



Conflictividad Civil y Barreras de Acceso a la Justicia en América Latina

Informe de Salud



Affaires mondiales
Canada

Global Affairs
Canada



OCCA

Observatorio de
Conflictividad Civil y
Acceso a la Justicia



CEJA · JSCA

Conflictividad Civil y Barreras de Acceso a la Justicia en América Latina

Informe de Salud



Documento elaborado por el Observatorio de Conflictividad Civil y Acceso a La Justicia (OCCA) creado por el Centro de Estudios de Justicia de Las Américas.

Director del proyecto:

Marco Fandiño

Coordinadora:

Alejandra Bocardo

Autores:

Natalia Acevedo
Alejandra Bocardo
Lorena Espinosa
Gonzalo Fibla
Ananías Reyes

Levantamiento de información y elaboración de estudios de caso:

- **Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)**

María Natalia Echegegoyemberry; Sepastían Pilo y Martina Flaherty.

- **Grupo de Investigación de Derechos Fundamentales de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP)**

João Vitor Cardoso; Álvaro Bartolotti Tomas; Konstantin Gerber.

- **Programa de Gestión y Resolución de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (UAH)**

Eleazar Rodríguez Alarcón, Camila Plaza Canales, Pablo Anabalón Moreno, Rosa María Olave Robert y Vanessa Varela Salfate.

- **Grupo de Investigación Jurídico Comercial y Fronterizo de la Universidad Francisco de Paula Santander (GIJCF-UFPS)**

Investigadores: Fanny Patricia Niño Hernández y Eduardo Gabriel Osorio Sánchez

Auxiliares de Investigación: July Andrea Mercado Duque y Mayra Alejandra Bohada Rojas

Asesor Metodológico: César Augusto Hernández Suárez

Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD)

Saúl Baños, Director Ejecutivo de FESPAD

Omar Flores, Director de Cultura de Derechos Humanos de FESPAD

• Clínica Jurídica del Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México (PDUH-UNAM)

Levantamiento de información: Sergio Treviño Barrios; María Fernanda Pinkus

Elaboración de estudio de Caso: Christian Hernández Pluma; Jessica Rodríguez García; Teresa Suhail Alonso Pérez; María Fernanda Pinkus

• Centro de Estudios Judiciales (CEJ)

Responsable institucional: María Victoria Rivas

Coordinación del Proyecto: Patricia Mendoza

Sistematizaciones: Luis Adlan, Isabella Delacourt

Edición:

Belén Arcucci

Juan José Margos

Diseño y diagramación:

Javiera Prada

PROPIEDAD INTELECTUAL: 2020-A-8634

ISBN: 978-956-8491-78-9

Santiago de Chile

Año 2020

Agradecimientos

La elaboración de este informe ha sido posible gracias al interés, esfuerzo y dedicación de los observatorios locales que conforman el OCCA: la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), de Argentina; el Grupo de Investigación de Derechos Fundamentales de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP), de Brasil; el Programa de Gestión y Resolución de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (UAH), de Chile; el Grupo de Investigación Jurídico Comercial y Fronterizo de la Universidad Francisco de Paula Santander (GIJCF-UFPS), de Colombia; la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD), de El Salvador; la Clínica Jurídica del Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México (PDUH-UNAM), de México; y el Centro de Estudios Judiciales (CEJ), de Paraguay.

Los observatorios locales trabajaron, primero, en la recopilación de información estandarizada de tipo cualitativo y cuantitativo de la esfera. Agradecemos, especialmente, a aquellos que hicieron distintos esfuerzos por identificar información que no es de fácil acceso para el público general. También a quienes compartieron información adicional que permitiera ilustrar y comprender la conflictividad justiciable en materia de salud en su país. Por otro lado, los observatorios desarrollaron los estudios de caso que aquí se presentan, realizando trabajo de campo y acercándose a las comunidades. La visión local, cercana y con conocimiento de causa es imprescindible en este informe que aspira a ser regional.

Presentación

El Observatorio de Conflictividad Civil y Acceso a la Justicia (OCCA) es un mecanismo para monitorear los conflictos civiles que viven las personas y las diversas barreras que enfrentan a la hora de resolverlos, con especial énfasis en las poblaciones en situación de vulnerabilidad en América Latina. Fue creado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) en el año 2017.

El OCCA presenta su cuarto informe temático, correspondiente a la conflictividad de la esfera de salud en América Latina. El primer objetivo del informe es caracterizar la conflictividad civil justiciable relacionada con el derecho a la salud en siete países de la región: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México y Paraguay. El informe también busca analizar las barreras de acceso a la justicia identificadas por los observatorios locales, específicamente en relación con los conflictos de la esfera. Finalmente, se pretende ejemplificar, mediante estudios de caso, la manera diferenciada en que dichos conflictos y las barreras de acceso a la justicia pueden afectar a las poblaciones en situación de vulnerabilidad.

El documento se encuentra dividido en cuatro capítulos. El capítulo I introduce la conflictividad de la esfera, describiendo el contexto en el que se enmarcan los conflictos civiles relacionados con el derecho a la salud en la región. También presenta las bases conceptuales del informe, destacando los conceptos rectores: derecho a la salud y sus atributos centrales -disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad- y acceso a la justicia -desde una perspectiva individual, pero también colectiva-. El capítulo II, "Hallazgos regionales", es el eje del documento, constituyendo un análisis regional de dos temas centrales que interesan al OCCA: la conflictividad de la esfera -en este caso, salud-, y las barreras de acceso a la justicia. Al respecto de la conflictividad en materia de salud, se aborda tanto la prevalencia como la resolución de los conflictos. De ambos temas se proporcionan datos, reflexiones y ejemplos que aportan a la construcción de una visión regional. El capítulo también analiza las barreras de acceso a la justicia para resolver los problemas justiciables relacionados con la salud. El capítulo III hace un acercamiento a situaciones de conflictos específicos, con énfasis en poblaciones en situación de vulnerabilidad. Para ello, se presenta una síntesis de los siete estudios de caso realizados por los observatorios locales. Finalmente, el capítulo IV aporta las conclusiones y recomendaciones.

El informe es fruto de un trabajo conjunto de los observatorios locales y el observatorio regional que conforman el OCCA. Los observatorios locales realizaron el levantamiento de información utilizando plantillas estandarizadas sobre aspectos macro de la conflictividad de salud y las barreras de acceso a la justicia. Asimismo, realizaron una aproximación cualitativa al fenómeno. Para ello, cada observatorio local realizó un estudio de caso sobre algún conflicto de la esfera, focalizándose en distintas po-

blaciones en situación de vulnerabilidad. El observatorio regional, por su parte, sistematizó la información levantada por los observatorios locales y añadió datos y temas relevantes a la recopilación de información. Finalmente, el observatorio regional estuvo a cargo de la redacción del informe, a partir de la identificación de tendencias y aspectos transversales.

¿Cuántos y qué tipo de problemas justiciables relacionados con el derecho a la salud experimenta la población en América Latina? ¿De qué forma el derecho a la salud ha sido recogido en los planos convencional, constitucional y normativo? ¿Qué formas adoptan los problemas justiciables relacionados con la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de salud? ¿Qué mecanismos han sido creados en América Latina para gestionar los conflictos de la esfera y cuáles son sus alcances? ¿Cuáles han resultado eficientes y eficaces, desde el punto de vista del acceso a la justicia? ¿Cuáles son las barreras institucionales y sociales, económicas y culturales

que dificultan o impiden el acceso a los mecanismos de resolución de los problemas justiciables en materia de salud? ¿Cómo afectan dichos problemas y las barreras de acceso a la justicia a las poblaciones en situación de vulnerabilidad? ¿Qué tensiones se generan entre la perspectiva individual y la perspectiva colectiva del acceso a la justicia en torno a la justiciabilidad del derecho a la salud? Estas son algunas de las preguntas que serán respondidas en este informe. Identificar dichas respuestas es el primer paso en la recopilación y sistematización de evidencia que resulte útil en el diseño e implementación de reformas a la justicia.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN	13
2. CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD	21
Derecho a la salud y grupos en situación de vulnerabilidad	25
Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales	31
Consagración constitucional	32
3. NORMATIVIDAD	39
3.1 Disponibilidad	39
3.2 Accesibilidad	42
3.2.1 Accesibilidad Física	42
3.2.2 Asequibilidad	44
3.2.3 No discriminación	48
3.3 Aceptabilisad	51
3.4 Calidad	57
4. PREVALENCIA DE LA CONFLICTIVIDAD DE SALUD	65
4.1 Conflictos relacionados con la disponibilidad de servicios de salud	69
4.2 Conflictos relacionados con la accesibilidad de servicios de salud	72
4.2.1 No discriminación	72
4.2.2 Accesibilidad física	81
4.2.3 Accesibilidad económica	85
4.3 Conflictos relacionados con la aceptabilidad de los servicios de salud	88
4.3.1 Anticoncepciones forzadas y coercitivas	89
4.3.2 Esterilizaciones forzadas	89
4.3.3 Otras situaciones de violencia obstétrica	91
4.4 Conflictos relacionados con la calidad de los servicios de salud	92
5. RESOLUCIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD JUSTICIABLE DE SALUD: APORTES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DEMANDA DE JUSTICIA	97
6. RESOLUCIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD DE SALUD: BARRERAS DE ACCESO A LA JUSTICIA	103
6.1 La justiciabilidad del derecho a la salud	104
6.2 Los mecanismos para el acceso a la justicia en la esfera de salud	109
6.3 Barreras institucionales de acceso a la justicia	114
6.3.1 Barreras de información	114
6.3.2 Barreras de confianza	120
6.3.3 Barreras de eficiencia	124
6.3.4 Barreras de eficacia	142
6.4 Barreras de acceso a la justicia económicas, sociales y culturales	150
6.4.1 Barreras económicas	151
6.4.2 Barreras geográficas y físicas	161
6.4.3 Barreras culturales y lingüísticas	169
6.4.4 Barreras de género	175
7. CONCLUSIONES	187
8. REFERENCIAS	196

I. Introducción

“La preservación de la salud... sin ninguna duda, es el primer bien y el fundamento de todos los bienes en esta vida” (Descartes, 1637, p. 168 citado en Anand, 2004, p.17). En esta misma línea, Marta Nussbaum ha señalado que la buena salud es una de las capacidades esenciales para vivir vidas que sean verdaderamente humanas, y que, por lo tanto, las instituciones políticas y sociales deben construirse mirando su capacidad para promover la salud (Nussbaum, 2000). Sin embargo, a pesar de este consenso sobre la relevancia de la salud para la vida humana, no fue hasta mediados del siglo XX cuando se entendió como un asunto de derechos. Alicia Yamin ha dicho que “el derecho a la salud es posiblemente el más radical de los derechos humanos”, en parte porque confronta nuestras suposiciones sobre la justicia, la sociedad y la humanidad misma (Yamin, 2008, p. 1-2). La razón por la que la noción del derecho a la salud se encuentra tan conectada con las teorías de la justicia es que, desde un enfoque de derechos, los “problemas” se reanalizan y se entienden como “violaciones” (Jochnick, 1999). Las desigualdades en las condiciones de salud, por ende, no son sólo consecuencias de factores biológicos, sino de políticas y prácticas institucionales deliberadas (Yamin, 2008).

A nivel internacional, el derecho a la salud ha seguido un complejo proceso -aún no finalizado- de definición teórica y reconocimiento político. Así, los instrumentos del derecho internacional 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). La definición del contenido del derecho a la salud es un proceso que sigue en curso, con aportes de reformas institucionales, pero también de movimientos sociales. Chapman (2016) sostiene que el derecho a la salud puede categorizarse como un “derecho emergente” por cuatro razones. Primero, porque el reconocimiento de la salud como un asunto de derechos humanos ocurrió recientemente, en los años posteriores a la segunda guerra mundial. Segundo, porque el reconocimiento y la legitimidad del derecho a la salud han crecido paulatinamente. Tercero, porque la interpretación del derecho y las obligaciones que impone han sido desarrollados progresivamente. Finalmente, porque la implementación del derecho a la salud depende de un ambiente que actualmente se ve “desafiado por el paradigma neoliberal dominante” (Chapman, 2016, p. 3).

El capítulo 1 abordará la forma en que el derecho a la salud ha sido reconocido e interpretado en los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos. Por ahora es suficiente señalar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) fue el primer instrumento vinculante en reconocer el derecho a la salud, refiriéndose a éste como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (PIDESC, 1966, art. 12). Dicho artículo venía a acotar la amplia definición de salud adoptada por la Constitución de

la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1958, p.11), como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Pese a que la visión adoptada por el PIDESC superaba la criticada definición de la OMS, aún quedaban varios cuestionamientos abiertos, sobre todo en cuanto a las definiciones concretas de lo que constituye “el más alto nivel posible” (Chapman, 2016).

Es la Observación General N. 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) la que expande sustancialmente la interpretación del derecho a la salud, en comparación con lo originalmente reconocido en el PIDESC. La OG N. 14 es considerada como la más alta autoridad interpretativa en la materia. Entre sus principales contribuciones se encuentra la definición de los cuatro atributos del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. La **disponibilidad** se refiere a la existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud. La **accesibilidad** tiene cuatro dimensiones: (i) no discriminación en la accesibilidad a los establecimientos, bienes y servicios de salud; (ii) accesibilidad física, es decir, el grado en que los establecimientos, bienes y servicios de salud se encuentran al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados; (iii) accesibilidad económica (o asequibilidad), refiriéndose a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos; los pagos por servicios de atención de la salud deberán basarse en el principio de la equidad; (iv) acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. La **aceptabilidad** se relaciona con que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados. Finalmente, la **calidad** se refiere a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad (CESCR, 2000, pár. 12).

El objeto de estudio del presente informe es el acceso a la justicia de los problemas justiciables relacionados con estos cuatro atributos del derecho a la salud. Cabe precisar que el informe se centrará únicamente en los conflictos que guardan relación con la atención de la salud. La aclaración es pertinente, en tanto que es reconocido que el derecho a la salud tiene una dimensión colectiva, referida a los factores determinantes de la salud¹. Pese a su indudable relevancia -sobre todo, en términos de su impacto en la igualdad- y la forma en que la dimensión colectiva ha sido tradicionalmente omitida en el análisis del derecho a la salud, para efectos de este informe ha sido necesario realizar un corte por razones metodológicas. No estudiaremos en este informe, por tanto los conflictos en que el derecho a la salud se ve afectado como consecuencia de la contaminación ambiental, así como tampoco los que se generan como consecuencia de la falta de acceso a agua potable, alimentación adecuada, y condiciones de sanidad adecuadas. El informe estudiará exclusivamente los problemas justiciables que se generan en el contexto de la atención a la salud, y para ello nos guiaremos tanto por los atributos del derecho a la salud -disponibilidad, ac-

¹ Arts. 16, Protocolo de San Salvador; 205, Constitución Política de Brasil; 67, Constitución de Colombia.

cesibilidad, calidad y aceptabilidad-, como por las obligaciones estatales de respetar, proteger y realizar el derecho.

A estas alturas ha quedado claro que el informe entenderá que los conflictos de salud que vive la población constituyen un asunto de derechos. Al tratarse de un derecho reconocido en los instrumentos internacionales de DDHH ratificados por los países objeto de estudio, así como en la mayoría de las Constituciones Latinoamericanas, los conflictos tocados por el contenido del derecho a la salud se convierten en problemas justiciables. Con ello nos referimos a problemas susceptibles de ser llevados ante algún mecanismo de los sistemas de justicia. Por tanto, en este informe analizaremos las formas en que los conflictos justiciables relacionados con la atención de la salud se entienden como un asunto de derechos -o no-, y, en consecuencia, emprenden una ruta hacia la exigibilidad a través de mecanismos administrativos, o bien, hacia la justiciabilidad en sede judicial.

La noción de acceso a la justicia tiene entonces un rol central en el informe. El acceso a la justicia es un principio general del derecho internacional y un derecho dentro del sistema interamericano. La definición que aquí se utiliza es la de un derecho que implica “La posibilidad de las personas de acudir y obtener una respuesta efectiva por parte de mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean formal y materialmente útiles para la tutela de sus derechos” (Errandonea y Martín, 2015, p. 347; Marchiori, 2015). Se trata de un derecho en sí mismo, como también un vehículo para que los titulares de derechos puedan acudir a la justicia en busca de la tutela de otros derechos. En este sentido, se lo ha entendido como un “derecho bisagra”, “cuya finalidad es poder alcanzar la efectividad de una multitud de derechos de otras índoles” (Cabezón, Fandiño y Lillo, 2016, p.22). Así, la CIDH se ha pronunciado sobre la obligación de los estados de remover los obstáculos económicos para garantizar derechos sociales; el debido proceso administrativo y judicial como garantía de los derechos sociales; así como sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de afectaciones a derechos sociales (CIDH, 2007). Los estándares del sistema interamericano ofrecen valiosos aportes para el diseño de mecanismos administrativos y judiciales y la promoción del acceso a la justicia en materia de salud.

Es conveniente hacer una acotación. A propósito del acceso a la justicia y el derecho del consumo, Ramsay (2003) sostiene que hay una tensión entre dos distintas visiones del acceso a la justicia. Mientras que una conceptualización estrecha se centra en el acceso a las instituciones administrativas o judiciales de resolución de conflictos, la visión amplia se preocupa por las “condiciones generales de justicia en una sociedad”. La pregunta es si la primera visión tiene un papel importante en alcanzar el segundo objetivo. La respuesta, según Ramsay, es negativa, al menos en el ámbito del consumo, aun cuando el acceso a la justicia y el derecho de protección al consumidor comparten objetivos y parecen tener un potencial redistributivo para la protección de las personas en situación de vulnerabilidad y su dignidad frente al poder corporativo. Este cuestionamiento resulta especialmente pertinente en la esfera de salud.

La pregunta sobre los efectos de la judicialización del derecho a la salud en la justicia social ha sido objeto de debate entre quienes estudian y realizan activismo por este

derecho. La judicialización del derecho a la salud se inició en la década de los 90', en torno al movimiento de los pacientes con VIH/SIDA por el acceso a los medicamentos antirretrovirales. Dicho movimiento, en conjunto con la promulgación de una serie de Constituciones con contenido emancipatorio y de derechos sociales, dio paso a una explosión del fenómeno de la judicialización del derecho a la salud, una tendencia a nivel global pero más acentuada en América Latina (Yamin, 2011). Además de los casos iniciales relacionados con el acceso al tratamiento antirretroviral para el VIH/SIDA, la judicialización ha contribuido al fortalecimiento de otros aspectos del derecho a la salud, como el derecho de las personas privadas de libertad a los servicios de atención de la salud, el acceso a medicamentos genéricos y de bajo costo, la lucha por los derechos reproductivos, el acceso a medicamentos de alto costo y no cubierto por los planes obligatorios de salud, etc. (Gloppen y Roseman, 2011, p. 2).

La judicialización del derecho a la salud, no obstante, no necesariamente debería ser celebrada (Yamin, 2011). Hay diversos argumentos y puntos de vista sobre los potenciales efectos de la judicialización sobre la igualdad en el acceso a medicamentos y servicios de salud, y existe evidencia empírica contradictoria al respecto. Por ejemplo, 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, 2014), 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, Socal y Amon, 2016). En Colombia, por su parte, las acciones de tutela han beneficiado a las clases socioeconómicas más altas, afiliadas al régimen contributivo -que contiene mayores beneficios (PGN y DeJusticia, 2008)-. Del mismo modo, 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, 2006-2008). La preocupación en algunos casos se centra en la imposibilidad de universalizar los tratamientos que son aprobados por los Tribunales, beneficiando así sólo a las personas con posibilidades reales de acceso a la justicia. En otras ocasiones la preocupación se relaciona con que la inversión de recursos a medicamentos de alto costo ordenados por los Tribunales desvía recursos que podrían ser utilizados para expandir la cobertura básica a la población (Pinto y Castellanos, 2004).

Pareciera entonces que existe una tensión entre la visión limitada-individual y la visión amplia-colectiva del acceso a la justicia. Resulta relevante, por lo tanto, que ambas visiones sean consideradas en el análisis de la exigibilidad y la justiciabilidad del derecho a la salud. Por un lado, nos encontraremos ante la proliferación de problemas justiciables entre la población al respecto de, por ejemplo, la disponibilidad de un medicamento que en teoría tiene cobertura bajo el plan nacional de salud. Las personas que experimentan ese problema deberían ver garantizado su derecho de acceso a la justicia, a fin de tutelar su derecho a la salud. Por otro lado, nos encontramos ante un problema social, caracterizado por limitaciones serias en el acceso a servicios de salud de calidad, parte constitutiva de un derecho que difícilmente se hará efectivo para todas las personas a través de la vía judicial. Una idea que, en la realidad, no resulta factible ni deseable. No obstante, entender esta imposibilidad no

debiese implicar el rechazo a la creación y funcionamiento de mecanismos individuales, administrativos y judiciales. Por el contrario, el acceso a vías administrativas y judiciales debiese ser una preocupación central de los sistemas de justicia.

Pese a este reconocimiento -que resulta necesario promover el acceso a mecanismos administrativos y judiciales para garantizar el derecho a la salud-, no debiésemos observar este fenómeno sin aceptar los efectos potenciales de la judicialización y otras formas de exigibilidad sobre la desigualdad y la justicia social en la salud. Por ello, este informe no realizará una lectura acrítrica de la litigiosidad de asuntos relacionados con el acceso a la salud. Se desarrollará un análisis en dos niveles: el nivel individual y el nivel colectivo de acceso a la justicia. Así, se estudiará el diseño y la forma en que funcionan los mecanismos administrativos y judiciales para hacer efectivo el derecho a la salud desde una perspectiva individual, indagando sobre los tiempos, las formas procesales y burocráticas, así como la efectividad y la implementación de las sentencias. En suma, nos cuestionamos sobre las barreras de acceso a la justicia a las que se enfrenta una persona cuando vive un conflicto justiciable relacionado con la atención a la salud.

Al mismo tiempo, se analizará el acceso a la justicia desde una perspectiva colectiva. Ello implica implementar varias estrategias. La primera de ellas es el foco en las barreras de acceso a la justicia. Para efectos de este informe se estudian dos categorías de barreras: las institucionales y las sociales, económicas y culturales. Las primeras nacen exclusivamente de las políticas y procesos institucionales del sistema de justicia. Aunque son experimentadas en forma diferenciada por distintos grupos poblacionales, encuentran su origen en la “oferta” institucional. Las barreras sociales, económicas y culturales, por su parte, son aquellas que guardan relación con la situación socioeconómica y cultural de las personas. Si bien se originan en condiciones características del lado de la “demanda”, son acentuadas por las condiciones institucionales de la “oferta” al no existir políticas y procesos para garantizar el acceso a la justicia de todos los grupos de población. De esta manera, entender cómo operan estas barreras en los casos de salud contribuye a comprender el impacto distributivo del acceso a la justicia.

Aunque eliminar las barreras de acceso a la justicia no es una obligación única ni suficiente para garantizar este derecho (Martínez et al., 2017), es un buen comienzo para el análisis, considerando que la persistencia de barreras representa un rotundo obstáculo a la justicia. Las barreras de acceso a la justicia pueden afectar a la población general, aunque habitualmente, tienden a ser mayores para las poblaciones en situación de vulnerabilidad. Precisamente, en este aspecto radica la segunda estrategia para analizar el efecto distributivo de los mecanismos de resolución de conflictos: focalizar la observación en las poblaciones que son más proclives a ver obstaculizado su derecho de acceso a la justicia. Según las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, las personas en condición de vulnerabilidad son aquellas que, “por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (Reglas de Brasilia, 2008, p. 8).

