando aún 3.000 de ellas pendientes de resolver (Corte Suprema, 2019). El rechazo por parte de la Corte Suprema de las preexistencias como elemento de negativa para la afiliación a una Isapre podría tener en cierta medida un efecto similar, colmando aún más el sistema judicial.

Ante esto, si ocurriese este escenario, al poder judicial no tendrá otra alternativa que hacerse cargo de la judicialización, velando por los derechos de las personas con preexistencia y relevando el problema para que el poder legislativo genere una nueva regulación. Para esto, necesario que este fallo logre irradiar la labor de los tribunales de justicia del país, de modo tal que no sea un hecho aislado dentro de nuestro ordenamiento jurídico sino una constante que dé certeza a los ciudadanos respecto a sus derechos, considerando que en Chile las sentencias de los tribunales no son vinculantes.

Las preexistencias médicas no pueden ser una barrera de acceso o de movilidad al interior del sistema de salud privado, ya que esto afecta el derecho constitucional a la libre elección del sistema de salud al que deseen adherirse. En esta línea el TC ha reconocido que el derecho a la libre elección no se aplica únicamente a la hora de contratar, ya que ambos sistemas –público y privado– se validan en la medida que subsista,

durante el contrato, el derecho a la libre elección sea para perseverar en él, ponerle término, cambiar de Isapre o trasladarse del sistema privado al público o viceversa” (TC, 2007, considerando 74°).

Esta visión amplia del derecho a la libre elección debe ser complementada con el fallo de la Corte Suprema. De esta forma la libre elección abarca el derecho no solo a ingresar a un sistema, sino también a moverse entre ellos, cambiándose tanto desde el sistema público al privado, como al interior de éste, moviéndose de una Isapre a otra, por lo que si eliminamos la barrera de la preexistencia es posible que exista movilidad dentro de un sistema que hasta la fecha era prácticamente estático y rígido.

El segundo escenario, es que se logre fijar una solución definitiva en el corto plazo, adoptando medidas de fondo que impliquen un rediseño del sistema de salud privado. Esto es un desafío político, el cual requiere que el poder ejecutivo y legislativo asuman este problema y brinden una solución definitiva que permita el acceso directo a este derecho sin tener que acudir previamente a tribunales, considerando los costos y complejidades que este tipo de medidas pueden implicar para el sistema de salud privado.

Se requiere de reformas que incorporen la solidaridad al sistema de salud privado, para esto es necesario un rediseño acabado, que permita lidiar con esta forma de entender el derecho a la protección de la salud, ya no como contratos entre particulares y regidos por la libre contratación, sino que como contratos de orden público, irradiados por la Constitución y que forman parte de un sistema de seguridad social, haciéndosele aplicable sus principios.

Esto, en términos prácticos se traduce en un sistema que permita la movilidad sin perjuicio de las preexistencias o el riesgo que implique, ya que el ordenamiento jurídico nacional no puede tolerar que una persona no cuente con protección sanitaria únicamente por tener alguna preexistencia, forzándola a permanecer en una Isapre determinada o en el sistema público de salud. Lo anterior afectaría directamente el acceso al derecho constitucional e incumpliría con los deberes del Estado y los estándares internacionales en la materia.

Esto de alguna u otra forma esto ha incido en la agenda pública nacional. El 22 de abril de este año el Presidente Sebastián Piñera, presentó un proyecto de ley de reforma integral a la salud. Entre uno de los puntos a modificar se establece la eliminación de las preexistencias y las DSP, buscando así, que las Isapres ofrezcan su plan a todos los afiliados que lo soliciten (Ministerio de Salud, 2019). A su vez se establece la creación de un Plan de Salud Universal (PSU), la incorporación de mecanismos de compensación de riesgos entre los afiliados, con el objetivo de consagrar la libre movilidad entre los sistemas incorporando hasta cierto punto la solidaridad y la incorporación de un mecanismo de ingreso (Plan Nuevo Asegurado) (MINSAL, 2019).

Habría que analizar cómo avanza este proyecto y cuáles serán sus posibles impactos en el sistema, para definir por cuál de los caminos se optó y qué tan integral ha sido esta reforma para la exigibilidad del derecho a la protección de la salud.

6. CONCLUSIONES

El fallo del rol 5293/2018 de la Corte Suprema genera un precedente inédito en la forma de entender el derecho a elegir el sistema de salud al cual adherirse consagrado en el artículo 19 n° 9 de la Constitución Política. Para la Corte este derecho limita la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad de las Isapres, en cuanto se posicionan como contratos de orden público, irradiados por la Constitución y limitados por el contenido esencial de derecho a la protección de la salud. Esta sentencia lo que hace es posicionar este

derecho como un derecho social y prestacional, dejando de lado la visión individual contractual del mismo. Es por esto, que las preexistencias médicas no pueden ser un obstáculo para su ejercicio, debiendo afiliarse a la recurrente y a su hija, sin posibilidad de negarse en base a la evaluación del riesgo.

Esto implica una garantía que debiese extenderse para todas las personas, en cuanto se facilita el acceso y la movilidad del sistema de salud privado, eliminando su principal barrera de ingreso. Sin embargo, hay que tener presente que es necesario esperar para evaluar realmente el impacto de esta sentencia, ya que se requiere de una solución definitiva por parte de las autoridades, la cual permita garantizar de manera permanente la exigibilidad de este derecho, evitando una nueva judicialización del sistema de salud privada.

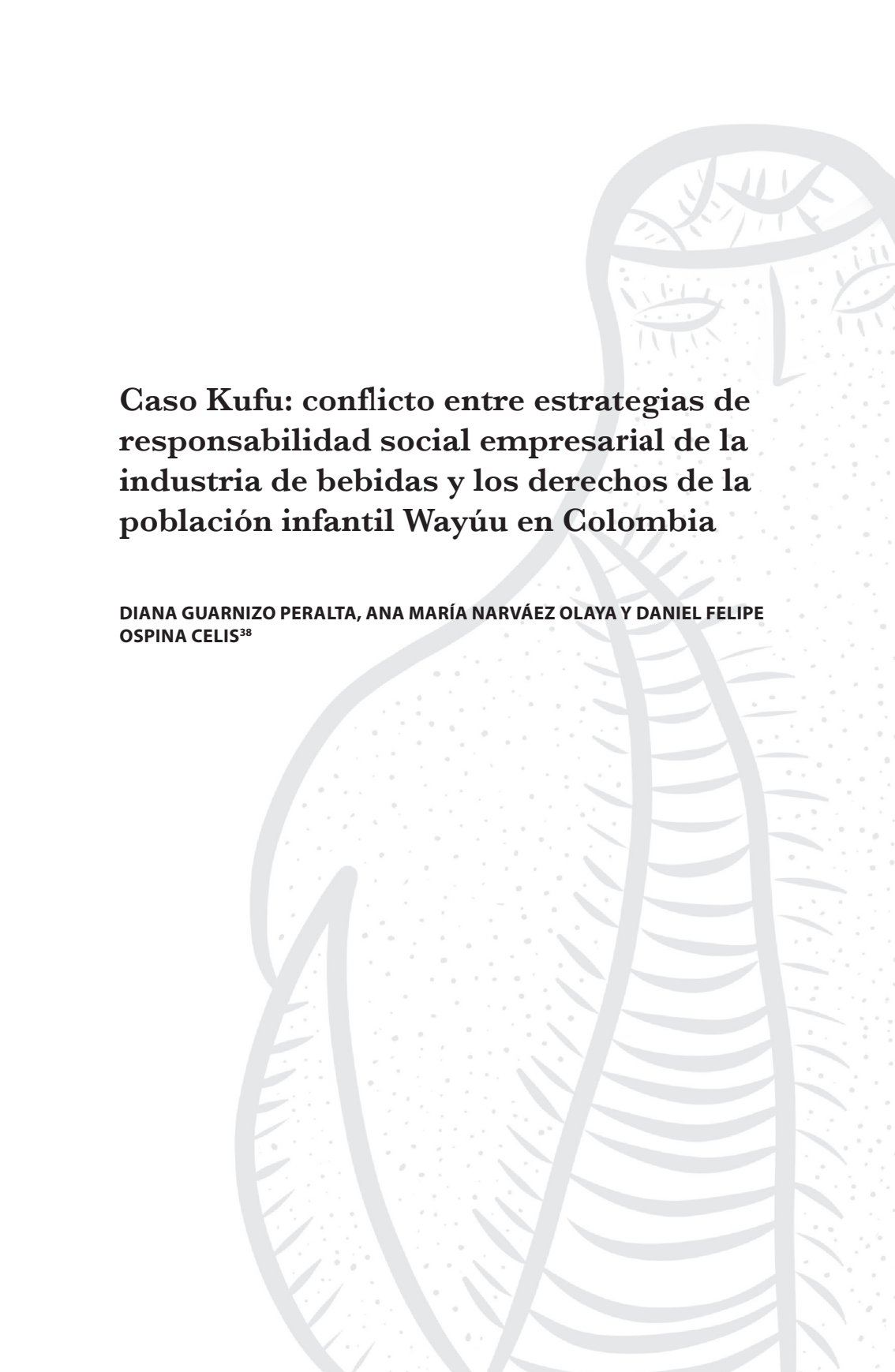
Si bien este es un paso importante en materia de acceso y satisfacción del derecho a la protección de la salud —el cual ha ido evolucionando durante los últimos 15 años—, se requiere de modificaciones más profundas en el marco de un sistema de seguridad social. De este modo se logrará satisfacer los estándares internacionales, permitiendo que el sistema esté disponible y sea accesible para todas las personas, pudiendo hacer uso de sus beneficios y dando cobertura a las contingencias. Todo esto, sin discriminación ni exclusión en razón del riesgo o el alto costo que una persona puede significar o no para el sistema.

De todas formas, esta sentencia logra fijar un precedente fundamental en la interpretación que ha realizado el TC y la Corte Suprema sobre el derecho a la protección de la salud como un derecho social y prestacional, y cuyo contenido en el ámbito privado no está dejado íntegramente a la libertad de los particulares, sino que está amparado directamente por la Constitución y por los estándares internacionales en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLARD, R., Hennig, M., & Galdámez, L. (2016). El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario. *Estudios constitucionales*, año 14 N° 1, 95138.
- BASSA, J. (2015). Mutuación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 1, 215-244.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CIDH,2018). Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (CDESC, 2008). Observación general N° 19.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (CESCR, 2000). Observación General N° 14, parágrafo 9. Ginebra. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, 22° período de sesiones.
- CONGRESO NACIONAL DE CHILE. (9 de marzo de 1990). Crea instituciones de salud previsual, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y derogó decreto con fuerza de ley n°3, de salud, de 1981. [Ley N° 18.933 de 1990]. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional.
- CORTE APELACIONES SANTIAGO. (2017). Rol N° 71.020. Santiago.
- CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA. (2015). Rol 1111. Valdivia.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. (13 de noviembre de 2017). Causa rol 71.020 -2017. Acción de protección, Iturrieta/Isapre Cruz Blanca S.A.
- CORTE SUPREMA. (2015). Rol 25.123. Santiago.
- CORTE SUPREMA. (2018). Sentencia Rol N° 5.293. Santiago.
- CORTE SUPREMA. (2019). Cuenta pública Presidencia Corte Suprema. Santiago: Poder Judicial.
- COX, S. (2006). DDHH-DESC en Chile: realidades y desafíos. Santiago: FORJA.
- DRAGO, M. (2006). La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos. Santiago: CEPAL.
- FIGUEROA, R. (2013). El derecho a la salud. *Estudios constitucionales volumen 11*, n° 2, 283-332.
- HENRÍQUEZ, M. (2010). Análisis jurisprudencial de la aplicación de los Tratados de Derechos Humana-

- nos en recursos de protección (1989-2010). Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 2, 745-762.
- HENRÍQUEZ, M. (2012). Derecho a la protección de la salud. En G. Aguilar, Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Orden Constitucional Chileno (págs. 433-447). Santiago: Librotecnia.
 - JORDÁN, T. (2008). La protección de los derechos sociales: Modelos comparados de tutela jurisprudencial en España y Chile. Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
 - JORDÁN, T. (2013). "El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el sub-sistema privado de salud. Estudios constitucionales vol.11 Nº1, 333-380.
 - MINISTERIO de Desarrollo Social. (2017). Encuesta CASEN. Chile: Ministerio de desarrollo social.
 - MINISTERIO de Salud. (21 de mayo de 2019). Ministerio de Salud. Obtenido de <https://www.minsal.cl/presidente-pinera-presento-la-reforma-integral-al-sistema-de-salud/>
 - NACIONES UNIDAS. (2013). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra: Consejo Económico y social.
 - NACIONES UNIDAS. (2015). Estándares internacionales sobre el derecho a la salud en el sistema de Naciones Unidas. Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
 - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (OMS05 de febrero de 2019). Organización Mundial de la Salud. Obtenido de https://www.who.int/dietphysicalactivity/factsheet_olderadults/es/
 - ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (1966). Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
 - PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR" (1988). San Salvador: Asamblea General de la OEA.
 - SALVIOLI, F. (2004). La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. Revista IIDH, Vol. 39, 101-167.
 - SUPERINTENDENCIA DE SALUD. (26 de marzo de 2019). Orientación en salud. Obtenido de <http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-propertyvalue-3982.html>
 - SUPERINTENDENCIA DE SALUD. (2011). Circular IF/160: Imparte instrucciones sobre los antecedentes que pueden evaluar las isapres respecto de una persona que solicita un contrato de salud. Santiago.SUPERINTENDENCIA DE SALUD. (25 de mayo de 2019). Directorio de Isapres. Obtenido de <http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-article-2528.html>
 - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2010). Sentencia Rol Nº 1.710. Santiago.
 - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2007). Sentencia Rol Nº 976. Santiago.
 - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2008). Sentencia Rol Nº 1.273. Santiago.
 - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2008). Sentencia Rol Nº 1.287. Santiago.
 - VALDIVIESO, V. (2000). La reforma de salud en Chile y el rol de las facultades de Medicina: un intento.



Caso Kufu: conflicto entre estrategias de responsabilidad social empresarial de la industria de bebidas y los derechos de la población infantil Wayúu en Colombia

DIANA GUARNIZO PERALTA, ANA MARÍA NARVÁEZ OLAYA Y DANIEL FELIPE OSPINA CELIS³⁸

RESUMEN

Esta investigación pretende documentar el “Caso Kufu”, una disputa emblemática en Colombia sobre el derecho a la alimentación adecuada y a la salud de la población infantil indígena Wayúu, frente a estrategias denominadas por la industria de bebidas azucaradas como de responsabilidad social empresarial. Lo anterior, teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales sobre el derecho a la alimentación y la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos.

Palabras claves: Derecho a la alimentación y nutrición adecuada • Derecho a la salud • Empresas y derechos humanos • Responsabilidad social empresarial (RSE) • Doble borde de malnutrición • Poblaciones indígenas

ABSTRACT

This research aims to document the “Kufu Case”, an emblematic fight in Colombia on the indigenous Wayúu children’s right to adequate food and health when confronted by strategies labelled as corporate social responsibility from the sugary drinks industry. The research takes into account the analysis of the international and national legal framework regarding the right to adequate food and health and the relationship between human rights and business enterprises.

Keywords: The right to adequate food and nutrition • Right to health • Business and human rights • Corporate social responsibility (CSR) • Double burden of malnutrition • Indigenous people

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la alimentación en América Latina presenta numerosos retos para su satisfacción plena. Aunque se trata de un derecho reconocido por los tratados internacionales y la mayoría de las constituciones latinoamericanas, buena parte de estas normas no abordan el problema de la nutrición de manera estructural, concentrando su alcance legal en la desnutrición, pero sin incluir la malnutrición en todas sus formas. Además, cada vez con mayor frecuencia, las prácticas de la industria de alimentos y bebidas –mercadeo agresivo, interferencia en el diseño e implementación de políticas de salud pública, entre otras– se convierten en una cortapisa para la implementación de este derecho. Como si esto fuera poco, la pobreza alimentaria, la desigualdad, la escasez de alimentos esenciales y la abundancia de alimentos no esenciales hacen parte del panorama de la región.

Para ilustrar algunos de estos problemas, el “Caso Kufu” representa una disputa emblemática. De un lado, una compañía de bebidas azucaradas (Postobón, S. A.) que posicionó un producto (Kufu) en una comunidad indígena del departamento de La Guajira, ubicado en la zona norte del territorio colombiano, para que niños y niñas indígenas del Pueblo Wayuú, lo consumieran diariamente, en una estrategia denominada por la compañía como de “ayuda humanitaria” y Responsabilidad Social Empresarial (en adelante RSE). De otro, la lucha de la sociedad civil –pediatras, activistas en salud pública y periodistas– por denunciar estos hechos, en medio de un marco normativo desfavorable, e impedir que la distribución de este producto en una comunidad vulnerable pudiera generar mayores riesgos de malnutrición entre los infantes.

Con el fin de abordar el Caso Kufu con un enfoque de Derechos Humanos, el artículo será dividido en tres partes. En la primera, analizaremos el contexto normativo del derecho a la alimentación tanto a nivel internacional, como doméstico. Continuaremos con el análisis del caso, identificando los actores y las estrategias de litigio contempladas por la sociedad civil. Por último, expondremos cuál fue la respuesta del Estado ante el conflicto presentado y en qué concluyó la disputa ante la cuestionada estrategia de RSE de la compañía Postobón S. A.

2. CONTEXTO NORMATIVO

2.1 Contexto normativo - Sistema Universal de Derechos Humanos

Derecho a la alimentación adecuada

En el ámbito normativo internacional, el derecho a la alimentación se entiende como aquel derecho que tiene toda persona “a una nutrición adecuada que le asegure gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual” (Protocolo de San Salvador, artículo 12, 1988). Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el cual consagra el derecho a tener un nivel de vida adecuado, cuya realización implica asegurar el derecho a la alimentación. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece el “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados” (artículo 11, 1966).

Teniendo en cuenta su reconocimiento en varios instrumentos internacionales, algunos órganos de derechos humanos han esclarecido los elementos esenciales del derecho a la alimentación. Por un lado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en su Observación General N°12, detalló el contenido básico del derecho

a la alimentación adecuada, en especial cuando afirma que “El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla” (subrayado fuera de texto) (Comité DESC, 1999, párr. 8). Teniendo en cuenta lo anterior, para garantizar una alimentación adecuada se deben cumplir, al menos, cuatro elementos: (i) *disponibilidad* de alimentos en cantidad y calidad suficientes, con el fin de que las personas puedan comer lo necesario de alimentos nutricionalmente aptos/ade cuados; (ii) *acceso económico y físico* al alimento, incluso en momentos de conflicto o desastres; (iii) el alimento debe ser *adecuado*, satisfacer las necesidades dietarias de los individuos, sus condiciones de vida y salud, debe ser sana para el consumo y debe ser *culturalmente adecuado*; (iv) *sostenibilidad alimentaria* para las generaciones presentes y futuras.

En dicha Observación, el Comité también establece que los Estados serán responsables por la violación del derecho a la alimentación cuando no controlen “las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 19) aun cuando “el sector empresarial privado debería actuar en el marco de un código de conducta en el que se tuviera presente el respeto del derecho a una alimentación adecuada” (1999, párr. 20). Si bien la Observación General N° 12 del Comité DESC es una herramienta de protección importante, en el componente de nutrición se enfoca principalmente a la protección contra el hambre, pero no detalla obligaciones concretas en relación con otros tipos de malnutrición.

Por su parte, la Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación de las Naciones Unidas ha tenido pronunciamientos mucho más comprensivos de los distintos tipos de malnutrición. En el año 2016, la relatora Hilal Elver señaló, en su informe a Naciones Unidas, que a la hora de garantizar el derecho a la alimentación adecuada se debe tener en cuenta que “la malnutrición engloba la desnutrición, la carencia de micronutrientes y las enfermedades relacionadas con la ingestión excesiva de alimentos y el desequilibrio nutricional” (2016, párr. 6). En ese sentido, de manera más enfática que lo establecido por el Comité de DESC, la Relatoría indica que el derecho a la alimentación adecuada se vulnera no sólo cuando las personas no tienen qué comer (ausencia de alimentos esenciales) sino también cuando los disponibles son alimentos no esenciales, o no saludables (como lo pueden ser los productos ultraprocesados o las bebidas azucaradas) o cuando, a pesar de tener alimento suficiente, su régimen alimenticio no satisface las necesidades nutricionales del cuerpo humano. Es decir, que para la satisfacción del derecho a la alimentación, los estados deben garantizar la nutrición de las poblaciones de modo amplio, de manera que se prevenga la malnutrición en todas sus formas, lo cual incluye, la desnutrición, la deficiencia de micronutrientes y/o, obesidad y las enfermedades crónicas relacionadas.

Si bien el estándar internacional reconoce que toda persona tiene derecho a la alimentación, este derecho adquiere una connotación especial en el caso de las poblaciones vulnerables. Así por ejemplo, el derecho a la alimentación se encuentra reconocido como derecho autónomo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 28) y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (‘CEDAW’ por sus siglas en inglés) (artículo 12).

En el caso de las niñas y los niños, el estándar es más detallado debido a que estos necesitan alimentos nutritivos y sanos para desarrollarse física y mentalmente (Naciones Unidas, 2010). De hecho, expertos internacionales en salud y en alimentación han establecido que “si un lactante o un niño no recibe suficiente alimento y nutrición durante sus primeros días y sus primeros años de vida, estará condenado a un desarrollo físico e intelectual limitados, si es que llega a sobrevivir” (Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación, 2007, párr. 28). En la Convención de los Derechos del Niño se establece que los Estados Partes asegurarán la plena aplicación del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud

y, en particular, “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre” (artículo 24, 1989).

Además, en desarrollo de la mayor protección que merece el derecho a la alimentación adecuada de los niños, la Observación general N°15 del Comité de los Derechos del Niño establece que los Estados deben adoptar medidas encaminadas a “garantizar el acceso a alimentos inocuos, nutricionalmente adecuados y culturalmente apropiados” (Comité de los Derechos del Niño, 2013a, párr. 43). En esta observación, el Comité indica claramente que “debe limitarse la exposición de los niños (...) a bebidas de alto contenido en cafeína u otras sustancias de posibles efectos nocivos. Debe controlarse la comercialización de estas sustancias, especialmente cuando sus destinatarios son niños, así como su disponibilidad en las escuelas y otros lugares” (2013a, párr. 47). Esto último en relación con la estrecha relación que existe entre el derecho a la educación y el derecho a la alimentación.

De acuerdo con el artículo 28 y 29 de la Convención de los Derechos del Niño (1989), el derecho a la educación tiene un componente holístico que debe proteger el desarrollo del niño en todos sus ámbitos, incluyendo en su salud alimentaria. Según el reporte de UNICEF “A child right-based approach to food marketing: a guide for policy makers” (2018), este acercamiento holístico del derecho a la educación, incluye que los espacios donde niñas y niños se reúnen, deben estar libre de cualquier práctica de mercadeo de alimentos y bebidas no saludables (Garde, A., et al., 2018).

Otra población frente a la que se propone adoptar un enfoque diferencial en la aplicación del derecho a la alimentación adecuada, son las personas que viven en condiciones de pobreza y/o necesidad. La desigualdad social afecta un sinnúmero de derechos de manera diferenciada, pero especialmente el derecho a una alimentación adecuada. Según cifras de UNICEF, es 3,6 veces más probable que los niños que viven en las familias más pobres de Latinoamérica estén desnutridos con respecto a la probabilidad de que lo estén los niños que viven en las familias más ricas de la región (2006, p. 23). De igual manera, la Relatora Especial de las Naciones Unidas para el derecho a la alimentación, sostiene que “la pobreza y la desigualdad fomentan la obesidad, la carencia de micronutrientes y la desnutrición” (2016, párr. 19). De hecho, “el acceso a alimentos nutritivos suele ser un indicador clave de las desigualdades socioeconómicas” (Elver, H., párr. 163, 2016), pues resulta más complicado para las poblaciones marginadas y vulnerables acceder a alimentos nutritivos, lo cual causa que estas se vean desproporcionadamente afectadas por la malnutrición en todas sus formas.

Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, específicamente sobre el derecho a la alimentación adecuada

Aunque la teoría clásica del derecho internacional reconoce como sujetos del mismo únicamente a los Estados, las Organizaciones Internacionales y al individuo, el derecho internacional de los derechos humanos ha venido reconociendo de manera progresiva pero decidida a las empresas como sujetos de obligaciones. Esto teniendo en cuenta que hoy en día las empresas cumplen un rol fundamental en el respeto y la garantía de los derechos humanos a nivel mundial. Por tal motivo, según el principio 11 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas “las empresas deben respetar los derechos humanos”, en el sentido de abstenerse de infringirlos y “hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación” (Consejo de Derechos Humanos, 2011). Esta obligación implica que en la realización de sus labores las empresas deben evitar que se provoquen consecuencias negativas sobre los derechos humanos (Consejo de Derechos Humanos, 2011, principio rector 13). Para cumplir con dicha obligación es necesario que las empresas procedan con debida diligencia en materia de derechos humanos, lo cual supone que se identifiquen los posibles impactos ne-

gativos de su actuar y se tenga un plan de mitigación y actuación en caso que se materialice el riesgo identificado (Consejo de Derechos Humanos, 2011, principio rector 17).

A pesar del gran avance que representa la existencia de los Principios Rectores, lo cierto es que todavía no existe ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre la responsabilidad del sector empresarial en relación con los derechos humanos –lo cual no implica que no existan iniciativas para crear un instrumento vinculante–. Aun así, los Principios Rectores proporcionan “un marco con un reconocimiento y prestigio mundial que (...) desde entonces se ha transformado en un punto de referencia para todas las partes interesadas” (Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos Humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, 2018, párr. 1). Tanto así, que desde 2011 “distintas empresas comerciales han adoptado medidas para adoptar la debida diligencia en materia de derechos humanos” (Grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, 2018, párr. 3), sin perjuicio de que todavía falta mucho para que esto se convierta en una práctica habitual, principalmente por los grandes beneficios económicos que reporta no cumplir a cabalidad con las obligaciones internacionales de derechos humanos.

Dentro de este marco, el Comité de los Derechos del Niño impone obligaciones específicas para que las actividades empresariales no afecten negativamente a los infantes. En su Observación general N°16 el Comité recomienda que los Estados “exijan a las empresas que procedan con la debida diligencia en lo que respecta a los derechos del niño” (Comité de los derechos del niño, 2013b, párr. 62). Asimismo, el Comité reconoce el potencial riesgo que representa la industria de alimentos para la salud y la garantía del derecho a la alimentación de los niños y, por tanto, establece que los Estados deben “velar por que la mercadotecnia y la publicidad no afecten negativamente a los derechos del niño y (...) alentar a las empresas a que se adhieran a los códigos de conducta, etiqueten de manera clara y precisa los productos e informen a los padres y los niños de manera que puedan tomar decisiones bien fundadas como consumidores” (2013b, párr. 59).

De manera similar, sobre el derecho a la alimentación adecuada, el Comité de los derechos del niño en su Observación general N°15 establece que las empresas privadas, sin importar si son transnacionales o nacionales, deben “limitar la publicidad de los alimentos energéticos con bajo contenido de micronutrientes y de las bebidas con alto contenido en cafeína u otras sustancias de posibles efectos nocivos para el niño” (Comité de los derechos del niño (2013a, párr. 81).

En 2016, la Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación de las Naciones Unidas estableció también que es un hecho que las empresas tienen la responsabilidad de proteger el derecho a una alimentación y nutrición adecuadas, mucho más cuando se refiere a los niños. En particular, la Relatoría expresa su preocupación por las iniciativas empresariales en torno a la alimentación como los compromisos voluntarios de etiquetado (Rundall, 2015), la publicidad de comestibles no saludables dirigidos a niños y los “programas de educación nutricional y sanitaria como parte de su responsabilidad social empresarial” (Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación, 2016, párr. 72). Este tipo de iniciativas, a juicio de la Relatoría, desdibuja la barrera que hoy existe entre la necesidad de brindar una educación en alimentación nutricional adecuada a las comunidades y la mercadotecnia/publicidad de las empresas. Lo anterior debido a que, con frecuencia, a través de estas estrategias de “educación nutricional” o “responsabilidad social empresarial” la industria hace pasar sus productos como “saludables” o “necesarios para una nutrición adecuada” cuando en realidad solo quiere promover la venta de un producto e incrementar su margen de ganancia. De esta manera no solo se tergiversa el objetivo de estas acciones, sino que, se pierde de vista el potencial conflicto de interés que tienen las empresas de productos alimenticios o comestibles a la hora de “educar” nutricionalmente a quienes son sus consumidores directos.