Las reglas señalan como causas de vulnerabilidad la edad, la migración, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, la pobreza, el género, la pertenencia a minorías, y la privación de libertad.

A lo largo de este informe se estudiarán los problemas justiciables en materia de salud experimentados por distintas poblaciones en situación de vulnerabilidad, haciendo un énfasis en causas como la pobreza, la discapacidad, la migración y el género. Este ejercicio se realiza en distintos capítulos y desde diversos ángulos. A modo de ejemplo, el capítulo acerca de convencionalidad y constitucionalidad profundizará en el contenido de los tratados internacionales y regionales de DDHH ratificados por los Estados que hacen referencia al derecho a la salud de las poblaciones señaladas. En la sección de prevalencia de la conflictividad se estudiará no sólo el número y tipo de conflictos en materia de salud experimentados por la población general, sino que se hará un acercamiento en poblaciones específicas. Al estudiar el acceso a mecanismos administrativos y judiciales de resolución de conflictos en la esfera de salud, se analizará cómo las barreras de acceso afectan de manera específica a determinadas poblaciones. Este enfoque diferenciado forma parte esencial de los estudios de caso realizados en distintos países. Conviene señalar que en la esfera de salud la vulnerabilidad de quienes experimentan problemas justiciables es generalizada, en virtud de la enfermedad. Dicha vulnerabilidad se traduce en sensaciones de miedo, angustia, debilidad, así como riesgos físicos. Por ende, cuando además se presenta una condición de vulnerabilidad socioeconómica, nos encontramos ante una doble- o triple- vulnerabilidad que debe ser considerada por los sistemas de justicia.

Una tercera forma de analizar los potenciales efectos redistributivos de los procesos individuales es a través de un seguimiento cercano a las decisiones administrativas y/o judiciales, así como a su implementación. Conviene resaltar que cuando hablamos de procesos individuales, especialmente en sede jurisdiccional, podemos distinguir entre aquellos dirigidos a obtener un beneficio particular -un medicamento, servicio o tratamiento antes negado, por ejemplo-, y aquellos que sirven como litigio estratégico para generar cambios estructurales o posicionar un tema en la agenda pública. El primer tipo ha dado lugar a una “rutinización” (Bergallo, 2013) de los reclamos individuales, caracterizada por la ausencia de un análisis crítico de los fallos del sistema de salud (Gotlieb, Yavich y Báscolo, 2016). El segundo tipo, por su parte, se apega más a las teorías del “activismo dialógico” y de la “regulación experimental”. La sentencia T-760/08 de la Corte Constitucional de Colombia suele reconocerse como un ejemplo de ambas teorías. Por un lado, la sentencia promovió la apertura de foros públicos para discutir las prioridades del sistema de salud, permitiendo así la participación de las personas potencialmente afectadas por políticas que habían causado violaciones sistemáticas de derechos humanos (Gargarella, 2011). De manera similar, la Corte dejó a las partes un grado de discreción al respecto de las formas de alcanzar los objetivos fijados por la sentencia, lo que ha sido entendido como “regulación experimental” (Sabel y Simon, 2004).

Al estudiar los casos individuales en el contexto en que se generan se abren las posibilidades de discutir temas tan relevantes como la cobertura esencial de salud, la universalidad de la política de salud, el rol del Estado en la rectoría, coordinación y articulación del sistema de salud (Gotlieb, Yavich y Báscolo, 2016). Los temas ante-

riosos son trascendentales y resultan de primordial relevancia para los sistemas de justicia: diferentes sistemas de salud pueden crear incentivos distintos para el litigio, al igual que efectos diversos (Yamin, 2011). Por ejemplo, Yamin (2011) sostiene que el alto volumen de judicialización en Colombia responde en parte al incumplimiento de las compañías de seguros y proveedores privados, quienes se niegan a ofrecer los beneficios garantizados en el plan obligatorio de seguros. Asimismo, a diferencia de otros países (Brasil o Costa Rica, por ejemplo), los resultados del litigio no son incorporados sistemáticamente en el sistema, creando la necesidad de judicializar para obtener los beneficios. Los sistemas de financiamiento, provisión y regulación de los sistemas de salud juegan entonces un rol central en determinar el tipo de conflictividad justiciable que se genera, así como las rutas de acceso a la justicia que la población emprende.

En las circunstancias anteriores es que diversos autores han estudiado los posibles efectos materiales y simbólicos de la judicialización del derecho a la salud. Algunos, por ejemplo, resaltan el potencial democrático que puede generarse, luego de que las reglas del juego político oprimen de forma sistemática la discusión de algunos temas de interés público (Gargarella, 2011). En esos casos, los Tribunales pueden jugar un rol en “asegurar una atención democrática hacia intereses importantes que de otro modo pueden verse omitidos en el debate cotidiano” (Sunstein, 2001). Otros posibles efectos de la judicialización se refieren al empoderamiento social derivado del reconocimiento de la salud como un derecho. Las personas se reconocen a sí mismas como sujetos de derechos, catalizando así otros cambios sociales (Yamin, 2011). En suma, los sistemas de justicia forman parte de las instituciones sociales y de la realidad social, por lo que innegablemente ejercen un papel en la realización de derechos sociales. Resulta entonces pertinente estudiar cuáles son los alcances y formas precisas del papel que están ejerciendo en la actualidad, tanto desde una visión individual como una colectiva del acceso a la justicia.

2. Convencionalidad y Constitucionalidad

En este apartado realizaremos un análisis de la regulación del derecho a la salud en los instrumentos internacionales de derechos humanos y su recepción y consagración en las constituciones nacionales. Asimismo, se analizarán algunas sentencias de organismos internacionales y de instituciones nacionales que sean relevantes a la hora de determinar el contenido y modo de protección del derecho a la salud.

El derecho a la salud puede ser calificado como un derecho emergente (Chapman, 2016) dentro del sistema universal de protección de derechos humanos, entre otras razones, debido a que pese a estar reconocido en algunos instrumentos desde 1948, la determinación de su contenido toma fuerza recientemente con la Observación General N° 14 (OG 14) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CESCR). Dicha observación va más allá de una mera declaración y logra establecer parámetros mínimos que permiten entender de qué hablamos cuando hablamos del derecho a la salud.

La primera vez que se proclama el derecho a la salud en el plano internacional es en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) del año 1946, cuyo preámbulo define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”, agregando que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. Con posterioridad a ello, el derecho a la salud es recogido y reconocido en una serie de instrumentos internacionales.

TABLA 1. Instrumentos internacionales y regionales que recogen el derecho a la salud

Instrumento	Artículo	Contenido
Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	25	Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	12	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: <ol style="list-style-type: none"> a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)	11	Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.
"Protocolo de San Salvador": Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1988)	10	<p>1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.</p> <p>2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Fuente: Elaboración propia en base a los diferentes instrumentos del sistema de protección de derechos humanos.

Como es posible apreciar, el reconocimiento del derecho a la salud es meramente enunciativo en los instrumentos analizados, es decir, solo se señala su protección más no se indica cuáles son los elementos integradores de este derecho. El único intento que se vislumbra es el del Pacto de San Salvador, donde se señala que se entenderá por derecho a la salud “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. No obstante, dicho enunciado contiene elementos integradores tan amplios y abstractos que no permiten determinar cuál es la obligación de los Estados a este respecto y cuándo se considerará satisfecha su obligación.

Chapman (2016) nos indica que “la implementación de los derechos requiere conceptualización y operatividad” (p.15). En este sentido cobran especial relevancia los órganos de interpretación de estos instrumentos, los que permitirán establecer de manera más concreta las obligaciones de los Estados, determinando criterios y estándares mínimos para su satisfacción (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019). De esta manera, resultan de gran trascendencia las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, especialmente la N. 14.

En primer lugar, al indicar que el derecho a la salud integra tanto derechos como libertades. Así, existe un derecho “a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”, y libertades tales como “el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica”. El segundo punto de relevancia viene dado por el acercamiento que da el Comité al contenido o determinación del derecho a la salud. A este respecto, indica que el derecho a la salud no es un derecho “a estar sano”. Ello porque reconoce que existe una serie de factores que escapan a la “relación entre los Estados y los individuos”, como lo son los “factores genéticos, propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos”. De esta manera el Comité reconoce que los Estados “no puede[n] garantizar la buena salud ni puede[n] brindar

protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano” (CE-SCR, 2000, párr. 9). Del mismo modo, reconoce que existen ciertas limitaciones socioeconómicas como los recursos con que cuentan los Estados para la satisfacción de estas prestaciones. Por tanto, indica que el derecho a la salud “debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

Como se ha señalado en la introducción, el Comité indica cuatro elementos interrelacionados con los que deben contar las prestaciones de los Estados para considerar satisfecho el derecho a la salud. Estos son: la (i) Disponibilidad, la (ii) Accesibilidad en todas sus dimensiones, la (iii) Aceptabilidad y la (iv) Calidad. Estas dimensiones constituyen los estándares necesarios para establecer si los Estados están cumpliendo o no con sus obligaciones, sin perjuicio de que el nivel de satisfacción sea determinado teniendo en consideración las condiciones particulares al interior de estos. De esta forma, se establece un contenido específico del derecho a la salud y se establecen los elementos que este debiese integrar, posibilitando así la determinación del cumplimiento o incumplimiento de la obligación de los Estados en la protección y promoción de este derecho. Asimismo, se reconocen algunos límites a las obligaciones estatales, siendo el más importante el relativo a la capacidad económica de estos.

Con respecto al contexto latinoamericano, de conformidad con el art. 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), esta tiene la función de aplicar e interpretar las normas establecidas en la CADH y en el Protocolo de San Salvador. De esta manera, resulta de gran importancia lo resuelto por la Corte en los casos que son sometidos a su conocimiento. La Corte IDH en los últimos años ha realizado un importante giro jurisprudencial en relación al derecho a la Salud. En ese sentido, debe recordarse que hasta antes del año 2018 en la jurisprudencia de la Corte no existían casos en donde se haya declarado de manera directa y autónoma la violación del derecho a la salud (Parra, 2013, p. 763). Esto porque la protección y consagración del derecho a la salud había sido interpretado siguiendo las distintas vías dentro de la región.

El principal motivo de esta situación es que el derecho a la salud se encuentra consagrado de manera directa en el “Protocolo de San Salvador”, no habiendo sido ratificado este instrumento por todos los Estados miembros de la OEA, como es el caso de Chile -único de los países observados-. Además, es el mismo Protocolo el que limita el actuar de la Corte IDH en casos de violación de los DESCAs, permitiendo su intervención solo en los casos de violación de los derechos de sindicalización y educación, conforme lo establece el art. 19 n° 6 del mismo protocolo, excluyendo así de su competencia los casos de violación del derecho a la salud.

Ello habría llevado a la Corte a seguir diferentes vías indirectas para la protección del derecho. Así, existen casos donde la Corte ha realizado una interpretación amplia del derecho a la vida indicando que “en esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna” (Corte IDH, 1999, párr. 144). Existen sentencias

relacionadas con violaciones de derechos civiles y políticos como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, y otros derechos judiciales o de acceso a la justicia donde la Corte ha hecho pronunciamientos sobre el derecho a la protección de la salud por la vía de la interdependencia de los derechos o la conexión entre los mismos (Yadira, 2016 pp. 206-207), siendo esta la fórmula preferida por la jurisprudencia para la protección del derecho a la salud, sobre todo en cuanto factor determinante del derecho a la vida digna.

Sin embargo, la noción de interdependencia e interconexión de los derechos no es solo un mecanismo utilizado por la Corte IDH y las Cortes nacionales para sortear las deficiencias legislativas o normativas en torno la consagración y protección del derecho a la salud, sino que es una noción aceptada también en múltiples tratados internacionales de derechos humanos y comentarios de las agencias especializadas donde se reconoce que para alcanzar la satisfacción de determinados derechos se requerirá de la satisfacción de otros derechos. Así, por ejemplo, en los preámbulos de la CADH y del PIDESC se sostiene que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” entregándonos un primer acercamiento a la idea de interdependencia e interconexión de los derechos.

Siguiendo esta lógica y profundizando en su contenido, la Observación General N° 14 del CESCR señala que “el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación” (2000, párr. 3). Posteriormente, al referirse a la interpretación del derecho a la salud, señalan que “el Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva” (2000, párr. 11).

De esta manera, la observación del CESCR deja de manifiesto la idea de que los derechos son interdependientes entre sí, esto es que requieren la materialización o satisfacción de otro derecho para poder entenderse satisfechos. Así, por ejemplo, para poder satisfacer el derecho a la salud, se torna indispensable la satisfacción del derecho de acceso al agua, el derecho a la vivienda digna y el derecho de acceso a la información, entre otros.

Recientemente se ha dictado una sentencia que, de constituirse en la jurisprudencia mayoritaria de la Corte IDH, podría cambiar la lógica con la que se han venido tratando las violaciones al derecho a la salud en América Latina. La sentencia en

cuestión es la dictada en el caso Poblete Vilches vs. Chile, donde por primera vez la Corte declara una violación directa al derecho a la salud. Aquí, “la Corte declaró una violación de las obligaciones reguladas en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que deben cumplirse de inmediato, y no progresivamente. En el caso del derecho a la salud, esto incluye la obligación de proporcionar servicios médicos de emergencia a la población (párr. 124). El Tribunal interpretó el resultado de la negligencia médica en cuestión (párrs. 136-143) como parte integrante de las obligaciones generales del estado chileno de proporcionar acceso a servicios de salud de calidad a la población del país (párrs. 118-119)” (Villarreal, 2018).

Tal y como lo indica Villarreal, este cambio de paradigma puede traer aparejados dos grandes beneficios. Primero, que “la justiciabilidad directa del derecho a la salud en particular, y de los derechos Económicos, Sociales y Culturales en general, proporciona un mayor peso discursivo. La posibilidad de invocarlos en un litigio particular fortalece la comprensión de que los derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen un valor autónomo en términos de acceso a la justicia. Ya no son simplemente un “derivado” de las contrapartes civiles y políticas” (Villarreal, 2018). En segundo lugar, “la justiciabilidad directa del derecho a la salud abre la puerta a evaluaciones más complejas de sus componentes técnicos. Un enfoque centrado en la salud puede permitir que los tribunales recurran a los aportes de la comunidad de expertos médicos y de salud pública” (Villarreal, 2018).

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, al día de hoy no puede sostenerse que esta sea la tendencia jurisprudencial sostenida por la Corte IDH, ya que se debe esperar la resolución de otros casos para verificar si este razonamiento se sostiene o no. De todas maneras, este fallo es un avance en materia de protección del derecho a la salud.

Derecho a la salud y grupos en situación de vulnerabilidad

El derecho a la salud no solo ha sido consagrado de forma directa en cuerpos normativos internacionales referidos a derechos sociales, sino que, además, se ha consagrado en tratados y convenciones referidas a la protección y promoción de derechos de ciertos grupos de la población que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Al efecto podemos observar que el derecho a la salud está presente en múltiples tratados referidos a la protección de grupos tales como niñez y adolescencia, personas mayores, mujeres, indígenas, personas con discapacidad, etc.

La tabla a continuación contiene los principales tratados sobre grupos considerados en situación de vulnerabilidad y las menciones más relevantes en torno al derecho a la salud que en estos se encuentran.

TABLA 1. Consagración del derecho a la salud en otros instrumentos internacionales

Población	Tratado o convención	Consagración
Niños, niñas y adolescentes	Convención Sobre los Derechos del Niño	<p>Art. 17. Los Estados "velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental".</p> <p>Art. 24. "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud"</p>
Personas mayores	Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores	<p>Art. 11. "Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud"</p> <p>Art. 12 "La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud..."</p> <p>Art. 19. "La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación"</p>
Mujeres	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	<p>Art. 10. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres. H) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia</p> <p>Art. 11. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción</p>
Indígenas	Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (169)	<p>Art. 7. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan.</p> <p>Art. 25. 1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.</p>
Discapacidad	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	<p>Art. 25. Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud</p>

LGBTIQ+	Principios de Yogyakarta	<p>Principio 17. Todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual y reproductiva es un aspecto fundamental de este derecho.</p> <p>Principio 18. Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un centro médico, en base a su orientación sexual o identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no son, en sí mismas, condiciones médicas y no deberán ser tratadas, curadas o suprimidas.</p>
---------	--------------------------	---

Fuente: Elaboración propia en base a los documentos oficiales de los tratados y convenciones.

Como se puede apreciar estos tratados consagran el derecho a la salud y además brindan ciertas direcciones más específicas a los Estados respecto de las poblaciones, lo que crea nuevos deberes especiales para el Estado respecto del grupo en específico. Así, por ejemplo, en el caso de la niñez y adolescencia y de mujeres, se obliga a los Estados a brindar acceso a materiales e información que permita promover su salud física y mental. De la misma forma, respecto de la población mayor, se pone énfasis en el derecho a brindar un consentimiento libre e informado.

En el mismo sentido de establecer deberes especiales respecto de grupos en situación de vulnerabilidad, se ha manifestado la Corte IDH en la sentencia del caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia al señalar que “De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (Corte IDH, 2006, párr. 111). Asimismo, indica que “[...] al interpretar y aplicar la Convención, la Corte debe prestar atención a las particulares necesidades de protección del ser humano, destinatario último de las normas contenidas en el tratado de referencia”. Añadiendo que “los supuestos de incumplimiento deberán determinarse en cada caso en función de las necesidades de protección, para cada caso en particular” (Corte IDH, 2006, párr. 117).

Así las cosas, podemos ver la configuración de deberes especiales para los Estados respecto de la población en situación de vulnerabilidad en dos niveles. El primero a través de la consagración de obligaciones especiales en los cuerpos normativos de carácter internacional. El segundo en virtud de que el cumplimiento de las obligaciones generales o su respectivo incumplimiento se determinará teniendo en consideración las necesidades de protección de los individuos a los que se refiera. Por ello, podemos concluir que el derecho a la salud se verá satisfecho de diferentes maneras en el caso de la población general y en el caso de los grupos en situación de vulnerabilidad. Así, se requerirán ciertos elementos adicionales en el caso de los grupos en situación de vulnerabilidad, los que deben responder a las especiales necesidades que estos enfrentan en el día a día.

También se ha manifestado en esta línea el CDESCR al señalar que los Estados tienen la obligación “de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva

de género" (CESCR, 2000, párr. 35). Esta obligación especial debe ser cumplida incluso cuando se alega escasez de recursos, según indica el mismo Comité al señalar que "aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo" (CESCR, 1991, párr. 12 y 18).

La Observación General N° 14 del CESCR entrega buenos ejemplos de obligaciones especiales para ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. Así indica que el principal "objetivo deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar" (CESCR, 2000, párr. 21). Asimismo, señala que "también es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos" (CESCR, 2000, párr. 21). Del mismo modo, y respecto de los pueblos indígenas, el Comité indica que "los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales" (CESCR, 2000, párr. 27).

Ahora bien, es muy frecuente que las situaciones de vulnerabilidad no se presenten de manera aislada, sino que suelen presentarse de forma conjunta en las personas. Así, por ejemplo, podemos tener a una mujer, indígena y pobre, donde convergen 3 situaciones de vulnerabilidad. Esto es lo que se ha denominado interseccionalidad y que ha sido entendida como un enfoque que "ha permitido reconocer la complejidad de los procesos formales e informales que generan las desigualdades sociales. Este enfoque revela que las desigualdades son producidas por las interacciones entre los sistemas de subordinación de género, orientación sexual, etnia, religión, origen nacional, (dis)capacidad y situación socio-económica, que se constituyen uno a otro dinámicamente en el tiempo y en el espacio" (La Barbera, 2016, p. 2).

Cabe prevenir que "el análisis interseccional plantea que no debemos entender la combinación de identidades como una suma que incrementa la propia carga sino como una que produce experiencias sustantivamente diferentes. En otras palabras, el objetivo no es mostrar cómo un grupo está más victimizado o privilegiado que otro, sino descubrir diferencias y similitudes significativas para poder superar las discriminaciones y establecer las condiciones necesarias para que todo el mundo pueda disfrutar sus derechos humanos" (Symington, 2004, p. 2).

El enfoque de interseccionalidad también ha sido acogido por las convenciones internacionales, entre ellas, por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), que en su artículo 9 señala que los Estados deben tener especial consideración con aquellas mujeres que sufren violencia por su raza, color, condición étnica, situación socioeconómica, entre otras. Asimismo, en el art. 17 d) de la Convención sobre los Derechos

del Niño que señala que los Estados “alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena”.

La Corte Interamericana también ha recogido el enfoque interseccional. En el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, ha señalado que “la incomunicación severa tuvo efectos particulares en las internas madres. Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres” (Corte IDH, 2006, párr. 330). Asimismo, lo ha hecho en otro caso, donde ha manifestado que “los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. [...] Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable” (Corte IDH, 2009, párr. 408).

El reconocimiento de este enfoque impone nuevos desafíos a abordar, tanto en los ámbitos internacionales como nacionales. En efecto, las recomendaciones de las agencias especializadas deben tener en consideración en cada una de sus observaciones o comentarios este enfoque con el fin de determinar los estándares a los que los Estados se encuentran obligados en la satisfacción del derecho a la salud. Del mismo modo los Estados deberán considerar el conjunto de vivencias que experimentan las personas con el fin de implementar políticas que satisfagan verdaderamente sus necesidades. Igualmente, en plano judicial los y las juezas deberán tener plena consideración de este enfoque al momento de determinar si el Estado ha cumplido o incumplido sus obligaciones, con el fin de permitir que aquellas personas puedan satisfacer su derecho, no sólo en cuanto a la obligación general que tiene el Estado para con ellos, sino también en cuanto a aquellas obligaciones especiales que surgen en razón de su situación.

Finalmente, es necesario observar cuántos y cuáles tratados o convenciones mencionadas en este informe han ratificado los Estados que analiza el OCCA, con el fin de evidenciar las obligaciones que han adquirido los Estados y determinar, en este plano, cuando existe un incumplimiento de sus obligaciones.

TABLA 3. Convenios y Tratados ratificados por los países del OCCA

Países	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Convención Sobre los Derechos del Niño	Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (169)	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Argentina	2011	2003	1990	2017	1985	2000	2008
Brasil	--	1996	1990	--	1984	2002	2008
Chile	--	--	1990	2017	1989	2008	2008
Colombia	--	1997	1991	--	1982	1991	2011
El Salvador	2011	1995	1990	2018	1981	--	2007
México	--	1996	1990	--	1981	1990	2007
Paraguay	--	1997	1990	--	1987	1993	2008

Fuente: Elaboración propia con base en los documentos oficiales disponibles en Naciones Unidas y la OEA.

Cabe precisar que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los Principios de Yogyakarta, son instrumentos que expresan voluntades de los Estados u organismos encargados de su redacción, pero que no han sido sometidos a ratificación de los Estados, por lo que no generan obligaciones concretas para estos. Sin perjuicio de ello han servido de inspiración para los tratados y convenciones celebradas con posterioridad.

El análisis refleja que los países suelen contraer obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos. Sin embargo, uno de los tratados más importantes, relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, presenta pocas ratificaciones dentro de los países analizados. Esto puede ser explicado porque la satisfacción de estos derechos requiere un gran importe de recursos económicos de los Estados y de creación de políticas públicas eficientes y eficaces. Asimismo, importa el reconocimiento de una serie de derechos cuyo resguardo será

analizado por organismos internacionales. Con todo, cabe hacer presente que la sola ratificación de un tratado no significará necesariamente la protección y satisfacción del derecho, sino que abre una nueva gama de posibilidades para hacerlo exigible.

Exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales

Vastamente se ha discutido en torno a si los derechos sociales imponen obligaciones específicas exigibles o no a los Estados, o si bien la cláusula de progresividad en la satisfacción del derecho le permite un marco de amplia discrecionalidad para implementar políticas públicas tendientes a la satisfacción del derecho. Esta discusión no solo ha ocupado a la doctrina, sino que también ha sido fuente de sendos debates a nivel jurisprudencial. La extensión de esta discusión dogmática impide discurrir ampliamente en torno a los argumentos que sostienen las distintas corrientes. Sin embargo, es clarificador profundizar algunos de estos postulados. Se ha hecho una distinción entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales y las obligaciones que estos generan a los Estados. Se indica que mientras que los primeros producen obligaciones negativas o de no hacer, los segundos crean obligaciones positivas o de hacer. Esta distinción se ha considerado como imprecisa puesto que todos los derechos tienen un costo y prescriben obligaciones tanto negativas como positivas (Abramovich y Curtis, 2003, p. 4-5). De esta manera, no existe sustento alguno para excluir a los derechos sociales de su justiciabilidad, es decir, de la posibilidad de recurrir a la sede judicial en caso de incumplimiento de la obligación por parte del Estado. La Observación General N° 9 (2000, párr. 33) señala categóricamente que el derecho a la salud genera las mismas obligaciones que todos los demás derechos, estos son, los de respetar, proteger y cumplir. Describiendo cada una de estas tres obligaciones, el CESCR indica que para la tercera obligación se deben tomar las medidas apropiadas para alcanzar la plena efectividad del derecho a la salud, entre ellas, las medidas judiciales. A este respecto, Abramovich y Curtis (2003) señalan que “aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social, no puede afirmarse que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento” (p. 10- 11). Esto será de especial relevancia a la hora de analizar algunas sentencias, y permitirá determinar si en la práctica existen o no las condiciones judiciales para exigir por esa vía la prestación al Estado.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, es el mismo CESCR quien establece una diferencia de resultado entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Esta diferencia, que también ha sido reconocida por los tratados internacionales, radica en la comprensión de que los derechos económicos, sociales y culturales no podrán lograr una plena efectividad en un breve plazo de tiempo, estableciéndose el concepto de la “progresiva efectividad” de los derechos. Sin embargo, se añade que, pese al reconocimiento de esta progresividad en la plena efectividad del derecho, ello no significa que se prive a la obligación de todo contenido significativo. Es más, se

impone la obligación a los Estados de avanzar lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la plena satisfacción del derecho, y de asegurar, por lo menos, la satisfacción de los niveles esenciales de este (CESCR, 1991, párrs. 9-10). Del mismo modo se indica que pese a las dificultades económicas que pueda tener el Estado en la satisfacción del derecho, existen ciertas obligaciones inmediatas. Estas son la garantía de no discriminación en el ejercicio del derecho, adoptar las medidas suficientes para la efectiva realización del derecho y el deber de no regresividad teniendo que justificar las medidas que se dirijan en este sentido (CESCR, 2000, párrs. 30-32) Con ello se determinan dos cuestiones relevantes. En primer lugar, que el principio de progresividad no es una vía de escape para los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en la satisfacción del derecho a la salud. En otras palabras, el hecho de que se comprenda que la plena satisfacción de los derechos sociales no se producirá en un breve periodo de tiempo no da lugar a que los Estados no tengan obligaciones específicas tendientes a satisfacer el derecho.

En segundo lugar, se establece que las medidas adoptadas, ya sea por el poder ejecutivo o legislativo, son susceptibles de revisión judicial en los casos con el fin de determinar si se encuentran o no conforme a la legislación nacional e internacional de derechos humanos que corresponda. En este sentido, si bien los jueces deben cuidar de no intervenir en la política pública, lo cierto es que, en casos de vulneración de derechos, existe un mandato legal que autoriza su actuación.

Consagración constitucional

Existen diversas formas de consagración de los derechos en las Constituciones. Estos obedecen a un sin número de elementos que convergen a la hora de redactarlas, entre ellos, año, contexto político, grupo socioeconómico, inclusión o no de grupos en situación de vulnerabilidad, inclusión de tratados internacionales de protección y promoción de derecho humanos, entre otros.

El siguiente cuadro pone en evidencia estas diferencias en la consagración de la protección del derecho a la salud en los países del OCCA.

TABLA 4. Consagración Constitucional del Derecho a la Salud

Países	Consagración
Argentina	<p>Artículo 42.- "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios."</p> <p>Artículo 41.- "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo..." 2011</p>

Brasil

Artículo 6. Educación, salud, alimentación, trabajo, vivienda, transporte, ocio, seguridad, seguridad social, maternidad y protección infantil, la asistencia a los indigentes son derechos sociales, en la forma de esta Constitución.

Artículo 196. La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado a través de políticas sociales y económicas destinadas a reducir el riesgo de enfermedades y otras enfermedades y el acceso universal e igualitario a acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

Artículo 194. La seguridad social comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de las autoridades públicas y la sociedad, destinadas a garantizar los derechos relacionados con la salud, la seguridad social y la asistencia social.

Es responsabilidad del Poder Público, bajo los términos de la ley, organizar la seguridad social, con base en los siguientes objetivos:

I - universalidad de cobertura y servicio;

II - uniformidad y equivalencia de beneficios y servicios para las poblaciones urbanas y rurales;

III - selectividad y distributividad en la provisión de beneficios y servicios;

IV - irreductibilidad del valor de los beneficios;

V - equidad en forma de participación en la financiación;

VI - diversidad de la base de financiamiento, identificando, en partidas contables específicas para cada área, los ingresos y gastos vinculados a las acciones de salud, seguridad social y asistencia social, preservando la naturaleza contributiva de la seguridad social;

VII - carácter democrático y descentralizado de la administración, a través de la gestión cuatripartita, con la participación de trabajadores, empleadores, jubilados y el Gobierno en órganos colegiados.

Colombia

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

Artículo 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Chile	<p>Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>9º.- El derecho a la protección de la salud.</p> <p>El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.</p> <p>Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.</p> <p>Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.</p> <p>Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;</p>
El Salvador	<p>Artículo 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.</p> <p>Asimismo, reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.</p> <p>Artículo 65.- La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento.</p> <p>El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación.</p> <p>Artículo 66.- El Estado dará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible. En este caso, toda persona está obligada a someterse a dicho tratamiento.</p> <p>Artículo 35.- El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia.</p>
México	<p>Artículo 4.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.</p> <p>Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.</p> <p>Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.</p> <p>Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.</p> <p>Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.</p> <p>Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.</p> <p>Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. [...]</p> <p>En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.</p>

Artículo 68 - DEL DERECHO A LA SALUD

El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.

Artículo 69 - DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado.

Artículo 57. De la tercera edad. Toda persona en la tercera edad tiene derecho a una protección integral. La familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios sociales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, vivienda, cultura y ocio.

Artículo 58. De los derechos de las personas excepcionales. Se garantizará a las personas excepcionales la atención de su salud, de su educación, de su recreación y de su formación profesional para una plena integración social.

El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestará el cuidado especializado que requieran.

Se les reconocerá el disfrute de los derechos que esta Constitución otorga a todos los habitantes de la República, en igualdad de oportunidades, a fin de compensar sus desventajas.

Artículo 61. De la planificación familiar y de la salud materno infantil. El Estado reconoce el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, así como a recibir, en coordinación con los organismos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia.

Se establecerán planes especiales de salud reproductiva y salud materno infantil para la población de escasos recursos.

Fuente: Elaboración propia en base a las Constituciones de los países miembros del OCCA.

Sin valorar aún la suficiencia o insuficiencia de las consagraciones constitucionales sobre el derecho a la salud, puede evidenciarse que todos los países analizados cuentan con normas de rango constitucional que protegen este derecho. Dichas consagraciones son de lo más diversas. Por un lado, contamos con protecciones directas del derecho a la salud, mientras que en otras se protege respecto de otros derechos o temáticas. Por otro lado, tenemos Constituciones que sólo consagran en general este derecho, en tanto que otras dedican parte de sus artículos a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad y la protección específica de derechos, dentro de los que se encuentra el derecho a la salud.

De todas formas, sea cual sea la técnica constituyente utilizada, existe un problema en torno al contenido del derecho, tal como sucede en el caso de la legislación internacional de derechos humanos. Esta deficiencia viene dada por la mera consagración del derecho a la salud, sin establecer el qué ni el cómo de la protección, menos aún indicadores que permitan comprender cuándo se entenderá satisfecho el derecho. En este contexto los tribunales de justicia nacionales y locales, según sea el caso, jugarán un rol de extrema relevancia en la determinación del contenido de dicho derecho, determinando cuándo se entiende o no satisfecho y, eventualmente, dictando sentencias que obliguen al Estado a las prestaciones suficientes en caso de determinarse el incumplimiento por parte de este.

La reforma constitucional de 1994 en *Argentina* incorporó la consagración de la protección del derecho a la salud de la forma indicada en la tabla anterior. Como se puede apreciar el derecho a la salud no se regula directamente, sino que como un derecho de los consumidores. Asimismo, se hace una remisión a tratados internacionales de protección de derechos humanos en el art. 75 de la Constitución Nacional. Esta forma de consagración puede generar eventuales problemas en el ejercicio del derecho por parte de las personas, en tanto no existe una obligación expresamente establecida que obligue al estado, lo que resulta problemático, sobre todo al tener en consideración la raigambre positivista de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Pese a que algunos autores han indicado que la reforma de 1994 vino a visibilizar el derecho a la salud en los tribunales generando un activismo judicial en pos de hacer valer dicho derecho, lo cierto es que la jurisprudencia de la CSJN había comprendido desde antes de la reforma constitucional que el derecho a la salud es un derecho humano esencial (Castiglia y Echegoyemberry, 2017). Sin duda, una consagración directa es la mejor forma de resguardo y protección del derecho, estableciéndose de esta manera un mandato legal para la satisfacción de la obligación, prescindiendo de las interpretaciones jurídicas como único elemento de protección del derecho.

Lo anterior queda en evidencia en el caso de *Chile*, país que, si bien se refiere directamente al derecho a la salud, el contenido de la obligación se relaciona con asegurar la libre elección del sistema de salud, ya sea público o privado, que las personas prefieran. Asimismo, pese a que su Constitución también hace una remisión a los tratados internacionales de derechos humanos, el panorama judicial resulta bastante desolador en este país debido a que los recursos constitucionales sólo operan respecto de los derechos explícitamente consagrados.

Desde el año 2017 se ha consolidado una jurisprudencia mayoritaria en el país, que reconoce la protección del derecho a la salud, por la vía de la remisión a la protección de derechos civiles y políticos como lo son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, puesto que estos derechos si se encuentran expresamente recogidos en la Constitución, dando lugar al Recurso de Protección regulado en el mismo cuerpo normativo (Norambuena y Sandoval, 2019). Esto lleva a cuestionarnos específicamente sobre si lo que realmente se protege es el derecho a la salud, o más bien un derecho a la vida en su comprensión más extensa. La respuesta que se evidencia es que se trata más bien de la protección del derecho a la vida, lo que queda de manifiesto luego de que, en febrero de 2020, la Corte Suprema de dicho país, negara el acceso a un medicamento de alto costo a un menor de 5 años, indicando que “el niño en favor de quien se recurre se encuentra en una fase pre sintomática o precoz en el deterioro, lo que evidencia que no se encuentra en riesgo vital” (Sentencia Rol Nº 36569-2019). Añade que “el medicamento prescrito tiene solamente por objetivo otorgar a éste la posibilidad de acceder a beneficios terapéuticos relacionados con recuperar la marcha autónoma, postergación de las necesidades de ventilación asistida (ventilación mecánica no invasiva), con pronóstico de vida más favorable en lo funcional, en requerimiento de necesidades técnicas, calidad de vida y años de sobrevida, sin embargo no tiene por objetivo principal proteger su vida toda vez que ésta no se encuentra en peligro, desvirtuando en consecuencia la vulneración de su derecho a la vida” (Latorre, 2020).

Por lo tanto, no se puede establecer que exista una protección del derecho a la salud a nivel jurisprudencial, sino que se trata de una protección del derecho a la vida en su comprensión más extensa. Dejando sin resguardo al derecho a la salud, cuando esta no se encuentra comprometida, tal como sucede en el caso anterior.

Así, queda de manifiesto la necesidad de una legislación expresa en torno a la protección del derecho a la salud, que permita a las personas acceder a los recursos judiciales con el fin de resolver su conflicto de la manera más expedita y eficaz posible. Con todo, es necesario prevenir que la sola disponibilidad de recursos judiciales efectivos no es suficiente. La “judicialización de los derechos de salud no debe ser necesariamente celebrada, ya que la explotación de los derechos individuales tiene el potencial de agravar las desigualdades asociadas al acceso a los servicios de salud” (Yamin, 2008, p. 720). Además, “las reclamaciones individuales pueden sesgar las políticas y programas hacia temas de litigio, alejándolas de las medidas de salud pública que tienen el potencial de ayudar a los pobres en mayor medida” (Yamin, 2008, p. 721).

Por ello resulta tan importante, la sentencia colombiana T-760/2008, que además de regular temas esenciales del derecho a la salud, agrupa un conjunto de casos que revelan violaciones sistemáticas al derecho a la salud, dando una solución sistémica y estructural al problema. En este caso “la Corte tuvo como punto de partida un enfoque de derechos y la insistencia en procesos participativos que legitimaran estos cambios” (Parra y Yamin, 2013, p. 2592). En este sentido, Yamin (2008) sostiene que los procesos participativos de unificación de criterios de inclusión o exclusión de prestaciones en las políticas de salud “es el único mecanismo para detener la búsqueda masiva de reparación a través de órdenes judiciales” (2008, p. 730).

Lo anterior es de vital trascendencia, sobre todo teniendo en consideración los altos niveles de litigios que presentan los países observados. Así, por ejemplo, según “la Defensoría del Pueblo, entre 1999 y 2011 se presentaron 975.551 tutelas ante los tribunales colombianos relacionadas con el derecho a la salud” (Parra y Yamin, 2013, p. 2593). Lo mismo sucede en el caso chileno, donde “entre 2010 y 2018 se presentaron 968.542 recursos de protección contra ISAPRES” (Altura Management, 2019, p. 3).

De esta manera, puede concluirse que, si bien existe un alto nivel de litigio en torno al derecho a la salud, esta puede provocar distorsiones en las políticas públicas destinadas a satisfacer el derecho. Del mismo modo, es importante adelantar que los sistemas de justicia adolecen de una gran cantidad de barreras de acceso, provocando que solo algunas personas puedan acceder a este, marginando con mayor fuerza a las personas en situación de vulnerabilidad. Por ello, se debe propender a la solución sistemática y estructural de los conflictos, con instancia interinstitucionales y con participación de la población.



3. Normatividad

Habiéndose revisado el alcance constitucional dado al derecho a la salud en distintos países, el siguiente apartado tiene como objetivo estudiar y caracterizar la regulación a nivel nacional de cada país al tenor de los distintos componentes del derecho a la salud detallados en la Observación General N°14 del CESCR: Disponibilidad, Accesibilidad (en este último Accesibilidad física; Asequibilidad; No discriminación), Aceptabilidad y Calidad, así como ejemplos de jurisprudencia de las altas cortes nacionales que se haya pronunciado respecto de conflictos relacionados con estas dimensiones del derecho a la salud. Asimismo, y en razón de su extensión y la prevalencia en este tipo de conflictos, se realiza en este apartado una caracterización de las regulaciones nacionales respecto del Aborto, Derechos y deberes de los pacientes y Consentimiento Informado.

3.1. Disponibilidad

La Observación General N°14 del CESCR establece que cada estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención, dependiendo de diversos factores entre los que se halla el nivel de desarrollo de cada Estado (CESCR, 2000, párr. 12.a); este elemento está estrechamente relacionado con la accesibilidad física, por cuanto los bienes y servicios de salud deben encontrarse a una distancia física accesible para todos los sectores de la población, especialmente grupos vulnerables y marginalizados como las minorías étnicas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, etc., requiriéndose tanto suficiente infraestructura y personal médico como que éstas se distribuyan de la forma más igualitaria posible a lo largo del territorio. Aquí cobra especial importancia el nivel de desarrollo y los recursos económicos disponibles de los Estados, puesto que condicionarán la progresión en que se cumpla, pudiendo originar una declaración de principios que resulta insuficiente en la práctica por falta de recursos. También es relevante para la judicialización del conflicto, puesto que, de estar contemplado este elemento en las normas infra constitucionales, se abriría la puerta a diversas opciones de solución de los conflictos en salud relativos a disponibilidad. La siguiente tabla examina las normas legales de los países del OCCA donde puede encontrarse el principio de disponibilidad, a menudo como mandato hacia autoridades competentes.

TABLA 5. Normas garantes de la disponibilidad en América Latina

Argentina	<p>Decreto 455/2000 que crea el Marco Estratégico- Político para la Salud de los Argentinos</p> <p>1.5 Adecuar el proceso de desarrollo de los recursos humanos, físicos, financieros y legales a la realidad sanitaria nacional, regional y local teniendo como prioridad la formación de equipos multidisciplinares de Medicina General y Comunitaria.</p>
Brasil	<p>Ley N° 8.080</p> <p>Artículo 7. Las acciones y servicios de salud pública y los servicios privados contratados o contratados que forman parte del SUS se desarrollan obedeciendo también los siguientes principios:</p> <p>I - acceso universal a los servicios de salud en todos los niveles de asistencia;</p> <p>Artículo 10. Principio de Dirección Única:</p> <p>§ 2 A nivel municipal, el Sistema Único de Salud (SUS) puede organizarse en distritos para integrar y articular recursos, técnicas y prácticas dirigidas a la cobertura total de las acciones de salud.</p>
Chile	<p>DFL N°1/2006</p> <p>Artículo 1°. - Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.</p>
Colombia	<p>Ley N°1751</p> <p>Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:</p> <p>a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;</p> <p>Artículo 24. Deber de garantizar la disponibilidad de servicios en zonas marginadas. El Estado deberá garantizar la disponibilidad de los servicios de salud para toda la población en el territorio nacional, en especial, en las zonas marginadas o de baja densidad poblacional. La extensión de la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica, sino de la rentabilidad social. En zonas dispersas, el Estado deberá adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas, para garantizar opciones con el fin de que sus habitantes accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad.</p>
México	<p>Ley General de Salud</p> <p>Artículo 2. El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:</p> <p>El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.</p> <p>Artículo 7. La coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud, correspondiéndole a ésta:</p> <p>XII. Coadyuvar a que la formación y distribución de los recursos humanos para la salud sea congruente con las prioridades del Sistema Nacional de Salud;</p> <p>Reglamento Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica</p> <p>Artículo 14. - Los criterios de distribución del universo de usuarios y de cobertura deberán considerar, entre otros factores, la población abierta, la población que goza de la seguridad social, la capacidad instalada del sector salud, así como las Normas Técnicas emitidas por la Secretaría.</p>
El Salvador	<p>Ley nacional sistema integrado de salud:</p> <p>Artículo 15. El Consejo Superior de Salud Pública es la institución responsable de velar por la salud de la población a través de la supervisión y evaluación de manera sistemática, de la calidad de los servicios de salud, prestados por las instituciones del Sistema.</p>

Ley N° 1032. Crea el Sistema Nacional de Salud

Artículo 2. El Sistema tiene el objetivo de distribuir de manera equitativa y justa los recursos nacionales en el Sector Salud, y a través del mismo se establecen conexiones intersectoriales e intrasectoriales concertadas e incorpora a todas las instituciones que fueron creadas con la finalidad específica de participar en las actividades de promoción, recuperación y rehabilitación de la salud y prevención de la enfermedad de individuos y comunidades, dentro del territorio de la República.

Artículo 8. El Sistema da plena vigencia al derecho a la salud mediante, la extensión de cobertura, facilitando la accesibilidad, eficiencia y calidad, sin discriminación para lo cual implementa:

b) Un sistema de atención médica que garantice equidad, eficiencia y eficacia, y que optimice el uso de los recursos disponibles.

Decreto n° 22.385/98. Reglamenta el Funcionamiento del Consejo Nacional de Salud y los Consejos Regionales y Locales de Salud

Artículo 10°. Son objetivos del Consejo Nacional de Salud:

a) Impulsar el Sistema Nacional de Salud y asegurar a toda la población la atención integral y solidaria en calidad y equidad.

Fuente: (Elaboración propia a partir del Decreto 455/2000; Ley N° 8.080; DFL N°1/2006; Ley N°1751; Ley General de Salud y Reglamento Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica; Ley nacional sistema integrado de salud; Ley N° 1032. Crea el Sistema Nacional de Salud y Decreto n° 22.385/98.)

A excepción de *Colombia*, que recoge la disponibilidad como principio rector en su formulación contenida en la Observación General N°14, los países optan por no desarrollar el contenido de este elemento en las leyes y prefieren garantizar algún tipo de disponibilidad mediante un mandato de ejecución de políticas públicas y coordinación inter institucional a diversas autoridades, en cuyas regulaciones se reconoce el deber del Estado de proveer atención integral y acceso de la población a las prestaciones de salud y mandatan su ejecución a los organismos competentes. *El Salvador* y *Chile* son quienes tienen menos desarrollada la disponibilidad en sus normas de salud, pudiendo solo extraerse su existencia del mandato realizado a sus entes estatales de garantizar el adecuado acceso a las prestaciones de salud a la población. Esta técnica legislativa escueta podría dificultar la judicialización de los conflictos relacionados con la disponibilidad.

Respecto de grupos vulnerables, es interesante la técnica legislativa empleada por *Colombia*, que regula la participación de Grupos étnicos en el sistema General de Seguridad Social, estableciendo la existencia de casas de paso en las ciudades con hospitales de segundo y tercer nivel de atención, donde pueden hospedarse acompañantes y/o intérpretes de las personas remitidas. La institución encargada de asignar la infraestructura es el Consejo Nacional de Estupefacientes (Ley 691/2001). La precaria situación de disponibilidad afecta particularmente a los pueblos indígenas. En este sentido, en 2014, la Relatora Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en *Paraguay* informó que un 87,7% de las personas indígenas no tienen acceso a servicios de salud y recalcó la importancia de la aprobación proyecto de ley sobre salud de los pueblos indígenas y de políticas públicas en la materia (OHCHR, 2014).