2.2 Contexto normativo - Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Derecho a la alimentación adecuada

Como ya se dijo, el Protocolo de San Salvador reconoce el derecho a la alimentación en su artículo 12 de la siguiente manera: “toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual” (Protocolo de San Salvador, artículo 12). A pesar de su consagración en el Protocolo de San Salvador, el derecho a la alimentación adecuada no ha sido desarrollado ampliamente en la jurisprudencia del sistema. Hasta el momento, la Corte IDH no ha conocido de ningún caso en el que se ponga en tensión de manera autónoma el derecho a la alimentación y nutrición adecuada, por lo que no existe desarrollo jurisprudencial del mismo. Esto en parte, debido a las limitaciones que establece el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador para utilizar el sistema de peticiones individuales en la protección de este derecho³⁹. Las pocas veces en las que la Corte IDH se ha referido a la alimentación, lo ha hecho de manera conexa como un derecho intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida y no como un derecho justiciable en sí mismo⁴⁰.

Por su parte, la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH tiene dentro de su mandato y de su agenda estratégica el desarrollo del derecho a la alimentación. Sin embargo, debido al poco tiempo de funcionamiento de la REDESCA y de lo novedoso que resulta para algunos el derecho a la alimentación, todavía no existen muchos pronunciamientos al respecto. Uno de los pocos llamados de la CIDH se dio en el comunicado de prensa del 1 de febrero de 2018 en el que se insta al Estado de Venezuela a que garantice el derecho a la alimentación adecuada y a la salud de su población. Este pronunciamiento reconoce que “el derecho a la alimentación se hace efectivo cuando las personas tienen acceso físico y económico a una alimentación adecuada o a medios para obtenerla en todo momento” (REDESCA, 2018).

Es importante destacar que las referencias más notables al derecho a la alimentación dentro del sistema interamericano se encuentran en el Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas del año 2017. En dicho informe, la CIDH estableció que “el derecho a la alimentación y nutrición de los pueblos indígenas se garantiza con el acceso a alimentos nutritivos y culturalmente aceptables” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, párr. 370). Asimismo, reconoció que las personas y grupos que viven en situación de pobreza deben enfrentar múltiples obstáculos que generan, entre otros, condiciones de trabajo degradantes y peligrosas, alimentación inadecuada y mayor riesgo de contraer enfermedades prevenibles (párr. 543).

Ahora bien, existen otras aproximaciones al derecho a la alimentación que, si bien no se encuentran enmarcadas dentro del sistema interamericano de derechos humanos *per se*, sí configuran intentos supranacionales en el ámbito latinoamericano de abordar el tema. El Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue (ORAS-CONHU) es un organismo de cooperación e integración subregional derivado de la Comunidad Andina

39 La Corte IDH ya ha empezado a reconocer la justiciabilidad directa de algunos derechos sociales como parte del desarrollo de las obligaciones contenidas en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Esto podría abrir una ventana de oportunidad para que la Corte IDH se manifestara en su jurisprudencia sobre el derecho a la alimentación. Ver entre otros, Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 349; Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 359.

40 Véase, por ejemplo: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 146; Corte IDH. Caso Comunidad Yakyé Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 125; Corte IDH. Caso Comunidad Xákmox Kásec vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 214.

(CAN) que apoya el mejoramiento de las condiciones de salud de la población de sus países miembros (entre ellos Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú). En un informe publicado en 2011 con el apoyo del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), ORAS-CONHU reportó que “las dificultades de acceso a los alimentos conllevan la sustitución de ellos en función de su precio y escasez relativos, lo que tiende a generar un deterioro de la dieta y de la situación nutricional de los más pobres” (2011, p. 128). Asimismo, indicó que las poblaciones más vulnerables no sólo se deben enfrentar a la desnutrición sino también a la obesidad porque en “los grupos situados en la frontera de la pobreza se incrementará la obesidad como consecuencia de dietas pobres en proteínas, frutas y verduras que sacian a un precio relativamente barato pero que no tienen el equilibrio de nutrientes para una alimentación sana” (p. 130).

Lo anterior es aún más apremiante cuando se trata de poblaciones indígenas en tanto su perfil epidemiológico se encuentra determinado por unas condiciones de vida que no son óptimas. El ORAS-CONHU reconoce que “las poblaciones indígenas y los grupos étnicos viven en el círculo vicioso de pobreza: bajo rendimiento y poca productividad, ingresos bajos, bajos niveles de educación, falta de oportunidades y de actividades productivas, falta de acceso a servicios básicos, desnutrición y precario estado de salud, altas tasas de fecundidad y de mortalidad y acentuación de la pobreza” (S. F., p. 43). Por tal motivo, resulta imperioso que exista una regulación comprensiva que reconozca el derecho humano a la alimentación adecuada a la alimentación y que sienta las bases para su exigibilidad con miras al mejoramiento de la calidad de vida de las personas en América Latina.

Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, específicamente sobre el derecho a la alimentación adecuada

En el sistema interamericano todavía no existen suficientes pronunciamientos sobre las obligaciones que tiene el sector empresarial en la protección y garantía de los derechos de las personas. Hasta el momento, la CIDH ha tratado la cuestión de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos a la luz de lo concerniente a las industrias extractivas. En ese sentido, en 2015 la CIDH publicó su informe titulado “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”. Este informe, si bien no establece la totalidad de las obligaciones del sector empresarial en materia de derechos humanos, es un insumo fundamental a la hora de entender la relación entre la industria y los derechos humanos en la región. El documento es un avance en la garantía de los derechos humanos al establecer la importancia de “contar con legislación y otras disposiciones reglamentarias que definan claramente la responsabilidad [de funcionarios estatales o agentes privados] frente a las potenciales violaciones de derechos humanos” (CIDH, 2015, párr. 75).

Por otro lado, la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales se encuentra actualmente elaborando un informe específico sobre empresas y derechos humanos que, se espera, dé luz sobre las obligaciones empresariales derivadas de los instrumentos interamericanos y establezca los estándares aplicables. Según la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, Soledad García Muñoz, este informe pretende “establecer el marco jurídico general en que se enmarca la responsabilidad internacional de los Estados por actividades empresariales”, reconociendo que “a la fecha los órganos del Sistema Interamericano aún no han establecido estándares exhaustivos al respecto” (Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH, 2018). Teniendo en cuenta la complejidad y novedad de la existencia de estándares de derechos humanos sobre el actuar empresarial, en general, y las obligaciones que deben seguir las empresas de cara a garantizar el derecho a la alimentación, en particular, resulta necesario que el sistema interamericano aborde de manera

comprehensiva este tema con el fin de desarrollar estándares internacionales al respecto. El informe temático se constituye en una oportunidad valiosa para que la CIDH desarrolle los estándares interamericanos sobre la responsabilidad de la industria en el respeto y garantía de los derechos a la alimentación y la salud de niños y niñas.

2.3 Contexto normativo colombiano

Derecho a la alimentación adecuada y responsabilidad empresarial en Colombia

En el ordenamiento jurídico colombiano el derecho a la alimentación todavía se encuentra en desarrollo. En primer lugar, el derecho a la alimentación está incluido en la Constitución Política de 1991 como parte integral de la protección a la mujer en estado de embarazo (artículo 43), como un derecho fundamental de niños y niñas (artículo 44) y como parte del deber del estado de facilitar la producción alimentaria (artículos 64, 65, 66, 78 y 81).

En la mayoría de casos que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la alimentación el foco ha sido en los elementos de disponibilidad y accesibilidad para comunidades específicas. La jurisprudencia se ha concentrado en temas como los programas de alimentación de emergencia para asistir a la población desplazada (Sentencia T-367 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras), la alimentación como obligación alimentaria en el núcleo familiar (Sentencia T-212 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras), la alimentación como garantía de dignidad de los reclusos (Sentencia T-391 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras), y el derecho a la alimentación como garantía de acceso a alimentos en instituciones educativas municipales (Sentencia T-273 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa).

En relación con el elemento de sostenibilidad del derecho a la alimentación, la Corte Constitucional ha intervenido para garantizar el derecho de comunidades campesinas, pesqueras e indígenas quienes han visto afectado su derecho ante la acción de agentes particulares. Tal es el caso de la Junta de Acción Comunal de la vereda Mendiguaca (Santa Marta) y el Comité de Pescadores de la Poza contra un agente de la industria hotelera (Sentencia T-605 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz), o el caso de la acción de tutela interpuesta por la Comunidad Embera-Katio del Alto Sinú como consecuencia de la construcción de obras de la hidroeléctrica Urrá 1 sobre los ríos que le servían como fuente de alimento (Sentencia T-652 de 1998, MP Carlos Gaviria Díaz).

En el año 2017, la Corte Constitucional emitió un fallo hito en la protección del derecho a la alimentación en tanto que desarrolla el derecho a la alimentación de manera autónoma y el elemento de adecuación cultural del alimento de forma clara y precisa. El caso se dio en el marco de una crisis nutricional ocurrida en la comunidad indígena Wayúu de La Guajira. La Corte Constitucional estableció que “el derecho a la alimentación de los pueblos indígenas no se limita a asegurarles la seguridad alimentaria, sino que deben tenerse en cuenta sus prácticas tradicionales y los alimentos que acostumbran consumir acordes con sus actividades propias de subsistencia” (Sentencia T-302 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez). El fallo, tal como se presentará más adelante, constituye también un hito en tanto que ordena una serie de medidas estructurales de reparación tendientes a aliviar de manera estructural la situación de hambre y desabastecimiento en la región y prevenir así su repetición en el futuro. Sin embargo, en lo que a la distribución de productos ultraprocesados se refiere, el pronunciamiento se enfoca en los deberes estatales para satisfacer el derecho a la alimentación de esta comunidad el cual, precisa, debe ser culturalmente adecuado, pero no aborda cuáles son los deberes empresariales frente a este derecho.

Este histórico pronunciamiento judicial resalta la importancia que tiene el derecho a la alimentación cuando se trata de comunidades indígenas y los especiales deberes de

protección que tienen el Estado y los particulares al respecto. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las comunidades étnicas –y por ello los pueblos indígenas– son “sujetos de especial protección constitucional en situación de vulnerabilidad” (Sentencia T-001 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, entre muchas otras) y por ello el Estado tiene responsabilidades especiales para con ellos⁴¹. En adición, las comunidades indígenas no son únicamente sujetos en situación de vulnerabilidad, sino también pueblos de gran tradición cultural cuyas prácticas y creencias merecen ser protegidas. Es por esto que la Constitución Política de 1991 establece en su artículo 7º que el Estado “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (énfasis agregado).

En ese orden de ideas, la afectación al derecho a la alimentación de un pueblo indígena no reviste las mismas características ni tiene las mismas implicaciones que la afectación al derecho a la alimentación de una comunidad no indígena. Como se expondrá más adelante, las comunidades indígenas en Colombia, y en especial la comunidad indígena Wayúu, se encuentran en una situación económica desfavorable (debido, entre muchas otras razones, a las condiciones ambientales de sus territorios) lo cual supone, asimismo, mayores índices de malnutrición en la población. Por otro lado, como quedó claro en la sentencia de 2017, dentro del derecho a la alimentación de las comunidades indígenas se incluye una alimentación culturalmente adecuada, que se enmarque dentro de las tradiciones alimenticias de cada comunidad. Así las cosas, su derecho a la alimentación puede verse afectado tanto por las calidades nutricionales de los alimentos consumidos por personas en situación de vulnerabilidad alimentaria (muchas veces en estado de malnutrición), como por la inadecuación cultural de los alimentos provistos por agentes externos ya sea del Estado o los particulares.

3. CONTEXTO SOCIAL Y POLÍTICO

3.1 Descripción de la situación de los niños Wayúu en La Guajira

El departamento de La Guajira es uno de los departamentos más afectados por la pobreza y la desigualdad en Colombia. Por sus condiciones geográficas y climatológicas, La Guajira es el departamento más seco del país. En él habita la comunidad Wayúu, un pueblo ancestral cuyo territorio se extiende por más de 15.000 km² en una región mayormente desértica. Es importante tener en cuenta, como afirman Bonet Morón y Hahn de Castro (2017, p. 14), que en dicho departamento “la baja vocación del suelo para la actividad agropecuaria hace que la producción de alimentos sea más difícil que en otras regiones”, lo cual afecta gravemente a sus pobladores en tanto los obliga a obtener disponibilidad de alimentos a través del mercado (un mercado que en una zona tan apartada del territorio nacional es casi inexistente, dejando sin mayores posibilidades alimenticias a las comunidades que viven ahí).

Estas condiciones climatológicas, sociales y económicas hacen que el departamento de La Guajira tenga los segundos mayores índices de pobreza y desigualdad de todo Colombia, únicamente superado por el departamento del Chocó (Sánchez-Torres, 2017, p. 151). Por lo anterior, en el país, desde hace varios años, se ha conocido la grave situación de derechos humanos que sufre esta comunidad, la cual implica, entre otros, “desnutrición, analfabetismo, carencia de agua potable y la acción de grupos armados ilegales” (Defensoría

41 Para una explicación del desarrollo del concepto de sujeto de especial protección constitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, véase: Bernal-Camargo, D. y Padilla-Muñoz, A. Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la constitución política colombiana de 1991. *Revista Jurídicas*, 15 (1), 46-64.

del Pueblo, 2014, p. 11). De hecho, según la Encuesta Nacional de Situación Nutricional (EN-SIN) 2010, La Guajira es el departamento colombiano con el mayor porcentaje de desnutrición global en niños y niñas menores de 5 años (11,2%) (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2010).

La situación en esta región del país es tal que un informe especial sobre la situación humanitaria en La Guajira de la Defensoría del Pueblo indicó que debido a la situación de pobreza extrema que enfrenta el departamento en general y la población Wayúu en particular, se “vienen presentando muertes evitables de niños y niñas, en su mayoría indígenas, por desnutrición severa grado III tipo Marasmo y Kasiorkor” (2014, p. 13). Por su parte, Ruiz (2017) estableció que entre 2003 y 2012 la tasa de mortalidad por desnutrición en menores de un año en La Guajira duplica el promedio nacional, lo cual (a su juicio) reafirma la tesis de que los territorios más olvidados se asimilan a zonas de sacrificio en las que la explotación de recursos naturales, la pobreza y la desigualdad afectan gravemente las condiciones de vida de la población más vulnerable. En línea con lo anterior, el Instituto Nacional de Salud (2016) reporta que la desnutrición es una de las principales causas de muerte en niños menores de 5 años en La Guajira, asociada a las condiciones socioeconómicas de la mayoría de la población, la falta de acceso al agua, la casi inexistencia de servicios públicos y las prácticas ancestrales del pueblo Wayúu.

Esta situación llevó a Javier Rojas Uriana, líder de la comunidad Wayúu a presentar una solicitud de medidas cautelares ante la CIDH con el fin de que los derechos a la vida y a la integridad personal de los miembros del pueblo Wayúu fueran protegidos. La CIDH, luego de analizar la situación humanitaria y los esfuerzos del gobierno colombiano para enfrentarla, decidió solicitarle a Colombia que adopte las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los miembros de la comunidad. Específicamente, le solicitó al país tomar medidas inmediatas “para que las comunidades beneficiarias puedan tener, a la brevedad posible, acceso al agua potable y salubre, de manera sostenible y suficiente para la subsistencia de las niñas, niños y adolescentes” y “para que las niñas, niños y adolescentes puedan tener alimentos en calidad y cantidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias con pertinencia cultural” (CIDH, 2015, párr. 26).

En atención a la situación que vive actualmente el departamento de la Guajira y en particular el pueblo Wayúu, la Corte Constitucional de Colombia declaró en 2017 la existencia de un estado de cosas inconstitucional –una orden compleja que denota la vulneración de múltiples derechos fundamentales a una población determinada por la total ineficacia de las políticas públicas creadas por el Ejecutivo y por todas las agencias estatales relacionadas con el tema– ante la violación de los derechos fundamentales a la alimentación, a la salud, al agua potable y a la participación de los niños y niñas por parte del gobierno nacional, del gobierno departamental, de los gobiernos municipales y de las autoridades regionales debido a la ineficacia de sus políticas públicas. La Corte tomó esta decisión luego de establecer lo siguiente sobre el derecho a la alimentación y la situación actual del mismo en La Guajira:

La crisis alimentaria que se presenta en La Guajira es en realidad una situación multicausal compleja que se manifiesta en las dificultades para el acceso físico y económico a los alimentos, el deterioro de los medios productivos agropecuarios, la desnutrición aguda de 14% en menores de 5 años y las dificultades crónicas para el acceso al agua y al saneamiento básico. En el mapa de situación nutricional en Colombia, La Guajira se registra como el departamento con los niveles más altos de desnutrición crónica. El departamento se incluye también entre las zonas de más alto registro de hogares con niñas y niños con anemia y con inseguridad alimentaria general (Corte Constitucional, Sentencia T-302 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez, párr. 6.4.2.1).

En medio de esta crisis social, económica y alimentaria, la empresa nacional más grande de producción y distribución de bebidas azucaradas Postobón S.A. decidió distribuir la bebida Kufu en varios internados infantiles de la región, en su concepto, como una forma de “ayuda humanitaria” y dentro de su compromiso de “responsabilidad social” para los niños y las niñas del pueblo Wayúu.

3.2 Acciones de Postobón S. A.: las bebidas Kufu

Entre julio de 2017 y mayo de 2018, la empresa Postobón S.A. entregó gratuitamente 3.130 bebidas productos “Kufu” a niñas y niños indígenas pertenecientes a la comunidad Wayúu en el departamento de La Guajira⁴². La distribución de las bebidas “Kufu” se enmarcó dentro de una estrategia social de la empresa denominada “Uno Más Todos”. Según Postobón S. A., el producto “Kufu” estaba encaminado a reducir la deficiencia de micronutrientes en la población colombiana, específicamente en los niños y niñas de los sectores poblacionales más vulnerables. Postobón es la empresa líder en venta de bebidas gaseosas en el país y cuenta con una amplia reputación como una de las empresas más fuertes y queridas de la industria nacional.

Kufu venía en dos presentaciones. La primera era un agua gasificada, saborizada a ‘mora azul’ La segunda era un refresco con 1% de fruta saborizado a ‘mango y avena’. De acuerdo Rubén Orjuela, nutricionista de la organización Educar Consumidores “estos son productos ultraprocesados con altos contenidos de azúcar e ingredientes nocivos que pueden ser perjudiciales para la salud en corto, mediano y largo plazo”. Según un informe de laboratorio con análisis de ingredientes realizado por la misma organización (Educar Consumidores, 2018), las bebidas Kufu contenían entre 15 y 21 ingredientes, algunos de ellos con cuestionados efectos sobre la salud de los humanos, tales como: el acesulfame K, la sucralosa, la goma xanthan, el glutamato monosódico, el amarillo n° 6, entre otros. Para Orjuela “(...) estas bebidas representan un atropello contra la cultura alimentaria de los pueblos indígenas y no son recomendables para niños indígenas, ni mestizos, ni afros, ni ningún tipo de niños.”

En las escuelas donde se entregó Kufu, cada niño recibía en su escuela dos bebidas al día. La entrega de estas bebidas se acompañó, además, de estudios antropológicos, sobre la aceptabilidad de la marca en la comunidad y de estudios biométricos periódicos que incluían exámenes de sangre y tomas de peso y talla, estudios realizados en alianza con la Fundación Panamericana de Desarrollo (FUPAD) (El Espectador, 2018; El Tiempo, 2018).

Dicha estrategia fue altamente criticada por la comunidad académica y la sociedad civil. La Sociedad Colombiana de Pediatría, docentes de nutrición y organizaciones diversas advirtieron con preocupación que por medio de estrategias de responsabilidad social empresarial, se introdujera en comunidades con problemas de malnutrición, hábitos que pusieran en riesgo su crecimiento y desarrollo (FIAN, 2017).

De acuerdo con la opinión de expertos en la materia, inducir el hábito de consumo de bebidas azucaradas en las dietas de cualquier niño genera un terrible impacto nutricional. Lo anterior debido a que el alto consumo de azúcar es la causa principal de la obesidad infantil, y de otras enfermedades crónicas no transmisibles relacionadas con los hábitos alimenticios, tal como la diabetes tipo II. En el año 2010, la OMS publicó un conjunto de recomendaciones a los Estados (OMS, 2010) sobre la promoción de bebidas dirigida a niñas y niños. Según estas recomendaciones, distintas formas de mercadotecnia de bebidas

42 Véase: Postobón S.A. ¡Conoce el Poder de KUFU!, comunicado de 7 de julio de 2017, disponible en: <http://www.postobon.com/sala-prensa/noticias/conoce-el-poder-kufu>.

ultraprocesadas, alcanzan a los infantes de todo el mundo induciéndolos a adquirir hábitos alimenticios no saludables, aumentando así la probabilidad de que desarrollen desde muy temprana edad enfermedades crónicas de por vida, muertes prematuras y/o muchos años de costosa atención médica (OMS, 2010).

Esta situación se agrava en niños de comunidades indígenas. Aunque los niños indígenas ya están expuestos a una situación de vulnerabilidad, siendo dos veces más probable que mueran por desnutrición que aquellos niños que no lo son (INS, 2016a), la exposición a un exceso de nutrientes críticos puede agravar en vez de solucionar el problema. De acuerdo con la nutricionista Mercedes Mora (2018), al tratarse de una comunidad, que tiene bajo acceso a micronutrientes esenciales, y al estar expuestos a un exceso de nutrientes críticos (azúcar) y otros químicos añadidos, se incrementa la potencialidad de riesgo de que esta población desarrolle complicaciones de salud en el corto, mediano y largo plazo.

Por otro lado, para esta nutricionista, disfrazar estrategias de mercadeo en comunidades vulnerables como formas de responsabilidad social, no es ético ni respetuoso con los Derechos Humanos. Según Mora, si el objetivo era contribuir con la malnutrición infantil, la empresa pudo haber hecho una donación directamente al estado para inversión en alimentos más adecuados, como la leche, o incluso, invertir en un sistema de agua potable, que no existe en la región, en vez de posicionar la marca de sus productos en una comunidad indígena, usando la población como un nicho de mercado.

3.3 Acciones estudiadas e iniciadas por Dejusticia

Al conocer de la situación, Dejusticia estudió si frente a estas vulneraciones existía alguna posibilidad de litigio estratégico que permitiera que la empresa Postobón S. A. dejara de distribuir las bebidas “Kufu” en las instituciones educativas indígenas Wayúu. Al estudiar el panorama normativo, nacional e internacional, encontramos que las opciones para hacer el tema justiciable ante los tribunales domésticos y/o internacionales eran limitadas.

Desde el punto de doméstico y a diferencia de otros países de la región, Colombia carece de una legislación que prohíba la distribución de bebidas azucaradas en ambientes escolares a título de venta o donación. Aunque, como se verá, varios proyectos de ley que incluyen medidas en este aspecto han sido iniciados por la sociedad civil, ninguno de ellos ha sido exitoso en su trámite debido al fuerte lobby de la industria de alimentos. Acciones litigiosas de tipo constitucional, como la acción de tutela o la acción popular, hubieran podido intentarse buscando establecer la omisión estatal en su deber de proteger los derechos de los niños frente al actuar empresarial. Sin embargo, dichas acciones representaban un desafío en sí mismas. En el caso de la acción de tutela, dado que se trata de una acción contra el estado, no contra la industria, se necesitaba establecer con precisión la omisión estatal para lo cual era necesario requerir previamente a las autoridades para que actuaran. En el caso de la acción popular, que permite la protección de derechos de tipo colectivo (i.e. la salubridad pública y los derechos de los consumidores), hubiera sido necesario encontrar al menos 20 personas afectadas por la situación dispuestas a demandar, lo cual era difícil teniendo en cuenta el buen nombre y reputación con el que contaba la empresa para ese momento en la región. Otra opción era visibilizar la situación en el marco del seguimiento que los tribunales locales debían hacer a las órdenes estructurales planteadas en la Sentencia T-302 de 2017. Desde el punto de vista internacional, la gama de acciones era todavía más limitada, ya que cualquier acción judicial requería el agotamiento de los recursos internos a nivel doméstico.

Por lo tanto, con el fin de iniciar el proceso de requerimiento a las autoridades a fin de preparar el camino para una posible acción de tutela y recaudar mayor información que nos permitiera involucrar a los tribunales de seguimiento de la Sentencia T-302 de 2017, de-

cidimos centrarnos en una estrategia de tres niveles que contemplaba: i) tratar de acceder a la mayor cantidad de información posible sobre el caso por medio de peticiones de acceso a la información; ii) denunciar la situación ante los medios de comunicación y la opinión pública y; iii) levantar la voz de alarma para que, en el futuro, se creen marcos normativos que permitan que casos similares puedan ser justiciables en el marco nacional e internacional de manera clara y decidida.

Peticiones de acceso a la información

Ante la necesidad de iniciar a documentar el caso y requerir a las autoridades para que actuaran en el tema, enviamos peticiones de información a la empresa y a las entidades del Estado a nivel nacional encargadas de garantizar la protección de derechos de la población Wayúu. En Octubre de 2017, Dejusticia escribió a la oficina de comunicaciones de la empresa Postobón con el fin de entender la estrategia corporativa en relación a este producto. En los documentos que nos compartieron la compañía afirma que “Kufu corresponde al proyecto y se encuentra incluido dentro de la estrategia o modelo de sostenibilidad UNO MÁS TODOS (...) y es el enfoque de contribución de la compañía Postobón S. A., al desarrollo social del país” (Respuesta de Postobón a Dejusticia, Noviembre de 2017). En cuanto a la descripción del proyecto, mencionaron que Kufu constaría de dos etapas, “la primera es una donación absoluta de parte de Postobón, S. A. para 3000 niños en La Guajira (...). La segunda etapa consiste en la comercialización de los productos, la utilidad generada se destinará a programas de educación (...). Se tiene proyectada su ejecución para el año 2018” afirmó la empresa.

En adición, manifestaron que la entrega del producto estaría acompañada por un equipo interdisciplinario que haría actividades de seguimiento a variables como peso, talla, medidas antropométricas, cuadro hemático y glicemia al inicio y al final de la primera etapa del proyecto. Además del acompañamiento de una trabajadora social para realizar acciones de sensibilización dirigidas a docentes, padres de familia y niños.

Finalmente, fundados en el artículo 23 constitucional que establece que “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (Artículo 23, Constitución Política de Colombia, 1991), se enviaron cinco derechos de petición a varias entidades administrativas y órganos de control que, por sus competencias constitucionales y legales, podían proteger de una u otra forma a la comunidad afectada de esta problemática. Los derechos de petición buscaban documentar qué conocimiento tenían las autoridades sobre esta situación, cómo interpretaban legalmente lo que pasaba y de requerir su pronto actuar.

Estrategia de comunicaciones

De manera paralela, previendo la incertidumbre en cuanto a los tiempos de respuesta de las autoridades públicas, así como también, el limitado desarrollo normativo en cuanto a la protección del derecho a la alimentación en relación al doble borde de malnutrición (desnutrición - obesidad y enfermedades crónicas relacionadas), Dejusticia desarrolló de manera paralela una estrategia de comunicaciones consistente en la publicación de una columna de opinión (“Kufu: ¿mercadeo o responsabilidad social?”), y dos comunicados de prensa sobre la sentencia T-302 de 2017 de la Corte Constitucional y su relación con el caso Kufu (“Derecho a alimentación de pueblos indígenas implica respetar sus tradiciones: Corte Constitucional” y “Entregamos al Estado una radiografía sobre el abandono estatal de los wayúu de la Alta Guajira”), las cuales fueron difundidas entre periodistas y en redes sociales.

Por otro lado, por medio de la alianza con La Liga contra el Silencio, un grupo independiente de periodistas que trabajan “para contrarrestar la autocensura en el periodismo

colombiano y contribuir así a la libertad de expresión y el derecho a la información sobre asuntos de interés público” (Cerosetenta, 2019), se logró posicionar el tema en la discusión pública por medio de la publicación del artículo ([“Postobón hace pruebas de laboratorio con niños en La Guajira”](#)). En efecto, el artículo de La Liga contra el Silencio, que cita los documentos y parte de la investigación adelantada por Dejusticia, fue replicado en varios medios de prensa y compartido ampliamente en redes sociales.