Muchos conflictos de disponibilidad se deben a la falta de infraestructura y/o carencia de camillas, lo que se refleja en la jurisprudencia. En *Chile*, la Corte Suprema conoció el caso de una paciente que estuvo dos años esperando ser operada de las rodillas tras haber sufrido la rotura de ambos meniscos en 2017, puesto que el hospital

tenía una lista de espera para patologías de rodilla de 275 pacientes, priorizando, de acuerdo a los recursos disponibles, a aquellas personas que padecían de cáncer. La Corte consideró imprecisos estos argumentos, puesto que los criterios de selección no atendían a la integridad de la persona para calificar la gravedad del caso ni atendían a los perjuicios que origine la demora en el procedimiento, vulnerando así el derecho a la integridad física y psíquica (Diario Constitucional, 2019). Es importante señalar que la Corte chilena no tuteló per se el derecho a la salud, sino que lo consideró un componente del derecho a la integridad física, puesto que la actual acción cautelar del país no contempla el derecho a la salud entre sus supuestos de procedencia. Destaca el caso *mexicano* en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación falló a favor de tres pacientes del INER “Ismael Cosío Villegas” que alegaban la omisión del estado en completar la ejecución del proyecto “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-Infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, que traería mejorías en la calidad del servicio para pacientes que viven con VIH o SIDA. La Corte sostuvo que cuando el Estado incumpla la plena realización del derecho al más alto nivel posible de salud alegando una supuesta falta de recursos, le corresponderá probar dicha situación y además demostrar que se han utilizado hasta el máximo de los recursos con que cuenta para alcanzar esta protección, ordenando que cumpla con el proyecto (Fundar, 2014). Esta sentencia evidencia un clásico problema de disponibilidad- la alegada falta de recursos por parte de los Estados- y presenta criterios útiles para examinar estos conflictos, como lo es la necesidad de examinar si se han utilizado el máximo de los recursos posibles para alcanzar la protección de salud.

3.2. Accesibilidad

3.2.1 Accesibilidad Física

El elemento de accesibilidad física debe leerse en conjunto con el de disponibilidad y contextualizarse dentro del nivel de desarrollo y la diferencia en recursos existente entre los países que permitirían, primero, la existencia de suficientes bienes y servicios de salud y, segundo su adecuada repartición territorial para garantizar el acceso. La accesibilidad señala que los centros, bienes y servicios de salud deben encontrarse a una distancia física accesible para todos los sectores de la población, especialmente para grupos vulnerables y marginalizados (CESCR, 2000, par.12 b). Los conflictos que crea la falta de este elemento suelen ser el impedimento al acceso a la salud debido a la desigual disponibilidad de infraestructura en salud que afecta principalmente a las áreas rurales y otras zonas a menudo habitadas por personas económicamente vulnerables, como se menciona en el apartado de prevalencia. Un indicador para estudiar la accesibilidad física es si los países consagran disposiciones en sus normas que apunten a una descentralización de la salud y distribución equitativa a lo largo del territorio del país que opere como mandato al sistema de salud y, eventualmente, permita la judicialización de los casos en que se contraviene.

De los países observados, varios consagran mandatos de descentralización territorial y/o remiten a la autoridad de coordinación la tarea de establecer suficientes bienes y servicios de salud para todo el territorio, mientras que solo dos- Colombia y El Salvador- contemplan la accesibilidad como principio explícito de sus sistemas de salud.

Argentina contempla como política sustantiva N°1 lograr la extensión de la cobertura de salud a toda la población, intentando disminuir brechas e inequidades regionales en materia de acceso a la salud (Decreto 455/2000). **Brasil** establece como principio del SUS la descentralización político-administrativa, con énfasis en la regionalización y jerarquía de la red de servicios de salud (Lei N° 8.080). **Chile** no consagra explícitamente la accesibilidad física como un principio, sino que establece por ley una cantidad mínima de servicios de salud que deben estar distribuidos entre las distintas regiones del país (DFL N°1/2006), siendo el país más escueto en normativa, junto con México. **Colombia** es el único país que consagra explícitamente la accesibilidad física en sus normas, esto puede deberse a que corresponde a algunas de las más recientes, estipulándolo como principio fundamental del derecho a la salud y tomando la redacción de la observación general N°14 (Ley N°1751). **México** contempla un mecanismo para la regionalización de los servicios médicos, tomando en cuenta el criterio de accesibilidad geográfica, entre otros, para instalar unidades tendientes a la autosuficiencia regional y el desarrollo del municipio (Reglamento Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica), no obstante, tampoco consagra un mandato general de descentralización. **El Salvador** es otro de los países que menciona la accesibilidad como principio de su sistema de salud (Ley Nacional Sistema Integrado de Salud), también encontramos una manifestación del principio en el derecho de las personas profesionales de la salud de contar con instalaciones apropiadas y seguras que garanticen el buen desempeño de sus labores (Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes). Finalmente, **Paraguay**, contempla un mandato de que el sistema de salud descentralice los recursos públicos por niveles de complejidad mediante convenios y contratos de instituciones y recursos (Ley N° 1.032/96), que finalmente ha dado lugar a la fragmentada institucionalidad de salud que se aprecia en el apartado correspondiente.

La concurrencia entre los conflictos de disponibilidad y accesibilidad física se ven ilustrados en la sentencia **T-081-19** de la Corte Constitucional Colombiana, que versa sobre el caso de un niño habitante de una zona rural de Colombia que debía trasladarse siete horas desde su hogar al hospital designado por su EPS para recibir la quimioterapia, donde finalmente no fue atendido por falta de camas. Ante esto, la Corte acoge la acción de tutela y reitera sus criterios respecto del pago de transporte por parte de la EPS, que debe brindar este beneficio cuando (i) ni el paciente ni sus familiares tienen los recursos económicos suficientes y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario, con el fin de evitar que la imposibilidad de trasladarse derive en una barrera de acceso a los servicios de salud. También ordena a la EPS entregar la prestación del servicio integral que requiera con el fin de manejar, recuperar o estabilizar la patología del niño (Corte constitucional de Colombia, 2019).

Similar escenario afecta a las comunas rurales de **Paraguay**, donde, a pesar de lo consagrado en su normativa, también se detectan problemas de disponibilidad en cuanto a la salud mental, los hospitales psiquiátricos están trabajando más allá de su capacidad de camas, falta infraestructura para niños, niñas y adolescentes, el acceso a los servicios de salud es desigual a lo largo del país y hay escaso acceso a medicación (OMS, 2006), estando nuevamente ante un problema estructural en la garantía del acceso a la salud de grupos vulnerables.

3.2.2 Asequibilidad

La O.G N°14 del CESCER establece que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Así, los pagos por servicios de salud y aquellos relacionados con factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de equidad a fin de asegurar el acceso de todos a estos servicios y especialmente, de los grupos socialmente desfavorecidos. Exige además que no recaiga una carga desproporcionada sobre los hogares más pobres en lo referido a gastos en salud (par. 12.b). En este criterio sería posible concentrar las normas que garanticen o aseguren el acceso de la población general a los servicios de salud, aquellas que establecen la distribución geográfica de diversos centros de salud, aquellas enfocadas a la facilitación de medicamentos de alto costo y las que contemplan subsidios para personas usuarias de los servicios públicos y grupos vulnerables en el financiamiento de los sistemas de salud nacionales. No obstante, dada la extensión del tema y por escapar los otros criterios a los objetivos de este informe, este apartado se centrará en verificar la existencia de normativas que garanticen el acceso de la población a medicamentos, incluyendo los medicamentos de alto costo. Como señala Donato (2017), el medicamento constituye un bien social, siendo uno de los temas de mayor importancia en las políticas sanitarias y económicas. Hace años que se reconoce en los foros internacionales (OMS-OPS) que la política de medicamentos esenciales es un componente básico de la política sanitaria (Donato, 2017, p.4) esto ha derivado en que sea uno de los principales generadores de conflictividad civil en América Latina, concentrando una gran cantidad de causas judiciales en Brasil (Ludovic et al, 2017) y Chile (Observatorio Judicial, 2019).

La Relatoría Especial sobre el Derecho a la Salud de la ONU ha señalado que el derecho a la salud es un concepto amplio y que incluye, entre otros, el acceso a medicamentos esenciales (ACNUDH, 2017), cosa que reiteró la O.G N°14 al señalar una de las obligaciones de los Estados el facilitar medicamentos esenciales (p.43), por tanto en la siguiente tabla se analizará si i) los países contemplan en sus normas disposiciones que garanticen el acceso a medicamentos y ii) si los países consagran a nivel legal algún sistema de fijación de precios. Con posterioridad, se enfocará el análisis en los medicamentos de alto costo o que no estén contemplados en los planes previstos por los sistemas de salud de los distintos países.

TABLA 6. Leyes que regulan los precios y el acceso a medicamentos en América Latina

Argentina	Ley 24.455 Sobre Obras Sociales:
	Artículo 1. Todas las Obras Sociales y Asociaciones de Obras Sociales del Sistema Nacional incluidas en las recipiendarias del fondo de redistribución de la Ley 23.661, deberán incorporar como prestaciones obligatorias: <ul style="list-style-type: none">a) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes;b) La cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes;

Brasil

Ley N°10.742: Define las normas regulatorias para el sector farmacéutico, crea la Cámara de Regulación del Mercado de Medicamentos.

Artículo 1. Esta Ley establece normas regulatorias para el sector farmacéutico, con el propósito de promover la asistencia farmacéutica a la población, a través de mecanismos que estimulan el suministro de medicamentos y la competitividad del sector.

Artículo 4: Las compañías que producen medicamentos deben observar, para el ajuste y la determinación de sus precios, las reglas definidas en esta Ley

§ 1 El ajuste de precios de los medicamentos se basará en un modelo de precios máximos calculado en base a un índice, un factor de productividad y un factor de ajuste de precios relativos dentro y entre sectores.

§ 2 El índice utilizado, a los efectos del ajuste previsto en el § 1, es el Índice de Precios al Consumidor Amplio - IPCA, calculado por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística - IBGE.

Ley N° 20.724. Ley de Fármacos

Artículo 94. Corresponderá al Ministerio de Salud velar por el acceso de la población a medicamentos o productos farmacéuticos de calidad, seguridad y eficacia, lo que llevará a cabo por sí mismo, a través de sus Secretarías Regionales Ministeriales y de los organismos que se relacionan con el Presidente de la República por su intermedio.

El Ministerio de Salud aprobará un Formulario Nacional de Medicamentos que contendrá la nómina de medicamentos esenciales identificados conforme a su denominación común internacional, forma farmacéutica, dosis y uso indicado, que constituirá el arsenal farmacoterapéutico necesario para la eficiente atención de la población, considerando su condición de salud y enfermedades prevalentes y que servirá de base para determinar los petitorios mínimos con que deberán contar los establecimientos de expendio de productos farmacéuticos.

Ley N° 20.724

Artículo 1. Crea el Sistema de Protección Financiera para el otorgamiento de aquellos diagnósticos y tratamientos de alto costo que declare el decreto supremo del Ministerio de Salud. El Fondo Nacional de Salud deberá asegurar esta protección financiera a todos los beneficiarios de los sistemas previsionales de salud de Chile.

Artículo 2: Cubre los Tratamientos de alto costo, definidos como "aqueil constituido por medicamentos, alimentos o elementos de uso médico asociados a enfermedades o condiciones de salud y por las prestaciones indispensables para su confirmación diagnóstica y seguimiento, que por su costo impiden el acceso a éstos o accediendo, impactan catastróficamente en el gasto de los beneficiarios."

Artículo 5: Condiciones. Sólo podrán incorporarse a este decreto los diagnósticos y tratamientos que cumplan con las siguientes condiciones copulativas:

- a) Que el costo de los diagnósticos o tratamientos sea igual o superior al determinado en el umbral de que trata el artículo 6°.
- b) Que los diagnósticos y tratamientos hayan sido objeto de una favorable evaluación científica de la evidencia, conforme al artículo 7°.
- c) Que los diagnósticos y los tratamientos hayan sido recomendados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8°.
- d) Que se haya decidido la incorporación de los diagnósticos y los tratamientos, conforme a lo señalado en el artículo 9°

Artículo 2. Serán Beneficiarios: Los de los sistemas previsionales de salud, con exclusión de las prestaciones a que se refiere el inciso tercero del artículo 1°(ver nota al pie²).

Artículo 19. Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y tratamientos de alto costo: Créase un Fondo para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo destinado al financiamiento total o parcial de diagnósticos y tratamientos de alto costo con Sistema de Protección Financiera.

Artículo 20. Aportes: El Fondo para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo se financiará con los siguientes recursos:

- a) Aportes fiscales anuales por un monto de hasta cien mil millones de pesos. Dicho monto se reajustará el 1 de enero de cada año en el 100% de la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes de noviembre del año ante precedente y noviembre del año anterior a la fecha en que opere el reajuste respectivo.
- b) Donaciones que se le hagan y herencias y legados que acepte el Ministerio de Hacienda, lo que deberá hacer con beneficio de inventario.
- c) Los aportes de la cooperación internacional que reciba a cualquier título.
- d) La rentabilidad que genere la inversión de los recursos del mismo.

Los recursos para el financiamiento del Fondo para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo estarán contemplados en la partida presupuestaria del Tesoro Público.

Chile

² El artículo 1 de la ley N° 20.724 se refiere a aquellas prestaciones cubiertas por de las leyes N°16.744, que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y N°18.490, sobre seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados y; b) prestaciones cubiertas por el Contrato de Salud Previsional).

Colombia	<p>Ley 100 de 1993:</p> <p>Artículo 156. Características básicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud: c) Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud;</p> <p>Artículo 245: La facultad para la formulación de la política de regulación de precios de los medicamentos de que goza el Ministerio de Desarrollo Económico, estará en manos de la Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos.</p> <p>Ley 1751/2015 (Ley Estatutaria en Salud)</p> <p>Artículo 5°. Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:</p> <p>j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en l salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.</p>
El Salvador	<p>Ley especial de Medicamentos (Decreto N°1008)</p> <p>Artículos 16 y 17: En coordinación con el Ministerio de Salud, la Dirección establecen el Listado Oficial de Medicamentos de obligatoria existencia en el Sistema Nacional de Salud; dicho listado se publicará en el Diario Oficial y será actualizado en el primer trimestre de cada año</p> <p>Artículo 24: La dispensación de medicamentos, estará a cargo de establecimientos farmacéuticos autorizados por la Dirección, sean éstos públicos o privados, que estarán bajo la responsabilidad y supervisión de un profesional químico farmacéutico debidamente autorizado por la Junta de Vigilancia respectiva.</p> <p>Artículo 58: El precio de venta máximo al público, se determinará en base al Precio Internacional de Referencia estableciendo diferentes márgenes de comercialización para medicamentos innovadores o genéricos fabricados en el país o importados. será de tres hasta cinco veces del Precio Internacional de Referencia de cada producto de acuerdo a los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud, y en ningún caso podrá ser mayor al precio promedio del área centroamericana y panamá debiendo ser éste el precio de venta máximo al consumidor.</p> <p>Artículo 59: El Precio de los medicamentos genéricos, deberá tener un costo entre 30 a 40 por ciento menos que los precios de los medicamentos innovadores.</p>
Paraguay	<p>Código Sanitario:</p> <p>Artículo 263: El Ministerio [de salud] determinará, periódicamente, los medicamentos que pueden ser comercializados y fijará los precios.</p> <p>Artículo 264: El Ministerio editará el Anuario de Especialidades Farmacéuticas y el Informativo Semanal de Fijación de Precios.</p>

(Fuente: Elaboración propia a partir de Ley 24.455 Sobre Obras Sociales; Ley N°10.742; Ley N° 20.724 y Ley N° 20.724; Ley 100 de 1993; Ley 1751/2015; Decreto N°1008; Código Sanitario de Paraguay)

De los países observados a la fecha, *Argentina, Chile* y *México* contemplan un régimen de mercado libre para los medicamentos, mientras que *Paraguay, Colombia, Brasil, El Salvador* y *Paraguay* optaron por una fórmula de fijación de precios de los mismos a cargo de una entidad estatal. Estos últimos contrastan con la fórmula adoptada por *Chile*, que opta por un sistema basado en subsidios fiscales y donaciones para costear medicamentos de alto costo sin tocar los precios de los mismos, dejando su fijación al arbitrio de laboratorios y farmacias según “las reglas del mercado”³; el resultado es que el precio se termina regulando por lo que los pacientes están dispuestos a pagar, lo que a su vez está determinado por los mismos actores que controlan un mercado altamente concentrado en cada uno de sus niveles y que carece de una entidad fiscalizadora que pueda establecer un límite (Figuroa, 2015).

³ A pesar de haberse intentado dejar los precios de los medicamentos a la regulación del mercado, lo cierto es que la escasa fiscalización ha incentivado la colusión de los distintos actores privados, específicamente, de las farmacias. En el año 2008, el Tribunal de Libre Competencia de Chile sancionó a dos de las tres principales cadenas de farmacias del país, por su colusión en la fijación del precio de 222 medicamentos (Figuroa, 2015).

Otra medida adoptada para intentar universalizar el acceso a medicamentos ha sido establecer la obligación de comercialización de medicamentos por su nombre genérico a fin de fomentar la competitividad de precios y evitar la cooptación del mercado por parte de una marca o laboratorio determinado. Encontramos este tipo de normas en *Argentina* (Ley N°25649), *Chile* (Ley N° 20.724), *México* (Ley General De Salud) y *Paraguay* (Ley N° 2.320). Respecto a *grupos vulnerables*, destaca el caso de Colombia que garantiza- al menos normativamente- el acceso a servicios y medicamentos para los niños, niñas y adolescentes con discapacidad y enfermedades catastróficas certificadas (Ley 1438/2011); y contempla una consagración del principio de accesibilidad a los servicios de salud en condiciones de igualdad dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural (Ley 1751/2015).

A pesar del marco normativo examinado, la realidad es que los sistemas de salud a menudo deniegan la entrega de medicamentos que no estén contemplados en los planes o listas realizados por las autoridades o entidades prestadoras de servicios, lo que ha llevado a una judicialización del conflicto presente en diversos países debido a vacíos normativos o no cumplimiento de la obligación estatal de garantizar el derecho a la salud mediante medicamentos y tratamiento, deficiencia que ha tenido que ser suplida por tribunales.

En *Argentina*, la sentencia Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986 de la Corte acogió la tesis de los reclamantes que el Estado Nacional incurrió en una conducta omisiva al no cumplir su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos -en forma regular, oportuna y continua- a aquellos enfermos de VIH registrados en hospitales públicos, estableciendo que la protección del derecho a la salud es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria (CSJN, 2000).

Por su parte, el Supremo Tribunal de *Brasil* estableció los requisitos copulativos para la concesión de medicamentos no incorporados en el sistema único de salud (SUS): *i)* evidencia, por medio de un informe médico razonado, emitido por un médico que asiste al paciente, de la necesidad de la medicación, y de la ineficacia de los medicamentos provistos por el SUS para tratar la enfermedad; *ii)* la incapacidad financiera del paciente para asumir el costo de la medicación prescrita y; *iii)* la inexistencia de registro de medicamentos en la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Recurso Especial n° 1.657.156 – RJ de STB).

En *Chile*, la Corte Suprema ha mantenido una línea jurisprudencial tendiente a la concesión de las acciones de protección respecto de medicamentos de alto costo que no estén incluidos en la denominada Ley Ricarte Soto. En la sentencia Rol N° 43250-2017, la Corte concedió el medicamento “Eculizumab” a un niño con “Síndrome Hemolítico Urémico (SHUA)”- originalmente negado por el MINSAL dado su elevado costo- sosteniendo 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 (...) es de carácter absoluto” (Norambuena y Sandoval, 2019). Esto caracteriza la jurisprudencia de las Cortes chilenas, ya que al percibir el derecho a la vida como

absoluto y reconocerle un rango superior a otros derechos, la tutela en conflictos de salud se obtiene de forma indirecta, al pronunciarse las cortes sobre las amenazas y privaciones del derecho a la vida, no de la salud.

3.2.3 No discriminación

La Observación General N°14 entiende la no discriminación como la obligación de que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles de hecho y derecho a los sectores más vulnerables, sin discriminación por los motivos prohibidos (párr.12 b). Impone al estado un mandato de igualdad de trato, consistente en no introducir distinciones normativas o aplicar de forma desigual las normas; y un mandato de igualdad de oportunidades, consistente en promover tratos jurídicos diferentes en favor de personas o grupos históricamente excluidos (Gutiérrez y Maldonado, 2009). Esto cobra especial relevancia en materia de salud, cuya aplicación deficiente puede causar un daño en múltiples derechos de la persona.

Al examinar las normas pertinentes a salud en los siete países del OCCA, se encontró que la tendencia es a no consagrar un principio de no discriminación en la legislación de salud, optando en su lugar por remitirse a las leyes antidiscriminación de aplicación general y/o a la creación de normas específicas a grupos vulnerables o históricamente discriminados. De los países analizados, solo **Argentina** y **Colombia** contemplan principios de no discriminación en sus normas de salud. **Argentina** establece la creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud con el fin de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación (Ley 23.661); mientras que **Colombia** establece que el acceso a la Seguridad Social en salud será sin discriminación e instaura el principio de enfoque diferencial, reconociendo que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en salud ofrecerá especiales garantías (Ley 1438 de 2012).

A continuación, se examinó la legislación general sobre no discriminación en los siete países, cinco de los cuales cuentan con este tipo de normativa que, al ser de aplicación general, es también pertinente a los conflictos de salud. **Argentina** cuenta con la ley de Actos Discriminatorios (Ley N° 23.592) e incorpora el principio de general de no discriminación en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes (Ley N°26.061); **Brasil** presenta una normativa fragmentada, optando por regular en leyes separadas la discriminación sufrida por diversos grupos, en cuanto a aplicación general, contempla en su Código Penal (Lei 1482) diversos tipos y agravantes asociados a la discriminación. **Chile** cuenta con una Ley Antidiscriminación que establece una acción civil aplicable también a conflictos de salud (Ley 20.609). Una norma similar se encuentra en **Colombia** (Ley 1482/2011) y **México** (Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación). **El Salvador** no cuenta con una ley general antidiscriminación. **Paraguay** no cuenta con una ley integral antidiscriminación ni desarrolla el principio en su normativa de salud particular, optando por integrarlo en las diversas políticas ministeriales. Se presentó un proyecto de ley contra la discriminación en el Paraguay por parte de un grupo de diputados con respaldo de la sociedad civil (Proyecto S-157013) que busca

reglamentar la prohibición de discriminación existente en la constitución paraguaya, estableciendo las categorías prohibidas señaladas en los tratados internacionales. A la fecha, el proyecto se encuentra en primer trámite constitucional, enfrentando una fuerte oposición de grupos religiosos (Equal Times, 2017).

Tal como se mencionó, algunos países del OCCA optaron por crear normativa específica a ciertos grupos históricamente discriminados que además regulan el derecho a la salud. Este tipo de normas son directamente aplicables a los conflictos de salud cruzados por discriminaciones específicas hacia estos grupos. La siguiente tabla recopila las normas específicas a grupos vulnerables que contienen en su texto disposiciones sobre el derecho a la salud en *Argentina, Brasil, Colombia y El Salvador*:

TABLA 7. Normas y disposiciones sobre el derecho a la salud de grupos vulnerables en América Latina

Argentina	<p>Ley 26.061. De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes</p> <p>Artículo 14. Derecho a la salud.</p> <p>a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad;</p> <p>b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración</p> <p>Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas.</p> <p>Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.</p> <p>Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental</p> <p>Artículo 7°. El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:</p> <p>a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud;</p> <p>Artículo 9° El proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales.</p> <p>Artículo 10. Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley.</p>
Brasil	<p>Ley No 10.741. Estatuto de Ancianos</p> <p>Artículo 2. Las personas mayores disfrutan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, asegurándole, por ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades, para la preservación de su persona, su salud física y mental y su mejora moral, intelectual, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad.</p> <p>Artículo 15. La atención integral de la salud de las personas mayores se garantiza a través del Sistema Único de Salud - SUS, que garantiza el acceso universal e igualitario, en un conjunto articulado y continuo de acciones y servicios, para la prevención, promoción, protección y recuperación de la salud, incluida la atención especial a las enfermedades que afectan preferentemente a las personas mayores.</p> <p>§ 3° La discriminación contra los ancianos en los planes de salud y el cobro de valores diferenciados según la edad se encuentra prohibida.</p> <p>§ 4o Las personas mayores con discapacidad o con limitaciones de discapacidad tendrán atención especializada, de conformidad con los términos de la ley.</p> <p>Ley Nº 13.146. Estatuto brasileño de personas con discapacidad</p> <p>Artículo 5. La persona discapacitada estará protegida contra toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, tortura, crueldad, opresión y trato inhumano o degradante.</p> <p>Artículo 6. La discapacidad no afecta la capacidad civil plena de una persona, incluyendo:</p> <p>II. El ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.</p>

Colombia	<p>Ley 1616/2013. Ley de Salud mental Art. 6 N°9 Derecho a no ser discriminado o estigmatizado, por su condición de persona sujeto de atención en salud mental.</p>
El Salvador	<p>Decreto N°645 que dicta la Ley de de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres: Consagra el derecho a la igualdad y no discriminación en la atención de salud integral y a la salud sexual y reproductiva en los siguientes términos:</p> <p>Artículo 26: “el derecho a recibir información calificada sobre las materias vinculadas a estos derechos; el derecho a recibir servicios de prevención de riesgos en esta materia; y, el derecho a la atención integral. El Ministerio de Salud garantizará la protección de los derechos a la salud integral, a la salud sexual y reproductiva, y la igualdad y equidad en el acceso y atención en los servicios correspondientes.”</p>

(Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 26.061. De Protección Integral De Los Derechos De Las Niñas, Niños Y Adolescentes; Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental; Lei No 10.741; Lei N° 13.146; Ley 1616/2013; Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres)

Este tipo de normas destacan por cuanto se encargan de la dimensión material de la igualdad, atendiendo a las distintas desigualdades que subyacen a la realidad jurídica de distintos grupos que han sido históricamente discriminados, intentando solventar los problemas de hecho, obligando al Estado – y en este caso, a los servicios de salud- a promover condiciones reales y efectivas de igualdad (García, et.al 2016). Estableciendo la atención prioritaria para niños, niñas y adolescentes (Argentina) o para personas ancianas, o disponiendo resguardos especiales a favor de las personas con padecimientos mentales (Colombia, Argentina), el Estado está obedeciendo a la situación de vulnerabilidad fáctica en que se encuentran estas personas y que las hace acreedoras de una protección especial de parte de los Estados.

En cuanto a jurisprudencia, el año 2007 la *Corte Constitucional Colombiana* dictó la sentencia C-811, obligando al sistema de seguridad social contributivo a reconocer a las parejas del mismo sexo e inscribir al compañero permanente del recurrente como beneficiario del sistema, tal como le está permitido a las parejas heterosexuales. La Corte consideró que el impedimento existente para que las parejas homosexuales y lesbianas se incorporen al sistema de seguridad social constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y una transgresión a la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual (Colombia Diversa, s.f).

En *Chile*, la Corte Suprema del país conoció el caso de un hombre trans contra la IS-APRE Colmena Golden Cross ya que ésta última tipifica la identidad de género como “una enfermedad pre-existente” y baja hasta un 75% la cobertura a personas trans. La Corte, en un fallo unánime, sostuvo que la ISAPRE vulneró el derecho constitucional a la salud y el mandato de no patologización contenido en la ley de identidad de género, además de la ley antidiscriminación, por cuanto la identidad de género en caso alguno es homologable a ningún tipo de alteración en los mecanismos que funcionan para mantener vivo y en funcionamiento el cuerpo humano. Ordenó la incorporación del recurrente como afiliado (MOVILH, 2020).

3.3 Aceptabilidad

La O.G N°14 establece que la aceptabilidad dice relación con la obligación de que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean respetuosos de la ética médica y de la cultura de las personas, específicamente de las minorías y pueblos originarios, así como de los requisitos de género, y deberán estar concebidos para mejorar el estado de salud de las personas (párr. 12.c) Si bien esto podría abarcar un gran número de conflictos experimentados por diversos grupos en situación de vulnerabilidad, como personas indígenas, discapacitadas, mujeres, etc., nos centraremos en ciertos grupos que son más propensos a experimentarlos. Uno de los problemas más prevalentes surge a propósito de la salud reproductiva, manifestada en tres aristas: i) Esterilizaciones, ii) violencia obstétrica y iii) anticoncepciones forzadas y coercitivas, que afectan en mayor medida a mujeres y personas con discapacidad.

Los derechos sexuales y reproductivos no son privativos de las mujeres, no obstante, son especialmente importantes para ellas puesto que su autonomía reproductiva ha sido históricamente obstaculizada y denegada (Humanas, s.f). Aun así, son un derecho humano de las personas e implican la capacidad ejercer dicha autonomía reproductiva en los términos que el individuo desee. La esterilización es una manifestación del ejercicio de la autonomía; en ese sentido, los países suelen contemplarla como una opción anticonceptiva en su vertiente quirúrgica: ligadura de trompas de Falopio y vasectomía. Como procedimiento quirúrgico, los Estados han utilizado la esterilización tanto para garantizar el derecho a la planificación familiar de las personas, como para vulnerar sus derechos reproductivos mediante la esterilización forzada. En la siguiente tabla se detallan las normas pertinentes a la esterilización quirúrgica en los distintos países, con excepción de *Paraguay* que la reglamenta mediante políticas ministeriales.

TABLA 8. Normas sobre Esterilización en varios países de América Latina

Argentina	<p>Ley 26.130</p> <p>Artículo 1º. Toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud.</p> <p>Artículo 2º. Requisitos. Las prácticas médicas referidas en el artículo anterior están autorizadas para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. No se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en los casos contemplados por el artículo siguiente.</p> <p>Artículo 3: Al tratarse de una persona declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla.</p> <p>Artículo 4º. Consentimiento informado. El profesional médico interviniente, en forma individual o juntamente con un equipo interdisciplinario, debe informar a la persona que solicite una ligadura tubaria o una vasectomía sobre: a) La naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) Las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) Las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias.</p>
-----------	---

Brasil	<p>Ley N° 9.263</p> <p>Artículo 9. Para el ejercicio del derecho a la planificación familiar, se ofrecerán todos los métodos y técnicas de concepción y anticoncepción científicamente aceptadas que no pongan en peligro la vida y la salud de las personas, garantizando la libertad de elección.</p> <p>Art. 10. La esterilización voluntaria solo está permitida en las siguientes situaciones:</p> <p>I - En hombres y mujeres con plena capacidad civil y mayores de veinticinco años o, al menos, con dos hijos vivos, siempre que el período mínimo de sesenta días entre la manifestación del consentimiento y el acto quirúrgico, período que proporcionará a la persona interesada acceso a los servicios de regulación de la fertilidad, incluido el asesoramiento de un equipo multidisciplinario, para desalentar la esterilización temprana;</p> <p>II - Riesgo para la vida o la salud de la mujer o el futuro hijo, presenciado en un informe escrito y firmado por dos médicos.</p> <p>§ 1 Es una condición para la esterilización registrar la manifestación expresa de la declaración en un documento escrito y firmado, después de la información sobre los riesgos de la cirugía, los posibles efectos secundarios, las dificultades de su reversión y las opciones existentes de anticoncepción reversible.</p> <p>§ 2 - La esterilización quirúrgica en mujeres durante el parto o los períodos de aborto está prohibida, excepto en casos de necesidad comprobada, por cesáreas sucesivas previas.</p> <p>§ 3º No se considerará la expresión de voluntad, en forma de § 1, expresada durante la ocurrencia de cambios en la capacidad de discernir debido a la influencia del alcohol, las drogas, los estados emocionales alterados o la incapacidad mental temporal o permanente.</p> <p>§ 4 - La esterilización quirúrgica como método anticonceptivo solo se realizará mediante ligadura de trompas, vasectomía u otro método científicamente aceptado, quedando prohibido mediante histerectomía.</p> <p>§ 5 En el curso de una asociación conyugal, la esterilización depende del consentimiento expreso de ambos cónyuges.</p> <p>§ 6 - La esterilización quirúrgica en personas absolutamente incapaces solo puede ocurrir a través de una autorización judicial, regulada de conformidad con la Ley.</p>
Chile	<p>Ley 20584 Sobre Derechos y Deberes de los Pacientes:</p> <p>Artículo 24.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley, si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento.</p> <p>El Decreto N°7/18 de MINSAL derogó la ley que regulaba la esterilización en Chile y entregó esta facultad al Ministerio de Salud, quien dictó las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad.</p>
Colombia	<p>Ley 1412 De 2010</p> <p>Artículo 1. La paternidad y la maternidad responsables son un derecho y un deber ciudadano. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que conformarán la familia. La progeneración responsable, se considera una actitud positiva frente a la sociedad, y como tal será reconocida, facilitada y estimulada por las autoridades.</p> <p>Artículo 5°. Del Consentimiento Informado y Cualificado. Los médicos encargados de realizar la operación respectiva deben informar al paciente la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud de la práctica realizada, así como las alternativas de utilización de otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos. Cuando las personas tengan limitaciones de lectoescritura, las EPS deberán ofrecer al paciente medios alternativos para expresar su voluntad tanto para la solicitud escrita como para el consentimiento informado.</p> <p>Artículo 6°. Discapacitados Mentales. Cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial.</p>

Ley General de Salud

Artículo 67. Quienes practiquen esterilización sin la voluntad del paciente o ejerzan presión para que éste la admita serán sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley, independientemente de la responsabilidad penal en que incurran

Norma Oficial de los Servicios de Planificación Familiar**6.5 Oclusión Tubaria bilateral**

6.5.3. Este procedimiento está indicado para mujeres en edad fértil con vida sexual activa, nuligestas, nulíparas o multíparas que deseen un método permanente de anticoncepción, en las siguientes condiciones: Paridad satisfecha; razones médicas; retardo mental.

6.5.7 Lineamientos generales para la prescripción. Por ser de carácter permanente, este método en particular requiere de:

- Un proceso amplio de consejería previa a su realización.
- Autorización escrita del consentimiento informado de la usuaria (firma o huella dactilar) o de su representante legal.
- Valoración del riesgo quirúrgico y cuando proceda, del riesgo anestésico.
- La oclusión tubaria bilateral debe efectuarse por personal médico debidamente capacitado para su realización. Siempre que se cumplan los criterios para la selección del método, la edad y paridad de la mujer no serán factores de contraindicación del método.

6.6. Vasectomía

6.6.1. Es un método anticonceptivo permanente para el hombre, que consiste en la oclusión bilateral de los conductos deferentes, con el fin de evitar el paso de los espermatozoides

6.6.3 Está indicado para hombres en edad fértil con vida sexual activa, que deseen un método permanente de anticoncepción en las condiciones de fecundidad satisfecha; razones médicas; retardo mental.

Lineamientos Técnicos Para La Provisión De Servicios De Anticoncepción

Por ser de carácter permanente este método en particular requiere de una consejería amplia previa a su realización. Debe llenarse la hoja de consentimiento informado. La esterilización femenina se puede realizar en cualquier momento que se esté razonablemente seguro que la usuaria no está embarazada

Dado que la esterilización femenina es permanente, se debe dar especial énfasis a la elección libre e informada, asegurando una consejería adecuada antes de la toma de decisión, poniendo énfasis en: Proporcionar consejería a ambos miembros de la pareja, si es posible. La consejería debe asegurarse de la paridad satisfecha y que las usuarias ejerzan su derecho de retirar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención. Informarle que existen métodos alternativos de anticoncepción seguros y reversibles a los que puede tener acceso. Debe darse amplia oportunidad a las usuarias y su pareja para disipar sus dudas y temores, posibles malos entendidos debido a informaciones distorsionadas (disfunción sexual, trastornos psíquicos y físicos en la mujer u otros).

Sobre las Personas con Discapacidad: En los casos especiales de afectación de capacidad mental debe seguirse lo referido en el código penal.

Código Penal:

Artículo 156. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 26.130; Ley 26.130; Ley 20584; Ley 1412 De 2010; Ley General de Salud; Lineamientos Técnicos Para La Provisión De Servicios De Anticoncepción.

La mayoría de los países presenta una regulación general similar: Se reconoce el derecho de las personas mayores de edad a acceder a las técnicas de esterilización definitiva (ligadura de trompas de Falopio y vasectomía), fijando procedimientos y requisitos para tal acceso, consentimiento informado e hipótesis de excepción para personas con discapacidad, existiendo algunas diferencias entre países como el caso de **Colombia**, que además garantiza de manera gratuita la práctica de la vasc-

tomía o la ligadura de trompas (Ley 1412 De 2010) y **Argentina**, que contempla en su legislación una hipótesis de objeción de conciencia para los profesionales de salud y personal auxiliar llamado a practicar la intervención, debiendo ser inmediatamente reemplazados por personas no objetoras (Ley 26.130).

Personas con Discapacidad

Si bien la esterilización se reconoce como un método válido de anticoncepción al que puede acceder cualquier persona mayor de edad, consagrándolo como una dimensión de sus derechos sexuales y reproductivos, la vasta mayoría de los países observados realizan una excepción respecto de las personas con discapacidad, contemplando hipótesis de esterilización por consentimiento sustitutivo mediante la cual entregan la decisión a representantes legales, jueces o juezas o una entidad administrativa (comités de ética), método que ha sido criticado por la relatoría de Naciones Unidas ya que continúa dando prioridad a los intereses de los cuidadores en detrimento y negación de la dignidad y la integridad de la persona (ACNUDH, 2017). Preocupa el caso de **El Salvador**, que contempla un exculpante al delito de lesiones en su código penal mediante la consagración de un mecanismo de consentimiento sustitutivo y de **Chile**, que condiciona el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y la autonomía de una persona con discapacidad que desee realizarse el procedimiento a la aprobación del comité de ética del establecimiento, trabando el libre ejercicio de este derecho. Normas de este tipo que anulan, condicionan o ignoran la voluntad o la autonomía de las personas con discapacidad- y generalmente de las mujeres con discapacidad- obedecen a la noción de que son infantiles, dependientes y asexuadas (Cruz, 2015).

Mujeres

Si bien la mayoría de las normas utiliza el vocablo neutro de “personas” o especifica que contemplan a “hombres y mujeres”, se evidencia que **México** contempla más requisitos para la práctica de la ligadura de trompas que para la vasectomía, añadiendo para la primera un largo periodo de consejería para la paciente. Siendo la esterilización un tema que principalmente afecta a mujeres y niñas, las normas deben examinarse considerando las posibles consecuencias en su aplicación. Así, **Brasil** establece los requisitos más específicos de todos los países observados, siendo uno de ellos la autorización del o la cónyuge para las personas casadas. Esto puede fácilmente convertirse en un obstáculo para las mujeres casadas que quieran acceder a una ligadura de trompas, funcionando también al contrario: pone en una situación de mayor vulnerabilidad a las mujeres casadas que no deseen someterse al procedimiento y se vean presionadas por sus cónyuges.

Parto humanizado y violencia obstétrica

Tres de los siete países contemplan en su legislación de salud normas referentes al parto humanizado. **Argentina** incorpora al Plan Médico Obligatorio prestaciones

relacionadas con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto; consagra además una serie de derechos de la paciente embarazada, como el ser considerada respecto del proceso de nacimiento como persona sana y protagonista de su propio parto, al parto respetuoso de los tiempos biológicos y psicológicos, etc., (Ley 25.929 de 2004). **Brasil** consagra la obligación del Sistema Único de Salud (SUS) y a sus profesionales a permitir la presencia de un acompañante designado por la mujer embarazada durante todo el periodo de trabajo de parto, parto y posparto (Ley n° 11.108/2005). Finalmente, **Paraguay** recoge el concepto de violencia obstétrica en su legislación, definiéndola como “la conducta ejercida por el personal de salud o las parteras empíricas sobre el cuerpo de las mujeres y de los procesos fisiológicos o patológicos presentes durante su embarazo, y las etapas relacionadas con la gestación y el parto. Es al mismo tiempo un trato deshumanizado que viola los derechos humanos de las mujeres” (Ley N° 5777); mientras que **Argentina** la incluye en las modalidades de violencia como “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales” (Ley 26485).

En **Brasil** no existe una ley que defina qué es la violencia obstétrica, sino que existen leyes y ordenanzas que hablan sobre algunas prácticas específicas (Miahvida, s.f). La posibilidad de contar con una norma nacional que proteja a las mujeres en este ámbito se ve lejana, ya que en 2019 el Ministerio de Salud de la Nación prohibió la utilización del término “violencia obstétrica” en las normas y políticas públicas (Folha De Sao Paulo, 2019). En **Chile**, parlamentarias, profesionales de la salud y miembros de la sociedad civil presentaron un proyecto de ley de Parto Humanizado al Congreso Nacional, que a la fecha no ha recibido mayor atención y no ha pasado siquiera su primer trámite constitucional (El Desconcierto, 2019). Similar escenario se repite en Colombia, donde el proyecto de ley debe pasar a segundo trámite constitucional (proyecto N° 063/2017c), y en El Salvador (La Prensa Gráfica, 2019).

Un caso emblemático de violencia obstétrica se dio en Chile por parte de funcionarios de Gendarmería. En 2016, Lorenza Cayuhán entró en trabajo de parto mientras se encontraba privada de libertad, siendo engrillada por funcionarios de Gendarmería para trasladarla al hospital, dando a luz al bebé en grilletes. Los funcionarios justificaron su actuar aduciendo un supuesto peligro de fuga de Lorenza, prejuicio basado en su pertenencia a la nación Mapuche. La Corte Suprema acogió la acción de amparo interpuesta en su favor, sosteniendo que “el uso de grilletes una forma de represión y sujeción y, por ende, de coerción (...) su único objeto resaltar la situación procesal de condenada de la amparada frente al personal médico que la atendía, lo que resultaba del todo inútil; constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto, más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló” (Sentencia Rol N° 92.795-16, 2016).

Contracepción y Esterilización Forzada

Se entiende que la esterilización forzada ocurre “en ausencia del completo, libre e informado consentimiento de la mujer, aplicada a pesar de ser rechazado expresamente el procedimiento, sin que ella lo sepa, o sin que se le dé la oportunidad de dar su consentimiento” (Concha y Ferrer, 2019), siendo las mujeres, niñas y personas con discapacidad quienes están más expuestas. En este sentido, Naciones Unidas la declaró en 2008 un trato cruel, inhumano y degradante hacia la mujer, por lo que la protección a nivel legal contra esta práctica constituye un indicador importante de la garantía efectiva del derecho a la salud de las personas y, específicamente, de las poblaciones vulnerables referidas.

La mayoría de los países contiene algún tipo de prohibición de la contracepción coercitiva en su legislación, manifestada en una prohibición de la esterilización forzada. **Argentina** especifica que las intervenciones que provoquen esterilización son de ultima ratio (Ley N°17.132). **Brasil** prohíbe la inducción individual o colectiva a la práctica de esterilización quirúrgica (Lei N° 9.263); **Colombia** prohíbe la práctica de anticoncepción quirúrgica en menores de edad (Ley N° 1412/2010). **México** sanciona a quienes practiquen la esterilización sin la voluntad del paciente o ejerciendo presión para que la admita (Ley General de Salud); destaca la regulación del delito de genocidio en el Código penal para quien impusiere a esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción de uno o más grupos de carácter étnico, racial o religioso. En **El Salvador** y **Paraguay**, no hay normas específicas a la anticoncepción forzada, debiendo reclamarse como delitos de lesiones por la vía penal. En el caso de **Chile** llama la atención la existencia de la Resolución 1110/2004 que regula un proceso exhaustivo y engorroso para permitir al representante legal de la persona con discapacidad solicitar su esterilización, previa demostración de la incapacidad para brindar consentimiento de la persona. A pesar de la extensa declaración de principios que contiene, lo cierto es que constituye una contravención abierta a los derechos de las personas con discapacidad que el país sí consagra en su Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes y en su normativa constitucional.

En la sentencia T-573/2016, la Corte Constitucional de **Colombia** se pronunció sobre el caso de una niña con síndrome de Down a quien se le había insertado un anticonceptivo subdérmico que le producía malestar físico, por lo que su representante solicitó el retiro del dispositivo y su reemplazo por la ligadura de trompas. Alejándose de su línea jurisprudencial previa⁴, la Sala de Revisión declaró inadmisibles la práctica cuando no media el consentimiento de la persona afectada, extendiéndolo a cualquier procedimiento invasivo e instruyendo como tarea del juez o jueza verificar que el consentimiento de la persona discapacitada haya sido precedido por apoyos y salvaguardias (Montenegro, 2019). Se observa aquí una evolución en el criterio de la Corte desde un criterio que permitía la contracepción forzada a personas con discapacidad y NNA a una postura con mayor enfoque de derechos y más consecuente con la normativa internacional.

⁴ Sentada por las Sentencias C-182/2016 y C-131/2014. Permitían la autorización de procedimientos invasivos de esterilización en casos de NNA y personas discapacitadas mayores de edad mediante la figura del consentimiento sustitutivo de su representante legal.

3.4 Calidad

La Observación General N° 14 establece que el elemento de calidad contiene que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Esto requiere de personal médico calificado, medicamento y equipamiento hospitalario aprobado científicamente y vigente” (párr. 12.d). *Colombia* desarrolla en su el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la atención en Salud cinco características (accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia, continuidad) que resultan útiles para precisar el contenido del atributo de calidad en el derecho a la salud. En este apartado nos enfocaremos en los elementos de *seguridad* (conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías, basados en evidencia científicamente probada, que propenden a minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias) y *pertinencia* (grado en el cual los usuarios obtienen los servicios que requieren, de acuerdo con la evidencia científica, y sus efectos secundarios son menores que los beneficios potenciales) por ser los que generan mayor volumen de conflictividad civil, manifestándose específicamente en los conflictos de *responsabilidad y negligencia médica* (ver apartado de prevalencia).

La mayoría de los países observados- exceptuando a *El Salvador*- no regulan la responsabilidad médica de forma específica en sus normas de salud, no contemplando definiciones, requisitos, características etc. La responsabilidad del médico se determina por la infracción del mismo a la *lex artis* de su rubro- que no tiene rango legal- o a la ley de derechos de los pacientes (*Argentina, Chile, Brasil*) cuyo incumplimiento da lugar a una responsabilidad civil, administrativa o penal, realizando dichas leyes la remisión a la *lex artis* o ley de derechos de los pacientes correspondiente. Tal es el caso de *Argentina* (Ley N° 26.529), que además remite a las normas particulares de cada Estado; *Chile* a través de la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, que establece una sanción administrativa al incumplimiento de dicha ley; y Ley N° 19.966 que establece la responsabilidad de los órganos de la administración por falta de servicios en materia sanitaria correspondiente al contencioso civil. En *México*, la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional establece la responsabilidad civil de los profesionales de la salud por las contravenciones que comentan en el ejercicio de la profesión, aplicándose entonces las reglas generales de responsabilidad del Código Civil; respecto al código penal, no existen tipificaciones específicas al ejercicio médico, por lo que debe perseguirse esta responsabilidad cuando los actos de negligencia sean constitutivos de delitos tipificado. En responsabilidad administrativa, la Ley General de Salud contempla sanciones administrativas a los profesionales que la incumplan⁵ y nieguen atención médica de forma injustificada (Gamboa y Valdés, 2015). *Paraguay* sigue esta tendencia al optar por la regulación de cuatro hechos punibles relacionados con la actividad médica en su Código Penal⁶; la legislación civil no contempla ilícitos médicos, por lo que los actos que ocasionen daño deberán reclamarse según las reglas generales de responsabilidad civil (Benítez, 2017).