Llamado a la justiciabilidad del caso

Conscientes de las limitaciones en el marco normativo, Dejusticia ha continuado denunciando estos hechos ante las autoridades nacionales e internacionales con el fin de promover una decisión favorable que inste a la industria a desarrollar sus estrategias de responsabilidad social dentro del marco de los derechos humanos y con la debida diligencia y el respeto a los derechos a la salud y la alimentación de los niños y niñas Wayúu.

En ese sentido, coincidiendo con una visita de campo al departamento de La Guajira, con el fin de hacer seguimiento a las órdenes proferidas por la Corte Constitucional en el Sentencia T- 302/2017, se incluyó el tema de Kufu dentro del análisis general del Derecho a la Alimentación y Programa de Alimentación Escolar (PAE) (Dejusticia, 2018). En este aparte llamamos la atención en que si bien en Colombia no existe una reglamentación clara frente a la promoción de bebidas ultraprocesadas dirigidas a menores de edad, las Guías Alimentarias Basadas en Alimentos para la población colombiana mayor de dos años del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF, 2015) desaconsejan el consumo de este tipo de bebidas en los planes de alimentación y por ende, era responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional activar estrategias y lineamientos con el fin de proteger los entornos alimentarios escolares de estrategias corporativas que puedan promocionar el consumo de productos no saludables ni culturalmente apropiados. Asimismo, cuestionamos que el programa de responsabilidad social empresarial de Postobón no se hubiese enfocado en la donación de alimentos cultural y nutricionalmente adecuados para los niños, como leche, o, incluso, en un sistema de agua potable para la región.

A nivel internacional, en septiembre de 2018, doce organizaciones de América Latina que trabajan por la promoción del derecho a una alimentación saludable en la región solicitamos a la CIDH una audiencia temática sobre “Derechos a la alimentación y la salud de niñas, niños y adolescentes en América Latina: obligaciones estatales y rol de actores privados”. En dicha solicitud se resaltaba cómo en los últimos años la protección los derechos a la alimentación y la salud de los niños, niñas y adolescentes se ha visto afectada por el doble borde de malnutrición en América Latina (desnutrición y obesidad, y/o enfermedades crónicas relacionadas), así como la necesidad de desarrollar por vía jurisprudencial tanto las obligaciones de Estado en materia de alimentación como el rol de los actores privados, particularmente de la industria alimentaria.

Paralelamente, entre 2017 y 2019 varias organizaciones de la sociedad civil han venido apoyando cinco proyectos de ley ante el Congreso de la República que contemplan la prohibición de donaciones de bebidas azucaradas en escuelas y comunidades vulnerables (Proyecto de ley 021 y 019 de 2017, Proyecto de ley 214/2018, Proyecto de ley 167 y 168 de 2019).

4. CONSECUENCIAS

Este caso concluye con el retiro voluntario de “Kufu” de las instituciones educativas indígenas por parte de Postobón, S. A. en marzo de 2018. El objetivo principal para entablar acciones de litigio estratégico era que se dejaran de entregar las bebidas

en las escuelas indígenas. Debido a que Postobón S. A., de manera autónoma, canceló el suministro gratuito de “Kufu” a la población infantil Wayúu, las vulneraciones sobre la comunidad cesaron y la pretensión inicial se satisfizo. Por lo tanto, Dejusticia no activó la vía judicial de la acción de tutela ya que se había configurado una carencia de objeto por hecho superado.

El retiro inmediato de las bebidas “Kufu” por parte de la compañía se logró gracias a la suma de las acciones iniciales exploradas por Dejusticia en conjunto con otras organizaciones de la sociedad civil para documentar el caso, en especial, a la cobertura alcanzada por la estrategia de comunicaciones para posicionar la discusión. A continuación, detallaremos el impacto de los tres tipos de acciones que se promovieron.

4.1 Peticiones de Acceso a la Información

Las respuestas a las peticiones de información dirigidas al Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación se vieron limitadas por el vacío en el marco normativo colombiano para la exigibilidad del derecho a la alimentación adecuada frente al actuar de la industria de bebidas gaseosas. A pesar del interés de las autoridades públicas por hacer control sobre el tema, todas coincidieron en que al ser un tema nuevo y sin un marco normativo claro, estaban “atadas,” pues no contaban con las competencias legales para actuar.

Por ejemplo, órganos de control en Derechos Humanos, como la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, alegaron que pronunciarse ante este caso estaba por fuera de sus competencias. Sin embargo, con el fin de apoyar la investigación, la Procuraduría hizo una petición oficial al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) donde le pedía aclarar la situación presentada en La Guajira con el caso Kufu. No obstante, las funciones del INVIMA en cuanto a políticas de alimentación, es servir de autoridad sanitaria, y no emite conceptos sobre calidad o idoneidad nutricional. El INVIMA respondió la petición de la Procuraduría listando los ingredientes del producto, detallando la estrategia con la cual la empresa Postobón registró “Kufu” ante esta entidad e informando sobre el registro de inocuidad otorgado a las bebidas (Respuesta del derecho de petición del INVIMA a la Procuraduría, 12 de diciembre de 2017).

Por su parte, el Ministerio de Salud respondió al derecho de petición de Dejusticia, afirmando que “el consumo habitual de alimentos de sabor dulce (con o sin azúcar) promueve la ingesta de alimentos y bebidas dulces, incluso los que contienen azúcar”. En otro aparte sostiene que “la industria es consciente de esta tendencia por lo cual utiliza la publicidad y el mercadeo de manera indiscriminada hacia los niños y adolescentes, cuando no hay una regulación eficaz para protegerlos” (Respuesta del Ministerio de Salud a Dejusticia, 7 de diciembre de 2017). A pesar de esto, recalcó que no estaba entre sus funciones prohibir la donación de los productos, pues es una actividad legal en Colombia, y se comprometió como ente rector a seguir investigando el caso.

En febrero de 2018, una vez los medios empezaron a denunciar la estrategia de Kufu y los estudios de seguimiento de peso, talla y tomas de muestras de sangre que estaban realizando, el entonces Ministro de Salud, le solicitó a la empresa toda la información sobre los protocolos y la metodología de dichos estudios, y sostuvo una reunión con ellos. Posteriormente, la empresa reportó a algunos medios de comunicación que durante esa reunión el Ministro de Salud había avalado a Kufu y que trabajarían de la mano en la estrategia (La República, 2018). Sin embargo, el Ministerio aclaró el propósito del encuentro explicando que, aunque sí hubo reuniones, “nunca lo hemos avalado, porque entre otras cosas no es función del Ministerio avalar ese tipo de iniciativas” (El Espectador, 2018).

Las respuestas recibidas por Dejusticia a las peticiones de información demuestran que la normativa colombiana, el entramado institucional y las políticas construidas alrededor de la alimentación, tienen grandes vacíos que dificultan la adecuada exigibilidad de este derecho. Si bien las entidades a las cuales se enviaron los derechos de petición reconocieron que la promoción del consumo de bebidas no saludables en población infantil indígena configuraba un problema en materia de exigibilidad de derechos, la mayoría expresaron que bajo las funciones que les otorgaba la ley, no tenían competencias específicas para adelantar algún tipo de acción que pudiera materializar la protección de los DESCA de la población infantil Wayúu. A la fecha, en Colombia el único control que tienen las bebidas y productos comestibles ultraprocesados son en materia de higienización y sanidad. No obstante, no se cuenta todavía con algún mecanismo que vigile y controle las propiedades nutricionales o la adecuación cultural de las donaciones que realizan estas empresas en el marco de su “responsabilidad social” particularmente a población vulnerable indígena o niños, niñas y adolescentes.

4.2 Estrategia de Comunicaciones

El trabajo de investigación y periodismo hecho por Dejusticia, en alianza con La Liga Contra el Silencio, tuvo gran impacto en la opinión pública. Al ver comprometido el buen nombre de su marca, la empresa se vio obligada a retirar el producto “Kufu” de las instituciones educativas guajiras y desistir de su intento de comercializarlo en una segunda fase.

El artículo de La Liga contra el Silencio sobre el caso Kufu se tituló “Postobón hace pruebas de laboratorio con niños en La Guajira” (Vice, 2018) y fue publicado el 13 de febrero de 2018 en el portal de Vice y replicada por otros portales de noticias (El Espectador, El Tiempo, Deutsche Welle para Latinoamérica –DW–, entre otros). El texto inicia con la historia de un niño indígena de diez años, quien era “beneficiario” de la estrategia Kufu. El niño quien antes no tomaba “gaseosas”, pero que ahora lo hacía todos los días, era el reflejo de la historia de los más de 3000 niños y niñas Wayúu, a los cuales Postobón les proporcionaba diariamente dos bebidas endulzadas.

El texto continúa mostrando los cuestionamientos éticos que tuvo la estrategia por parte de expertos en salud pública y nutricionistas quienes mostraron su preocupación ante la entrega, a una población altamente vulnerable, de productos no naturales y que no han sido certificados como suplementos nutricionales. Además, revela que algunos niños involucrados en la estrategia fueron sometidos a estudios que incluían la toma de peso, talla y muestras de sangre, acompañados por estudios antropológicos y sociales sobre la aceptación del producto en la comunidad. Estudios que, de acuerdo a la nota, fueron realizados sin la autorización necesaria para una “investigación experimental de mercado con una comunidad” (Vice, 2018).

El 14 de febrero de 2018, mediante un comunicado a la opinión pública, Postobón rechazó el artículo publicado por la Liga Contra el Silencio sobre Kufu. Según la empresa, los cuestionamientos hechos por los periodistas “tergiversan los propósitos que éste tiene de contribuir al progreso de la región” (Postobón, 2018). En adición, en el comunicado, la empresa modificó la narrativa de la estrategia Kufu, y a diferencia de lo afirmado por la compañía a Dejusticia en Noviembre de 2017, manifestó por primera vez que no tenía interés comercial con el producto. Este cambio en el discurso dejó ver que la compañía habría renunciado a la segunda etapa de la estrategia Kufu, que era la de su comercialización a nivel nacional.

El artículo de la Liga Contra el Silencio generó tal impacto que fue compartido de manera masiva en redes sociales y se posicionó rápidamente en los principales medios. Durante más de un mes, entre el 13 de febrero y el 17 de marzo, el caso Kufu fue cubierto por

la prensa nacional y algunos medios internacionales, los cuales entrevistaron a diferentes actores de gobierno, sociedad civil, expertos en salud y a la empresa, para hacerle seguimiento de cerca a la polémica que había despertado en la opinión pública la estrategia de Postobón en La Guajira.

Gracias al impacto que tuvo esta estrategia, Postobón ponderó el daño que los cuestionamientos del público podrían generar sobre su reputación empresarial, y decidió unilateralmente retirar las bebidas Kufu de las instituciones educativas indígenas, las cuales nunca fueron comercializadas a nivel nacional. Estos hechos fueron verificados por Dejusticia mediante trabajo de campo en La Guajira en el mes de abril de 2018.

4.3 Llamado a la justiciabilidad de casos similares en el futuro

En el contexto de la Sentencia T-302 de 2017, la cual reconoce que la garantía del derecho a la alimentación implica el acceso físico y social a alimentos esenciales suficientes, nutricionalmente adecuados y culturalmente apropiados a las tradiciones y costumbres del pueblo Wayúu (Sentencia T-302 de 2017, M. P. Aquiles Arrieta Gómez), la Corte Constitucional designó al Tribunal Superior de Riohacha (La Guajira) la competencia de supervisar la implementación de la sentencia.

Por ende, el Tribunal también es el ente encargado de valorar el informe presentado por Dejusticia. Como ya lo mencionamos en la segunda parte de este escrito, en el informe expusimos como este tipo de estrategias de responsabilidad social empresarial vulneran los derechos de los niños y niñas Wayúu a la alimentación y la salud, al ser productos que no son nutricionalmente adecuados, ni culturalmente apropiados para ellos. A la fecha, el Tribunal no se ha manifestado al respecto.

Los proyectos de ley que la sociedad civil ha venido apoyando tampoco han tenido éxito. En julio de 2019 los proyectos de ley 019/2017 y 214/2018 no pudieron seguir su trámite en el Congreso al no llevarse a cabo el número mínimo de debates exigidos para su continuación debido al fuerte lobby de la industria de alimentos.

A nivel internacional, los esfuerzos por visibilizar el rol de la industria de alimentos en el ejercicio de los derechos a la alimentación y la salud de los niños han tenido un impacto limitado. En relación a la solicitud de audiencia temática ante la CIDH sobre “Derechos a la alimentación y la salud de niñas, niños y adolescentes en América Latina: obligaciones estatales y rol de actores privados”, el pasado 6 de noviembre 2018 la CIDH notificó a las organizaciones de la sociedad civil que la audiencia para el 170° periodo de sesiones no fue concedida debido al elevado número de solicitudes allegadas a la Comisión. No obstante, tanto Dejusticia, como las otras organizaciones de la sociedad civil de la región, confiamos en que la CIDH se interesará en el tema, al ser compatible con su mandato y sus prioridades en cuanto a la promoción y protección de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales en la región. Especialmente, en lo que tiene que ver con el respeto, la protección y la garantía de los derechos de los niños y niñas y las responsabilidades de las empresas de no interferir en el pleno desarrollo de estos.

5. CONCLUSIÓN

Este caso muestra los desafíos que la protección del derecho a la alimentación enfrenta hoy en día, así como las posibilidades de acción que, más allá del litigio estratégico, pueden usar los activistas y la sociedad civil para protegerlo. Aunque en principio, la falta de un marco normativo claro sobre las obligaciones de derechos humanos de la industria de

bebidas y alimentos en el marco de sus acciones de RSE representó un reto para Dejusticia y las demás organizaciones de la sociedad civil que apoyaron este caso, creemos que las acciones coordinadas de litigio estratégico e incidencia ante la opinión pública lograron materializar el impacto buscado.

La combinación de peticiones de información, con acciones comunicativas generaron una sinergia complementaria positiva. En muy corto tiempo se logró el objetivo principal de exponer ante la opinión pública por qué inducir al consumo de bebidas endulzadas a niños y niñas de cualquier origen étnico e intentar fidelizarlos con una marca es problemático, y como esta situación es particularmente grave en niños y niñas de comunidades como la Wayúú expuestas a mayores niveles de desnutrición que la media nacional. De esta manera se logró que la ciudadanía hiciera un llamado a un comportamiento más ético por parte de la empresa y, finalmente, lograr el retiro completo del producto de las instituciones educativas indígenas.

A pesar de que el marco normativo y jurisprudencial puede y debe ser fortalecido, y que el logro del caso no pudo ser representado a través de un fallo debido a la carencia de objeto por hecho superado; creemos que el debate generado alrededor de la distribución de Kufu es un avance. Las instituciones educativas, las empresas y la sociedad en general, están más sensibilizadas en cuanto a que la garantía del derecho a la alimentación de niños, niñas y adolescentes implica el acceso, no a cualquier tipo de producto, sino a un alimento nutritivo y culturalmente apropiado. Es hora que el marco normativo y jurisprudencial, tanto nacional como internacional, reconozcan también esta realidad como una exigencia no solo ética, sino como parte de los deberes del estado y las empresas en materia de derechos humanos.



Fotos de Luis Alberto Ángel. Izquierda: Niños Wayúú de la institución Etnoeducativa Laachon Mayapo. Derecha: Niña Wayúú de la Institución Etnoeducativa Laachon Mayapo bebiendo Kufu.

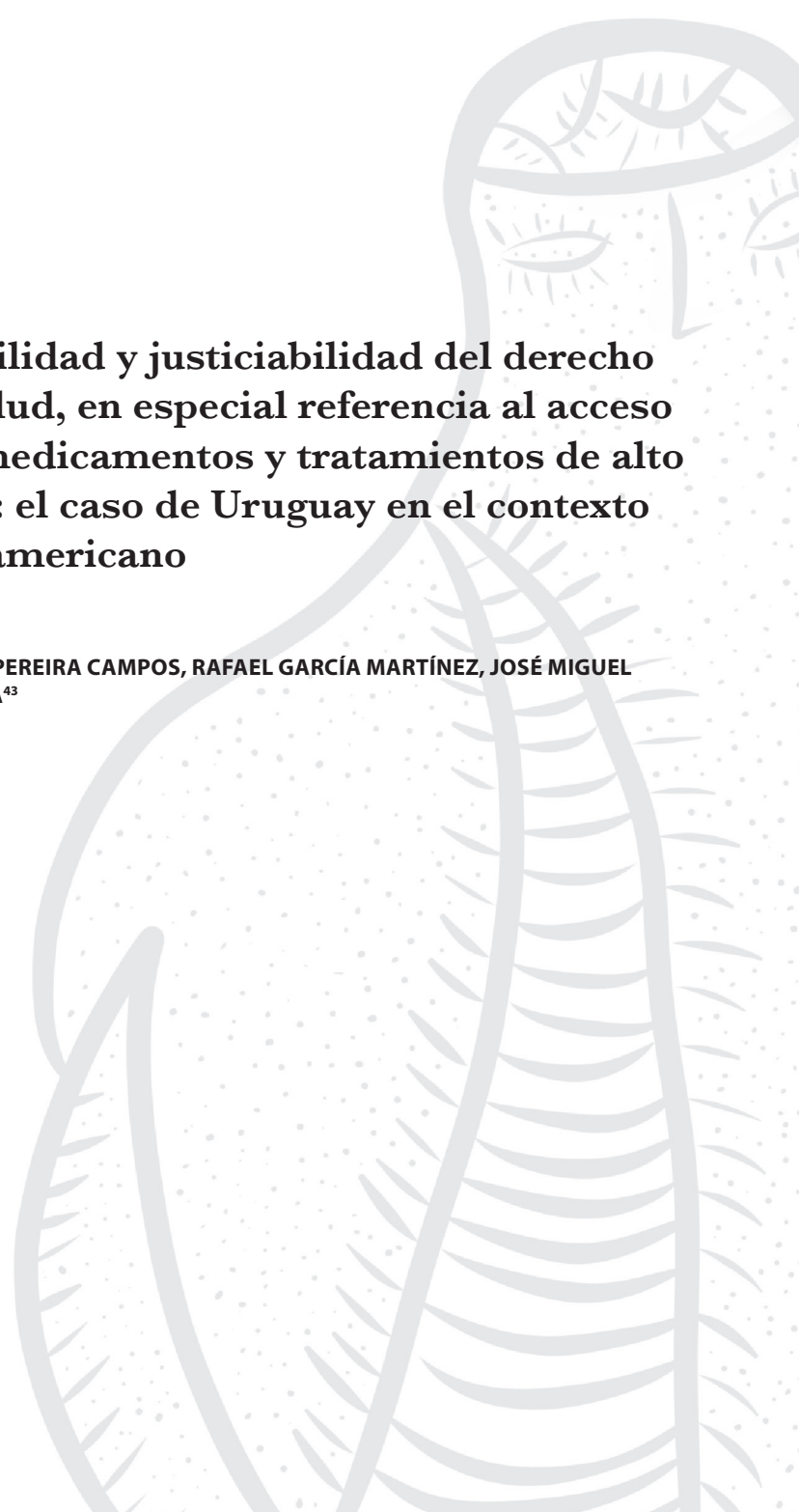
BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL-CAMARGO, D. y Padilla-Muñoz, A. Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la constitución política colombiana de 1991. *Revista Jurídicas*, 15 (1), 46-64.
- BONET MORÓN, J. & Hahn de Castro, L. (2017). "La mortalidad y desnutrición infantil en La Guajira". Documentos de trabajo sobre economía regional, Banco de la República. Disponible en: http://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/dtser_255.pdf
- CEROSSETENTA. (2019). La Liga Contra el Silencio. Disponible en: <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/author/la-liga-contra-el-silencio/>

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CIDH, 2015). Resolución 60/2015. Medidas Cautelares No. 51/15. Asunto niñas, niños y adolescentes en las comunidades de Uribí, Manauare, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, asentados en el departamento de La Guajira, respecto de Colombia. 11 de diciembre de 2015.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CIDH, 2015). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CIDH, 2017). Pobreza y derechos humanos en las Américas. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDD-HH2017.pdf>
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (CDESC, 1999). Observación general N°12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). E/C.12/1999/5.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (CDN, 2013a). Observación general N°15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (CDN, 2013b). Observación general N°16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2017). Proyecto de Ley Número 019 de 2017 Cámara "Por medio de la cual se establecen medidas de salud pública para el control de la obesidad y otras enfermedades no transmisibles derivadas y se dictan otras disposiciones". Gaceta N° 610 de 2017.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2018). Proyecto de Ley Número 214 de 2018 Cámara "Por medio de la cual se promueve el acceso a información necesaria para fomentar entornos escolares alimentarios saludables y prevenir enfermedades no transmisibles y se adoptan otras disposiciones". Gaceta N° 883 de 2018.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011). Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (1991).
- CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW, 1979).
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2006).
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (1989).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1992). Sentencia T-605 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1998). Sentencia T-652 de 1998. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2002). Sentencia T-212 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2010). Sentencia T-367 de 2010. M. P. Maria Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2014). Sentencia T-273 de 2014, M. P. Maria Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2015). Sentencia T-391 de 2015. M. P. Luis Guillermo Guerrero P.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2017). Sentencia T-302 de 2017. M. P. Aquiles Arrieta Gómez.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2019). Sentencia T-001 de 2019. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (CIDH, 2005). Sentencia de 17 de junio de 2005. Caso Comunidad Yakyé Axa vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 125.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2006). Sentencia de 29 de marzo de 2006. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 146.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2010). Sentencia de 24 de agosto de 2010. Caso Comunidad Xákmox Káséc vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 214.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2018). Sentencia de 8 de marzo de 2018. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 349.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2018). Sentencia de 23 de agosto de 2018. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 359.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. (DUDH, 1948).
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2014). Crisis humanitaria en La Guajira: Acción integral de la Defensoría del Pueblo en el departamento. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/informe-defensorialguajira11.pdf>
- DEJUSTICIA. (2018). Dejusticia presentó al Tribunal Superior de Riohacha un informe sobre la situación de los derechos de las comunidades indígenas de La Guajira. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/litigation/dejusticia-presento-al-tribunal-superior-de-riohacha-un-informe-sobre-la-situacion-de-los-derechos-de-las-comunidades-indigenas-de-la-guajira/>
- EDUCAR CONSUMIDORES. (2018). Informe de resultados de pruebas de laboratorio a KUFU. Documento no publicado.
- EL ESPECTADOR. (2018). Kufu, la bebida de Postobón que divide a los pediatras. Disponible en: <https://www.elspectador.com/noticias/salud/kufu-la-bebida-de-postobon-que-divide-los-pediatras-articulo-744188>
- EL ESPECTADOR. (2018). "La polémica estrategia de Postobón en La Guajira". 14 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.elspectador.com/noticias/nacional/la-polemica-estrategia-de-postobon-en-la-guajira-articulo-739183>.
- EL TIEMPO. (2018). "Polémica por bebida entregada a más de 3.000 niños en La Guajira". 15 de febrero de 2018. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/polemica-por-kufu-bebida-de-postobon-dada-a-ninos-en-la-guajira-183110>.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. (UNICEF,2006). Progress for Children: A Report Card on Nutrition.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. (UNICEF,2018). A Child Rights-Based Approach to Food Marketing: A Guide for Policy Makers. Disponible en: https://www.unicef.org/csr/files/A_Child_Rights-Based_Approach_to_Food_Marketing_Report.pdf
- FOOD FIRST INFORMATION AND ACTION NETWORK. (FIAN Colombia 2017). La Sociedad Colombiana de Pediatría (SCP) advierte que bebida "KUFU", lanzada en La Guajira, no contiene nutrientes esenciales para mejorar la nutrición de las y los niños. Disponible en: <http://www.fiancolombia.org/la-sociedad-colombiana-de-pediatria-scp-advierte-que-bebida-kufu-lanzada-en-laguajira-no-contiene-nutrientes-esenciales-para-mejorar-la-nutricion-de-las-y-los-ninos/>
- GARDE, A., Byrne, S., Gokani, N., & Murphy, B. (2018). A child rights-based approach to food marketing: A guide for policy makers. Disponible en: https://www.unicef.org/csr/files/A_Child_Rights-Based_Approach_to_Food_Marketing_Report.pdf
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (2018). Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas. A/73/163, 16 de julio de 2018.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. (2010). Encuesta Nacional de Situación Nutricional (ENSIN). 2010. Disponible en: <https://www.icbf.gov.co/bienestar/nutricion/encuesta-nacional-situacion-nutricional>
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. (2015). Documento técnico Guías Alimentarias Basadas en Alimentos para la población colombiana mayor de 2 años. Primera edición, noviembre de 2015. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SNA/guias-alimentarias-basadasen-alimentos.pdf>
- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. (2016a) Boletín Epidemiológico. Semana 36. Disponible en: <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/Paginas/Vista-Boletin-Epidemiologico.aspx>
- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. (2016). Una mirada al ASIS y análisis en profundidad: Hambre y desnutrición en La Guajira. Informe técnico séptima edición, Capítulo 4. Boletín técnico interactivo No. 8.
- LA REPÚBLICA. (2018). Ministerio de Salud dio recomendaciones al proyecto social Kufu de Postobón. Disponible en: <https://www.larepublica.co/empresas/ministerio-de-salud-dio-recomendaciones-al-proyecto-social-kufu-de-postobon-2609344>

- MERCEDES MORA (2018). Entrevista con Carolina Mila, periodista de Dejusticia, el 5 de marzo de 2018.
- NACIONES UNIDAS. (2010). El derecho a la alimentación adecuada. Folleto informativo N° 34. Ginebra. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>
- ORAS-CONHU. (2011). Respuestas de salud y nutrición infantil frente a la crisis económica en la Región Andina. Lima: Organismo Andino de Salud - Convenio Hipólito Unanue.
- ORGANISMO ANDINO DE SALUD. Convenio Hipólito Unanue. (ORAS-CONHU, 1998). Análisis de situación de salud andino, ASIS Andino, con enfoque intercultural.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (OMS, 2010). Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños. Ginebra.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (OMS, 2018). Reducción de la mortalidad en la niñez, nota descriptiva, septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/children-reducing-mortality>.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (PIDESC, 1966).
- POSTOBÓN S.A. (2017a). ¡Conoce el Poder de KUFU! Comunicado de 7 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.postobon.com/sala-prensa/noticias/conoce-el-poder-kufu>
- POSTOBÓN S.A. (2017b). Respuesta de Postobón S.A. a la Superintendencia de Industria y Comercio. 18 de diciembre de 2017.
- POSTOBÓN S.A. (2018). Aclaración sobre información errónea acerca de KUFU. Comunicado del 14 de febrero de 2018. Disponible en: <http://www.postobon.com/sala-prensa/noticias/aclaracion-sobre-informacion-erronea-acerca-kufu>.
- POSTOBÓN S.A. (2018). Aclaración sobre información errónea acerca de KUFU <https://www.postobon.com/sala-prensa/noticias/aclaracion-sobre-informacion-erronea-acerca-kufu>
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, "Protocolo de San Salvador". (1988).
- RELATORÍA ESPECIAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES DE LA CIDH. (2018). Presentación sobre Derechos Humanos y Empresas. 21 de febrero de 2018.
- RELATORÍA ESPECIAL SOBRE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES DE LA CIDH. (2018). CIDH y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales urgen al Estado de Venezuela a garantizar y respetar los derechos a la alimentación y a la salud. Comunicado de prensa.
- RELATORÍA ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN. (2007). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler. A/HRC/4/30, 19 de enero de 2007.
- RELATORÍA ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN. (2016). Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación. A/71/282, 3 de agosto de 2016.
- RUNDALL, P. (2015). "The 'business of malnutrition': the perfect public relations cover for Big Food", en Right to Food and Nutrition Watch: People's Nutrition Is Not a Business. Alemania: Food and Nutrition Watch.
- RUIZ, N. J. (2017). "Las mortalidades por desnutrición, una realidad que violenta los derechos humanos. Colombia 2003-2012". Universidad Nacional de Colombia.
- SÁNCHEZ-TORRES, R. M. (2017). Desigualdad del ingreso en Colombia: un estudio por departamentos. Cuadernos de Economía, 36 (72), 139-178.
- VICE. (2018). Postobón hace pruebas de laboratorio con niños en La Guajira. Disponible en: https://www.vice.com/es_co/article/vbpb8m/postobon-pruebas-laboratorio-ninos-guajira-nutricion-bebidas-liga-contra-silencio



Exigibilidad y justiciabilidad del derecho a la salud, en especial referencia al acceso a los medicamentos y tratamientos de alto precio: el caso de Uruguay en el contexto latinoamericano

SANTIAGO PEREIRA CAMPOS, RAFAEL GARCÍA MARTÍNEZ, JOSÉ MIGUEL ORDIOZOLA⁴³

RESUMEN

A partir de la experiencia uruguaya en los conflictos sobre acceso a medicamentos y tratamientos de alto precio, se realiza un análisis crítico de los dilemas y desafíos que plantea la efectividad del derecho a la salud con referencias a la situación regional, con el objeto de contribuir al diálogo social.

Palabras claves: Judicialización • Medicamentos • Derecho a la Salud • Amparo • Alto precio • Justicia individual • Justicia colectiva • Separación de poderes • Políticas públicas • Financiación • Sustentabilidad • Sentencia

ABSTRACT

Based on the Uruguayan experience in the conflict over access to high-priced medicines and treatments, a critical analysis is made of the dilemmas and challenges posed by the effectiveness of the right to health with references to the regional situation, in order to contribute to social dialogue.

Keywords: Judicial action • Medicine • Right to Health • Writ of Amparo • High-priced • Individual justice • Social justice • Separation of powers • Public policies • Financing • Sustainability • Judgment

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Derecho a la Salud y acceso a medicamentos y tratamientos de alto precio

Uno de los problemas críticos relativos a la promoción y protección de los DES-CA en América Latina es, sin duda, el acceso a los medicamentos y tratamientos de alto precio.

Se ha señalado desde la Organización Mundial de la Salud que *“la posibilidad o no de acceder a un medicamento constituye una de las manifestaciones más tangibles de las desigualdades e inequidades entre países en la Región y entre poblaciones dentro de los países. Los aspectos económicos del acceso a los medicamentos involucran grandes dimensiones derivadas del precio de los productos y su impacto sobre los presupuestos familiares y de los sistemas de financiamiento imperantes en los diferentes sistemas de salud”* (Organización Panamericana de la Salud, 2009, p. 18).

Por un lado, el aumento acelerado del precio de los medicamentos y tratamientos de alta complejidad y, por otro, el acceso por parte de los pacientes a mayores niveles de información (no siempre de calidad ni independientes), colocan a los sistemas de salud de la región ante importantes desafíos que se vinculan inescindiblemente con los que, a su vez, deben enfrentar los sistemas de justicia.

En Uruguay, la visualización del conflicto coincide con el inicio de su judicialización hace algo más de 15 años, presentando actualmente notas que lo distinguen de la realidad de otros países de la región –tal como el hecho de que se plantea exclusivamente por fármacos y prestaciones no incluidas en los planes de salud obligatorios–, sin perjuicio de compartir con el resto de los países, la emblemática dicotomía de que las necesidades de los pacientes son infinitas y los recursos en materia de políticas públicas son limitados e insuficientes.

La situación específica de afectación del Derecho a la Salud como parte de los DESCA y su exigibilidad judicial en Uruguay, será el objeto de este trabajo. A partir del caso concreto que exponemos a continuación, señalaremos cómo surge el conflicto, de qué manera se lo identificó, cuáles son las causas a las que responde y cómo el mismo se canaliza en el sistema de justicia. Ello pondrá de manifiesto el estrecho vínculo que en materia de políticas públicas de salud se da entre los sistemas de salud y los sistemas de justicia.

Como metodología de análisis, el estudio parte de una descripción del marco normativo general interno y convencional (tratados internacionales), que garantiza el Derecho a la Salud en Uruguay, así como de los medios y herramientas administrativas y jurisdiccionales existentes para su protección.

Dicho análisis se complementa con una revisión y valoración de las experiencias “judicializadas”, considerando tanto los aspectos cuantitativos (identificando los datos más relevantes respecto de casos, condenas, actores y demandados, etc.) y cualitativos (identificando las distintas teorías jurídicas formuladas por la Jurisprudencia), comprendiendo el período temporal que va desde el año 2002 hasta el momento actual.

Los extremos descriptos se consideran teniendo como eje el caso concreto de la niña Catalina, cuyos padres entablaron un proceso amparo por el fármaco “Nusinersen”, en el que recayeron las sentencias Números 57 del 23/4/019 y 548 del 29/5/019 de primera y segunda instancia respectivamente. Este caso, que es ejemplificador del contexto en el que se suscitan todos estos conflictos, tiene como nota distintiva el hecho de que se trata del medicamento más caro reclamado en Uruguay hasta la fecha, lo cual suscitó una especial atención pública. Con ese material de análisis, se elabora una conclusión de la situación general en Uruguay en cuanto al impacto real de la judicialización del Derecho a la Salud en las políticas públicas, considerando la perspectiva de la región.

1.2 El médico tratante le indica el fármaco Nusinersen a Catalina

Catalina, de cinco (5) años de edad, vive en Montevideo con sus padres. Desde el punto de vista cognitivo y del lenguaje tiene un excelente desarrollo. En el área motora, hasta los ocho (8) meses, tuvo un desarrollo adecuado a su edad, presentándose por entonces una debilidad en los miembros inferiores que le imposibilitó mantenerse parada, progresando el debilitamiento en miembros inferiores y sector axial. Realizados estudios neuro eléctricos, se confirmó que Catalina padecía *“ATROFIA MUSCULAR ESPINAL (AME Tipo II). Esta patología de tipo degenerativo que padece Catalina afecta las neuronas motoras, provocando debilidad y parálisis muscular, consignando sedestación pasiva e impidiendo caminar, alcanzando complicaciones más graves en la espiración y escoliosis”* Catalina utiliza silla de ruedas para trasladarse, férulas en las piernas y tablita para pararse con extensoras en la rodilla⁴⁴.

Catalina tiene cobertura de salud en una Institución de Asistencia Médica Colectiva (sector privado), que participa del Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS), siendo además tratada en otros centros especializados en fisioterapia y rehabilitación por su patología específica.

Para el médico tratante, el único tratamiento adecuado para Catalina es el suministro mediante punción lumbar del fármaco NUSINERSEN (con el nombre comercial *“SPINRAZA”*), dado que es el único tratamiento para su patología. Iniciar el tratamiento farmacológico indicado a Catalina, en Uruguay tiene un precio de U\$S 600.000, a lo que luego debe adicionarse el precio de la dosis de mantenimiento anual, que alcanza los U\$S 150.000.

1.3 ¿Cómo surge el conflicto?

En el caso de Catalina, así como en los restantes casos que se plantean en Uruguay sobre esta misma situación, el conflicto surge cuando el medicamento indicado por el médico tratante –de muy alto precio– no se encuentra incluido en el listado de prestaciones que se obliga a servir el SNIS. En efecto, el SNIS (y las diversas instituciones que lo integran), se obliga a brindar a los usuarios una lista de medicamentos que, por diversas razones técnicas, prioriza (proceso de priorización), no siendo obligatorio servir las prestaciones no priorizadas.

Si se trata de medicamentos registrados en Uruguay, existe la posibilidad de que el paciente o su familia lo puedan adquirir en el circuito de farmacias comerciales o del laboratorio. Sin embargo, dado que estos conflictos surgen estrictamente respecto de medicamentos –o prestaciones en su caso– de muy alto precio, dicha posibilidad es muy limitada, incluso para familias de recursos de nivel medio - alto.

Si el paciente no puede adquirir por su cuenta el medicamento –es la regla dado su alto precio–, cumplida (o no), una instancia de solicitud formal de cobertura ante la institución prestadora de asistencia médica por parte del paciente, ante la habitual respuesta negativa, el conflicto se traslada hacia la autoridad sanitaria, fundamentalmente, ante el Ministerio de Salud Pública (MSP) y en muchos casos, ante el Fondo Nacional de Recursos (FNR), sin perjuicio de otros posibles entes públicos (tal como sucedió en el caso concreto de Catalina, donde la familia también formuló reclamo contra el instituto de seguridad social uruguayo –BPS–, dado que es el titular del centro de referencia nacional en defectos congénitos y enfermedades raras *“CRENADECER”*, que comenzó a tratarla en octubre de 2018).

Cabe resaltar dos notas características de este conflicto en el sistema de salud uruguayo que lo distinguen de la situación de otros países de la región: a) el conflicto tiene lugar exclusivamente por medicamentos –o prestaciones– no priorizadas por el sistema (en Uruguay los prestadores cumplen con todas las prestaciones priorizadas; en otros países como Brasil [Revez et al, 2013a, p. 215] o Argentina [Revista ISALUD, 2016a, p. 73] también se reclaman prestaciones priorizadas porque los prestadores no cumplen) y b) en la mayoría de los casos, luego de la instancia inicial, el prestador de asistencia médica integral a la cual el paciente se encuentra afiliado, queda fuera del conflicto, porque por tratarse de prestaciones que no está obligado a servir, el reclamo se traslada al Estado.

1.4 Marco Jurídico del Derecho a la Salud en Uruguay

En Uruguay, el derecho a la salud es un derecho fundamental protegido por la Constitución y la ley.

A partir de 2005, se ha implementado el SNIS con el objetivo de establecer la atención integral de todos los habitantes residentes en el país, garantizando su cobertura equitativa y universal.

Reconocido el derecho a la salud y la garantía de su protección por la Constitución⁴⁵ y por normas de fuente internacional⁴⁶, las discrepancias en Uruguay se plantean en cuanto al alcance de dicho derecho y, en especial, si comprende el derecho subjetivo a recibir determinadas prestaciones asistenciales en concreto.

En especial, interesa destacar el artículo 44 de la Constitución uruguaya que establece las obligaciones del Estado relacionadas con la salud e higiene de la población, en los siguientes términos: *“El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”*.

Es fundamentalmente en base al inciso segundo del citado artículo que el Estado uruguayo ha resultado condenado en muchos de los fallos sobre reclamaciones judiciales por medicamentos y otras prestaciones médicas de alto precio no priorizadas. Los tribunales han considerado que el Estado es responsable de tutelar la salud de sus habitantes y tiene el deber de asegurar el acceso a los medios de prevención y asistencia que requieran no solo los indigentes, sino también los *carentes de recursos suficientes*.

Las interpretaciones restrictivas en cuanto al alcance de las obligaciones del Estado en materia del derecho a la salud han tenido como fundamento principalmente normas de rango legal vinculadas a las competencias del Ministerio de Salud Pública (MSP), en materia sanitaria, al mecanismo de priorización de prestaciones y las leyes que instru-

45 Fundamentalmente, los artículos 7, 44, 72 y 332.

46 Un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia señalan que por vía del artículo 72 de la Constitución Nacional, se incorporan al texto constitucional y adquieren naturaleza supra legal las prescripciones del derecho internacional de los derechos humanos. En esa categoría se incluyen, por ejemplo, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En base a tales instrumentos internacionales, también se ha dicho que, en relación al derecho a la salud y, en especial a la cobertura de medicamentos, lo que los mismos garantizan es el acceso a aquellos medicamentos incluidos en la lista de “medicamentos esenciales” de la OMS.

mentan la reforma del sistema sanitario uruguayo a partir del año 2005⁴⁷. Estas últimas, si bien prevén el derecho de toda persona a acceder a servicios de atención integral a la salud, este derecho estaría limitado a las prestaciones que determine la autoridad sanitaria (priorizadas).

Respecto de la constitucionalidad de esas normas legales que establecen la antedicha limitación, la Suprema Corte de Justicia (SCJ), se ha pronunciado en distintos sentidos, según su integración⁴⁸.

En el aspecto prestacional propiamente dicho, la cobertura del SNIS fue definida por las normas que lo implementaron, en términos de "... atención integral de todos los habitantes residentes en el país, garantizando su cobertura equitativa y universal..."⁴⁹.

La cobertura a los usuarios se brinda en un sistema que articula instituciones públicas y privadas que están obligadas a suministrar a su población usuaria los programas integrales de prestaciones que apruebe el MSP y las prestaciones taxativamente incluidas⁵⁰.

Respecto de las prestaciones no priorizadas, las normas legales⁵¹ contienen expresas soluciones en las que se dispone, que podrán ser convenidas entre las instituciones y sus usuarios, en régimen de libre contratación. Ello implica que los usuarios que quieran acceder a las mismas, deben abonarlas.

1.5 Etapas del conflicto antes de la judicialización

Cuando el medicamento o la prestación indicada por el médico tratante no fueron de las priorizadas, los prestadores del sistema no se encuentran obligados a su cobertura, salvo que hayan asumido dicha obligación en forma contractual.

En el caso de Catalina, el medicamento indicado por el médico tratante no se encuentra incluido en el listado de fármacos priorizados, ni el prestador al cual se encuentra afiliada la niña se obligó a su provisión contractualmente, por lo cual, no está obligado a cubrirlo.

Sin perjuicio de ello, los pacientes suelen presentar peticiones formales ante los prestadores solicitando la cobertura del medicamento. Salvo escasas excepciones, los pacientes obtienen una respuesta negativa, fundamentalmente por el alto precio de las prestaciones por las que se dan estos conflictos, cuyo financiamiento no fue previsto por el sistema.

Los padres de Catalina transcurrieron por esta instancia, obteniendo –como era de esperar– una respuesta negativa.

47 Fundamentalmente, las Leyes N° 17930 (art. 265 y 265), 18.131, 18.161, 18.211 y 18.335. En la etapa de judicialización del conflicto también se citan recurrentemente normas administrativas, fundamentalmente las que reglamentaron las normas legales antes mencionadas, tales como el Decreto N° 265/006 y sus normas modificativas (ahora Decreto No. 130/017), que estableció el Formulario Terapéutico de Medicamentos (FTM) –listado de medicamentos priorizados–, el Decreto N° 465/008 y sus normas modificativas, que reglamentó el artículo 45 de la Ley N° 18.211 del SNIS, que es el listado de procedimientos diagnósticos, terapéuticos y de rehabilitación priorizados, bajo la denominación "Catálogo de Prestaciones" –PIAS– (actualizado por Ordenanza MSP No. 289/2018) y el Decreto N° 274/010 que reglamentó la Ley N° 18.335 de Derechos y Deberes de Usuarios y Pacientes de los SS y algunos aspectos de la Ley N° 18.211 del SNIS.

48 Sentencias de la SCJ: N° 396/2016 por la inconstitucionalidad y N° 1981/2017 por la constitucionalidad.

49 Ley N° 17.930, artículo 264.

50 Conforme surge de las Leyes N° 18.211 (implementación del SNIS) y N° 18.335 (Derechos y Obligaciones de los Usuarios y Pacientes de los Servicios de Salud), la cobertura que obligatoriamente deben brindar los prestadores del sistema son las que integran los listados taxativos de prestaciones priorizadas, que incluyen las prestaciones financiadas por el FNR. El FNR es una persona pública pero que funciona fuera de la administración estatal (persona pública no estatal), siendo su cometido brindar cobertura financiera a las prestaciones de medicina altamente especializada del sistema y a determinados medicamentos de alto precio, incluidos previamente en los listados de prestaciones priorizadas (PIAS/FTM). En el diseño de la reforma sanitaria, la actualización periódica de los programas está a cargo del MSP, de acuerdo a la evidencia científica, la realidad demográfica y epidemiológica de la población y el estudio de costos. A posteriori, por la ley que estableció los Derechos y Obligaciones de los Usuarios y Pacientes de los SS (N° 18.335), se reiteró el principio general de que la cobertura asistencial y farmacológica que otorga el SNIS a sus usuarios se limita a la prevista en las PIAS y el FTM, respectivamente.

51 Ley N° 18.211, artículo 47.

Ante esa situación, los pacientes tienen la posibilidad de explorar algunas vías administrativas para procurar el acceso al medicamento o prestación no priorizada realizando peticiones ante los entes públicos con competencia en la materia, fundamentalmente ante el MSP como entidad encargada de velar por la salud de la población y especialmente, de determinar los medicamentos y prestaciones priorizadas y, ante el FNR como entidad financiadora de ciertos fármacos de alto precio del sistema.

En el caso del MSP, hasta diciembre de 2015, los pacientes peticionaban que el fármaco que necesitaban se incluyera en el Formulario Terapéutico de Medicamentos (FTM) o, directamente solicitaban su cobertura. Esta gestión por lo general no era efectiva, dado que, entre otras razones, los tiempos administrativos no se compadecían con la situación catastrófica de salud en la que generalmente se da el conflicto en análisis.

En consideración de ello –y ante un incremento sustancial de litigios y condenas por estos reclamos–, el 09 de diciembre de 2015, el MSP dictó la Ordenanza N° 882/2015⁵² que estableció un procedimiento administrativo abreviado para peticiones que tengan como objeto la solicitud de suministro de medicamentos, dispositivos terapéuticos o estudios de diagnóstico que no estén priorizados.

Este sistema, tuvo cierta efectividad en algunas situaciones en los primeros meses inmediatos a su vigencia. Las estadísticas posteriores indicaron que no contribuyó en forma significativa a solucionar el conflicto en la fase previa a su judicialización, siendo finalmente dejado sin efecto.

En el caso de Catalina, sus padres realizaron petición administrativa ante el MSP, sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda judicial, aún no habían obtenido respuesta a la misma.

Cumplidas estas instancias, el paciente se encuentra definitivamente enfrentado a la situación de que el sistema de salud no le otorga cobertura a la prestación que su médico le indica para el tratamiento de su patología o para mejorar la calidad de su vida.

En ese caso, si el medicamento se encuentra registrado para la venta comercial en Uruguay –procedimiento diferente al de priorización–, el paciente podría adquirirlo en el circuito de farmacias comerciales o del laboratorio. Sin embargo, dado que tal como señalamos, los conflictos refieren a medicamentos o tratamientos de muy alto precio, esta opción es prácticamente inexistente, incluso para familias de ingresos medio-altos.

Agotadas todas o algunas de estas instancias, el paciente judicializa el conflicto.

2. LA JUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO

2.1 El proceso de amparo

El proceso de amparo es la estructura procesal a través del cual, se formulan en Uruguay los reclamos relativos a medicamentos y tratamientos de alto precio, por ser el único idóneo considerando sus especiales características. Este proceso, regulado por la ley N° 16.011 del 19 de diciembre del año 1988⁵³, es una estructura urgente, tendiente a la protección del accionante, ante el surgimiento de un acto, omisión o hecho, estatal o de los

52 Modificada por la Ordenanza Ministerial No. 692/2016 y finalmente revocada por la Ordenanza No. 1183/2018 que estableció un nuevo procedimiento abreviado de petición para fármacos no priorizados pero limitado a un listado taxativo que son los fármacos que están en lista de espera de ser incorporados.

53 La Constitución, afiliada al jusnaturalismo, no dispensa los derechos fundamentales a los individuos, sino que se limita a consagrar, a título de garantía, la obligación del Estado de suministrar la protección en el goce de aquéllos, salvo cuando se dicten leyes en razón del interés general. En virtud de ello, para la protección en el goce de los derechos (artículo 7 de la Constitución) y, por ende, para hacer efectivo el amparo no era imperioso dictar una ley, conforme lo dispuesto en los artículos 72 y 332 de la Constitución.

particulares, manifiestamente ilegítimo, que provoque al accionante una lesión de carácter inminente a sus derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Respecto de la legitimación activa, se prevé que *"cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo..."* y en cuanto a la legitimación pasiva, la acción procederá contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales, paraestatales o de particulares⁵⁴.

Otro requisito típico del proceso de Amparo es la inexistencia de otros mecanismos de protección o que los existentes sean claramente ineficaces (carácter residual).

La acción de amparo debe ser interpuesta dentro de los treinta (30) días, a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión.

El Juez convoca a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres (3) días, a partir de la fecha de la presentación de la demanda. En dicha audiencia se contesta la demanda, se produce la prueba y se realizan los alegatos. El Juez, dictará la sentencia en la audiencia o, a más tardar, dentro de las veinticuatro (24) horas de su celebración. Sólo en casos excepcionales podrá prorrogarse la audiencia por hasta tres (3) días. El juez, puede disponer en cualquier momento medidas provisionales en amparo del derecho o libertad presuntamente violados. Solo pueden apelarse la sentencia definitiva y la que rechaza la acción por ser manifiestamente improcedente. El recurso de apelación deberá interponerse dentro del plazo perentorio de tres (3) días que se sustancia con un traslado a la contraparte, por tres (3) días perentorios. En segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones resuelve dentro de los cuatro (4) días siguientes a la recepción de los autos. La interposición del recurso no suspende las medidas de amparo decretadas. No se prevé el recurso de casación para el proceso de amparo, interpretando la SCJ que dicho recurso no procede⁵⁵. La sentencia ejecutoriada de segunda instancia hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistente el ejercicio de las acciones que pudieren corresponder a cualquiera de las partes con independencia del amparo.

Conforme surge de la estructura procesal antes descrita, mediante el amparo el reclamante obtiene una sentencia de primera instancia en apenas unos días y, en caso de que se cumpla una segunda instancia, obtendrá con igual celeridad una decisión revisada sin que se suspendan los efectos de la primera decisión mientras curse su trámite. Esto hace que, desde esa consideración, se trata de un proceso especialmente idóneo para el reclamo de derechos de esta naturaleza.

Sin perjuicio de ello, las limitaciones del proceso de amparo por su carácter de vía excepcionalísima y urgente ponen en dudas si es adecuado para obtener prueba independiente y de calidad acerca de la procedencia del reclamo de medicamentos de alto precio.

2.2 La demanda judicial de amparo de Catalina

La demanda de amparo presentada por los padres de Catalina fue dirigida contra el MSP y el BPS, no incluyéndose en la misma al prestador integral al que se encuentra afiliado, conforme sucede en la mayoría de los casos cuando el conflicto ingresa a esta etapa⁵⁶.

54 Por ende, cualquier persona física o jurídica puede ser demandada por la acción de amparo. Sin embargo, no procede la acción de amparo contra actos jurisdiccionales ni contra actos legislativos.

55 La circunstancia de que los casos de amparo no lleguen a la SCJ, plantea un problema de inequidades en el sistema de justicia, por cuanto pacientes con la misma patología pueden tener resultados diversos en cuanto a sus reclamos, si son resueltos por distintos tribunales, sin que exista la posibilidad de una jurisprudencia unificadora del máximo tribunal.

56 En los casos minoritarios en que el prestador integral también es demandado, el resultado final es que nunca resulta condenado. A modo de ejemplo, sentencias núm. 3/2002 TAC 2º T, 2/2007 JCA 3º T, 16/2011 TAC 6º T, 96/2012 JLC 12º T, 71/2014 JCA 2º T, 194/2014 TAC 1º T entre otras.

En la demanda se invoca que conforme a la indicación del médico tratante, el suministro del NUSINERSEN (“SPINRAZA”), es el único tratamiento posible para Catalina, viéndose vulnerado su derecho a la salud ante la imposibilidad de acceder al mismo por la falta de cobertura por parte del sistema y la carencia de medios económicos suficientes de su familia para solventarlo en forma privada.

Fundamentan la legitimación pasiva del MSP por ser el responsable de dar respuesta a la problemática planteada por los medicamentos y tratamientos de alto costo conforme al artículo 44 de la Constitución y la del BPS, por el hecho de que en su estructura está CRENADECER, a quien el Estado le ha cometido la cobertura de prestaciones que permitan la plena realización de los niños que padecen enfermedades raras y carecen de medios económicos propios, destacando que entre sus competencias también tiene el suministro de medicamentos.

Luego de catorce (14) días de presentada la demanda, recayó sentencia de primera instancia⁵⁷, donde se acoge la pretensión y se condena a ambas demandadas a suministrarle a Catalina el medicamento NUSINERSEN en un plazo de veinticuatro (24) horas, conforme a las indicaciones del médico tratante y por el tiempo que este establezca, bajo apercibimiento legal. En la sentencia, el Juez actuante destacó que los derechos humanos que se tutelan en la acción de amparo, comprenden los reconocidos en normas internacionales ratificados por Uruguay tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración de los Derechos del Niño, señalando que junto con la Carta Magna uruguaya conforman un bloque de constitucionalidad que no puede ser suprimido, soslayado ni conculcado en forma alguna como sucede en el caso con la conducta asumida por los demandados, lesionando el derecho a la vida y a la salud de Catalina en tanto, no suministran el único medicamento descubierto a la fecha para la atención de su enfermedad.

La sentencia fue apelada –sin efecto suspensivo– por los codemandados, y fue confirmada en segunda instancia en todos sus términos por sentencia que recayó aproximadamente unos treinta (30) días después del primer fallo⁵⁸.

3. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

3.1 Evolución de la judicialización del conflicto en Uruguay

La judicialización en Uruguay del conflicto por el acceso a medicamentos y otras prestaciones de alto precio, es un fenómeno que puede caracterizarse como relativamente reciente (a partir de la década del 2000) y de impacto moderado comparado con otros países de la región tales como Colombia, Brasil, Costa Rica (Revez et al, 2013b) y Argentina (Revista ISALUD, 2016b), sin perjuicio de reconocerse un crecimiento sostenido en al menos los últimos diez años.

Mediante estas acciones judiciales se reclama exclusivamente el suministro de fármacos u otras prestaciones médicas de alto precio que fueron indicadas por el médico tratante del paciente pero que no han sido priorizadas por la autoridad sanitaria, dado que en Uruguay el conflicto no se presenta respecto de las prestaciones priorizadas.

57 JLF 22º T, Sentencia Núm. 57/2019 del 23/04/2019

58 TAF 1º T, Sentencia Núm. 548/2019 del 29/5/2019.

Los promotores de los accionamientos generalmente son pacientes en situaciones de salud catastróficas y que no pueden afrontar con recursos propios las prestaciones sanitarias recomendadas que el sistema no les cubre.

En cuanto a los potenciales demandados, si bien en los primeros años las acciones se dirigían generalmente contra los prestadores y/o el FNR y/o el Estado - MSP, dado que fue consolidándose una jurisprudencia que entendió que no correspondía condenar a los prestadores a suministrar prestaciones o medicamentos no priorizados, ello ha determinado una tendencia a la baja sostenida de reclamos contra éstos.

Conforme a lo expuesto, desde hace varios años las demandas fundamentalmente se dirigen contra el Estado - MSP y/o contra el FNR.

Sin embargo, aún respecto de estos dos demandados, debe reconocerse también que se ha ido consolidando la jurisprudencia que exonera al FNR cuando la definición de la cobertura de la prestación y/o medicamento reclamado no es resorte de dicha entidad sino del MSP, que es quien debe incluirla en el Plan Integral de Atención de Salud (PIAS) o FTM⁵⁹. En algunos casos en que la prestación o medicamento ya había sido incorporada por el MSP al PIAS o el FTM pero la protocolización de su suministro estaba a cargo del FNR, se condenó a éste último⁶⁰.

En definitiva, el demandado (y condenado), en la mayoría de los casos en los procesos de amparo por reclamos de medicamentos o prestaciones no priorizadas es el Estado-MSP.

En todos los casos, los jueces realizan inicialmente un control de que la acción de amparo se interponga dentro del término de caducidad de treinta (30) días, a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión que lesiona o amenaza el derecho que busca tutelar⁶¹.

Un segundo control refiere a que no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o que cuando existieran, fueran claramente ineficaces para la protección del derecho⁶².

Un tercer aspecto –ya sustantivo– que analizan las sentencias refiere a la existencia de un derecho constitucional a la salud, en la medida que uno de los presupuestos del amparo es la lesión o amenaza de lesión respecto de derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución. Y como ya señalamos, es unánime la posición de doctrina y jurisprudencia uruguaya acerca de la consagración constitucional y convencional del derecho a la salud como un derecho humano fundamental, derivado de los derechos a la vida y a la dignidad humana, presentándose la discusión en cuanto a su alcance.