⁵ Artículo 417: 1) Amonestación con apercibimiento; 2) Multa; 3) Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total y 4) Arresto hasta por treinta y seis horas.

⁶ Artículo 106 (Homicidio motivado por súplica de la víctima); artículo 109 (Aborto); artículo 117 (Omisión de Auxilio) y; artículo 119 inciso 1° numerales 1 y 2 (Abandono).

En **Colombia** destaca la Ley 23/1981 que dicta normas en materia de ética médica, mediante esta ley se establece que la responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías producidas por el efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto (artículo 16) y establece una responsabilidad de carácter disciplinaria contra las faltas a la ética médica, decretada por el Tribunal Ético Profesional⁷, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas que también correspondan (Ruiz, 2004).

Finalmente, **El Salvador** es el único país observado que contempla la negligencia médica como tal en su normativa de salud, estableciendo una responsabilidad administrativa para los profesionales, técnicos, auxiliares, higienistas y asistentes relacionados con la salud, son responsables legalmente de sus actos en el *ejercicio profesional, cuando por negligencia, impericia, ignorancia, abandono inexcusable, cause daño o la muerte del paciente* (Código de Salud); la Ley de Derechos y Deberes del Paciente establece que el profesional deberá responder cuando por negligencia, impericia, ignorancia, abandono inexcusable, cause daño o la muerte a un paciente. La responsabilidad civil y penal se regirán por las normas generales, al no contemplar hipótesis de responsabilidad médica en sus respectivos códigos (Menéndez, 2019).

La regulación fragmentada es reconocible en la jurisprudencia de los países. Las Cortes superiores resuelven estas materias ya sea recurriendo a la infracción de la *lex-artis*, ley de derechos de los pacientes- como en Argentina- o las normas generales de ilícitos civiles- generando indemnizaciones por daños patrimoniales o morales, como es el caso de Chile, o por delitos penales cuando los hechos sean subsumibles en la norma penal.

En **Argentina**, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires declaró la responsabilidad de una Obra Social por mala praxis de los profesionales de salud en la realización de un procedimiento médico, específicamente en lo que respecta a la obligación de entregar información al paciente, señalando que “La asunción o rechazo de los riesgos era su facultad [de la paciente], su derecho, y fue vulnerado. Resulta justificado que el profesional que omitió dar la debida Información, responda por los daños que el Estudio, aun correctamente realizado, provocó” (Prat, 2015). Así, la adecuada praxis médica no solo contemplaría la observación del correcto procedimiento al realizar un examen invasivo, sino que también la observación de las obligaciones que los derechos de los y las pacientes imponen a dicho profesional, pudiendo ser responsable civilmente en caso de negligencia en su cumplimiento.

En **Chile**, la Corte Suprema declaró la responsabilidad civil de un ginecólogo por negligencia en la práctica e incumplimiento de la *lex-artis*. En el caso, el ginecólogo tratante

⁷ El Tribunal Ético Profesional puede imponer las siguientes sanciones: a) Amonestación privada; b) Censura (escrita y privada, escrita y pública, verbal y pública); c) Suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses; d) Suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por cinco años.

descartó practicar exámenes esenciales, pese a poseer en su consulta un equipo doppler y laboratorio, omisión que generó un error en el diagnóstico del estado de salud de la paciente embarazada al decidirse no adelantar el parto pese a lo delicado de su embarazo, lo que finalmente derivó en la muerte del feto. Así, la Corte establece que el ginecólogo es personalmente responsable y por tanto debe indemnizar el daño moral y emergente ocasionado a la paciente (Sentencia Rol N° 7113-2017).

En *Colombia*, la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de la Nación en sentencia del 26 de noviembre de 1986 sostiene que, al ser la relación médico/paciente de carácter contractual, da lugar a ilícitos civiles y la responsabilidad debe perseguirse por dicha vía, añade que la obligación que el médico asume por acuerdo es de medio y no de resultado, por lo que, de no lograr alcanzar el objetivo propuesto solo podrá ser declarado civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios en caso que se demuestre un actuar culpable por haber abandonado o descuidado al paciente, por no utilizar diligentemente sus conocimientos científicos, o bien por no administrar a sabiendas el tratamiento adecuado (Castro y Posada, 2017).

Vemos que, ante la falta de norma expresa, es la jurisprudencia de los distintos países la que se ha encargado de cementar los márgenes para exigir la responsabilidad médica, delimitando los supuestos que la hacen procedente y el tipo de responsabilidad. La sentencia de la Corte de Colombia mencionada anteriormente resulta un caso interesante de analizar, por cuanto entrega una solución a varias dimensiones que presentan dificultades al analizar la responsabilidad médica, como lo es la naturaleza de la obligación que contraen los médicos y médicas y la naturaleza de la responsabilidad en que incurrir.

Aborto

La mayoría de los países observados se encuentran en una etapa de despenalización parcial, por lo que existe una criminalización general del aborto con excepción de ciertas causales taxativas consignadas en la legislación. Son comunes las causales de i) peligro para la vida de la madre; y ii) violación; la penalización tanto a la mujer como a quien le asista en el aborto y la contemplación de una agravante del delito de aborto cuando se cometa sin consentimiento de la mujer. Solo penalizan el aborto de forma absoluta *El Salvador* y *Paraguay*.

Argentina penaliza con reclusión el aborto en su Código Penal, penalizando a la mujer (artículo 85) y una inhabilitación a las profesiones de la salud que “abusen” de su ciencia para causar o cooperar con el aborto (artículo 86); el mismo artículo establece que no es punible el aborto practicado por un médico diplomado que cuente con el consentimiento de la mujer encinta, en dos hipótesis: 1. Se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios y; 2. El embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, previa autorización de su representante legal. Sin embargo, la obstrucción práctica de la ejecución de embarazos no punibles en Argentina llevó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación

a pronunciarse en el caso “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, reafirmando el derecho de las mujeres a interrumpir sus embarazos en todas las circunstancias permitidas por la ley, sin importar la capacidad intelectual o psicosocial de la mujer. Convocó a los poderes judiciales de todas las jurisdicciones a que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos legales. Finalmente, exhortó a las autoridades a implementar y hacer operativos protocolos hospitalarios para remover todas las barreras que limitan el acceso a los servicios médicos, también estableció diversas pautas que los protocolos deben contemplar (CSJN, 2012; La Nación, 2012).

Brasil penaliza el aborto en general en su Código Penal, tanto a la mujer como a quien lo provoque; llama la atención la penalización del aborto realizado en una mujer “enajenada o mentalmente débil” mediando su consentimiento, vulnerando nuevamente la autonomía de las mujeres con discapacidad (art. 126). La excepción es el “aborto necesario” cuando no hay otra forma de salvar la vida de la mujer o cuando el embarazo resulta de una violación, previo consentimiento de la mujer o de su representante legal. En el año 2012, el Supremo Tribunal de Brasil añadió una tercera causal para casos de mujeres embarazadas de fetos anencefálicos, también conocida como ADPF 54. Hasta el 2012, las mujeres embarazadas de fetos anencefálicos se veían obligadas a recurrir de forma individual al poder judicial para obtener un permiso que les permitiese practicarse un aborto, quedando a merced del criterio personal de fiscales y jueces según estuviesen a favor o en contra del aborto. Se presentó ante el Tribunal Supremo de Brasil una Demanda de Incumplimiento del Precepto Fundamental 54, a fin de declarar inaplicables las normas que criminalizan el aborto a los casos de mujeres embarazadas de fetos anencefálicos. El Tribunal Supremo de Brasil la acogió (Bergallo, Jaramillo y Vaggione. 2018).

Chile contempla una penalización general del aborto en el Código Penal (artículo 342 y siguientes), habiéndolo despenalizado parcialmente recién durante el 2017 con la aprobación de la Ley N°21.030, que modifica el Código Sanitario y el Código Penal. Las causales de despenalización son i) riesgo vital de la madre; ii) patología congénita del feto incompatible con la vida extrauterina; iii) que el embarazo sea resultado de una violación hasta las 12 semanas de gestación y 14 semanas de gestación en el caso de niñas menores de 14 años, requiriendo en todas el consentimiento expreso, previo y por escrito de la mujer; en el caso de las niñas menores de catorce requiere además una autorización de su representante legal o de uno de ellos, a elección de la niña. La legislación de este país es peculiar en lo que concierne a la objeción de conciencia, reglamenta una hipótesis en extremo amplia, extendiéndola al médico cirujano, al resto del personal que deba desarrollar sus funciones en pabellón y, en virtud del reglamento (Decreto N°67/2018 MINSAL) también a las instituciones de salud privada. Esta norma ha sido objeto de diversas críticas en base a las consecuencias nocivas que ha tenido en cuanto al acceso de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo (MINSAL, 2019).

En 2017, el Tribunal Constitucional del País debió pronunciarse sobre el proyecto de ley de despenalización, resultando en la Sentencia Rol N°3729(3751)-17. Considerando jurisprudencia y tratados internacionales e interpretando los derechos constitucionales garantizados para todas las personas, el tribunal declara la con-

stitucionalidad del IVE en tres causales y afirma de forma explícita, por primera vez en su historia, que “la mujer es persona, y como tal, sujeto de derecho”, y que la protección al nasciturus “no puede significar un mandato para descuidar a la mujer(...) la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido” (Diario Constitucional, 2019).

En **Colombia** el aborto fue despenalizado vía judicial en la sentencia C.355-2006 de la Corte Constitucional Colombiana, que declara inconstitucional la prohibición absoluta aborto y establece que es abiertamente desproporcionada, ya que anula completamente los derechos de la mujer embarazada garantizados tanto en la constitución como en los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Así, la interrupción voluntaria del embarazo IVE es un derecho de las mujeres colombianas en tres casos específicos: i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o salud de la mujer, certificada por un médico; ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, que debe complementarse con la sentencia T-209-2008, donde se reconoce la objeción de conciencia únicamente como un derecho de las personas naturales y en ningún caso de las personas jurídicas, estableciendo el deber de derivación del médico. Es obligación del Sistema de Seguridad Social en Salud garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para realizar la IVE (Oliveros, 2016). Fuera de estas causales, el aborto sigue encontrándose penalizado por el artículo 122 del Código Penal Colombiano.

Al ser **México** un estado federal, la despenalización del aborto se ha dado en forma dispar y en distintas hipótesis. La información recopilada por la organización Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), a lo largo de México se contemplan un total de 8 causales distintas para abortar, consagradas en las distintas regulaciones de cada estado (GIRE, 2016): **i)** En todos se permite la interrupción voluntaria del embarazo IVE por causal de violación; **ii)** también se encuentra la causal de peligro de muerte para la madre (25 estados); **iii)** aborto culposo (30 estados); **iv)** embarazo resultante de una inseminación artificial no consentida u otra técnica de reproducción indebida (13 estados); **v)** afectación grave a la salud de la mujer (14 estados); **vi)** alteraciones genéticas del feto que puedan dar como resultado daños físicos o mentales graves (16 estados); **vii)** precaria situación económica (2 estados) y; **viii)** despenalizado (1 estado), Ciudad de México permite el aborto sin concurrencia de causales antes de las 12 semanas de gestación (GIRE, 2016). Además, la Norma Oficial Mexicana 046-SSA2-2005 regula aquella terminación del embarazo permitida por la ley y regula la objeción de conciencia, estableciendo el deber de instituciones públicas de contar con médicos y enfermeras capacitados no objetores; nace el deber de derivación de la usuaria a una unidad de salud que cuente con profesionales no objetores y la infraestructura de calidad.

En **El Salvador** el panorama legal es complejo, siendo uno de los pocos países que contempla una prohibición absoluta del aborto (BBC, 2017). El aborto se trata exten-

samente en el Código Penal, sancionando siete tipos distintos de delitos relacionados con el aborto⁸. Esta prohibición absoluta ha ocasionado que el propio Comité CEDAW se pronuncien su recomendación de 3 de marzo de 2017, expresando su preocupación respecto de la persecución que enfrentan las tanto mujeres que deciden abortar como aquellas que meramente sufrieron una pérdida espontánea y que son procesadas por el “delito de aborto” y la práctica de encarcelar a las mujeres que acuden a servicios de salud necesitando ayuda profesional, denunciadas por los mismos profesionales temerosos de que se les procese como cómplices o encubridores. Instó a El Salvador a revisar el código penal y legalizar el aborto al menos en los casos de violación, incesto, amenazas a la vida y/o salud de la mujer embarazada o en los casos de deterioro o inviabilidad del feto; llama además a asegurar la confidencialidad de las pacientes (CEDAW,2017). Durante el 2016 y 2017 se logró presentar en la Asamblea Legislativa dos iniciativas de ley al respecto. Sin embargo, a pesar de que lograron que el tema entrase en discusión legislativa en marzo de 2019, los proyectos no alcanzaron la voluntad política y, a la fecha, no han prosperado (Carranza, 2019).

Paraguay tiene una fuerte presencia de discursos anti derechos tanto en el poder legislativo como en la sociedad civil, por lo que los intentos de despenalización han sido infructuosos (Soto, C y Soto. L. 2020). Tipifica el aborto como delito en su artículo 349 del Código Penal. La única causal por la cual el aborto no sería punible no tiene que ver con la voluntad de la mujer, sino que corresponde simplemente cuando cualquiera personal médico justificare haber causado el aborto indirectamente con el propósito de salvar la vida de la mujer puesta en peligro por el embarazo o por el parto (artículo 352). Contempla además una disminución de la pena a la mitad en el artículo 353 para el caso del aborto causado para salvar el honor de la esposa, madre, hija o hermana.

Derechos y deberes de los pacientes

Las cartas de derechos y deberes de los pacientes se han convertido en una garantía fundamental para el adecuado acceso al derecho a la salud. En este apartado se desarrollarán dos ejes que resultan cruciales para la adecuada consecución de los elementos del derecho a la salud contenidos en la Observación General N°14: La existencia de una regulación de derechos de los pacientes y, específicamente, de los derechos a la información (párr. 12.b) y el consentimiento informado.

La revisión normativa arroja que, con la excepción de *Paraguay*, todos los países contemplan una norma específica sobre derechos de los pacientes, existiendo aristas básicas contempladas en todas ellas, tales como *i)* el derecho al acceso a servicios de salud y a la atención; *ii)* confidencialidad del historial clínico; *iii)* trato digno y no

⁸ Los tipos son: Aborto consentido y propio (art. 133); aborto sin consentimiento (art. 135); aborto agravado e inducción o ayuda al aborto (art.136); de aborto culposo (art. 137); lesiones al no nacido (el art. 138) y lesiones culposas en el no nacido (art. 139) del Código penal.

discriminatorio; *iv*) Derecho a la información de forma clara y culturalmente apropiada; *v*) Consentimiento informado.

a) Respeto del derecho a la información, éste se encuentra explícitamente contemplado en todas las normativas. *Argentina* dispone el derecho del paciente a su información sanitaria (aquella que informa sobre su estado de salud de manera clara, suficiente y adecuada a su capacidad de comprensión) en su ley de derechos del paciente (Ley 26.529); *Brasil* establece el derecho a la información sobre estado de salud del paciente entregada en forma clara, objetiva, respetuosa y comprensible respecto de sus diagnósticos; tipos, justificaciones y riesgos de los exámenes solicitado y los resultados de estos; objetivos, riesgos y beneficios de los procedimientos (Ordenanza N° 1.820); *Chile* también consagra el derecho a la información suficiente, oportuna, veraz y comprensible respecto de una serie de elementos como los tipos de acciones de salud y derechos que le asisten a la persona (Ley N°20.584). *Colombia* establece el derecho a mantener una comunicación clara con el personal de salud, a recibir y revisar explicaciones sobre los costos de los servicios y los medios de quejas y comentarios (Resolución 4343/2012). *México* también contempla el derecho a recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como que la orientación sea necesaria respecto de la atención de su salud, así como los procedimientos para el acceso a servicios de atención médica (Ley General de Salud); y, finalmente, *El Salvador* contempla el derecho de la persona a que el prestador entregue durante la atención información veraz, oportuna y comprensible sobre su diagnóstico, pronóstico y tratamiento, resultados de exámenes de laboratorio, posibilidades de éxito y costos estimados (Decreto N° 307 de la Asamblea Legislativa).

b) Sobre el Consentimiento Informado

Argentina define en su Ley 26.529 el consentimiento informado “como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de estado de salud; el procedimiento propuesto, especificando los objetivos perseguidos; beneficios esperados del procedimiento; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados” (artículo 5). Es obligatorio para la realización de toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario (artículo 6). No obstante, el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado cuando mediare grave peligro para la salud pública; mediare una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del o la paciente y ni pudiera dar el consentimiento por sí o por representantes legales (artículo 9).

En *Brasil* la ley establece que se requerirá el consentimiento libre, voluntario e informado para cualquier procedimiento diagnóstico, preventivo o terapéutico, excepto en casos que supongan un riesgo para la salud pública, considerando que el consentimiento otorgado previamente puede ser revocado en cualquier momento, por decisión libre e informada (Ministério da Saúde, 2012). En *Chile* se establece el derecho la autonomía en su atención de salud (consentimiento informado) para autorizar o

denegar someterse a cualquier procedimiento o tratamiento, con la excepción de la hipótesis de peligro para la salud pública (artículos 14 y 15 de la ley N°20.584).

En *Colombia*, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado el consentimiento informado esencial a la autonomía del paciente (Mendoza y Herrera, 2017); se encuentra regulado en la Ley 23/1981 y en el Decreto 3380/ 1981, que establecen la obligación del médico de pedir el consentimiento del paciente para aplicar los tratamientos médicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente. El Decreto N°3380 establece que el médico cumple la advertencia del riesgo previsto con el aviso que en forma prudente haga a su paciente, familiares o allegados respecto a los efectos adversos que puede llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico. El artículo 11, por su parte, señala que el médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en dos casos: a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan y; b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

México regula los derechos de los pacientes en su Ley General de Salud, consagrando el derecho de otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos. En el Decreto N°307, *El Salvador* regula el consentimiento informado como el documento que contiene por escrito la conformidad expresa del paciente o su representante legal, previa a la obtención de la información adecuada, suficiente y continua claramente comprensible para la persona ante una intervención quirúrgica y en general aquellos procedimientos que conlleven riesgos relevantes para la salud, que puede ser retirado en cualquier momento (artículo 15). La norma contempla como excepciones: a) que la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) La persona no esté capacitada para tomar decisiones y no existan familiares o representante legal o éstos se negasen injustificadamente a prestarlo; c) ante una situación de emergencia que no permita demoras por existir el riesgo de lesiones irreversibles o de fallecimiento, y la alteración del juicio del paciente no permita obtener su consentimiento; d) Ante una situación de urgencia de paciente abandonado sin pleno uso de sus facultades mentales (artículo 18). Finalmente, *Paraguay* no contempla una normativa específica que consagre los derechos de los pacientes, existiendo solo remisiones a la Constitución, tratados internacionales y la alusión al bienestar de los pacientes en diversas normas.

4. Prevalencia de la conflictividad de Salud

El objetivo de este apartado es caracterizar la prevalencia de la conflictividad jurídica de salud en siete países de América Latina haciendo uso de información de tipo cualitativa y cuantitativa. El objeto de estudio son aquellos conflictos de naturaleza jurídica que experimentan las personas, aun cuando no hayan acudido ante mecanismos judiciales y/o alternativos para su resolución. Esta es la noción que se utilizará de prevalencia: la proporción de individuos en una población que presenta el evento –en este caso, un problema justiciable relacionado con el derecho a la salud- en un periodo determinado. Desde esta perspectiva, saber con exactitud cuántos conflictos se presentan en un país resulta inviable. En el mejor de los casos, es factible conocer porcentajes aproximados de la conflictividad, mismos que son contabilizados a través de encuestas nacionales o locales. La ocurrencia de determinados conflictos también puede quedar registrada en estudios académicos, anuarios estadísticos, informes de rendición de cuentas e investigaciones periodísticas. De este modo, éstas son las principales fuentes de la información cuantitativa que aquí se analizarán. Adicionalmente, casos mediáticos de impacto social son utilizados para caracterizar de mejor forma la conflictividad de la esfera, profundizando en los aspectos cualitativos. Los conflictos que se desarrollarán en el apartado no son exhaustivos, ni en su tipo, ni en su prevalencia. No obstante, contribuyen a ilustrar la realidad de la conflictividad de salud en la región.

A partir del año 2013, diversos países de América Latina han implementado encuestas de necesidades jurídicas a nivel nacional. Entre los países estudiados por OCCA, se encuentran Colombia (2013 y 2016), Chile (2015), y Argentina (2016). Los resultados no son comparables entre países debido a importantes diferencias conceptuales y metodológicas, por lo que la presentación e interpretación de los datos debe realizarse con prudencia. Pese a estas dificultades, los datos generados por las encuestas son un primer paso imprescindible para conocer, a nivel general, la ocurrencia de conflictos. Dos países relevantes para el análisis del OCCA, Paraguay y El Salvador, no han sido abordados en este primer bosquejo cuantitativo. Esto se debe a que en dichos países no se han desarrollado encuestas de necesidades jurídicas. Por tanto, se hará un esfuerzo para que esta carencia de información cuantitativa sea compensada con otros datos relevantes, así como con información cualitativa que aporte a la caracterización de la conflictividad.

⁹ 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

TABLA 9. Conflictividad de salud registrada por encuestas de necesidades jurídicas

País	Conflictos estudiados en salud	% de población con necesidades jurídicas de salud	% de necesidades jurídicas de salud del total de necesidades jurídicas	Definición de necesidad jurídica	Muestreo, tamaño de la muestra y margen de error
Argentina ⁹	<ul style="list-style-type: none"> - Problemas por tratamientos, cirugías o medicación por parte de un médico o dentista u otro profesional de la salud - Problemas para acceder a los servicios públicos de salud - Problemas para acceder a servicios de urgencias - Problemas con la empresa de medicina prepaga o la obra social (cobertura, calidad) - Con el acceso a medicamentos (por el costo, o la cobertura) - Tratamientos de salud mental 	<p>Población con necesidades jurídicas: 54,1%</p> <p>Población con necesidades jurídicas en salud: 20,7%</p>	38,26%	Asunto experimental por una persona, que involucra cuestiones legales, independientemente de que la persona lo considere un asunto "legal" y de que la persona haya tomado o no acciones para resolverlo.	Probabilístico polietápico, con una primera etapa de aglomeración y una segunda de estratificación de hogares en todo el país. Tamaño y unidad de la muestra: 2800 hogares Margen de error: (+/-) 2,3%
Chile ¹⁰	<p><i>Salud</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - No respeto de los derechos de los pacientes - Errores médicos que causaron daños - Otros <p><i>Seguros de salud</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Problemas con la afiliación o desafiliación en FONASA, Isapre u otro seguro de salud - Problemas con la cobertura o lo que cubre FONASA, Isapre u otro seguro de salud - Problemas por rechazo o reducción injustificada de licencias médicas - Problemas por alza unilateral del plan de Isapre - Problemas con el cumplimiento de las prestaciones del AUGE - Problemas con el cumplimiento de las condiciones pactadas con su plan de salud - Problemas con el reembolso de la Isapre 	<p>Población con necesidades jurídicas: 44,5%</p> <p>Población con necesidades jurídicas en: Salud (8,4%) Seguros de salud (5,3%) Total: 13,7%</p>	30,78%	Conflictos jurídicos factibles de ser llevados al sistema judicial, independientemente de las acciones seguidas por los involucrados.	Muestreo probabilístico. Tamaño de la muestra: 4000 personas. Margen de error: (+/-) 1,55%
Colombia ¹¹	<ul style="list-style-type: none"> - Afiliación a servicios de salud - Prestación de servicios de salud - Errores médicos - Interrupción voluntaria del embarazo - Haber sido obligado a practicarse tratamiento u operación 	<p>Población con necesidades jurídicas: 42,7%</p> <p>Población con necesidades jurídicas en salud: 6,39%</p>	Salud: 14,3%	Conflicto -una situación contenciosa entre dos o más partes sobre la titularidad de ese derecho reconocido o una circunstancia que afecta el goce y disfrute del mismo.	Probabilístico con muestreo estratificado. Tamaño y unidad de la muestra: 5866 personas Margen de error: (+/-) 3%

⁹ GfK Adimark Chile (2015). Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas y Acceso a Justicia.