59 A modo de ejemplo, sentencias núm. 209/2009 y 76/2019 TAC 6º T, 213/2018 TAC 3º T, entre otras.

60 A modo de ejemplo, sentencias núm. 230/2009 TAC 2º T, 233/2011 y 25/2018 TAC 4º T, 135/2013 TAC 7º T, entre otras.

61 Existe a nivel jurisprudencial fundamentalmente dos criterios respecto al cómputo del plazo de treinta (30) días. Una posición sostiene que el plazo de caducidad debe comenzar a computarse desde que se produjo el hecho que lesiona o amenaza el derecho a la salud, es decir, desde el momento en que el actor toma conocimiento de la negativa a proporcionársele el medicamento, pues es cuando está en condiciones de actuar para defender su derecho ante esta negativa expresa. Otra posición entiende que, tratándose el acto lesivo de una omisión continuada, no puede entenderse que el plazo de caducidad haya comenzado a correr, y que mientras la situación de la salud del accionante se mantenga o se agrave, puede seguir realizando actos que considere necesario para la defensa de su derecho. En base a la primera posición, existen casos jurisprudenciales en que los magistrados han rechazado las demandas de oficio o a pedido de parte, por entender que fueron interpuestas fuera del plazo de caducidad de treinta días. En estos casos, por lo general, se ha tomado en cuenta cuál fue el momento en que el paciente recibe una respuesta formal denegatoria del organismo en cuestión. También se han dado casos de jueces que, aun adhiriendo a esta posición, ante la ausencia de probanza de la fecha en que el accionante tuvo conocimiento de la negativa del medicamento, basados en una interpretación proteccionista y habilitante del proceso de amparo, han admitido la prosecución de los procesos.

62 Respecto a este punto, considerando el carácter residual del proceso de amparo, se ha discutido la necesidad de transcurrir por las instancias administrativas previo a la judicialización del conflicto. Respecto a este punto, se dictaron algunos fallos que rechazan el amparo por considerar que existían otros medios de reclamar el medicamento. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente, mayoritariamente entiende que dichos medios no se compadecen con la respuesta rápida que se necesita en situaciones en que se procura prevenir un grave riesgo cierto a la salud y/o calidad de vida, revelándose claramente ineficaces. La discusión sobre este punto volvió a replantearse cuando el MSP a partir de diciembre de 2015 estableció el procedimiento abreviado de petición de medicamentos y prestaciones no priorizadas.

Si bien existen dos posiciones jurisprudenciales claramente definidas al respecto, la posición que condena al Estado-MSP, es sensiblemente mayoritaria⁶³. Podría distinguirse como un matiz dentro del grupo de fallos que condenan al Estado, los que centran su fundamento en el principio de igualdad⁶⁴ (teoría que ha sido invocada cuando la prestación demandada se provee por algunos prestadores y por otros no o se provee solo a determinados usuarios). Por último, ha de observarse que en los últimos meses del año 2018 ha surgido una nueva posición jurisprudencial que establece que el costo del fármaco o prestación reclamada se debe financiar en forma compartida entre el demandado y el reclamante, considerando la situación económica de este último⁶⁵.

3.2 Análisis de las teorías jurídicas de los fallos

De las dos posiciones jurisprudenciales tradicionales, la posición minoritaria⁶⁶, que absuelve al Estado-MSP, negando la provisión de la prestación reclamada, esgrime como principales fundamentos los siguientes:

- i. De la competencia constitucional, legal y reglamentaria atribuida al MSP, así como de las previsiones supra legales derivadas de los convenios internacionales, surge que su primordial obligación es la de atender el interés general mediante la emisión de disposiciones generales, reglamentos, etc., que contemplen el principio de igualdad, y no establezcan soluciones particulares para un solo sujeto.
- ii. No existe un derecho subjetivo de las personas a reclamar del MSP el suministro de una determinada prestación o medicamento.
- iii. La actividad del MSP en lo que refiere a medicamentos debe dirigirse a la elaboración y actualización del FTM.
- iv. El derecho a la salud significa también que las inclusiones de los diversos medicamentos en el FTM y los tratamientos u otras prestaciones en el PIAS, sean hechas sobre bases científicas y clínicas, en los tiempos adecuados. La mera existencia de un medicamento o tratamiento médico nuevo, internacional o nacionalmente conocido y registrado en el MSP, por sí sola no implica la necesaria u obligatoria introducción en los listados de prestaciones priorizadas (FTM /PIAS).
- v. Las políticas de salud las deciden el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en la órbita de sus respectivas competencias. Compete al ejercicio de la función jurisdiccional controlar los concretos actos dictados en el marco de sus atribuciones por los otros poderes, solo ante una flagrante omisión en cumplir con el cometido asignado.
- vi. El Poder Judicial no tiene por función decidir en qué debe gastarse el dinero público, cómo debe distribuirse el gasto, priorizando ciertas necesidades y postergando otras. Ello implicaría una injerencia en el presupuesto del gobierno; en definitiva, una injerencia indebida del Poder Judicial en la esfera de otros poderes.

63 Conforme surge de un análisis realizado por los autores de los fallos de segunda instancia del año 2018, registrados en la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial, cinco (5) de los siete (7) Tribunales de Apelaciones en lo Civil adhieren a esta posición mayoritaria. Son ejemplos de esta posición las sentencias núm. 55/2018, 91/2018 y 129/2018 del TAC 2° T, las núm. 18/2018, 126/2018 y 223/2018 del TAC 3° T, las núm. 51/2018, 125/2018 y 175/2018 del TAC 4° T, las núm. 21/2018, 29/2018 y 34/2018 del TAC 6° T y las núm. 15/2018, 36/2018 y 106/2018 del TAC 7° T. Asimismo, los dos (2) Tribunales de Apelaciones de Familia existentes, también adhieren a esta posición mayoritaria, siendo ejemplos las sentencias núm. 99/2018, 102/2018 y 175/2018 del TAF 1° T y las núm. 1/2018, 89/2018 y 95/2018 del TAF 2° T.

64 Sentencias núm. 176/2018 de TAC 3° T, 54/2018 de TAC 6° T, 33/2018 de TAC 4° T, entre otras.

65 Sentencias núm. 102/2018 y 38/2019 de JCA 3° T, 69/2019 de JCA 2° T y 34/2019 TAC 7° T, entre otras.

66 Posición a la que adhieren los TAC de 1° y 5° T, siendo ejemplos de esta posición las sentencias núm. 16/2018, 21/2018 y 107/2018 del primero y sentencias núm. 5/2018, 33/2018 y 63/2018, del segundo.

- vii. Existe una realidad nacional de recursos limitados con que atender los requerimientos sanitarios de la población, que puede conducir a que se plantee legítimamente la conveniencia o no de brindar determinado fármaco.

Por su parte, la posición mayoritaria que postula la condena al Estado - MSP, se fundamenta principalmente en los siguientes extremos:

- i. El MSP, por disposición de los artículos 7, 44, 72 y 332 de la Constitución, tiene el deber de velar por la salud pública de todos los habitantes de la República; en definitiva, a que se cumpla con la operativa correspondiente, que implica la inclusión de los fármacos y prestaciones en los listados obligatorios, para que el paciente tenga derecho a una expectativa de vida mínimamente razonable, a calidad de vida y en definitiva a que se le suministre la prestación dispuesta en su tratamiento.
- ii. La incidencia del factor costo-beneficio implica introducir la consideración del principio de primacía del interés general respecto del particular. El principio del interés público no debe confundirse con el interés del Estado o el interés puramente fiscal.
- iii. El plazo de un año con el que cuenta el MSP para estudiar la inclusión del fármaco en el FTM es el plazo máximo⁶⁷. Nada le impide hacerlo antes, por lo cual, frente a bienes de rango superior como el derecho a la protección del goce de la vida y a la salud, deben ceder consideraciones puramente económicas.
- iv. De acuerdo al propio Decreto N° 265/06⁶⁸ del FTM, es al MSP a quien compete crear un sistema integrado de salud que asegure la asistencia integral a todos los habitantes y que comprende la prescripción y la dispensación de los medicamentos necesarios para el tratamiento y mitigación o prevención de las enfermedades.
- v. La cobertura integral de salud debe garantizarse a todos los habitantes de la República, ya se atiendan en centros privados o públicos.
- vi. Sostener que la decisión respecto de la legitimidad o ilegitimidad de una conducta del MSP, viola la separación de poderes, equivale a sostener que el accionar del MSP está fuera de la jurisdicción, lo que tiene como consecuencia que cuando los ciudadanos se relacionan con el Poder Ejecutivo a través de sus Secretarías, no gozan de tutela jurisdiccional, lo que atenta entre otras normas, contra el claro tenor del artículo 1° de la ley 16.011.
- vii. Cuando un juez dispone una medida de amparo que consiste en ordenar al Estado que haga o deje de hacer algo para proteger un derecho fundamental afectado, no interfiere indebidamente en la esfera de competencia de otro sistema orgánico, no se vulnera el principio de separación de poderes ni se sustituye a la administración en el diseño e implementación de políticas públicas. No hace ni interfiere en la política sanitaria porque no ordena la inclusión del fármaco en el FTM, ni enjuicia el SNIS, sino que ejerce la función jurisdiccional para resolver el conflicto individual y concreto suscitado entre el titular de un derecho fundamental y la autoridad estatal que lo desconoce; adopta decisión para un caso individual y debe tutelar el derecho de una persona singular. La decisión que adopta no es política, no se funda en consideraciones de utilidad o conveniencia; tiene como único objetivo tutelar de modo efectivo un derecho que aparece ilegitimamente conculcado.
- viii. En algún caso se señala que la autorización de la comercialización de un medicamento por el MSP, implica que el mismo debe incluirse en el FTM.

67 Por Decreto No. 130/2017 se estableció que la revisión será "periódicamente", eliminándose el plazo de un año al que hacía referencia la norma anterior.

68 Actualmente derogado por el Decreto No. 130/2017.

De la posición tradicional que condena al Estado, cabe distinguir los fallos que centran su fundamento en el principio de igualdad, teoría que se ha invocado en casos en que –por diferentes razones– algunos usuarios del sistema acceden a la prestación demandada y otros no⁶⁹. En esta posición se ha señalado que:

- i. Resulta intolerable la desigualdad entre las personas que, estando en similar situación por tener la misma enfermedad, en un caso pueden acceder al medicamento (porque algunas instituciones lo proporcionan o porque el paciente puede costearlo) y en otros no.
- ii. La ilegitimidad manifiesta de la conducta estatal surge de la violación del principio de igualdad, en tanto el MSP y ASSE⁷⁰ han estado adquiriendo medicamentos –no incluidos en el FTM– para suministrarlo a algunas personas. El principio de igualdad, consagrado en la Constitución de la República (artículos 8 y 72), como derivado del principio básico de respeto a la dignidad humana, se ha entendido que impone tratar a las personas de modo igualitario.
- iii. Están en juego los preceptos constitucionales que garantizan el goce del derecho a la vida, el derecho a la salud y el principio de igualdad (artículos 7, 8, 44, 72 y 332) y también los principios inspiradores del SNIS.

Por último, a fines de 2018 surgió una nueva teoría jurisprudencial⁷¹, en casos de pacientes que aun teniendo ingresos de cierta importancia, no resultan suficientes para costear el medicamento indicado por el médico tratante. En estos casos, los fallos han condenado al Estado-MSP a pagar un porcentaje del tratamiento, debiendo hacerse cargo del resto el propio reclamante. Esta teoría tiene especial cabida en el artículo 44 de la Constitución Uruguaya en tanto esta norma –adoptando un criterio de subsidiariedad– establece que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o “*carentes de recursos suficientes*”. A la fecha ya se registran varias sentencias de distintos jueces que aplicaron esta posición estableciendo una relación del 60% financiado por el Estado-MSP y el 40% a costo del usuario, otras que son del 70% y 30%, y otras del 85% y 15%, correspondiendo siempre el porcentaje mayor a cargo del Estado.

3.3 Referencias a los tratados internacionales de derechos humanos en los fallos

Por último, interesa destacar que en los fallos de los jueces uruguayos sobre el conflicto en análisis, aun cuando no se realiza como regla un control de convencionalidad propiamente dicho, se citan sistemáticamente las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas por Uruguay.

Del ámbito de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), por Ley 13.751 del 11 de julio de 1969, Uruguay ratificó los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Protocolo Facultativo, documentos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre 1966.

Entre dichas normas del ámbito de la ONU, los fallos especialmente destacan el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 donde se establece “... *el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud*

69 Conforme citamos entre otras las sentencias núm. 176/2018 de TAC 3° T, 54/2018 de TAC 6° T, 33/2018 de TAC 4° T.

70 La Administración de Servicios de Salud del Estado (ASSE), es el único prestador integral del sector público que participa del SNIS como un prestador más en competencia con los restantes prestadores que pertenecen al sector privado.

71 Sentencias núm. 102/2018 y 38/2019 de JCA 3° T, 69/2019 de JCA 2° T y 34/2019 TAC 7° T, entre otras.

física y mental..." (núm. 1) y la obligación de los Estados Partes en cuanto a "... crear las condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad..." (núm. 2, letra d).

Del ámbito de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), por Ley 15.737 del 08 de marzo de 1985, Uruguay ratificó el Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos y por Ley 16.519 del 22 de julio de 1994, el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, documentos aprobados por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos los días 22 de noviembre 1969 y 17 de noviembre de 1988 respectivamente.

Entre dichas normas del ámbito de la OEA, es de destacar especialmente la recepción en los fallos del artículo 10 del Protocolo de San Salvador sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988 donde se establece "...toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social..." (núm. 1) y que con el fin de hacer efectivo ese derecho "... los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público..." (núm. 2), obligándose a adoptar una serie de medidas en particular, entre las cuales se encuentra "... satisfacer las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables..." (núm. 2, letra f).

Ahora bien, más allá de esas referencias, no existen en la jurisprudencia de medicamentos de alto precio desarrollos profundos de los estándares DESCAs ni tampoco suele referenciarse en los fallos la interconexión entre el derecho a la vida y a la salud y los demás derechos. Es en la construcción argumental de algunas sentencias que desestiman las pretensiones de medicamentos de alto precio⁷², donde se señala que no corresponde a los jueces interferir selectivamente en las políticas públicas, debiendo considerarse los DESCAs en su integralidad. También importa considerar lo que señalábamos, en cuanto a que en las sentencias por estos reclamos, los jueces no realizan un control de convencionalidad propiamente dicho.

4. CUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Una vez obtenido por el paciente un fallo favorable amparando su demanda del fármaco o prestación de alto precio que le fuera indicada por su médico y que no fue cubierta por el sistema, es posible que deba transitar aún por alguna instancia administrativa para hacerse efectivamente del mismo, dependiendo de la burocracia de la entidad pública que resultó condenada a proveerlo o financiarlo. Si bien Uruguay presenta en el comparativo regional un alto índice de cumplimiento de las sentencias por parte del Estado, en algunas ocasiones se incumplen con los breves plazos establecidos en las propias sentencias para su cumplimiento, situación en la cual es posible solicitar ante la Justicia la imposición de astreintes (conminaciones económicas), por cada día en que perdure el incumplimiento⁷³, sin perjuicio de la existencia de otros mecanismos coercitivos.

Con el cumplimiento de la resolución judicial por el Estado –de los aproximadamente treinta y cinco (35) casos registrados de afectados por AME (Artrofia Muscular Espinal) en Uruguay–, Catalina y otros tres (3) niños han accedido a la fecha al tratamiento con el medicamento NUSINERSEN ("SPINRAZA")⁷⁴.

72 A modo de ejemplo las Sentencias núm. 156/2010 y 5/2018 del TAC 5.

73 Cabe señalar también que algunos jueces ya en el propio fallo establecen apercibimientos de la aplicación de astreintes, tal como es el caso de las sentencias núm. 171/2018 TAC 1º T, 190/2018 TAC 4º T y 194/2018 TAC 3º T, entre otras.

74 Sentencias 2/2019 y 108/2019 TAF 1º T, 105/2019 TAF 2º T.

En el fallo de segunda instancia del caso de Catalina, siguiendo la corriente jurisprudencial mayoritaria, los ministros consideraron que "... el Ministerio de Salud y el BPS, actúan en este proceso como representantes del Estado, obligados constitucionalmente a proporcionar los medios de prevención y asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes... Catalina, tiene derecho a la vida en igualdad de condiciones todo lo más que la ciencia pueda proporcionarle. No porque su enfermedad sea rara, debe hacerse una diferencia, al contrario, se debe hacer una discriminación positiva a los efectos de no quebrantar el principio constitucional de igualdad presente en la Carta Magna (...)"⁷⁵.

5. CONCLUSIONES Y PRONÓSTICO DE LA SITUACIÓN DE URUGUAY CONSIDERANDO LA PERSPECTIVA REGIONAL

En Uruguay en los últimos diez (10) años, se ha incrementado sustancialmente la litigiosidad de los usuarios del sistema de salud reclamando medicamentos y tratamientos no priorizados, cuyo alto precio implica erogaciones de muy alto valor que no están presupuestadas y que, a su vez, determinan la necesidad de quitar recursos a la protección de otras demandas sociales.

Sin perjuicio de ello, contemplando la situación uruguaya en el contexto de la región, donde existen otros países latinoamericanos como Colombia, Brasil y Argentina (y en menor medida Costa Rica), en los que se presentan anualmente miles de demandas por prestaciones de salud, debe concluirse que el grado de conflictividad en Uruguay sigue siendo aún bajo y no afecta en forma relevante la sustentabilidad del Sistema de Salud ni determina aun un impacto relevante en las políticas públicas. Sin embargo, si se considera la altísima tasa de incremento de la judicialización por estos reclamos de los últimos años, de no revertirse dicha tendencia, tal impacto podría visualizarse a corto o mediano plazo.

En este sentido, si comparamos la tasa de litigiosidad de Uruguay por prestaciones de salud en el año 2018 (10 c/100.000 habs.), (El Observador, 23/3/2019), con la de Colombia en ese mismo año (457 c/100.000 habs.) (MINSALUD, 2019, p.7) o, aún con la de Brasil en el año 2017 (46 c/100.000 habs.) (Poder Judicial - CNJ, 2019, p.59), la litigiosidad por prestaciones sanitarias en Uruguay sigue siendo de baja entidad. Pero si consideramos la realidad interna uruguaya y comparamos la cifra de demandas del año 2018 (333 demandas), con las del año 2007 (8 demandas), concluiríamos que la cantidad de procesos en Uruguay se incrementó en más de 40 veces (El Observador, 23/3/2019). Este hecho, unido a demandas de nuevos medicamentos de tan alto precio como es el caso del NUSINERSEN ("SPINRAZA"), determina que el conflicto en análisis sea una preocupación cada vez mayor de las autoridades sanitarias uruguayas.

Respecto de este fármaco –considerado uno de los diez (10) medicamentos más caros del mundo– jercas del MSP de Uruguay y del FNR han informado recientemente a través de medios de comunicación locales, que los ministros de salud del Mercosur plantearon ante la OMS su preocupación por conseguir financiamiento para el NUSINERSEN. En el caso de Argentina, el Ministerio de Salud y Desarrollo Social, anunció que se llegó a un acuerdo con el laboratorio fabricante (Biogen), para adquirir el fármaco a un precio sensiblemente menor y asegurar de esa forma el acceso al tratamiento a la totalidad de las personas que padecen (AME) en ese país, que actualmente se calculan en unas cuatrocientas (400) (CLARIN, 8/5/2019).

Pero el conflicto judicial uruguayo por prestaciones sanitarias, además de las diferencias cuantitativas anotadas respecto de la realidad de otros países de la región, tiene otras notas distintivas que en nuestra opinión también contribuyen y explican la diferente situación a la de aquellos. Entre dichas notas destacamos: a) que el conflicto tiene lugar exclusivamente por prestaciones no priorizadas por el sistema; b) que en la mayoría de los casos el prestador de asistencia médica integral a la cual el paciente se encuentra afiliado, queda fuera del conflicto judicial porque se trata de prestaciones que no está obligado a servir y; c) que la mayoría de las demandas corresponden a pacientes de nivel socio económico bajo, siendo patrocinadas en forma gratuita por el Consultorio Jurídico de la Universidad de la República (a modo de ejemplo, en el año 2018 representaron el 66 % del total de las demandas presentadas).

Uruguay viene desarrollando una valiosa experiencia con centro en el diálogo desde que la judicialización por prestaciones sanitarias, comenzó a percibirse como un problema por parte de los distintos actores del sistema de salud uruguayo y a constatarse la existencia de un problema regional común, conforme el relato que surge de la obra en equipo de SaluDerecho sobre la temática (SaluDerecho SD, 2014, pp. 148-154).

Conforme a lo expuesto en la obra citada, a partir de la participación de Uruguay en el "Primer Coloquio Regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud" en 2011 en la ciudad de San José de Costa Rica, surge la idea de formar una Mesa de Diálogo Nacional sobre Derecho a la Salud en Uruguay, la que fue finalmente creada en Montevideo los días 19 y 20 de setiembre de 2011. Son sus miembros permanentes: el Poder Judicial (PJ), el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), el Ministerio de Salud Pública (MSP), el Fondo Nacional de Recursos (FNR) y actúa como facilitador el Instituto del Banco Mundial y SaluDerecho, a través de un académico nacional (el Profesor Santiago Pereira Campos, uno de los autores de este trabajo). Con posterioridad, surgió la necesidad de incorporar a las actividades de intercambio otros actores, tales como: cátedras universitarias de medicina y derecho, Colegio Médico del Uruguay, Colegio de Abogados del Uruguay, Ministerio de Economía y Finanzas, parlamentarios, Institución Nacional de Derechos Humanos, representantes de los usuarios y la industria farmacéutica.

Los objetivos de la Mesa de Diálogo pueden sintetizarse en los siguientes: a) el intercambio multidisciplinario de visiones sobre los dilemas y desafíos que plantea el derecho a la salud en Uruguay, de modo tal que todos y cada uno de los participantes puedan conocer y comprender la posición de los demás, mediante un diálogo franco a fin de obtener algunos espacios de consenso; b) el desarrollo progresivo del derecho a la salud en el marco de un sistema sostenible y equitativo que apunte a una mayor transparencia, a efectos de lograr una cobertura de salud responsable y conocida por sus destinatarios, tanto en su contenido como en los procesos de su formulación e implementación y c) la ampliación de la información y conocimientos en materia de derecho a la salud y de su acceso, para posibilitar el monitoreo y evaluación de las políticas públicas en materia de salud y hacer saber a las personas no solo los derechos de que son titulares, sino también la forma de acceder a ellos.

Como logros de esta experiencia, cabe destacar: la conformación de un ámbito esencial y efectivo en el cual los actores del sistema de salud de Uruguay intercambian francamente opiniones en torno al derecho a la salud, la priorización y la judicialización, permitiendo a cada uno de ellos conocer y comprender los desafíos y dilemas que enfrentan los otros; la progresiva extensión del diálogo nacional a los diversos actores del sistema de salud, integrado a la academia, a los médicos y a la sociedad civil; la creación y fortalecimiento de vínculos de confianza entre los diversos actores, generando un sentido de pertenencia en relación al sistema de salud y la ampliación de la base de conocimientos como consecuencia de los diálogos nacionales, binacionales, regionales y mundiales en las múltiples actividades realizadas.

En conclusión, existe consenso en que el dialogo rinde sus frutos, pero que para que eso suceda se requiere trabajar en forma constante y perseverante. Es también una lección aprendida en estos años que el dialogo evoluciona, cambia, agrega contenidos a su agenda o se focaliza en nuevos desafíos, aunque siempre en aras de los objetivos que motivaron la creación de la Mesa de Dialogo. Los desafíos son muchos y los dilemas complejos, pero los avances logrados permiten extraer lecciones aprendidas aplicables a otros países e impulsan la renovación de las agendas de trabajo nacionales y regionales.

Considerando todo lo expuesto, podemos explicar el conflicto judicial por prestaciones de salud en Uruguay en base a las siguientes consideraciones:

1. El derecho a la salud es considerado en Uruguay un derecho fundamental protegido por la Constitución, los tratados internacionales y la ley.
2. El sistema jurídico uruguayo ha incorporado las normas internacionales de protección de los derechos humanos y, específicamente aquellas que refieren a la salud, mediante la ratificación de los tratados internacionales⁷⁶.
3. Desde hace aproximadamente diez (10) años, se viene implementado un Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS), con el objetivo de establecer la atención integral de todos los habitantes residentes en el país, garantizando su cobertura equitativa y universal. En el comparativo regional, Uruguay es uno de los países con más altos estándares de cobertura universal y equitativa.
4. Conforme a las normas nacionales, todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el MSP e incluidos por éste en el FTM. Se establece legalmente que el Estado garantizará en todos los casos el acceso a los medicamentos incluidos en el FTM.
5. Se regula también que todas las patologías, agudas o crónicas, transmisibles o no, deben ser tratadas, sin ningún tipo de limitación, mediante modalidades asistenciales científicamente válidas que comprendan el suministro de medicamentos y todas aquellas prestaciones que componen los programas integrales definidos por el MSP.
6. Las instituciones de salud no están obligadas por la normativa vigente a cubrir otros medicamentos que los establecidos en el FTM ni otras prestaciones que las incluidas en los programas integrales definidos por el MSP.
7. Para la revisión y actualización del FTM, existe una Comisión Asesora del Formulario Terapéutico Nacional que asesora al MSP en la inclusión o exclusión de medicamentos de los listados, lo cual debe realizarse en forma periódica.
8. La gama de medicamentos y prestaciones médicas priorizadas en Uruguay (incluidas en el FTM y en los Programas), es amplia y variada.
9. Para acceder a prestaciones de asistencia médica y/o medicamentos no cubiertos por el sistema, los usuarios disponen de diferentes vías, con diferente grado de complejidad y eficacia: ante las propias instituciones de salud, ante órganos administrativos, ante tribunales jurisdiccionales, mediante organizaciones de usuarios de servicios de salud o consumidores, etc.
10. En la órbita jurisdiccional, si bien existen diversas vías procesales, la utilizada para el reclamo de medicamentos y otras prestaciones no priorizadas es el proceso de amparo, caracterizado por ser un instrumento excepcional y célere de garantía constitucional.

76

Especialmente, cabe destacar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988).

11. La reclamación judicial de medicamentos y otras prestaciones médicas comienza a desarrollarse en Uruguay hace algo más de quince (15) años, siendo los casos planteados aún de un número moderado. Ello se debe, entre otras razones, al alcance relativamente amplio de los medicamentos y prestaciones priorizadas, a las limitaciones que impone nuestra legislación procesal sobre amparo y al criterio generalmente ponderado de nuestros jueces.
12. Se detecta, no obstante, en los últimos diez (10) años, un crecimiento importante de la cantidad de demandas planteadas y una mayor flexibilidad judicial en la valoración de los requisitos legales del proceso de amparo, siendo el porcentaje de fallos de condena claramente mayoritario.
13. Las demandas que se inician, dependiendo de las características del caso, se dirigen contra el Estado MSP y/o el FNR y/o –en mucho menor medida– contra el prestador (institución médica privado o prestador público).
14. El análisis de los fallos permite distinguir dos grandes líneas jurisprudenciales: a) la que no hace lugar al reclamo de medicamentos o prestaciones médicas no priorizadas (no incluidas en el FTM y en los Programas) y b) la que hace lugar al reclamo de medicamentos o prestaciones médicas no priorizadas, cuando se dan los supuestos legales del proceso de amparo. Sin perjuicio de ello, cabe distinguir un matiz dentro de esta segunda línea, los fallos que centran su fundamento en el principio de igualdad cuando la prestación demandada se provee solo a determinados usuarios y destacar el surgimiento de una nueva posición a fines de 2018 –pero que ya fue aplicada por varios jueces– que hace lugar al reclamo de medicamentos o prestaciones médicas no priorizadas, pero establece que el pago debe ser compartido entre el Estado y el paciente.
15. La jurisprudencia prácticamente unánime, ha desestimado los reclamos contra las instituciones de salud cuando se reclaman medicamentos o prestaciones no priorizadas (no incluidas en FTM y PIAS).
16. En cuanto a los reclamos contra el FNR (entidad que brinda cobertura financiera a ciertos procedimientos de medicina altamente especializada y a determinados medicamentos), se plantean diversos supuestos: a) si los medicamentos no están incluidos en el FTM, la jurisprudencia claramente mayoritaria ha exonerado de responsabilidad al FNR y b) si los medicamentos están incluidos en el FTM (Anexo del FNR), pero aún no han sido protocolizados por el FNR, o se han protocolizados para una enfermedad distinta a la del reclamante, la jurisprudencia está dividida entre los casos que se condena al FNR y aquellos en que se lo exonera de responsabilidad.
17. En cuanto a los reclamos contra el MSP, en relación a medicamentos o prestaciones no priorizadas, pueden sintetizarse dos líneas jurisprudenciales tradicionales: a) la que absuelve al MSP por entender que no existe “ilegitimidad manifiesta” en su actuar (requisito para que proceda el amparo), ya que la normativa vigente permite priorizar determinados medicamentos y no incluir otros en la canasta de prestaciones porque los recursos del Estado son limitados y; b) la que condena al MSP en base al derecho constitucional a la salud que tienen todas las personas, al deber de cobertura integral que debe brindar el Estado, al principio de igualdad, a que el derecho a la protección del goce de la vida y a la salud deben priorizarse frente a consideraciones puramente económicas, etc. Como señalamos, recientemente surgió una nueva línea jurisprudencial que condena al MSP pero en un sistema de pago compartido con el paciente de acuerdo a la capacidad económica de éste.
18. En muchos de los fallos se hace referencia al elemento económico, financiero y de sustentabilidad del sistema de salud.
19. En los fallos de los jueces nacionales sobre medicamentos se citan sistemáticamente las normas internacionales sobre derechos humanos.