¹¹ La Rota, M., Lalinde, S., y Uprimny, R. (2013). Encuesta Nacional de Necesidades jurídicas. Análisis general y comparativo de tres poblaciones. Recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf

Colombia ¹²	<ul style="list-style-type: none"> - Negación del servicio de salud - Acceso/afiliación a la salud - Registro/Categorización SISBEN - Errores médicos - Consumo de drogas alucinógenas 	<p>Población con necesidades jurídicas: 10%</p> <p>Población con necesidades jurídicas en salud: 2,34%</p>	<p>Población con necesidades jurídicas: 10%</p> <p>Población con necesidades jurídicas en salud: 2,34%</p>	<p>Es un problema, conflicto o desacuerdo que debe haber afectado un derecho, al punto de que se requeriría la intervención de un tercero.</p>	<p>Muestreo probabilístico, estratificado, multietápico, de conglomerados</p> <p>Tamaño y unidad de la muestra: 22.893 hogares</p> <p>Margen de error: (+/-) 5% en cabecera y (+/-) 7% en centros poblados y rurales dispersos.</p>
------------------------	---	--	--	--	---

Fuente: Elaboración propia en base a información de Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016), GfK Adimark Chile (2015), La Rota, M., Lalinde, S., y Uprimny, R. (2013), y Departamento Nacional de Planeación (2017).

La tabla anterior condensa los hallazgos de las Encuestas de Necesidades Jurídicas en materia de salud en Argentina, Chile, y Colombia. Como puede observarse, las diferencias conceptuales y metodológicas de las distintas encuestas imposibilitan una comparación de las tasas absolutas entre los países. No obstante, las tasas relativas de prevalencia de las categorías – en este caso, salud – permiten hacer un análisis comparativo. De este modo, en todas las encuestas señaladas la esfera de conflictividad de salud se encuentra entre las primeras tres con mayor prevalencia. Independientemente de las diferencias de los porcentajes y las características metodológicas de las encuestas, resulta evidente que los conflictos de salud se encuentran entre los más prevalentes en distintas sociedades (ver tabla 10). Desde luego, conviene observar que los tipos de conflictos estudiados en la esfera de salud son variables entre las encuestas. Por ejemplo, en la mayoría de las encuestas encontramos conflictos relacionados con errores médicos, mientras la encuesta colombiana del 2013 es la única que incluye problemas relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo. Por otro lado, todas las encuestas consideran conflictos vinculados con la afiliación a seguros de salud y con el acceso a servicios de salud.

TABLA 9. Conflictividad de salud registrada por encuestas de necesidades jurídicas

País	Salud entre las esferas con mayor prevalencia de conflictividad	Fuente
Argentina	<ol style="list-style-type: none"> 1. Delitos (29.2%) 2. Consumo (24.5%) 3. Salud (20.7%) 	Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016)
Chile	<ol style="list-style-type: none"> 1. Penal (15.4%) 2. Total de salud* (13.7%) <p>Total de salud = 8.4% salud + 5.3% seguros de salud</p>	GfK Adimark Chile (2015)
Colombia	<ol style="list-style-type: none"> 1. Hurto y estafa (8.2%) 2. Salud (6.1%) 	Dejusticia (2013)
Colombia	<ol style="list-style-type: none"> 1. Salud (2.3%) 	Departamento Nacional de Planeación (2017)

Fuente: Elaboración propia con base en información de GfK Adimark Chile (2015), Dejusticia (2013), Departamento Nacional de Planeación (2017), Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016).

¹² Departamento Nacional de Planeación (2017). Necesidades jurídicas en Colombia 2016. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Colombia-present%C3%B3-ante-la-OCDE-resultados-de-encuesta-nacional-de-necesidades-jur%C3%ADdicas.aspx>

La tabla 11 muestra los tres conflictos de salud que ocurren con mayor frecuencia en cada país, indicando el porcentaje de prevalencia respecto al total de la población. Dadas las amplias diferencias en los tipos de conflictos considerados por las distintas encuestas, es difícil hacer un análisis comparativo. En el caso **argentino**, los tres conflictos guardan relación con la accesibilidad a medicamentos o a servicios de salud. Uno de esos conflictos, sin embargo, incluye, además de la cobertura, la calidad. En **Chile**, la encuesta reporta que el “no respeto por los derechos de los pacientes” es el conflicto más frecuente, tratándose así de un tipo amplio que puede incluir aspectos muy diversos, y que, además, puede significar cosas distintas para distintas personas encuestadas. El segundo lugar lo ocupan los errores médicos o negligencias, que pueden formar parte del atributo de *calidad* del derecho a la salud. El tercer lugar en prevalencia se refiere a los problemas con la afiliación o desafiación a FONASA, Isapre u otro seguro. El hecho de que las tres instituciones se encuentren en la definición del conflicto obstaculiza un análisis más profundo, que permita distinguir las rutas de prevención y regulación que resultan necesarias. Finalmente, la encuesta **colombiana** detecta que la negación del servicio de salud es tipo de conflicto más prevalente, no sólo en la esfera de salud, sino en la totalidad de los conflictos. Más adelante estudiaremos el fenómeno de la judicialización de los conflictos de salud que vive la población en Colombia, lo que además responde a una alta prevalencia del conflicto. Finalmente, en un lejano segundo lugar, se ubican los problemas relacionados con el acceso y afiliación a los servicios de salud.

TABLA 11. Conflictos más prevalentes reportados en salud según ENJ

País	Tres conflictos más prevalentes en salud	Fuente
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> - Problemas con la empresa de medicina prepaga o la obra social (cobertura, calidad) (9.0%) - Problemas con el acceso a medicamentos (por el costo o cobertura) (6.6%) - Problemas para acceder a los servicios públicos de salud (6.4%) 	Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016)
Chile	<ul style="list-style-type: none"> - No respeto por los derechos de los pacientes (4.4%) - Errores médicos o negligencias que causaron daños (3.0%) - Problemas con la afiliación o desafiación en FONASA, Isapre u otro seguro de salud (1.8%) 	GfK Adimark Chile (2015).
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> - Negación del servicio de salud (2,03%) - Acceso/afiliación a salud (0,21%) 	Departamento Nacional de Planeación (2017)

Fuente: Elaboración propia con base en información de Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016), GfK Adimark Chile (2015), Departamento Nacional de Planeación (2017) y World Justice Project (2018).

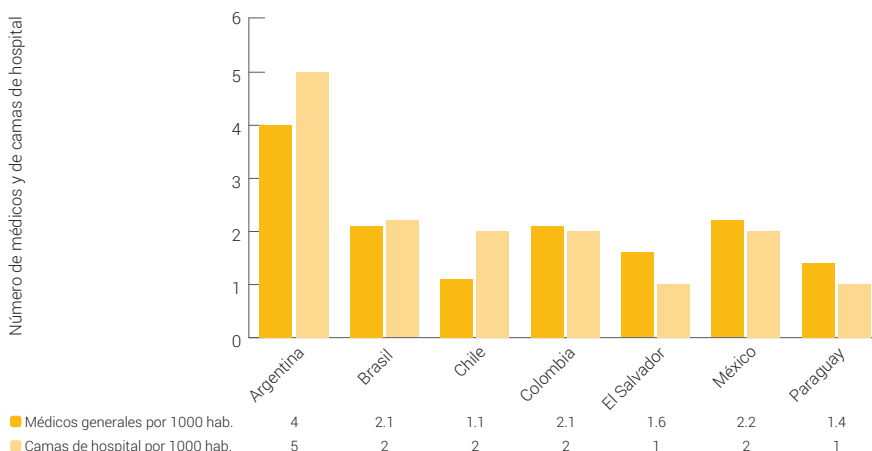
En las páginas siguientes se profundizará en algunos problemas justiciables relacionados con el derecho a la salud, a través de información de tipo cualitativo y cuantitativo. El capítulo está organizado de acuerdo a los atributos del derecho a la salud desarrollados por el ESCRC en su Observación General N. 14.

4.1 Conflictos relacionados con la disponibilidad de servicios de salud

De acuerdo con la Observación General N. 14, la disponibilidad se refiere a la “existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud” (CESCR, 2000, párr. 12.a). Desde luego, los alcances precisos de esa disponibilidad dependerán de diversos factores, incluyendo el nivel de desarrollo económico del país. A pesar de eso, la no disponibilidad de recursos suficientes y necesarios para satisfacer la demanda de servicios de salud es el caldo de cultivo de conflictos justiciables concretos en la esfera de salud. La forma en que la escasez de recursos humanos y materiales produce saturación y colapso de los sistemas de salud puede evidenciarse a través de indicadores simples. Las tasas de médicos generales, médicos especialistas y camas de hospital por determinado número de habitantes, ya son señales de las condiciones en que se encuentran los sistemas de salud, y, en consecuencia, de los conflictos justiciables que podemos encontrar entre la población.

El gráfico siguiente muestra la tasa de médicos (generales y especialistas) por cada 1000 habitantes. Es un primer indicador que ya revela indicios sobre la posible saturación del sistema. Mientras que el promedio de médicos por habitante entre los países de la OCDE es de 3.4 por cada 1000 habitantes, en los siete países aquí observados encontramos importantes diferencias con esas cifras, siendo Argentina el único país que registra una tasa de médicos por encima del promedio OCDE. Brasil, Colombia y México tienen una tasa ligeramente por encima de los 2 médicos por cada 1000 habitantes. Mientras tanto, Chile, Paraguay y El Salvador registran tasas que se ubican entre 1 y 2 médicos por 1000 habitantes, siendo Chile el país que presenta una tasa menor. La tasa de camas de hospital por 1000 habitante es otra medida que da cuenta de la saturación del sistema de salud. Desde luego, en el siguiente gráfico se presentan los promedios nacionales, por lo que es posible encontrar diferencias sustanciales entre diferentes regiones del país, tema que será abordado más adelante.

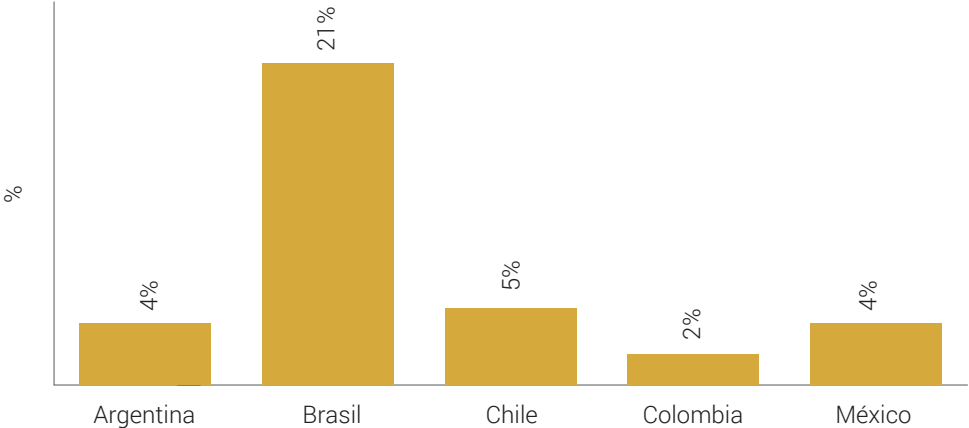
Gráfico 1. Número de médicos y de camas de hospital por habitante en varios países de América Latina



Fuente: Elaboración propia con base en información del Banco Mundial.

El contexto de saturación de los sistemas de salud debido a la falta de disponibilidad de recursos humanos y materiales suficientes se traduce en conflictos justiciables concretos. Las encuestas de necesidades jurídicas elaboradas por el *World Justice Project* identifican la proporción de población que experimenta dificultades para acceder a servicios de salud en hospitales y clínicas públicas. La encuesta no define el término “dificultades”, por lo que resulta difícil entender a qué se refiere. No obstante, es posible complementar esta información con otros datos. De acuerdo con la encuesta de necesidades jurídicas *colombiana* del año 2016, la “negación del servicio de salud” es la necesidad jurídica más prevalente, no sólo en la esfera de salud, sino en todo el universo de necesidades jurídicas. La encuesta argentina, por su parte, registró que un 6.4% de la población experimenta problemas para acceder a los servicios públicos de salud.

Gráfico 2. Dificultades para recibir atención médica en clínicas y hospital públicos (% respecto al total de la población).



Fuente: Elaboración propia con base en información de World Justice Project (2018).

Las dificultades para acceder a los servicios de salud pueden referirse simplemente a una postergación del servicio, lo que en el ámbito de la salud puede tener consecuencias irreversibles. El caso de *Chile* es paradigmático. La existencia de casi dos millones de personas en las listas de espera en el sector público ha colocado el tema en la agenda mediática nacional (Freixas, 2018). Un 80% de las personas que se encuentran en dichas listas espera una consulta médica con especialistas, mientras que un 20% está a la espera de cirugía (Freixas, 2018). En el primer caso, el tiempo de espera promedio es de trece meses, en tanto que para las cirugías es de un año y cuatro meses. Aunque es relevante mirar todos los casos, la situación resulta especialmente llamativa como *conflicto justiciable* en aquellos casos que corresponden a las 85 patologías que forman parte de las Garantías Explícitas en Salud (GES) establecidas por la Ley AUGE 19.966. Dicha ley estableció una serie de garantías o derechos en materia de salud relativos a acceso, calidad, oportunidad y protección financiera (Ley

19.966). Así, la garantía de oportunidad establece un plazo máximo para el otorgamiento de las prestaciones de salud garantizadas para cada una de las 85 patologías consideradas en el plan. Pese al mandato legal, el incumplimiento de las garantías es un problema serio que afecta a un número considerable de la población. A agosto de 2018, la Superintendencia de Salud registraba 9.209 casos de personas que no recibieron alguna prestación que forma parte de las patologías reconocidas en el programa AUGE/GES, 39,5% de los cuáles correspondía a diagnósticos considerados “de riesgo”, incluyendo 1.465 casos de cánceres (INDH, 2018). Algunas cifras ilustran una problemática profunda del sistema de salud, así como efectos fatales en la salud y la vida de las personas. Por ejemplo, el retraso promedio en el cumplimiento de las garantías en el caso del cáncer de mamas es de 52 días, mientras que en casos de cáncer cervicouterino es de 49,9 días (INDH, 2018). Los datos son preocupantes, en tanto que el cáncer es la primera causa de muerte entre las mujeres en seis regiones del país. De hecho, Chile registra la más baja sobrevivida a 5 años para el cáncer cervicouterino entre los países de la OCDE, mientras que en el caso del cáncer de mamas ocupa el antepenúltimo lugar entre el mismo grupo de países. De acuerdo con especialistas en la materia, estas cifras se relacionan con una escasez de recursos, evidenciándose en la falta de médicos especialistas (INDH, 2018). Un estudio realizado por una comisión asesora del Ministerio de Salud encontró que de una muestra de 993 personas fallecidas a propósito de patologías parte del Plan AUGE/GES, en 15% de los casos fue posible “plantear una hipótesis de asociación potencial entre la derivación en espera y el fallecimiento” (INDH, 2018, p. 220).

El atributo de *disponibilidad* se encuentra estrechamente vinculado con la *calidad* de los servicios de atención a la salud, como se verá más adelante. Por ahora basta señalar que en el 2018 el estado chileno ya ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por no garantizar los derechos a la salud, a la vida, a la integridad y de acceso a la información en el caso *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Las negligencias médicas institucionales, por lo tanto, estarán en muchas ocasiones vinculadas con la no disponibilidad de servicios de salud.

El caso *colombiano* también es paradigmático. El hecho de que la negación de servicios de salud haya resultado ser la necesidad jurídica más frecuente debe despertar las alarmas en el sistema de salud. Dicha prevalencia coincide también con el fenómeno de las tutelas de derecho a la salud en Colombia, representando una proporción significativamente mayor que el resto de las tutelas (Defensoría del Pueblo, 2018). Las razones de interposición de las tutelas de salud son diversas -pueden deberse a la negación, la demora o la entrega parcial de los servicios de salud-, pero todas van dirigidas a la búsqueda de prestación del servicio de manera integral (Defensoría del Pueblo, 2018). Desde luego, no toda denegación del servicio se vincula con la no disponibilidad de recursos de salud, sino con decisiones arbitrarias de las entidades prestadoras de salud. En algunos casos, sin embargo, sí puede establecerse un vínculo con la no disponibilidad. Así, por ejemplo, nos encontramos ante las tutelas interpuestas en caso de tumores y neoplasias, en muchos casos asociadas por la falta de oportunidad en el tratamiento (2018, p. 126). Algo similar sucede con las enfermedades circulatorias, en donde las tutelas se interponen por la “demora en el suministro de los insumos para cirugías requeridos por el paciente, además de la

oportunidad para citas de control” (p. 127). En estos casos sí puede considerarse la no disponibilidad de recursos humanos y de equipamiento suficientes como determinante de problemas justiciables.

4.2 Conflictos relacionados con la accesibilidad de servicios de salud

4.2.1 No discriminación

El CDESCR señala en su OG N. 14 que los servicios de salud deben ser accesibles para toda la población, especialmente para los grupos más vulnerables, sin discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, discapacidad física o mental, estado de salud (incluyendo el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil o político (CDESCR, 2000, párr. 12.a y 18). Dicho señalamiento hace eco de lo establecido por el propio PIDESC en su artículo 2, según el cual, los Estados Partes “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. La obligación de no discriminar en la garantía de los derechos sociales es de carácter inmediato, de acuerdo con la OG N. 3 del CDESCR. Dicha obligación ha sido replicada en diversas observaciones generales, que deben leerse en conjunto con diversos instrumentos regionales y universales de derechos humanos.

Los problemas justiciables observados en este apartado guardan relación directa con el incumplimiento de los mandatos estatales de no discriminar: 1) el mandato de igualdad de trato, y el mandato de igualdad de oportunidades (Gutiérrez y Maldonado, 2009). El primero de ellos exige al Estado “no introducir distinciones normativas —o aplicar de forma desigual las normas— de modo tal que se menoscaben los derechos, especialmente, de aquellas personas que han padecido exclusiones sistemáticas e históricas” (2009, p. 107). Este mandato puede violarse a partir de disposiciones legales, criterios, actos o prácticas de los agentes del Estado, tanto de forma directa como indirecta. La primera se refiere a “cuando alguna persona es tratada por una autoridad de forma menos favorable que otra —encontrándose ambas en situación análoga—, basándose en alguno de los rasgos protegidos (...) provocando con ello el menoscabo de un derecho fundamental” (p. 107). La discriminación indirecta, por su parte, se refiere a “aquellas distinciones, establecidas por una disposición, criterio o práctica, que se basen en un criterio aparentemente neutro pero cuyo resultado final, al aplicarlo, ejecutarlo o ponerlo en práctica es la discriminación de alguna persona perteneciente a los grupos históricamente excluidos” (p. 108).

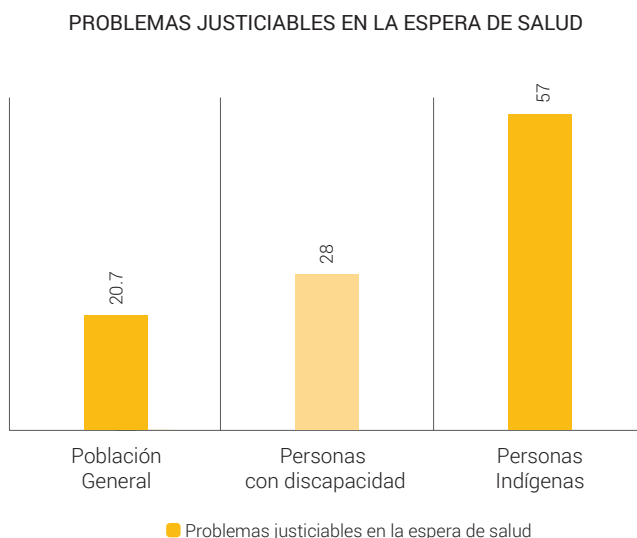
El mandato de igualdad de oportunidades supone la obligación de “promover tratos jurídicos diferentes, en favor de las personas y grupos que han sufrido exclusiones históricas y sistemáticas” (Gutiérrez y Maldonado, 2009, p. 111), con el objetivo de eliminar los prejuicios y obstáculos que les impiden ejercer sus derechos. Ambos mandatos -el de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades- deben cumplirse

en forma simultánea, y no son sustituibles entre sí. En este capítulo se abordan los problemas justiciables relacionados con el incumplimiento de estos mandatos, especialmente en lo que respecta a los servicios de salud.

Los problemas justiciables vinculados con la discriminación en los servicios de salud pueden materializarse en formas muy diversas. En algunos casos, pueden verbalizarse explícitamente como problemas de discriminación en los servicios de salud, tanto de forma directa -a través de normas de salud expresamente discriminatorias o de lenguaje y trato discriminatorios por parte del personal de salud-, como de forma indirecta -a través de normas aparentemente neutras que profundizan las desigualdades en salud. Los problemas justiciables relacionados con discriminación pueden no ser verbalizados directamente como tales, y pueden más bien presentarse como problemas de acceso a los servicios de salud, comúnmente asociados a barreras de accesibilidad física o económica que impactan de manera especial a ciertas poblaciones. En la misma línea, podemos encontrar casos de negligencias médicas, en donde la discriminación puede ser la causa de la negligencia.

Hallazgos de las encuestas de necesidades jurídicas develan que, en efecto, ciertas poblaciones pertenecientes a categorías protegidas declaran mayores niveles de problemas justiciables en materia de salud. En algunos casos, estas diferencias son notablemente significativas, lo que supone el incumplimiento de los mandatos antidiscriminatorios. En los gráficos siguientes se registran estos hallazgos en los casos de Argentina, Chile y Colombia, que apuntan a una especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad, y, sobre todo, de las personas indígenas, a experimentar problemas justiciables en materia de salud.

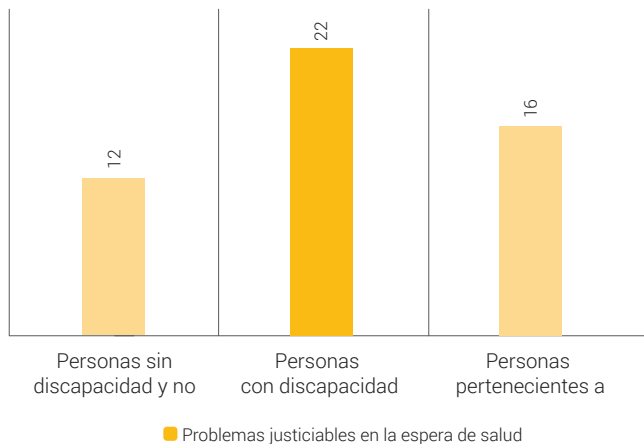
Gráfico 3. Problemas justiciables de salud en tres grupos de poblaciones - Argentina



Fuente: Elaboración propia con base en información de Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016).