20. Es excepcional, en cambio, que en los fallos de los jueces nacionales sobre los temas de salud se cite jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia o de tribunales extranjeros.
21. Se cuenta con una experiencia nacional de diálogo a nivel de todos los actores del sistema, que se valora como muy positiva pero que requiere trabajo constante y perseverante.

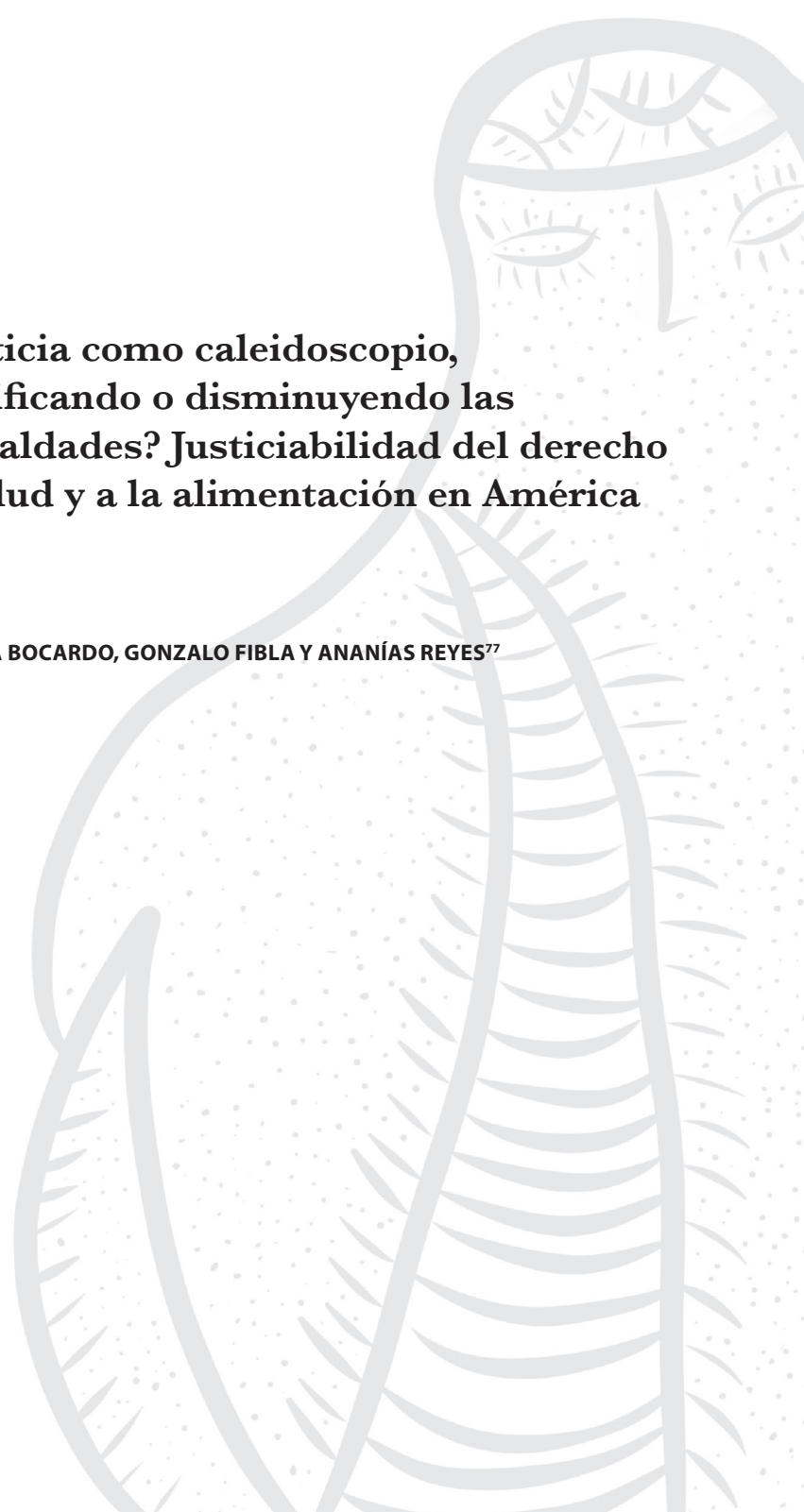
Como pronóstico de la situación uruguaya puede señalarse:

1. De mantenerse los actuales criterios jurisprudenciales, se producirá un incremento paulatino de las demandas y condenas de medicamentos y otras prestaciones médicas no priorizadas.
2. Es de esperar que disminuya el número de demandas contra las instituciones de salud y aumente el número de demandas contra el Estado y, en menor medida, el FNR.
Si bien actualmente los reclamos se centran en medicamentos de alto costo, es de esperar que gradualmente también se planteen reclamos a nivel de otras prestaciones médicas, tal como ya sucedió con las endoprótesis aórtica, implantes cocleares y cardiodesfibriladores implantables.
3. Si bien en Uruguay es aún incipiente el desarrollo de los procesos colectivos (intereses difusos y colectivos), es de esperar que ciertos grupos de pacientes (actuando mediante asociaciones de usuarios o menos organizadamente), reclamen utilizando dicho instrumento procesal, lo cual potenciaría el impacto de los fallos en el sistema de salud.
4. Resulta aconsejable dotar a los jueces de mejores instrumentos técnicos probatorios independientes para adoptar sus decisiones sobre el costo, precio y efectividad de los medicamentos, poniéndose asimismo de relieve la obligación de declarar los eventuales conflictos de intereses que pueden tener los peritos que intervienen en los procesos. En este sentido se destaca como modelo de referencia la plataforma E-NATJUS (Núcleo de Apoyo Técnico al Poder Judicial), desarrollada por el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, que contiene dictámenes técnico - científicos elaborados con criterios de medicina basada en evidencia para que puedan ser consultados por los jueces antes de dictar sus sentencias.
5. En definitiva, si bien el número de fallos actualmente existente, no afecta en forma relevante la sustentabilidad del SNIS uruguayo, el incremento de la judicialización de los reclamos es muy significativo en los últimos diez (10) años y podría impactar gravemente en las políticas públicas a corto o mediano plazo, como ocurre en otros países de la región.

BIBLIOGRAFÍA

- DE ARMAS, R. (2019, marzo, 23). En diez años la presentación de recursos de amparos por temas de salud se multiplicaron por 40. El Observador. Recuperado en <https://www.elobservador.com.uy/nota/proyectan-que-se-disparara-numero-de-casos-de-salud-en-la-justicia-en-2019-201932219497>
- LEGUIZAMÓN, A. (2019, mayo, 8). Spinraza: el Gobierno llegó a un acuerdo con el laboratorio que produce la droga para tratar el AME. Clarín. Recuperado en https://www.clarin.com/sociedad/spinraza-gobierno-llego-acuerdo-laboratorio-produce-droga-ratar-ame_0_8A-8DsZSW.html
- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, Colombia (MINSALUD). Informe Orden Trigésima - Sentencia T 760 de 2008. Tabla 1. Pág. 7. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/informe-final-orden-302018.pdf>

- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPA), (2009). El acceso a los medicamentos de alto costo en las Américas: contexto, desafíos y perspectivas. Recuperado de <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2009/Alto-Costo-Américas-2009.pdf>
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC, 1966).
- PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969).
- PODER JUDICIARIO, Conselho Nacional de Justicia (CNJ). Instituto De Ensino E Pesquisa, (2019), Insuper. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Judicializacao SA Saude Do Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solucao. Recuperado de <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insuper-CNJ.pdf>
- PEREIRA CAMPOS, S, García Martínez, R, et al. (2011). Estudios multidisciplinares sobre Derecho Médico y Organizaciones de la Salud”, obra colectiva publicada por Editorial La Ley Uruguay.
- PEREIRA CAMPOS, S, Ordiozola Perrone, J (2017, abril mayo, 201). Sentencia de amparo sobre derecho a la salud: suministro de medicamento para la Hepatitis “C”. La Tribuna del Abogado, Colegio de Abogados del Uruguay.
- PROTOCOLO DE SAN SALVADOR SOBRE DERECHOS HUMANOS (1988).
- REVISTA ISALUD, Nº 55, (2016). Utilización de instrumentos judiciales para la prestación de bienes y servicios sanitarios. Un estudio de casos. Recuperado de <http://www.isalud.edu.ar/institucional/publicaciones/revista-isalud>
- REVEIZ L, Chapman E, Torres R, Fitzgerald JF, Mendoza A, Bolis M, et al. Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura. Rev Panam Salud Pública. 2013; 33(3):213–22. Recuperado de <https://www.scielosp.org/article/rpsp/2013.v33n3/213-222/>
- SALUDERECHO (SD), (2014), Diálogos Construyendo Futuro En Derechos Fundamentales-Una Experiencia Latinoamericana Sobre Procesos De Cambio En Derecho A La Salud Y Políticas Públicas. Recuperado de <http://wbi.booksprints.net/fonts/Saluderecho3-cover.pdf>
- UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA (UDELAR), Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC), (2017). Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: Hacia una comprensión integral del Tema.



**La justicia como caleidoscopio,
¿amplificando o disminuyendo las
desigualdades? Justiciabilidad del derecho
a la salud y a la alimentación en América
Latina**

ALEJANDRA BOCARDO, GONZALO FIBLA Y ANANÍAS REYES⁷⁷

77 Alejandra Bocado es MSc en Políticas Sociales y Planificación por la London School of Economics and Political Science y Licenciada en Relaciones Internacionales por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Es investigadora del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. E-mail alejandra.bocado@cejamericas.org. Gonzalo Fibla es abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte y Magíster © en Gobierno y Gerencia Pública por la Universidad de Chile. Es investigador del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. E-mail gonzalo.fibla@cejamericas.org. Ananías Reyes es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Es investigador del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. E-mail ananias.reyes@cejamericas.org

Este artículo tiene por objeto presentar una serie de reflexiones en materia de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos a la salud y a la alimentación en América Latina. Las consideraciones que acá se exponen parten de los hallazgos de los 6 estudios de caso realizados en Argentina, Chile, Colombia y Uruguay –compendiados en este volumen– y se complementan con otras reflexiones teóricas de los fenómenos observados en la región. Los trabajos que acá se analizan son:

- Caso Esquivel (Argentina) que trata sobre el derecho a la alimentación frente al estado desnutrición en la niñez en el Barrio La Matera del Gran Buenos Aires y el largo camino que recorren para llegar a una sentencia definitiva (Pemmuy, Galeazzi y Giannini, 2019)
- Caso N°21 (Argentina) en Lomas de Zamora, populosa circunscripción judicial de Buenos Aires. Las autoras ahondan en este caso tras haber realizado un mapeo previo de causas de salud y personas con discapacidad en el fuero contencioso (Galkin y Sessarego, 2019).
- Caso Kufu (Colombia) en el cual Dejusticia relata una experiencia de exigibilidad – fuera del sistema de justicia formal– del derecho a la alimentación de niños y niñas de una comunidad indígena colombiana frente a una empresa privada (Guarnizo, Narváez y Ospina, 2019).
- Caso Otárola (Chile) que se centra en un interesante caso de salud en el cual un paciente oncológico exige la entrega de medicamentos de alto costo en el sistema de justicia chileno (Norambuena y Sandoval, 2019).
- Caso Iturrieta con ISAPRES Banmédica, Consalud y Cruz Blanca (Chile) que presenta el conflicto que surge entre una usuaria del sistema privado de salud al querer afiliarse a un plan de salud contando con una preexistencia médica (Meza, 2019).
- Caso Fármacos de Alto Costo (Uruguay) en el cual los autores indagan en cómo a través de la judicialización se ha dado respuesta a las reclamaciones para acceder a estos medicamentos (Pereira, García y Ordiozola, 2019).

La presentación de estas reflexiones toma la misma forma que los trabajos, es decir, comienza con la trayectoria inicial de los conflictos revisando para ello las barreras de acceso a la justicia relacionadas con la pobreza y el rol de las clínicas jurídicas y agencias estatales que entregan asistencia jurídica a las personas más desposeídas. En segundo lugar, se analiza el ingreso a la jurisdicción y el proceso en este tipo de casos, identificando algunos nudos críticos a propósito de los mismos. El estudio de la jurisprudencia es el tercer aspecto estudiado, enfatizando en cómo se ha desarrollado el contenido de estos dos derechos por la judicatura. Finalmente, en cuarto lugar, se el cumplimiento de las sentencias y el impacto del litigio del derecho a la salud y la alimentación en la región, tomando algunos pasajes de las investigaciones locales para llegar a ciertas conclusiones.

El análisis que sigue adolece de limitaciones, no obstante, presenta algunas fortalezas. No se efectúa una lectura comparada de los estudios locales debido a la heterogeneidad de las investigaciones y los alcances de los derechos involucrados. Por su lado, no resulta posible llegar a conclusiones globales para los países estudiados, ya que los casos no necesariamente son representativos de la realidad nacional, o bien retratan solo un fragmento de ella. Entre las fortalezas se encuentra la detección de algunos nudos críticos en las cuatro dimensiones analizadas que pueden orientar futuras investigaciones empíricas y discusiones en materia de justiciabilidad y exigibilidad de los DESCAs en la región. Se identifican algunas barreras de acceso a la justicia que estimamos requieren de un abordaje urgente para promover un mejor acceso de las personas al sistema. Además, se incorporan antecedentes que permiten comprender de manera más contextualizada los 6 trabajos reseñados

tanto a partir de la literatura que ha desarrollado la justiciabilidad de estos dos DESCAs como de los propios contextos en donde surgen los conflictos.

1. LA TRAYECTORIA INICIAL DE LOS CONFLICTOS

Esta dimensión se encuentra especialmente vinculada con la igualdad y la justicia social, uno de los aspectos más álgidos en el debate de la justiciabilidad de los DESCAs. La relevancia de la temática se debe a dos razones, principalmente.

La primera es que las condiciones de pobreza y vulnerabilidad se encuentran innegablemente asociadas a la vulneración de los derechos sociales. La Declaración de Viena de 1993 señalaba que “La generalización de la pobreza extrema inhibe el pleno y eficaz disfrute de los derechos humanos” (art. 14) y que “la pobreza extrema y la exclusión social constituyen un atentado contra la dignidad” (art. 25). Algunos autores sostienen que la pobreza extrema, caracterizada por el acceso insuficiente a necesidades básicas –como alimentación y agua potable, vestido, vivienda y atención médica básica–, constituye en sí misma una violación de derechos humanos (Pogge, 2007, p.18; Campbell, 2007).

El rol de la pobreza y la desigualdad resulta más evidente en el caso del derecho a la alimentación: la imposibilidad de acceder a alimentos suficientes para la subsistencia es un elemento central en la definición de la pobreza, incluso en sus versiones más conservadoras y estrechas. Autores plantean que el fenómeno del hambre debe ser visto no solo como un problema social, humanitario o técnico, sino como un problema político derivados de fallas en los sistemas económicos de producción, distribución y acceso al alimento (Vivero y Erazo, 2009). En el derecho a la salud, sin embargo, el papel de la desigualdad puede pasar más desapercibido. Alicia Yamin ha dicho que “los patrones de sufrimiento y enfermedad deben ser entendidos como reflejo de las relaciones de poder, tanto como de factores biológicos y conductuales” (2009, p. 6), una idea que se materializa en lo que Framer denomina “patologías de poder” (2005).

Las aseveraciones anteriores se manifiestan en estadísticas que evidencian el vínculo entre desigualdad y pobreza con los derechos a la alimentación y a la salud. La pobreza afecta de forma desproporcionada a algunas poblaciones. Por ejemplo, en América Latina, el 43% de la población indígena vive situaciones de pobreza, un porcentaje que dobla al de la población general. Asimismo, un 25% de la población indígena vive en situación de pobreza extrema, 2.7 veces más que la población general (BID, 2015 en CIDH, 2017). A nivel mundial, el 80% de las personas con discapacidad se encuentra en situación de pobreza (Centro de Noticias de Naciones Unidas, en CIDH, p. 428).

Un enfoque interseccional resulta pertinente para valorar las vulneraciones a los derechos a la salud y a la alimentación, pues permite apreciar las diversas opresiones experimentadas por las personas; no como elementos aislados sino interrelacionados, identificando así “las situaciones y requerimientos de los grupos vulnerables, la complejidad y la diversidad de las fuentes que generan discriminación” (Zota-Bernal, 2016, p. 75). Esta perspectiva puede ser utilizada para observar lo que ocurre en los casos de Argentina en Lomas de Zamora (Caso N°21) y el *Caso Esquivel*, así como el *Caso Kufu* en Colombia. En el primero de ellos la situación de discapacidad se entrelaza con la pobreza; en el segundo se interrelacionan pobreza y niñez; y, por su lado, en el tercer caso se entremezclan la pobreza, la niñez y la pertenencia a un pueblo indígena. Esta aproximación permite superar la visión aritmética de los factores de exclusión y discriminación y reemplazarla por una visión de los derechos humanos como indivisibles e interdependientes que promueve la superación de la opresión, discriminación y segregación estructural (Uprimny y Saffon, 2009). Las encuestas de necesidades jurídicas complementan los hallazgos de los casos. Las personas con

discapacidad presentan mayores niveles de insatisfacción de necesidades jurídicas que la población general: 52% versus 41%, en Chile (GfK Adimark, 2015); y 25% versus 19.2%, en Argentina (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016). En el caso de la población indígena en Argentina esta diferencia es mayor: un 60.5% reporta necesidades jurídicas insatisfechas, en contraposición con el 19.2% de la población general (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016).

La segunda razón por la que las nociones de igualdad y justicia social resultan tan relevantes en esta dimensión es que la población en situación de pobreza y sujeta a múltiples formas de vulnerabilidad es precisamente la que tiene menores posibilidades de acceso a la justicia (Naciones Unidas, 2012). En efecto, las encuestas de necesidades jurídicas de la región muestran que las personas más pobres tienen un mayor nivel de necesidades insatisfechas en comparación con el resto de la población. Comparando la población en situación de pobreza con la población general, Chile anota un 60% frente a 41% (GfK Adimark, 2015) y Argentina un 34,8% versus 19,2% (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016). Se suma el hecho de que las personas más pobres no saben qué hacer ante los problemas, o bien temen represalias, al mismo tiempo que reportan un mayor nivel de abusos de autoridades judiciales (Dejusticia, 2013).

La población que vive mayores vulneraciones a sus derechos sociales, entonces, es la que tiene menores posibilidades de acceso a la justicia. En consecuencia, los efectos de la judicialización podrían beneficiar en mayor medida a las clases más altas, un fenómeno que desde luego resulta mucho más factible en el ámbito del derecho a la salud que en el del derecho a la alimentación. En el área de salud existen distintas opiniones y se ha generado evidencia empírica diversa, y en algunos casos, contradictoria. En Brasil, algunas investigaciones apuntan que la judicialización ha favorecido el acceso de las clases medias a los medicamentos de alto costo y promovido la desigualdad (Motta, 2010), mientras que otras señalan que dichas críticas constituyen mitos y que, por el contrario, las clases más desfavorecidas han encontrado en la judicialización un mecanismo útil para hacer valer su derecho a la salud (Biehl, et al., 2016). En Colombia, por su parte, las tutelas han beneficiado a las clases socioeconómicas más altas, afiliadas al régimen contributivo –que contiene mayores beneficios (PGN y DeJusticia, 2008). Del mismo modo, se recoge que un 60% de las tutelas interpuestas entre el 2006 y 2008 correspondía a los cuatro departamentos más ricos del país, mientras que apenas un 1% a cuatro de los departamentos más pobres (Defensoría del Pueblo, 2009).

El fenómeno en el derecho a la alimentación tiene una dinámica distinta, pues afecta a las personas más pobres de la sociedad. Razón que lleva a que el acceso al sistema de justicia suela ir de la mano con el litigio estratégico realizado por parte de las ONG o las clínicas jurídicas de las universidades –véase *Caso Kufu*–. A través de este litigio se busca develar las fallas del sistema de protección social, o bien poner en la agenda temas de DESCAs como el derecho a la alimentación, ya sea fuera del sistema de justicia como en *Kufu* o bien al interior de él como en *Esquivel*. Más allá de estos casos, existen casos de litigio estratégico previos en Argentina en materia del derecho a la alimentación, tales como la solicitud de información fehaciente sobre la cantidad de personas en situación de malnutrición en Buenos Aires (CELS, 2008).

Si bien el litigio estratégico llevado a cabo por la sociedad civil ha sido fundamental para el derecho a la alimentación (Künnemann y Epal-Ratjen, 2004), no deja de ser importante el rol que esta herramienta ha tenido en el ámbito de la salud. Experiencias destacadas se han dado en Argentina en favor de personas afectadas con la fiebre hemorrágica y para el acceso a tratamientos de personas con VIH-SIDA (CELS, 2008).

Con todo, es preciso advertir que no toda la litigación en materia de DESCAs implica un litigio estratégico *per se*. Muchos de los casos aún se conducen como litigios individuales que no tienen pretensiones de cambios en los sistemas y estructuras del sistema, ni buscan

posicionar ciertos temas en la agenda pública o referirse a las políticas en la materia. Un ejemplo de ello es el *Caso Otárola* en Chile en donde solo se pretende la entrega de medicamentos para la persona que se ve afectada en su salud. En este caso, la judicialización es utilizada como vía para satisfacer el derecho subjetivo individual de la persona, constituyéndose como uno de los mecanismos de reclamo de derechos que deben crearse para tutelar los derechos sociales. Este uso del sistema de justicia no es menor, en tanto que el Poder Judicial se erige como “pilar fundamental y último en la tutela de los derechos, instancia final donde se dirime su efectiva defensa” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 60). De hecho, es precisamente este uso de la judicialización el que ha caracterizado a la justiciabilidad de los DESCAs en América Latina en los últimos años, con masivas cifras en países como Brasil, Chile, Argentina y Colombia.

El litigio de DESCAs nos lleva a reflexionar luego sobre cómo los Estados de América Latina están proveyendo vías eficaces para acceder a la jurisdicción y, específicamente, sobre las instituciones que entregan asistencia jurídica gratuita. A propósito del acceso a la justicia de las personas en situación de pobreza, la CIDH ha enfatizado sobre la obligación de brindar asistencia legal gratuita a las personas sin recursos (CIDH, 2017, par. 517), una obligación explícita en materia de acciones constitucionales (CIDH, Informe Nº 41/04). Desde luego, ello implicaría un fortalecimiento de la Defensa Pública y un aumento en el número de defensores y defensoras (CIDH, 1997 en CIDH, 2017).

Resulta comprensible y necesaria la disponibilidad de asesoría jurídica gratuita en materia de DESCAs, pues constituye un asunto de derechos y forma parte del derecho de acceso a la justicia. Además, la asistencia jurídica gratuita reduce las brechas en el acceso a la justicia que afectan a la población en situación de pobreza, teniendo así el potencial de reducir las desigualdades en el disfrute de los DESCAs. No obstante, parecería ingenuo esperar que todas las personas cuyos derechos sociales son violados encontrarán remedio por la vía judicial. No sólo porque se presentan múltiples y diversas imposibilidades prácticas, sino porque la realización de los DESCAs se posibilita y obstaculiza por condiciones estructurales y sistémicas, una premisa especialmente válida en materia de derecho a la salud y el derecho a la alimentación. Por tanto, la única forma de garantizar la realización de los derechos sociales es a través de transformaciones institucionales y estructurales. Al respecto se ha desarrollado en el ámbito de alimentación la idea de seguridad alimentaria la que alude a la creación de condiciones estructurales, el fortalecimiento de las instituciones y el acceso a la justicia (Teklu, 2019; Ramanujam, Caivano y Abebe, 2015). Cabe entonces preguntarse cuál es y cuál puede ser el rol de la judicialización en dichas transformaciones (Yamin, 2011), una reflexión a la que volveremos en la dimensión 4.

Por ahora, sin embargo, es válido y necesario impulsar la asistencia jurídica gratuita en materia de DESCAs. A la fecha, no se han encontrado investigaciones empíricas sobre el papel de las Defensorías Públicas en la defensa de los DESCAs en América Latina. Dicha ausencia de información es señal de la escasa relevancia otorgada a la temática. No obstante, es posible advertir dos fenómenos. Por un lado, en algunos países la asistencia jurídica gratuita proporcionada por agencias estatales se circunscribe al ámbito penal (Alves, s.f.; Valladares, 2015; Alarcón, 2015). Por otro lado, las Defensorías Públicas suelen experimentar problemas serios causados por la escasez de recursos: sobrecargas laborales; condiciones laborales precarias; fallas en la calidad de litigio (Rojas y Fernández, 25 de octubre de 2016). Desde luego, dichas condiciones no son uniformes entre los países, siendo entonces relevante realizar un estudio multidisciplinario y regional al respecto.

Entre los seis casos presentados en este volumen, dos de ellos fueron litigados por agencias estatales de defensa pública. En el caso chileno *Otárola* es realizado por la agencia estatal, Corporación de Asistencia Judicial. En ella el servicio es proporcionado esencialmente por egresados de la carrera de derecho –que realizan una práctica profesional gratuita de 6 meses en la institución– y que en el año 2013 ascendían a 3.893 versus solo 330 abogados

repartidos en las diversas oficinas a nivel nacional (Navarro, 2014). Además de la falta de personal titulado, se reportan fallas en su estructura organizacional y en la coordinación, falta de estandarización en los servicios prestados en sus oficinas y escasa adecuación del servicio a las mujeres, quienes son las que más usan el servicio (Navarro, 2014).

En el estudio sobre el derecho a la salud de las personas con discapacidad en Lomas de Zamora, Argentina, las autoras identifican un rol prioritario del Ministerio Público de la Defensa en los casos relacionados con reclamos de servicios al Programa Federal Incluir Salud. Un 72,5% de las causas con sentencia –desde el 2002, año de creación del PROFE–, hasta el 30 de abril de 2019, fueron iniciadas con el patrocinio de la Defensoría Oficial (Galkin y Sesarego, 2019). Pese al relevante papel que las Defensorías argentinas desempeñan en la defensa de los derechos humanos en esta y otras materias, el Comité de Derechos de Naciones Unidas ha expresado su preocupación respecto a su falta de autonomía funcional y presupuestaria que afecta la calidad de los servicios prestados (CCPR/C/ARG/CO/R.5, 2016, par. 33). Asimismo, ha recomendado al Estado revertir dicha situación, junto con intensificar la inversión de los recursos necesarios para la ejecución plena de sus mandatos (CCPR/C/ARG/CO/R.5, 2016 par. 34). La recomendación anterior no se ha hecho de forma exclusiva a Argentina. La CIDH ha señalado la necesidad de que los Estados garanticen la “independencia institucional de las Defensorías Públicas a fin de evitar los riesgos que produce su adscripción a otro poder u órgano de la administración de justicia” (CIDH, 2013, par. 47), en términos de la objetividad de los defensores frente al proceso.

En varios países de América Latina los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho ocupan un lugar central en la defensa de los derechos humanos (Cavallaro y Elizondo, 2011; Londoño, 2016), sobre todo cuando ofrecen servicios jurídicos en materias no penales, cubriendo así los vacíos de la Defensoría Pública (Valladares, 2015). En Colombia, por ejemplo, los consultorios jurídicos se han caracterizado por brindar servicios jurídicos a los estratos socioeconómicos más bajos (Recalde, Blanco y Maldonado, 2017). En Uruguay, por su lado, la mayoría de las demandas de solicitud de medicamentos de alto costo corresponden a pacientes de nivel socioeconómico bajo, siendo patrocinadas en forma gratuita por el Consultorio Jurídico de la Universidad de la República, representando el 66% del total de demandas presentadas en el 2018 (Pereira, García y Ordiozola, 2019). A pesar de su relevancia en la defensa de los DESCAs, en algunos países los consultorios no tienen alcance en las zonas rurales, en donde se encuentran las poblaciones más vulnerables y marginalizadas (Valladares, 2015). En este sentido, se recomienda considerar a los consultorios dentro de la institucionalidad tanto pública como privada que proporciona asesoría jurídica gratuita en materia de DESCAs. Sobre este punto, algunas iniciativas proponen su articulación, a fin de incrementar su calidad e impacto (Chirino, 2015).

A modo de cierre, esta primera dimensión de los conflictos de DESCAs en salud nos lleva a recomendar el estudio más pormenorizado de las instituciones y organizaciones que están entregando asesoría gratuita a las personas que no pueden pagarla en América Latina, ya sean ONGs, clínicas jurídicas universitarias, defensorías públicas u otras agencias del Estado análogas. Asimismo, es necesario evaluar cuáles son las estrategias que emprenden cada una de ellas y cómo han contribuido o no a afirmar la vigencia de los DESCAs, como lo son el derecho a la salud y a la alimentación.

2. INGRESO AL SISTEMA DE JUSTICIA Y PROCESOS AL INTERIOR DE LA JURISDICCIÓN

Esta dimensión se enfoca en la identificación de nudos críticos en la justiciabilidad de los DESCAs. Se distinguen aquellos relacionados con la falta de consagración constitucio-

nal de los derechos a la alimentación y a la salud, la falta de mecanismos de protección de los referidos derechos, las barreras que se derivan en las acciones que los protegen y, por último, la composición de las cortes encargadas de conocer las reclamaciones.

La trascendencia de esta dimensión ha sido observada por autores como Nolan, Porter y Langford (2007), quienes advierten que el contenido de los DESCAs se ve influido por la capacidad de los tribunales. Ello sin perjuicio de que no es correcto ver la vía jurisdiccional como la principal y única herramienta para resolver los conflictos de DESCAs (Langford, Garavito y Rossi, 2017).

En este apartado es importante considerar cómo se garantizan los derechos analizados a través de los mecanismos normativos e institucionales que permiten reafirmar su vigencia y que se distinguen del derecho subjetivo, aun cuando dichas garantías se incorporan al proceso mismo de positivación (Aldunate, 2008). Las dimensiones de estas garantías según Aldunate (2008) son cuatro: (i) consagración por escrito; (ii) consagración a nivel constitucional, (iii) mecanismos de reacción frente a la lesión del derecho con el objeto de poner fin o evitar la misma; y, por último, (iv) existencia de vías jurisdiccionales para obtener la declaración de que el derecho ha sido ilegítimamente afectado. Precisamente las dos últimas dimensiones son aquellas que se abordarán en este apartado a propósito del fenómeno de judicialización del derecho a la salud en América y en materia de alimentación (Vivero y Scholz, 2009).

Si bien han existido extensas discusiones respecto de la justiciabilidad de los DESCAs por su naturaleza y por entenderse su materialización como una función privativa de los poderes Ejecutivo y Legislativo, es clarificador lo señalado en la OG n°9 del Comité DESC (1990) que indica que ha existido una diferenciación entre derechos civiles y políticos, por un lado, y los DESCAs, por otro. Sin embargo, esta distinción no está justificada ni por su naturaleza ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. A pesar de no existir una norma expresa que obligue a los Estados a desarrollar las posibilidades de un recurso judicial, los Estados que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los DESCAs deberán demostrar que: (i) esos recursos no son medios apropiados o (ii) que en virtud de los demás medios utilizados, son innecesarios. Lo anterior, según reconoce el mismo Comité, será difícil de demostrar, ya que entiende que los demás medios utilizados pueden resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales. De esta manera, el desarrollo de recursos judiciales para casos de vulneración de los DESCAs se constituye como una obligación casi infranqueable para los Estados. Pese a lo indicado por el Comité DESCAs al día de hoy existen jurisdicciones que no reconocen expresa y directamente la justiciabilidad de los derechos sociales, como es el caso de Chile, y otras donde existen limitaciones que merman la eficacia de los DESCAs.

El fenómeno de judicialización de los DESCAs fue antecedido por la consagración a nivel constitucional de dichos derechos, como el derecho a la salud y alimentación (Tura, 2018; Knuth y Vidar, 2011; Yamin, 2011). Así, el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha llevado a que algunos de los países de la región recojan en sus cartas fundamentales tanto derechos sociales como acciones para hacerlas exigibles –por ejemplo, Venezuela, Bolivia, Argentina y Ecuador–, guardando así consonancia con las obligaciones que emanan del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Carrera, 2011; Nogueira, 2010). No obstante, hay constituciones que no son tan explícitas a la hora de definir los derechos objeto de tutela como Colombia (Carrera, 2011), mientras que hay otros en donde el constituyente optó simplemente por no proteger los DESCAs como en Chile (Nogueira, 2010). Precisamente en dicho país, considerando la reducida cantidad de derechos que son protegidos a través del recurso de protección y el espacio de desprotección que experimentan los DESCAs, se han elaborado estrategias sustentadas en la propietarización de los derechos (Bassa y Aste, 2015) y la idea de la vida como derecho germen (Vivanco, 2007).

La inexistencia de consagración constitucional de los DESCAs y la carencia de mecanismos de protección de los mismos han generado que surjan ciertas interpretaciones que procuran alcanzar algún tipo de resguardo a los derechos sociales utilizando los mecanismos institucionales disponibles, tales como las acciones constitucionales. Sin embargo, no se altera la estructura normativa e institucional que impide que éstos sean plenamente exigibles, de acuerdo a las obligaciones del Estado de progresividad y prohibición de regresividad (Abramovich y Courtis, 2002).

La alta prevalencia de la judicialización de los conflictos de salud es un asunto que se relaciona estrechamente con la estructura del sistema de salud; por ejemplo, en Colombia se observa que la estructura del sistema, así como la falta de cumplimiento de las aseguradoras no genera un incentivo para reducir la litigación de las causas (Yamin, 2011). Similar tendencia puede ser observada en Chile para causas en contra de las aseguradoras privadas (Isapres) que reúnen el 94% del total de causas de recursos de protección que, por cierto, no necesitan de asistencia letrada para su interposición lo cual hace que sean más fáciles de tramitar (DECS, 2017). Al mismo tiempo, las Isapres chilenas reúnen una alta cantidad de reclamos en la Superintendencia de Salud (agencia del ejecutivo) principalmente por el alza del precio de los planes, aumentando de 6261 reclamos anuales en el año 2009 a 27345 en el año 2018, cuestión que ha llevado a discusiones públicas acerca de la necesidad de perfeccionar su regulación (Cárdenas, 2019).

Los dos casos anteriores hacen cuestionar, en último término, la eficacia de los canales ordinarios civiles y administrativos. En lo que respecta a Colombia, se plantea que la preferencia por la acción de tutela lleva a “deslegitimar el sistema de acciones ordinarias ya sean civiles o administrativas, por su lentitud, complejidad e ineficacia” (Carrera, 2011, p. 76).

Por otro lado, se cuestiona la utilidad de las acciones individuales en casos donde existen una serie de personas afectadas por un mismo hecho proveniente de la acción u omisión de una misma institución. Según Abramovich y Courtis (2005, p. 210) si una “violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de *derechos o intereses individuales homogéneos*, las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública”. No obstante, esto no ha sido la tónica del actuar de los Estados. En efecto, podemos apreciar que en Chile, desde el 2010 en adelante ha existido una masiva judicialización alcanzando 141.875 recursos de protección en el año 2018 (Altura Management, 2019), lo que representa el 94% de las causas que conocen anualmente estos tribunales. En consecuencia, la ausencia de mecanismos colectivos de resolución de conflictos tiene dos consecuencias evidentes: por un lado, la sobrecarga de las Cortes y, por otro lado, el sostenimiento de la conducta arbitraria e ilegal por parte de las ISAPRES. Lo anterior no ha generado una reacción tendiente a solucionar este problema por parte del Poder Ejecutivo y Legislativo chileno y las vías judiciales no permiten dar una respuesta general a este problema puesto el efecto de la sentencia solo tiene alcance para el caso particular.

El alcance de los sujetos pasivos de las acciones es trascendente para efectos prácticos puesto que nos lleva a determinar ciertas estrategias para hacer exigibles los DESCAs por sobre otras. Nogueira (2010) distingue dos grandes grupos: aquellos en donde las acciones solo pueden dirigirse contra autoridades o agentes públicos –por ejemplo, México y Colombia–; y, por otro lado, aquellos países cuyas acciones de amparo pueden dirigirse tanto en contra de particulares como de agentes del Estado (por ejemplo, Argentina, Venezuela y Chile). En el *Caso Kufu* Colombia esto fue un disuasivo para acceder a la vía jurisdiccional. Dejusticia optó por estrategias distintas de las judiciales, precisamente, en virtud de la complejidad que reviste el acreditar la omisión estatal en la protección de la niñez, por cuanto la acción tiene únicamente como legitimado pasivo al Estado (Guarnizo, Narváez y Ospina, 2019). Asimismo, el caso abre la puerta a otra temática ampliamente discutida en los DESCAs:

la relación derechos humanos y empresas y cómo las obligaciones también alcanzan a los particulares.

Las medidas cautelares son, por su lado, un interesante elemento a ser analizado, al ser éstas un instrumento que permite entregar una protección de urgencia mientras se resuelve el asunto a través de los diversos procesos tutelares del derecho a la salud y alimentación. Berizonce (2010) ha estudiado este fenómeno en Argentina, recogiendo la necesidad de su existencia por la morosidad judicial de las causas de amparo. A mayor abundamiento, en este país ciertos casos referidos al derecho a la vida y a la salud demoran más de cuatro años en ser resueltos, cuestión que agudiza la necesidad de la existencia de estos mecanismos (Berizonce, 2010). El mismo autor recoge los amparos por derecho a la alimentación y a la salud como dos ejemplos paradigmáticos en donde se utiliza este mecanismo para entregar una cautelar material –anticipatoria y excepcionalmente satisfactiva, y llegando en algunos supuestos a desplazarlo y hasta sustituirlo (Berizonce, 2010).

En efecto, este es uno de los aspectos que emergió en el caso *Esquivel*, en donde el fondo del asunto no se resuelve de manera celera en la decisión definitiva, sino a través de medidas cautelares que permiten la entrega de alimentación para las personas afectadas. Tras este caso está la violación del principio del plazo razonable que se desprende del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que en el caso aparece de manifiesto el riesgo en la demora de la solución definitiva con sus altamente probables repercusiones en la salud de los y las menores de edad. Sin embargo, los sistemas de justicia adolecen de una serie de barreras que no permiten una tramitación expedita. Sin ir más lejos, en el caso en cuestión, transcurrieron 20 meses –casi dos años– solo en la determinación de la competencia y 12 años en la decisión de primera instancia (Permuy, Galeazzi y Giannini, 2019). Esta cuestión permite explicar la gran cantidad de causas que inician como medidas cautelares autónomas, tal como se indica en el Caso N°21 y en el mapeo de causas en materia de salud de personas con discapacidad desarrollado por Galkin y Sessarego (2019). Las autoras concluyen que la mayoría de las causas (62,5%) fueron iniciadas como medidas cautelares autónomas y solo el 20% como amparo. Lo anterior, lleva a cuestionar en qué medida las acciones protectoras de derechos fundamentales son realmente eficientes dada la demora en que se resuelva el asunto; y, al mismo tiempo, en qué medida estas barreras de acceso a la justicia de eficiencia se conectan con otras de burocracia y formalismo (OCCA, 2019).

Finalmente, es interesante el impacto de la composición o integración de las Cortes en los cambios jurisprudenciales que se verifican en la interpretación y protección de ciertos derechos y que, a su vez, inciden en la aceptación o el rechazo de la acción promovida. Si bien no podemos ser categóricos en determinar como única o principal causa en los cambios jurisprudenciales la integración de las Cortes, parece importante vislumbrar que en el caso *Otárola* la única diferencia sustancial para el rechazo en las entregas de medicamentos, se concreta en que la composición de la sala que resolvió el asunto estuvo compuesta –por única vez– por un juez y dos abogados integrantes, siendo estos últimos reconocidos por haber rechazado constantemente este tipo de prestaciones (Norambuena y Sandoval, 2019). Del mismo modo ocurre en el caso *Esquivel* donde se produce un cambio jurisprudencial y, coincidentemente, esto ocurre cuando ninguno de los jueces que formaron la mayoría en la corriente jurisprudencial anterior se encontraban integrando esta Corte (Permuy, Galeazzi y Giannini, 2019).

A propósito de lo anterior surge la interrogante sobre la afectación de la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la protección de los DESCA. En este sentido se señala que el aplicador de la ley (juez o jueza) no puede hacer más diferenciaciones que las que la ley establece, por lo que el juzgador no puede modificar el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos (Garrido, 2011), cuestión que no se verifica en los casos antes mencionados. La situación es aún más crítica en los sistemas jurídicos donde no existe la

figura del precedente judicial, puesto que los cambios jurisprudenciales se pueden producir sin necesidad de justificar su modificación, siendo esta la tónica en gran parte de América Latina.

De esta manera, se constata que existen grandes desafíos en torno a la oferta de mecanismos jurisdiccionales que permitan proteger y dar efectividad a los DESCA. El énfasis debe estar en crear mecanismos adecuados que tiendan a poner fin a las transgresiones generales que se producen en determinadas comunidades y adecuar los mecanismos ya existentes en pos de hacerlos más eficientes y efectivos, tendiendo a eliminación de las barreras de acceso a la justicia que afectan especialmente en casos de protección de los DESCA.

3. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y A LA SALUD

La implementación de los derechos requiere conceptualización y operatividad (Chapman, 2016, p. 15). Así, cobran especial relevancia los órganos de interpretación de estos instrumentos, es decir, los órganos jurisdiccionales y administrativos, que vienen a dotar de contenido estas enunciaciones, permitiendo entender de qué hablamos cuando hablamos del derecho a la salud y el derecho a la alimentación, estableciendo de manera más específica y concreta las obligaciones de los Estados y determinando criterios y estándares mínimos para su satisfacción.

El derecho a la salud fue primero reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, art. 25), y luego de forma más directa por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966, art. 12). En los años siguientes sería reconocido por múltiples instrumentos vinculantes de derechos humanos a nivel regional e internacional. Dichos instrumentos –los que reconocen el derecho a la salud– son ejemplos de “convenios no completamente teorizados”, “en donde no hay acuerdo sobre las razones o los principios que justifican el acuerdo” (Tobin, 2012, p. 49). A partir del año 2000, con la elaboración de la Observación General N. 14 por el CESCR, así con el nombramiento del primer Relator Especial sobre el derecho a la salud en el 2002, la comunidad internacional comenzaría no solo a otorgar un mayor reconocimiento al derecho, sino a definir su contenido esencial y operativo. A pesar de los avances que han ocurrido en los últimos 20 años, lo cierto es que el derecho a la salud puede ser considerado como un “derecho emergente” (Chapman, 2016), entre otras cosas, porque la interpretación del derecho y las obligaciones que impone han sido desarrollados progresivamente.

Por las razones anteriores es que resulta tan relevante identificar el tratamiento que las Cortes han otorgado al derecho a la salud en los estudios compilados en este volumen. Así, en primer lugar, es interesante lo acaecido en Chile. En el caso *Otárola* desarrollado por Norambuena y Sandoval (2019) se plantean numerosas interrogantes sobre los posibles aportes de los tribunales al reconocimiento y desarrollo del derecho a la salud. Los autores del caso argumentan que la reciente línea jurisprudencial en torno a los tratamientos farmacéuticos de alto costo no representa un real avance en materia de derechos sociales. Así, desde el 2017, las sentencias ordenan la entrega del medicamento en virtud no del derecho a la salud –que no es mencionado en los fallos–, sino del derecho a la vida.

El razonamiento anterior encuentra su correlato en los pronunciamientos efectuados por la Corte IDH en donde construyó el deber de proteger la salud haciendo una remisión a derechos civiles y políticos como lo son el derecho a una vida digna y el derecho a la integridad física y psíquica. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que el derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen las condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna, reconociéndose el deber general de garantía y

el deber de desarrollo progresivo de los Estados (Robles, 2016, p. 216). Tal tendencia puede encontrar explicación en que los DESCAs se encuentran regulados en el Protocolo Adicional, que otorga competencia a la Corte IDH solo en dos casos, entre los que no se encuentra el derecho a la salud ni el derecho a alimentación. Lo anterior ha generado que en la jurisprudencia de la Corte IDH no existan casos en los que se haya declarado la violación del derecho a la salud en forma directa y autónoma (Parra, 2013, p. 763), tampoco el derecho a la alimentación.

La remisión al derecho a la vida, entendida también desde la teoría de la conexidad, fue ampliamente utilizada por la Corte Constitucional colombiana hasta el año 2007 (Corte Constitucional, T-571/1992). Hay, sin embargo, una diferencia entre ambos casos. Mientras que en Chile los medicamentos de alto costo son otorgados solo en casos en que la persona se encuentra en riesgo vital, en Colombia se trataba de una remisión a la idea de una "vida digna". La diferencia es relevante, en tanto que se vincula con la definición misma del derecho a la salud. La OG 14 señala que "Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente" (párr. 1), sugiriendo así que la vida digna es un objetivo del derecho a la salud. Dicha aseveración, en conjunto con el preámbulo del PIDESC que afirma que los derechos ahí reconocidos emanan de la dignidad humana, sitúa la idea de una vida digna en el eje del derecho a la salud, aunque de una forma poco clara (Chapman, 2016). La definición de una vida digna es compleja, en tanto que las condiciones necesarias para una vida digna no son universales, sino que dependen de "contextos históricos, culturales, e incluso individuales" (Bohrequez y Aguirre, 2009, p. 40). En el caso del derecho a la salud esta complejidad se incrementa debido a los acelerados avances tecnológicos y farmacéuticos (Yamin, 2019, p. 698), obligando a una redefinición constante del contenido operativo del derecho. Como puede observarse, las sentencias chilenas han hecho escasas contribuciones al reconocimiento y definición del derecho a la salud, e incluso, a la noción de una vida digna en casos vinculados a la salud. En efecto una de las líneas argumentativas adoptadas por las Cortes chilenas ha sido que el derecho a la vida es un derecho germen que da sustento a los demás (Vivanco, 2007), teniendo como consecuencia que los DESCAs no hayan sido desarrollados de manera autónoma.

El caso analizado por Meza (2019), también chileno, plantea otras reflexiones interesantes acerca del derecho a la salud en un contexto neoliberal. Se trata de la primera sentencia emitida a propósito de las enfermedades preexistentes como obstáculo de afiliación a las aseguradoras privadas. El fallo de la Corte Suprema ordena a la Isapres Consalud S.A. a permitir la afiliación de la recurrente y su hija menor. En la sentencia, la Corte sustenta su decisión en el derecho constitucional "a elegir libremente el sistema de salud, sea estatal o privado". Refiere asimismo que dicho derecho forma parte del "derecho a la protección de la salud", "asegurado" por la Constitución en su artículo 19. Conviene hacer un paréntesis. La nomenclatura utilizada por el texto constitucional chileno, "derecho a la protección de la salud", parece referirse exclusivamente a una de las tres obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, a saber, la obligación de proteger. Asimismo, otorga una función rectora al Estado en materia de salud y reconoce el derecho de las personas de elegir libremente el sistema de salud.

La sentencia de la Corte, por ende, no se refiere al derecho a la salud, sino tan sólo a la libertad individual de elegir el sistema de salud. Resulta interesante que el desarrollo convencional del derecho a la salud a nivel internacional no hace referencia a dicha libertad. El foco, por el contrario, se encuentra en los aspectos de disponibilidad; accesibilidad –no discriminación, accesibilidad física, asequibilidad, accesibilidad de información–; aceptabilidad y calidad (PIDESC, par. 12). El fallo de la Corte no se refiere a dichos componentes. Por ejemplo, no se pronuncia al respecto de la asequibilidad, estableciendo una ruta y posibles límites de precios impuestos por parte de la Isapres cuando éstas concluyen que se trata de pacientes con altos riesgos.

Desde una perspectiva convencional, la libertad de elegir el subsistema de salud no forma parte del contenido del derecho a la salud. Sin embargo, podría llegar a considerarse que la sentencia hace eco de la dimensión de no-discriminación, parte esencial de la accesibilidad a bienes y servicios de salud (PIDESC, par. 12). El tema remite a uno de los debates más álgidos y relevantes en torno al derecho a la salud: la privatización progresiva de la salud y sus posibles impactos negativos en términos de derechos. Aeyal Gross (2013) se pregunta si existe un derecho humano a la atención privada de salud, preocupándose a su vez porque el uso del discurso de derechos para articular demandas por atención o seguros privados de salud puede reforzar la privatización en formas que las desigualdades se incrementen, sobre todo en un sistema público de salud. Al respecto, Chapman (2016) concluye que la respuesta al cuestionamiento inicial –si existe un derecho humano a la salud privado– dependerá de la naturaleza de cada caso y del tipo de sistema de salud en el país. Lo cierto es que el papel de los actores privados en materia de salud es un debate abierto y pendiente. La sentencia de la Corte Suprema viene a profundizar la noción de un derecho a la salud privada en Chile, una noción cuyas consecuencias en términos de igualdad aún desconocemos.

Ya en el primer apartado se advertía que la preocupación por la igualdad social ocupa un lugar central en el debate justiciable de los DESCA. Por ello es que resulta interesante y necesario observar cómo la noción de igualdad es considerada o no por las Cortes en las causas vinculadas con el derecho a la salud. En concreto, nos interesa conocer si es que los Tribunales realizan alguna consideración sobre los efectos que sus propias resoluciones pueden tener sobre la igualdad social. El tema es especialmente relevante cuando se trata de causas relacionadas con medicamentos de altos costos, no considerados en el plan nacional obligatorio de salud. Dos de los trabajos incluidos en este volumen ofrecen luces al respecto.

En el caso uruguayo, realizado por Pereira, García y Ordiozola (2019), los autores identifican una línea jurisprudencial –mayoritaria– que hace lugar al reclamo de los medicamentos no priorizados basándose en el principio de igualdad. Al respecto, los fallos concluyen que “resulta intolerable la desigualdad entre las personas que, estando en similar situación por tener la misma enfermedad, en un caso pueden acceder al medicamento (porque algunas instituciones lo proporcionan o porque el paciente puede costearlo) y en otros no” (Pereira et al., 2019). De modo similar, la Corte uruguaya ha resuelto que “tiene derecho a la vida en igualdad de condiciones con todo lo más que la ciencia pueda proporcionarle. No porque su enfermedad sea rara, debe hacerse una diferencia, al contrario, se debe hacer una discriminación positiva a los efectos de no quebrantar el principio constitucional de igualdad” (TAF 1 T. Sentencia No. 548/2019). Así, se observa que la Corte ha entendido que el principio de igualdad es una razón para ordenar el financiamiento y entrega del medicamento. La igualdad entonces se entiende con respecto a las personas que sí tienen acceso al medicamento, pero también desde una perspectiva de “justicia como equidad” (Rawls, 1995). Si bien, el caso concreto puede requerir de mayores recursos financieros en virtud del alto costo del medicamento, resulta válido realizar dicha inversión debido a la necesidad surgida de las condiciones particulares de la enfermedad que tiene la persona. El contorno del derecho a la salud se expande y la Corte uruguaya entiende que los avances científicos marcan la pauta del contenido operativo del derecho.

En el caso chileno *Otárola*, de Norambuena y Sandoval (2019), se observa cómo la Corte utiliza el principio de igualdad para negar el medicamento. Aunque no es la tendencia jurisprudencial mayoritaria, la sentencia argumenta que el otorgar el medicamento impactaría la vida y el cuidado de muchas otras personas, que probablemente, recibirían una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos que se pretende. Si bien la Corte ha acogido el 81% de los recursos de protección interpuestos respecto a medicamentos de alto costo (Observatorio Judicial, 2019), resulta interesante la consideración que en este caso el Tribunal realiza sobre los efectos sociales de su sentencia. El argumento

no es tan distante del debate regional en la materia. Distintos autores han expresado su preocupación, porque las desigualdades puedan exacerbarse a través de la judicialización del derecho a la salud (Motta, 2010), así como por los potenciales desvíos de recursos que, de otro modo, podrían ser utilizados para expandir la cobertura básica a la población (Pinto y Castellanos, 2004).

Respecto del derecho a la alimentación el Comité PIDESC (2000, párr. 6) ha señalado que “El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre”. De esta forma, establece que los dos elementos necesarios para la satisfacción del derecho a una alimentación adecuada son la disponibilidad de estos y su accesibilidad (Comité PIDESC, 2000, párr. 8).

Bajo ese estándar internacional el *Caso Esquivel* en Argentina aplica interesantes reflexiones en la sentencia que resuelve el asunto en primera instancia. En ella se refiere a que la provisión de alimentos debe satisfacer una dieta normal y adecuada determinada por un especialista de una institución pública reconocida, incluyendo además la idea de la garantía de los medios para obtenerla a través de orientación y capacitación laboral de los progenitores (Permuy, Galeazzi y Giannini, 2019). La mencionada sentencia recoge, asimismo, la vinculación del derecho alimentación con el derecho a la salud y a la vida, aunque aclara que se trata de un “derecho de segunda generación” que implica un deber de dar y hacer por parte del Estado (Permuy, Galeazzi y Giannini, 2019). Aun cuando la concepción contemporánea de los DESC apunta a considerarlos como indivisibles e interdependientes, dejando de separarlos en generaciones según una visión tradicional que genera prelación y jerarquías entre ellos.

4. CUMPLIMIENTO E IMPACTO DE LA SENTENCIA

Los éxitos y limitaciones de la implementación e impacto de las sentencias han sido uno de los ejes centrales de atención y debate en materia de DESC, así como también desde la perspectiva del acceso a la justicia en la región (OCCA, 2019). A propósito del conjunto de estudios que acá se recogen, conviene hacer varias precisiones. En primer lugar, que, pese a la creencia común, la evidencia empírica no indica diferencias relevantes entre la implementación de las sentencias de causas relacionadas con DESC, y aquellas de derechos civiles y políticos (Langford, Malcolm y Garavito, 2017, p. 36). Por el contrario, nos encontramos ante un aspecto central del derecho de acceso a la justicia –la ejecución efectiva de la sentencia–, cuya relevancia ha sido largamente relegada frente a los primeros momentos procesales (OCCA, 2019).

Una segunda precisión nos obliga a distinguir entre cumplimiento e impacto, dos términos a veces utilizados indistintamente (Garavito, 2017). Así, el cumplimiento se refiere exclusivamente a la implementación de la orden del tribunal. El impacto, por su parte, es un concepto más amplio que “mide la influencia total o el efecto de una decisión” (2017, p. 36). Rodríguez Garavito (2017) propone una categorización útil de las distintas combinaciones posibles de ambos conceptos que pueden presentarse en la realidad. Por un lado, se encuentran las sentencias que no son implementadas y que tampoco tienen una repercusión más amplia –“*sentencias de papel*”. En segundo lugar, se encuentran las sentencias que tam-

poco son implementadas, pero que si tienen una repercusión significativa. En tercer lugar, están aquellas sentencias que son implementadas, pero que tienen poca o ninguna repercusión, representando así un litigio de suma cero. Finalmente, se encuentran las sentencias que son implementadas y que además generan una repercusión significativa.

Alicia Yamin (2011) sostiene que la forma en que valoramos el impacto de la judicialización de los derechos sociales depende de nuestra noción de poder judicial. Basándose en la clasificación de dimensiones del poder desarrollada por Lukes (1974), Yamin (2011) observa una primera dimensión del poder, estrecha, que se refiere exclusivamente a la implementación de la sentencia. Esta primera dimensión es equivalente a lo que Rodríguez Garavito entiende como cumplimiento. Una segunda dimensión del poder (*oculta*) hace referencia al poder en la toma de decisiones y establecimiento de la agenda, operando a través “de la exclusión de ciertos asuntos y participantes” (Gaventa, 1982, p. 9). El poder, entonces, predetermina “la agenda de lucha para determinar si ciertas preguntas llegarán en algún momento a la etapa de competencia” (Parenti, 1970, p. 502). Los Tribunales pueden jugar un rol al abrir espacios de deliberación democrática cuando las reglas del juego político han excluido de forma sistemática que determinados temas emerjan en la agenda (Gargarella, 2011). La tercera dimensión del poder es la invisible, aquella que se ejerce a través de la influencia y la determinación de los deseos y preferencias de las personas sin poder: los mitos sociales, el lenguaje, las ideologías y los símbolos son algunas de las formas de poder (Gaventa, 1982). Yamin observa que, en ocasiones, las Cortes tienen un papel que jugar en la creación de expectativas entre la población que no es beneficiaria directa de las sentencias. En algunos casos, como ocurrió en el movimiento por el acceso a los tratamientos de anti-retrovirales en la década de los '90 (Forman, 2008), la judicialización puede contribuir a crear entre la población más marginalizada la conciencia de ser sujetos de derechos.

Es interesante acercarse a los posibles impactos del caso analizado por Meza (2019) en este volumen, referido al tema de la preexistencia de enfermedades como condicionante y obstáculo para la afiliación a las empresas aseguradoras de salud en Chile. El fallo, emitido por la Corte Suprema en octubre de 2018, ordenaba a la empresa aseguradora Consalud S.A. afiliarse a la persona con preexistencias médicas. La sentencia confería un rol central al “derecho constitucional a elegir libremente el sistema de salud”, más que a atributos del derecho a salud desarrollados por el derecho internacional de los DDHH, como su asequibilidad. El estrecho contorno jurisprudencial, en cierta medida, impidió la generación de un empoderamiento ciudadano basado en la conciencia de ser sujeto del derecho a la salud. De este modo, el fallo de la Corte no sirvió como detonante para revertir la ideología y los símbolos predominantes que corresponden a la tercera dimensión del poder (Lukes, 1980).

Pareciera, no obstante, que la decisión judicial sí ejerció un papel en la segunda dimensión del poder –la discusión y el establecimiento de la agenda pública en Chile. Ya desde marzo de 2018, el gobierno central había anunciado sus intenciones de realizar una reforma al sistema privado de salud que comprendía diversos aspectos, entre los cuáles se encontraba el fin a las preexistencias (Emol, 24 de mayo de 2018). Seis meses después, la sentencia de la Corte vino a contribuir al debate, presionando sobre la urgencia de la reforma (Chávez y Cabello, 27 de noviembre de 2018). De hecho, días después de la emisión del fallo, el gobierno anunció que adelantaría el envío del proyecto de reforma al Congreso (Sandoval, 30 de octubre de 2018). Dicho proyecto envuelve tanto el sector público como el privado y ha sido duramente criticado por diversos sectores y movimientos sociales. En esencia, pareciera que el proyecto apunta al fortalecimiento del subsistema privado, al mismo tiempo que genera un debilitamiento del sistema público de salud (Bernal, 2019). A través de medidas como el aumento de facultades e incentivos del sistema público para la compra de servicios al sector privado, se advierte un paulatino desfinanciamiento del sector público.

Aunque no queda claro el rol de la reciente línea jurisprudencial en materia de salud de la Corte Suprema en la justificación o promoción de la reforma al sistema de salud propuesta por el Gobierno, lo cierto es que no parece haber ejercido un papel positivo en la garantía del derecho a la salud. Desde una perspectiva individual, la Corte pudo haber contribuido a proteger el derecho a la salud de la persona involucrada en el rol 5293/2018, una hipótesis que debería confirmarse al analizar la asequibilidad y condiciones de afiliación impuestas por la Isapre luego de la sentencia. Aun cuando dicha hipótesis pudiera validarse, la Corte ha tenido un rol mínimo en la creación de espacios de deliberación democrática al respecto del derecho a la salud. De hecho, la sentencia bien podría tener un impacto negativo desde una perspectiva colectiva del derecho a la salud, sobre todo si la reciente línea jurisprudencia de la Corte es utilizada como argumento para promover la reforma al sistema de salud propuesta por el gobierno.

Dos de los casos en materia de derecho a la salud incluidos en este volumen versan sobre el acceso a medicamentos de alto costo no considerados en los planes obligatorios de salud (Norambuena y Sandoval, 2018 en Chile y Pereira, García y Ordiozola, 2019 en Uruguay). Se trata de demandas individuales que, en el caso uruguayo, aumentaron en un 40% en diez años. Si en el 2007 se presentaron 8 demandas de este tipo, en el 2018 fueron 333 (El Observador, 23 de marzo de 2019). En Chile el fenómeno es más reciente; hasta el 2016 se registraban entre uno y dos casos anuales. En el 2017 fueron siete casos, llegando a ser trece en el 2018 (Observatorio Judicial, 2019). En ambos países la judicialización y la respuesta generalmente positiva de las Cortes –ordenando la entrega de los fármacos– han instalado el tema en la agenda mediática. A principios de 2019, el Presidente de la República, Sebastián Piñera, cuestionaba a los Ministros de la Corte Suprema de Chile sobre sus recientes sentencias en materia de salud, llegando incluso a señalar que “Quieren quebrar al Estado” (El Mostrador, 14 de enero de 2019). Lo cierto es que el tema apela a aspectos controvertidos de la judicialización de los DESCAs: el financiamiento de los derechos –especialmente, del derecho a la salud–; la intervención del Poder Judicial en decisiones presupuestarias; la división de Poderes; así como los potenciales efectos negativos en materia de igualdad, al desviar recursos que podrían ser destinados a medidas de prevención y políticas de salud primaria que benefician a un mayor número de personas.

En el estudio de caso chileno presentado en este volumen, el peticionario recibió una respuesta negativa, en tanto que el medicamento fue denegado (Norambuena y Sandoval, 2019). Por otro lado, la escasa información proporcionada por el estudio de caso uruguayo no permite hacer un análisis detallado de los factores que incidieron en el cumplimiento de la sentencia. Ello no impide, sin embargo, realizar un análisis ampliado del potencial impacto de ambos casos –como parte de un universo de casos similares judicializados. Desde luego, realizar un análisis profundo requeriría de un estudio multidisciplinario y longitudinal que escapa a los alcances de este texto. No obstante, sí es posible plantear algunas líneas exploratorias.

Diversos autores han escrito sobre el potencial de la judicialización de abrir los espacios de deliberación democrática (Gargarella, 2006). En algunos casos, las propias Cortes generan dichos espacios a través de procesos como el activismo dialógico⁷⁸. En los casos sobre medicamentos de altos costos –uruguayo y chileno–, sin embargo, no se observa un proceso de ese tipo propiciado por los Tribunales. El análisis de las sentencias en ambos ca-

78

Tres características definitorias según Rodríguez Garavito (2017, p. 49): “una declaración fuerte de los derechos en cuestión; un objetivo claro que el Gobierno debe conseguir, estableciendo guías claras para medir el cumplimiento, pero dejando las decisiones sobre política pública relativas a cómo alcanzar esos fines a las ramas electas del poder, y, por último, el seguimiento judicial activo de la implementación de las órdenes mediante mecanismos participativos, que incluyen oportunidades amplias para que todos los interesados relevantes participen en el proceso de implementación, profundicen la deliberación democrática y mejoren la relevancia de las intervenciones del tribunal”.

sos deja ver una línea jurisprudencial clásica, y en el caso chileno, bastante limitada en cuanto al reconocimiento del derecho a la salud. Las sentencias obvian las políticas de incentivos al desarrollo de patentes y de regulación del mercado farmacéutico, que constituyen parte esencial de las causas estructurales que explican el fenómeno. Esta limitada atención a las causas estructurales no ha sido exclusiva de los Tribunales. Mientras que los movimientos sociales alrededor del VIH/SIDA que utilizaron el litigio como una herramienta de lucha social lograron elevar la prioridad del derecho a la salud en el debate sobre los derechos de propiedad intelectual, retando así el poder de las compañías farmacéuticas (Forman, 2008), esto no ha sucedido en los casos referentes a otras enfermedades y medicamentos (Yamin, 2011). El asunto es crucial, en tanto que el litigio no puede analizarse sin considerar la (des) regulación de los fármacos: de existir una regulación efectiva de los costos de los medicamentos, los costos del litigio se habrían reducido drásticamente, según advierte Yamin (2011) a propósito de Colombia.

El impacto de la judicialización de los medicamentos de alto costo en el debate público chileno ha sido limitado. Las expresiones de los distintos actores giran en torno a argumentos como la división de poderes y a los negativos efectos financieros en el sistema (Pauta, 10 de noviembre de 2018), mientras que la regulación del sector farmacéutico ha sido un tema omitido por todos los sectores, incluyendo al Poder Ejecutivo. La situación parece ser distinta en Uruguay, en donde el control sobre el precio de los medicamentos y la promoción de instancias de negociación en la materia⁷⁹ es un tema que aparece en la agenda mediática, propiciado tanto por el Consultorio Jurídico de la Universidad de la República como por el Ministerio de Salud. De este modo el debate ha permitido alterar la segunda dimensión del poder descrita por Yamin (2011) cuestionando a través de la sentencia la exclusión del tema de los medicamentos de alto costo y posicionando en la agenda pública este asunto que otrora no era discutido⁸⁰.

El *Caso N° 21* en Lomas de Zamora, Argentina, descrito por Galkin y Sessarego (2019) lleva a reflexionar acerca de la celeridad con que se resolvió este caso desde dos perspectivas. Primero, respecto de la celeridad con que se resuelve el caso y cómo se (in)cumple su tramitación dentro de un plazo razonable en su respectivo proceso, asunto ya abordado en el punto anterior. Y, segundo, respecto de cómo la sentencia y su incumplimiento se visibiliza. En este último punto Langford, Gravito y Rossi (2017) plantean que el sujeto demandado puede tener incentivos para no cumplir lo resuelto en la sentencia. En este sentido, cuando el comportamiento requerido es fácilmente identificable por múltiples sujetos es más difícil que se incumpla como ocurre en este caso. En el *Caso N° 21* observamos que el cumplimiento no surge espontáneamente, sino que fueron requeridas una serie de acciones para su materialización. Por ejemplo, el padre del niño solicita nuevas cautelares para que se entreguen los insumos requeridos; posteriormente, se debe llamar al médico tratante para que entregue una nueva prescripción médica, debido a que lo señalado en la sentencia no es hallado en el mercado (Galkin y Sessarego, 2019).

Las reflexiones de Langford, Gravito y Rossi (2017) también pueden ilustrar lo que ocurre en el *Caso Esquivel*. Los autores desarrollan la llamada “contingencia democrática” que corresponde a la disposición o capacidad de los funcionarios para cumplir la sentencia. En *Esquivel* el conflicto se mueve por un complejo entramado de instituciones públicas, pues la demanda se dirige simultáneamente en contra del Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes. Los autores

79 Como el Fondo Estratégico de la Organización Panamericana de la Salud (OPS). Este es un mecanismo a través del cual 32 países de la región compran fármacos de manera conjunta a menor precio.

80 Jerarcas del MSP de Uruguay y el FNR han informado en medios de comunicación locales que los Ministros de Salud del Mercosur plantearon ante la OMS su preocupación por conseguir financiamiento para el NUSINERSEN.

concluyen que la falta de cooperación del Estado y las deficiencias en la coordinación de competencias pasan por la ausencia de reglas explícitas de colaboración durante el proceso y en la fase de ejecución (Permuy, Galeazzi y Giannini, 2019). En la fase de ejecución, específicamente, se mencionan como problemas atribuibles a las agencias del Estado: la falta de logística para el traslado de los niños y niñas; la no colaboración para la entrega en especie de los alimentos decretados (llevando posteriormente a sustituirla por la entrega de dinero); la negativa al diálogo para llegar a una solución colectiva del barrio afectado por la desnutrición; y la negativa a aceptar un sistema de ajuste automático del dinero para los alimentos frente a la inflación acelerada del país (Permuy, Galeazzi y Giannini, 2019). Todo lo anterior lleva a cuestionar los sistemas de interacción entre las agencias estatales vinculadas con el sistema de justicia y, especialmente, la necesidad de generar sistemas de interacción y coordinación más eficientes, sobre todo en los Estados federales como Argentina (OCCA, 2019). Asimismo, nos lleva a cuestionar en qué medida el Estado a través de sus agencias se despliega para la plena realización de los derechos humanos tras una sentencia judicial que exige ciertas prestaciones y acciones de las instituciones públicas.

Finalmente, el *Caso Kufu* invita a ver la satisfacción de los DESCA –y el derecho a la alimentación– desde fuera del sistema de justicia formal mediante estrategias de tipo comunicacional, peticiones de información y un llamado a la justiciabilidad (Guarnizo, Narváez y Ospina, 2019). Estas decisiones en su conjunto logran una gran repercusión a nivel comunicacional. Así, se logra la retirada de la bebida azucarada de las instituciones educativas indígenas que según Dejusticia resultan inadecuadas tanto cultural como nutricionalmente (Guarnizo, Narváez y Ospina, 2019).

Considerando lo anterior, conviene re-pensar en qué medida las estrategias para hacer valer los DESCA se limitan únicamente a la jurisdicción. Al respecto, algunos autores han planteado que “las estrategias responden a factores y retos específicos de cada caso y país, y al contexto respectivo, compuesto por factores jurídicos, socioeconómicos, políticos, relativos a la sociedad civil y de otras clases” (Langford, Garavito y Rossi, 2017, p. 46). A la luz de las deficiencias tanto en el cumplimiento como en el impacto de los casos compendiados en este volumen, resulta interesante plantear la idea de que la judicialización de los casos puede verse complementada con otras estrategias desplegadas conjuntamente, por ejemplo, comunicacionales o de incidencia. Teniendo para ello en consideración algunos elementos tales como la forma y nivel de la movilización social y participación; la clase de demanda judicial y su complejidad; y los costos del cumplimiento (Langford, Garavito y Rossi, 2017). A mayor abundamiento, algunos de los casos compendiados en esta recopilación llevan incluso a cuestionar el pensar a la judicialización como la primera alternativa ante la violación de un DESCA, especialmente, en consideración de que el impacto de lo resuelto por el tribunal puede ser nulo o acotado a nivel social, o bien que el cumplimiento puede ser parcial o inoportuno al nivel de la satisfacción de los intereses y derechos de las personas directamente afectadas.

5. ¿LA JUSTICIA COMO CALEIDOSCOPIO?

Por las consideraciones anteriores, retomamos la premisa planteada en el título de este texto: la Justicia como caleidoscopio. Por cuanto la Justicia puede tener un efecto caleidoscópico en diversos sentidos.

Por un lado, la justicia puede ser una herramienta que distorsiona la realidad en el sentido de ser entendida como el principal mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas, en menoscabo de otros mecanismos que para el caso en concreto pueden ser más efectivos y eficientes, como ocurre en el caso de Colombia.

Sobre todo, en consideración de los problemas de eficiencia y eficacia de los sistemas de justicia, así como también de la alta burocratización y excesiva formalización de los procesos. Respecto de este último punto, se corre el riesgo de que a propósito de estos temas se desatienda la vulneración subyacente a los DESCAs. El descuido de este tema, a su vez, puede ocasionar graves consecuencias para la vida de las personas, especialmente, en vulneraciones del derecho a la salud y alimentación. Se requiere indagar con mayor profundidad en cómo la dimensión burocrática de la justicia y las instituciones estatales pueden llevar a distorsionar los conflictos de DESCAs y contribuir, paradójicamente, a una nueva vulneración de los mismos. Resulta necesario, pues, analizar este fenómeno desde la perspectiva tanto institucional como organizacional, incluyendo las capacidades de sus operadores y operadoras. En dicha tarea es clave ahondar en los sistemas de articulación entre las diversas instituciones.

Por otro lado, es necesario reflexionar sobre la justicia como un elemento multiplicador de ciertas condiciones sociales como es la desigualdad. En efecto, se ha constatado que existe una gran disparidad en el acceso a la salud, condicionada por factores socioeconómicos de las personas. Ahora, ¿actúa la justicia como un amplificador o reductor de estos factores? Si bien no se puede realizar una conclusión general respecto de este tema, existen casos donde se aplica el principio de igualdad como un fundamento para el rechazo de las pretensiones hechas valer en sede judicial. Ello en virtud de que la justicia adolece de una serie de vicios que se constituyen en barreras de acceso a la justicia, impidiendo que las personas puedan ejercer acciones judiciales de protección de sus derechos por razones socioeconómicas, geográficas, de información, entre otras (OCCA, 2019). Ello ha llevado, entonces, a entender que los espacios judiciales no son los idóneos por faltar en ellos la garantía de igualdad, tanto en lo referido a los efectos de las sentencias como en el acceso al entramado jurisdiccional mismo.

Finalmente, la judicialización puede tener efectos distorsionadores, empujando reformas que tengan como consecuencia la profundización de las desigualdades sociales en el disfrute de los derechos a la salud y la alimentación. Los debates que se generan dentro y fuera de sede judicial a propósito de las altas cifras de litigio, pueden servir como herramienta para impulsar dichas reformas, aun cuando se presenten como la solución a la problemática social detrás de la judicialización. Así, paradójicamente, la justiciabilidad puede tener efectos colectivos negativos, aun cuando a nivel individual pueda ser un mecanismo válido y efectivo para tutela de los derechos. El grado en que eso ocurra dependerá de las propias capacidades institucionales de los Poderes Judiciales para observar los efectos de sus decisiones y para impulsar diálogos sociales, así como de la presencia e incidencia de organizaciones y movimientos sociales que acompañen la judicialización.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (2005). Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2(2), pp. 188-223. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452005000100009>
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2003). "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales," en Víctor Abramovich, María J. Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, pp. 55-78. México: Fontamara.
- Aldunate, E. (2010) *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- Altura Management (2019). *Judicialización Isapres 2018*. Recuperado de: <https://www.alturamanagement.cl/assets/informe-recursos-de-proteccion-C3%B3n-isapres-2018.pdf>
- Bassa, J. y Aste, B. (2015). Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 1, pp. 215 - 244.

- Berzonce, R. (2010). Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Año 07, N° 40, pp. 417-432.
- Bernales, P. (2019). Lo público para los pobres: vacíos y aciertos de la reforma "integral" de salud de Piñera. Recuperado de: <https://ciperchile.cl/2019/05/14/lo-publico-para-los-pobres-vacios-y-aciertos-de-la-reforma-integral-de-salud-de-pinera/>
- Biehl, J. et al (2016). The challenging nature of gathering evidence and analyzing the judicialization of health in Brazil. *Cadernos de saude publica*, 32.
- Bohrequez, M. y Aguirre, R. (2009). Tensions of human dignity: Conceptualization and application to international human rights law. *Sur: International Journal of Human Rights*. 11(6): 39-59.
- Borgo, J. y Aravena, F. (2015). *El Acceso a la Justicia en América Latina: Retos y Desafíos*, Universidad para la Paz.
- Campbell, T. (2007). Poverty as a violation of Human Rights: Inhumanity or Injustice, en Pogge, T. (2007) *Freedom from poverty as a human right—Who owes what to the very poor*, 55.
- Cárdenas, L. (2019). Denuncias contra Isapres se cuadruplican en últimos 10 años: Colmena y Cruz Blanca lideran alzas de reclamos. *La Tercera*. Recuperado de: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/denuncias-isapres-se-cuadruplican-ultimos-10-anos-colmena-cruz-blanca-lideran-alzas-reclamos/511010/>
- Carrera, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista IUS*, 5(27), pp. 72-94.
- Cavallaro, J., y Elizondo G. (2011) ¿Cómo establecer una Clínica de Derechos Humanos? Lecciones de los prejuicios y errores colectivos en las Américas. *Justicia Constitucional*, 6, 124-140.
- CCPR/C/ARG/CO/R.5 (2016). Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2008). *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Chapman, A. R. (2016). *Global health, human rights, and the challenge of neoliberal policies*. Cambridge University Press.
- Chávez, M. y Cabello, N. (27 de noviembre de 2018). Salud retomará y modificará antiguo proyecto de ley para avanzar en la reforma de las isapres. Recuperado de: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=525143>
- Chirino, A. (2015). El acceso a la justicia desde una perspectiva basada en la experiencia derivada en el sistema judicial como ex funcionario y operador de la justicia en Costa Rica en Ahrens, H., Sainz-
- CIDH (2013). Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. OEA/Ser.L/V/II.
- DECS (2017). *Tribunales 2017*. Dirección de Estudios Corte Suprema. Poder Judicial de Chile.
- Defensoría del Pueblo (2009). *La Tutela y el Derecho a la Salud*. Periodo 2006-2008 30.
- Dejusticia (2013). Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas. Análisis general y comparativo para tres poblaciones. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf
- El Mostrador (14 de enero de 2019). El llamado de atención de Piñera a la Corte Suprema. Recuperado de: <https://www.elmostrador.cl/noticias/sin-editar/2019/01/14/el-llamado-de-atencion-de-pinera-a-la-corte-suprema/>
- El Observador (23 de marzo de 2019). En diez años la presentación de recursos de amparo por temas de salud se multiplicaron por 40. Recuperado de: <https://www.elobservador.com.uy/nota/proyectan-que-se-disparara-numero-de-casos-de-salud-en-la-justicia-en-2019-201932219497>
- Emol (24 de mayo de 2018). Reforma a las ISAPRES se toma el debate en la agenda de equidad de género de Piñera. Recuperado de: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/05/24/907271/Reforma-a-las-isapres-se-toma-el-debate-de-la-agenda-de-genero-de-Pinera.html>
- Forman, L. (2009). "Rights" and wrongs: what utility for the right to health in reforming trade rules on medicines? *Health and human rights*, pp. 37-52.
- Garavito, C. (2017). Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales en Langford, M., Garavito, C. A. R., & Rossi, J. (Eds.). (2017). *La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia.
- Gargarella, R. (2006). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, N°28, pp. 9-32.
- Gargarella, R. (2011). Dialogic justice in the enforcement of social rights: Some initial arguments en Yamin, A. E. (2011). *Power, suffering, and courts: Reflections on promoting health rights through judicialization*. *Litigating health rights: Can courts bring more justice to health*, pp. 333-372.

- Garrido, M.I. (2011). El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad. Anuario Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá, pp. 27-48. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/58908891.pdf>.
- Gaventa, J. (1982). Power and powerlessness: Quiescence and rebellion in an Appalachian valley. University of Illinois Press.
- Gfk Adimark (2015). Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a la justicia. Santiago.
- Gross, A. (2013). Is there a human right to private health care?. The Journal of Law, Medicine & Ethics, 41(1), 138-146.
- Knuth, L. y Vidar, M. (2011). Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World. Food and Agriculture Organization of the United Nations. Rome.
- Künnemann, R. y Epal-Ratjen, S. (2004). The Right to Food: A Resource. Manual for NGOs. HURIDOCS. Washington DC.
- Langford, M., Garavito, C. A. R., & Rossi, J. (Eds.). (2017). La lucha por los derechos sociales: los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Dejusticia.
- Londoño, B. (2016). Los cambios que requieren las clínicas jurídicas iberoamericanas. Estudio de caso en seis países de la región. Boletín mexicano de derecho comparado, 49(146), 119-148.
- Motta, O. (2010). Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. Tex. L. Rev., 89, 1643.
- Navarro, P. (2014). Informe Final. Corporaciones de Asistencia Judicial. Ministerio de Justicia. Subsecretaría de Justicia.
- Nogueira, H. (2010). La Acción Constitucional De Protección En Chile y La Acción Constitucional De Amparo En México. Ius et Praxis, 16(1), 219-286.
- Nolan, A., B. Porter, B. y Langford, M. (2007). The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal. New York University center for human rights and global justice, Working Paper No. 15. Recuperado de: <http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/NolanPorterLangford.pdf>
- Observatorio Judicial (2019). Corte Suprema versus Ricarte Soto. Recuperado de: <http://www.observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/>
- OCCA. (2019). Conflictividad Civil y Barreras de Acceso a la Justicia en América Latina. Informe de Relaciones de Familias y Parejas. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Parenti, M. (1970). Power and pluralism: A view from the bottom. The Journal of Politics, 32(03), 501-530.
- Parra, O. (2013). La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tratado de Derecho a la Salud. Buenos Aires. Abeledo Perrot/Thomson Reuters. TI, 762-800.
- Pauta (10 de noviembre de 2018). Tratamientos costosos: la riesgosa puerta que abrió la Corte Suprema. Recuperado de: <https://www.pauta.cl/cronica/tratamientos-costosos-la-riesgosa-puerta-que-abrio-la-corte-suprema>
- Pinto, D. y Castellanos, M. (2004). Caracterización de los recobros por tutela y medicamentos no incluidos en los planes obligatorios de salud. Revista Gerencia y Políticas de Salud 54:40-61.
- Pogge, T. (2007). Severe poverty as a human rights violation. *Freedom from poverty as a human right: who owes what to the very poor*, 11-53.
- Procuraduría General de la Nación (PGN) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) (2008). El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del estado colombiano en materia de quejas de salud.
- Ramanujam, N., Caivano, N. y Abebe, S. (2015). From Justiciability to Justice: Realizing the Human Right to Food.
- Rawls, J. (1995). Teoría de la Justicia (Traducción de MD. Gonzáles). FCE, México.
- Recalde, G., Blanco, T., y Maldonado, D. (2017). Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia. Revista de Derecho, (47), 4-72.
- Robles, M. Y. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). Cuestiones constitucionales, (35), pp. 199-246. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000200199&lng=es&tlng=es.
- Rojas, R. y Fernández, A. (25 de octubre de 2016). Investigación descubre graves injusticias en la Defensa Pública de América Latina. Recuperado de <https://www.univision.com/noticias/criminalidad-y-justicia/investigacion-descubre-graves-injusticias-en-la-defensa-publica-de-america-latina?spa=true>

- Sandoval, G. (30 de octubre de 2018). Gobierno adelanta para noviembre el envío de la reforma a las ISAPRES. Recuperado de: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/gobierno-adelanta-noviembre-envio-la-reforma-las-isapres/382926/>
- Subsecretaría de Acceso a la Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016). Diagnóstico de necesidades jurídicas insatisfechas y niveles de acceso a la justicia. Recuperado de www.jus.gob.ar/media/3234696/diagnosticoinformefinaldic2016.pdf
- Teklu, G. (2019). Analysis on Legal Status of The Right to Food. *Journal of Political Sciences & Public Affairs*. 7: 361. Recuperado de: <https://www.longdom.org/open-access/analysis-on-legal-status-of-the-right-to-food.pdf>
- Tobin, J. (2012). *The right to health in international law*. Oxford University Press.
- Tura, H.A. (2019) Achieving zero hunger: implementing a human rights approach to food security in Ethiopia, *Third World Quarterly*, 40:9, pp. 1613-1633.
- Uprimny, R. y Saffon, M.P. (2009), "Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática", en Díaz, C., Sánchez, N.C. y Uprimny, R. (eds.), *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia), Bogotá, pp. 31-70.
- Valladares, L. (2015). Notas relevantes sobre el acceso a la justicia en Honduras en Ahrens, H., Sainz-Borgo, J. y Aravena, F. (2015). *El Acceso a la Justicia en América Latina: Retos y Desafíos*, Universidad para la Paz.
- Vivanco, A. (2007). *Curso de Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Vivero, J. y Scholz, V. (2009). La justiciabilidad del derecho a la alimentación en América Latina y El Caribe. En: "Derecho a la Alimentación, Políticas Públicas e Instituciones contra el Hambre". Jose Luis Vivero y Ximena Erazo, eds. Ediciones LOM, Santiago, pp. 217-256.
- Yamin, A. (2009). Suffering and powerlessness: the significance of promoting participation in rights-based approaches to health. *Health and human rights*, 5-22.
- Yamin, A. E. (2011). Power, suffering, and courts: Reflections on promoting health rights through judicialization. *Litigating health rights: Can courts bring more justice to health*, pp. 333-372.
- Zota Bernal, A. (2015). Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 0, pp. 67-85. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2803>