Gráfico 4. Problemas justiciables de salud en tres grupos de poblaciones - Chile

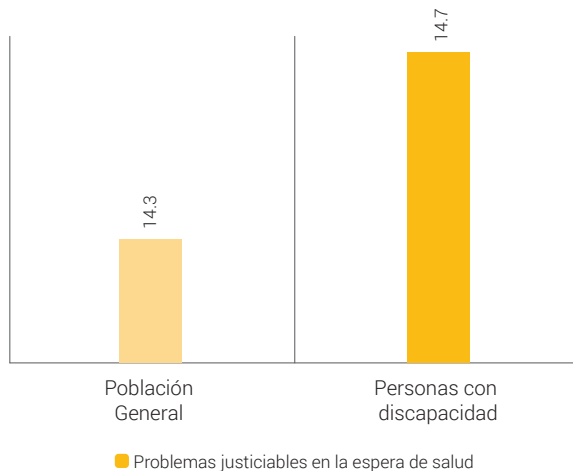
PROBLEMAS JUSTICIABLES EN LA ESPERA DE SALUD



Fuente: Elaboración propia con base en información de GfK Adimark Chile (2015).

Gráfico 5. Problemas justiciables de salud en tres grupos de poblaciones – Colombia

PROBLEMAS JUSTICIABLES EN LA ESPERA DE SALUD

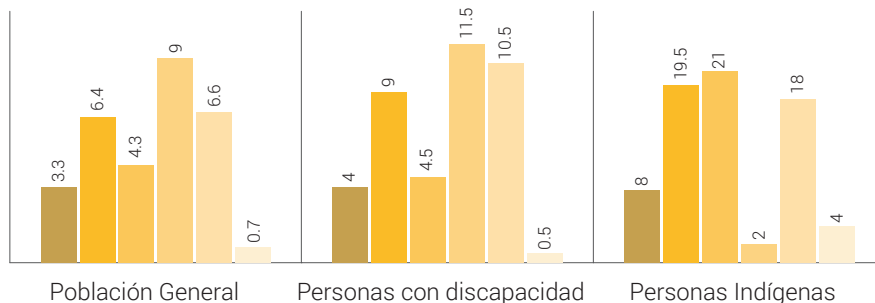


Fuente: Elaboración propia con base en información de Dejusticia (2013).

Al observarse los conflictos en el siguiente gráfico, se encontrarán diferencias significativas, especialmente en lo que se refiere a los problemas de acceso a los servicios de salud, a los servicios de urgencia, así como en el acceso a medicamentos. Puede observarse, además, que las personas indígenas registran una mayor vulnerabilidad a estos problemas.

Gráfico 6. Problemas justiciables de salud en diversas poblaciones - Argentina

PROBLEMAS JUSTICIABLES EN LA ESPERA DE SALUD



- Problemas por tratamientos, cirugías o medicación por parte de un médico u otro profesional de la salud
- Problemas para acceder a los servicios públicos de salud
- Problemas para acceder a servicios de urgencias
- Problemas con la empresa de medicina prepaga o la obra social (cobertura, calidad)
- Con el acceso a medicamentos (por el costo, o la cobertura)
- Tratamientos de salud mental

Fuente: Elaboración propia con base en información de Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016).

Los gráficos anteriores reflejan información cuantitativa suficiente para construir un panorama general de la prevalencia de los problemas justiciables vinculados a la discriminación en los servicios de salud. Desde luego, esta vulnerabilidad puede afectar a diversas poblaciones, y su relevancia variará en función del país. No obstante, para ilustrar ciertos rasgos cualitativos de estos problemas justiciables, se profundizarán en algunas poblaciones y categorías protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Personas con discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala en su artículo 25 que “las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”, para lo cual los Estados Partes deben adoptar todas las medidas pertinentes. Entre otras medidas, los Estados deben proporcionar a las personas con discapacidad “programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas”. Los Estados deben además proporcionar “los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención”, así como impedir la negación discriminatoria de servicios de salud o de atención de la salud.

En un estudio realizado desde una aproximación cualitativa sobre las necesidades jurídicas de diversas poblaciones en *Colombia*, se encontró que el primer ámbito en donde las personas con discapacidad presentan necesidades jurídicas específicas es el relacionado con los servicios de salud. Así, en Colombia coinciden tres fenómenos que dificultan el acceso a la salud por parte de las personas con discapacidad (PcD): en primer lugar, que las PcD requieren de tratamientos y prestaciones específicos, como consecuencia de su discapacidad; segundo, que un 27% de las PcD no se encuentra afiliado al sistema general de seguridad social en la salud (SGSSS), un porcentaje mayor que en la población sin discapacidad; y, en tercer lugar, una mayor situación de vulnerabilidad económica para cubrir los servicios de salud (La Rota et al, 2013, p. 216). Esta situación coincide con lo arrojado por la encuesta de necesidades jurídicas, pero también con el derecho a la salud es la causa de la mayor proporción de quejas de las PcD ante la Defensoría del Pueblo (50%) (2013, p. 216).

El estudio realizado por La Rota et al (2013) permite profundizar en las necesidades jurídicas más prevalentes entre las PcD en Colombia. Un primer problema justiciable es la autorización incompleta de tratamientos por parte de las entidades promotoras de la salud (EPS). Las EPS se niegan a autorizar tratamientos integrales que incluyan medicamentos permanentes, terapias de lenguaje, fisioterapia y asistencia escolar (p. 218). Se trata de un problema que ha llegado a la Corte Constitucional en al menos una ocasión, en donde la Corte ha decidido conceder las solicitudes de amparo y ordenar a las EPS prestar la rehabilitación integral. Un segundo problema que atraviesan las PcD es la negativa, por parte de las EPS, de suministrar aparatos ortopédicos para las personas con discapacidad motriz, especialmente de elementos como sillas de ruedas o prótesis. El principal argumento esgrimido por las EPS para rechazar la petición es que dichos elementos se encuentran excluidos del plan obligatorio de salud. A respecto, la Corte Constitucional también se ha pronunciado, señalando que se trata de una vulneración del derecho a la salud de las PcD (p. 219).

Un tercer problema justiciable que afecta a las PcD es la no entrega de medicamentos que resultan indispensables para su desarrollo y sostenimiento, pero que en buena medida se encuentran excluidos del plan obligatorio de salud. Finalmente, se encuentra la no autorización de citas con especialistas, una necesidad específica de las PcD. En ambos problemas, es a través de la acción de tutela que las PcD buscan el amparo del derecho a la salud (p. 219-220).

Los problemas justiciables observados en el caso colombiano no son muy disímiles a lo observado en otros países, como *Paraguay*. En su informe de visita a dicho país, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad señalaba que, en general, el Estado se encuentra “lejos la meta de alcanzar la cobertura universal de la salud en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad en todas las regiones del país” (A/HRC/34/58/Add.1, 2016, par. 49). Al respecto, expresó especial preocupación por las alarmantes dificultades que enfrentan las PcD para acceder a los servicios de salud, entre las que se encuentran “la inexistencia de servicios, la falta de accesibilidad, la carencia de personal especializado y la resistencia a atender a las personas con discapacidad en los centros públicos generales” (par. 49). Asimismo, destacó especialmente que la mayoría de niños y niñas con dis-

capacidad no reciben ningún tipo de servicios de salud en los centros y hospitales de sus comunidades, siendo remitidos a las filiales de la Secretaría Nacional por los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (SENADIS) para la búsqueda de un pediatra “especializado”. Ello es especialmente preocupante debido a la fuerte centralización de los servicios otorgados por SENADIS, dando como resultado que las personas deban trasladarse a la capital, con las consecuentes barreras físicas y económicas que ello supone (par. 50).

Personas indígenas y afrodescendientes

La información contenida en los gráficos 3, 4 y 6 ya es señal de una fuerte prevalencia de problemas justiciables de salud entre la población indígena en diversos países de América Latina, una prevalencia significativamente mayor que entre la población no indígena. Dichos problemas justiciables guardan especial relación con el acceso a diversos servicios de salud. El análisis de los datos arrojados por las encuestas en conjunto con otros indicadores, refleja que nos encontramos ante una situación de discriminación sistémica, que se refiere a “aquellas formas involuntarias e incluso inconscientes de reproducir tratos diferenciados, no justificados, contra ciertas personas o grupos en particular”.

Para comprender la discriminación sistémica conviene centrarse en los factores objetivos, más que en los subjetivos. Así, es necesario observar los impactos o resultados de las prácticas discriminatorias, particularmente en el desigual ejercicio de derechos de ciertos colectivos. Algunos indicadores que revelan la discriminación sistémica que viven las poblaciones indígenas en el derecho a la salud son las diferentes tasas de mortalidad materna y mortalidad infantil de población indígena y población no indígena. A nivel latinoamericano, la mortalidad infantil de los niños indígenas es 60% mayor que la de la infancia no indígena (48 por 1000 nacidos vivos frente a 30 por 1000, respectivamente), una diferencia que asciende al 70% cuando se trata de la probabilidad de morir antes de los cinco años de vida (Oyarcem Pedrero y Ribotta, 2010). Desde luego, hay diferencias entre países, encontrándose que en Paraguay la mortalidad infantil indígena es cuatro veces mayor que en el resto de la población (UNICEF, 2013, p. 11). Estos datos se vinculan directamente con el acceso a la atención médica: en el 2008, el 67% de NNA no indígenas tenían acceso, frente a un 36% de los NNA indígenas (2013, p. 73).

La situación en torno a la mortalidad materna es similar. El Grupo de Trabajo Regional para la Reducción de la Mortalidad Materna, reporta que “en muchas comunidades, las mujeres indígenas tienen tres veces más probabilidad de morir por causas relacionadas con el embarazo, el parto y el puerperio que sus congéneres no indígenas” (GTR, 2017, p. 5). Así, los países con mayor presencia indígena y afrodescendiente registran las mayores tasas de mortalidad materna en la región (2017, p. 12). Por ejemplo, en México en los municipios predominantemente indígenas “el riesgo de muerte materna indígena es hasta nueve veces mayor” (Salinas, 2016, p. 15) que en el resto del país. Mientras tanto, en el estado de Paraná, en Brasil, las mujeres de ascendencia africana tienen hasta tres veces más probabilidades de morir en causas

relacionadas con la maternidad. De modo similar, en Colombia, la tasa de mortalidad materna entre la población indígena es cinco veces mayor que en la población no indígena del país (Bello-Álvarez y Parada, 2017). Las marcadas diferencias en las tasas de mortalidad materna entre las mujeres indígenas y afrodescendientes y el resto de la población se debe a diversas barreras geográficas, económicas, culturales y sociales, así como a situaciones de discriminación directa por parte del personal de salud, que termina siendo un desincentivo (p. 12).

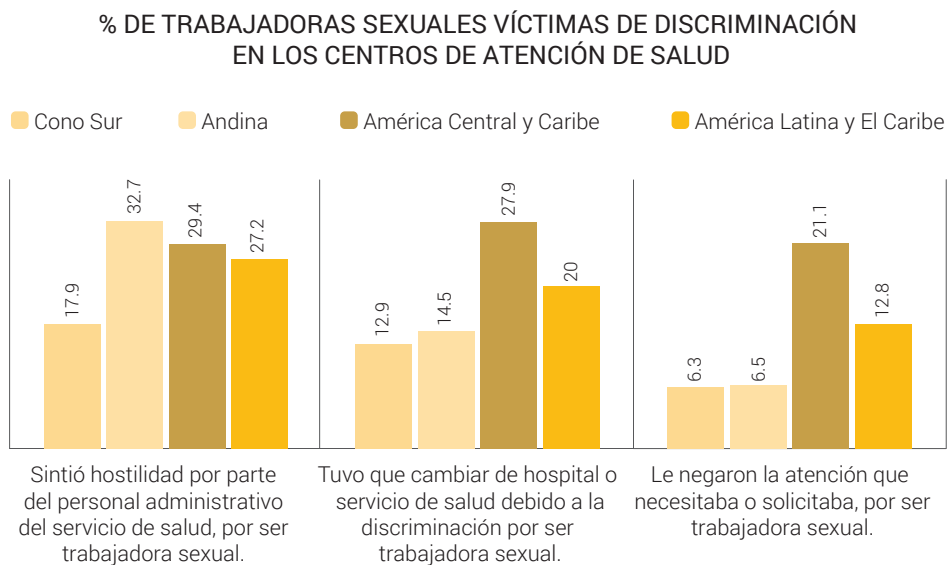
Las desigualdades en los indicadores básicos de salud conforman un contexto de una discriminación sistémica hacia la población indígena y afrodescendiente. Esta discriminación es el caldo de cultivo de múltiples problemas justiciables, una situación que se replica en múltiples comunidades de diversos países de la región. Para ilustrar los aspectos cualitativos se desarrollarán dos ejemplos, el primero sobre las personas *afrodescendientes*, en Colombia, y el segundo sobre población indígena, en Argentina. En un estudio sobre las necesidades jurídicas de las personas afrocolombianas, se encontró que el acceso limitado a los servicios de salud trae consigo necesidades jurídicas específicas, como la “inadecuada provisión o prestación de servicios de salud” (La Rota et al, 2013, p. 311). Así, la falta de infraestructura sanitaria adecuada -hospitales, clínicas y centros de salud- en la Costa Pacífica genera una serie de necesidades jurídicas. Se ha reportado, por ejemplo, que en el Choco ningún hospital público presta servicios de alta complejidad, mientras que en el área rural los puestos de salud se encuentran en mal estado (Rodríguez Garavito et al, 2009 en La Rota et al, 2013). La falta de atención médica de urgencias producida por la no disponibilidad de servicios de salud constituye en sí misma un problema justiciable, susceptible de ser llevado ante diversos mecanismos administrativos y judiciales de acceso a la justicia.

El segundo ejemplo es de las comunidades indígenas wichí de la Localidad Rivadavia Banda Sur, en la Provincia de Salta, *Argentina*. En su informe del año 2018, el Defensor del Pueblo relata diversas afectaciones al derecho a la salud denunciadas por las comunidades. Entre otras cosas, se relatan “deficiencias en la atención médica, falta de personal médico, falta de auxiliares bilingües, falta de infraestructura para la atención de partos, y de ambulancias para garantizar traslados” (Defensor del Pueblo, 2018, p. 200). Así, por ejemplo, el Defensor encontró que el Hospital La Unión brinda servicios a una población que oscila entre 5.234 y 7.000 personas, y que cuenta con tan sólo dos médicos generales, sin disponer de médicos especialistas (p. 200). Asimismo, se encontró que el hospital cuenta con tres ambulancias, entre las que sólo una se encuentra equipada (p. 200). Desde luego, esta serie de carencias puede dar lugar a múltiples problemas vinculados con el acceso a los servicios de salud, así como con la propia calidad de los servicios -a través de figuras como la negligencia. En este caso, el problema encontró como mecanismo de acceso a la justicia al Defensor del Pueblo, pero otras vías administrativas y judiciales pudieron haberse iniciado.

Trabajadoras sexuales

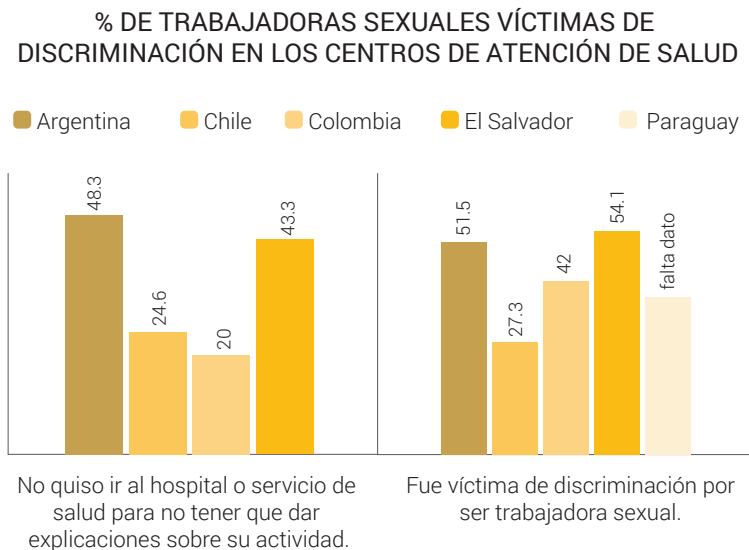
Ciertas poblaciones se enfrentan en mayor medida a situaciones de discriminación directa por parte del personal de salud, siendo las trabajadoras sexuales una de estas poblaciones. Así, el mismo Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer ha señalado que “debe prestarse especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental” (CEDAW, 1999, OG. N. 24, par. 6). También ha recalcado que las mujeres que trabajan en la prostitución son además especialmente vulnerables a las enfermedades de transmisión sexual, teniendo los Estados el deber de “garantizar, sin prejuicio ni discriminación, el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas” (OG N. 24, par. 18). No obstante, las trabajadoras sexuales se enfrentan a menudo a situaciones de discriminación subjetiva. En los gráficos siguientes se presentan los hallazgos de un estudio latinoamericano sobre las experiencias de discriminación a las trabajadoras sexuales en los centros de salud.

Gráfico 7. % de trabajadoras sexuales que declaran haber sido víctimas de discriminación en los centros de atención de salud en América Latina



Fuente: Elaboración propia con base en información de Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de América Latina y El Caribe (2013).

Gráfico 8. % de trabajadoras sexuales que declaran haber sido víctimas de discriminación en los centros de atención de salud en diversos países de América Latina



Fuente: Elaboración propia con base en información de Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de América Latina y El Caribe (2013).

Como puede observarse en los gráficos, la situación es especialmente preocupante en algunos países, como *El Salvador*. En dicho país, además, se reveló que el 60% de las trabajadoras sexuales (TS) se atendió lejos de donde vive para que en su barrio o su casa no supieran que es TS, que una de cada tres (33,3%) sintió hostilidad del personal administrativo del servicio de salud por ser TS, y una de cada cinco encuestadas (18,3%) le negaron la atención que necesitaba o solicitaba por ser TS. Asimismo, al 28,3% de las entrevistadas las obligaron a hacerse un análisis de VIH porque eran TS. La situación no es muy distinta a la de *Chile*, en donde un 55,4% señaló que se atendió lejos de donde realiza su actividad como trabajadora sexual para evitar que lo sepan en el servicio, mientras que un 24,6% señaló haber sentido hostilidad por parte del personal administrativo del servicio de salud (24,6%) (RedTraSex, 2013, p. 6). Así, testimonios de ONG relatan la experiencia de discriminación: “Los civiles no te van a decir ‘ah, ahí va una trabajadora sexual’, sino ‘mira ahí van las putas que se van a controlar al centro de ITS’ (...) Entonces igual ellas tienen miedo al maltrato” (INDH, 2015, p. 162). Al igual que en otros casos, la discriminación genera desincentivos para buscar servicios de salud.

Las situaciones de discriminación directa señaladas en este acápite son problemas justiciables por sí mismos, especialmente cuando se transforman en una barrera de acceso a la salud. Las personas víctimas de esta discriminación pueden acudir ante diversos mecanismos administrativos y judiciales, especialmente cuando constitucional y legislativamente existen disposiciones antidiscriminatorias.

Los problemas justiciables relacionados con el incumplimiento de mandatos antidiscriminatorios en los servicios de salud pueden llevarse a distintos mecanismos de gestión de conflictos. En primer lugar, pueden activarse los mecanismos antidiscriminatorios, especialmente útiles cuando se trata de discriminación directa en los centros de salud. Pueden también iniciarse procesos penales y civiles ordinarios, cuando los problemas constituyen negligencias médicas y se pretende la responsabilidad por daños y perjuicios. Por otro lado, pueden presentarse recursos de quejas y reclamos ante entidades administrativas a cargo de la regulación y fiscalización de los servicios de salud. Finalmente, pueden también presentarse recursos constitucionales individuales y colectivos. A pesar de existir este abanico amplio de mecanismos, lo cierto es que los problemas justiciables por discriminación en el acceso a la salud suelen afectar a las poblaciones más vulnerables de la sociedad, que se enfrentan a mayores barreras de acceso a la justicia. Como consecuencia, no se trata de un problema justiciable con volúmenes tan altos en las vías administrativas y judiciales.

4.2.2 Accesibilidad física

La OG. N. 14 señala que los centros, bienes y servicios de salud deben encontrarse a una distancia física accesible para todos los sectores poblacionales, especialmente para grupos especialmente vulnerables y marginalizados, como las minorías étnicas y los pueblos indígenas, las mujeres, NNA, adultos mayores, personas con discapacidad, y personas que viven con VIH/SIDA (par. 12.b). Este atributo debe leerse en conjunto con la disponibilidad, en tanto que un número suficiente de infraestructura y personal médico a nivel nacional pero desigualmente distribuido en el territorio representa problemas de acceso del derecho a la salud.

Un primer indicador que construye este contexto es la densidad de médicos por habitantes en diferentes regiones del país. Al observar las cifras de la tabla siguiente, es posible advertir desigualdades relevantes en la *disponibilidad* de médicos entre diversas regiones. A esto pueden añadirse las desiguales tasas de disponibilidad de infraestructura de salud, ejemplificadas a través del caso mexicano en la tabla 13. Este conjunto de tasas y cifras crea un panorama caracterizado por importantes barreras de acceso a la salud, lo que, a su vez, genera la existencia de problemas justiciables, que tenderán a afectar de manera especial a las poblaciones rurales.

Tabla 12. Disponibilidad de médicos por habitantes – Regiones y promedio nacional

MÉXICO	
Médicos generales por 10.000 habitantes	
Ciudad de México	18
Promedio Nacional	10
Estado de México	7

Médicos especialistas por 10.000 habitantes	
Nuevo León	41
Promedio Nacional	12
Chiapas	4
BRASIL	
Médicos por 1.000 habitantes	
Región Centro-Oeste	2,36
Región Centro-Oeste: Distrito Federal	4,35
Promedio Nacional	2,18
Región Norte	1,16
Región Norte: Acre	1,16
CHILE	
Médicos especialistas por 100.000 habitantes	
Región Metropolitana	13,5
Promedio Nacional	11,6
Región del Maule	4,6

Fuente: Elaboración propia con base en información de Secretaría de Salud (2016) y Scheffer, M. et al (2018).

Tabla 13. Distribución de infraestructura – Ejemplo caso México

	ESTADO CON MAYOR TASA	PROMEDIO NACIONAL	ESTADO CON TASA MENOR
Unidades de hospitalización por 100.000 hab.	Hidalgo 6,9	Nacional 3,9	Estado de México ,9
Camas hospitalarias por 10.000 hab.	Ciudad de México 23	Nacional 10,1	Chiapas 5,1
Quirófanos por 100.000 hab.	Ciudad de México 12,5	Nacional 7,5	Chiapas 3,5

Fuente: Elaboración propia con base en información de Secretaría de Salud (2016).

La inaccesibilidad física a los servicios de salud se materializa en problemas de acceso y negligencias institucionales, situaciones susceptibles de ser llevadas ante la Justicia, especialmente en aquellos estados en que el derecho a la salud se encuentra reconocido por la Constitución. Por ende, los mecanismos más idóneos para la resolución de estos conflictos son los constitucionales. Pueden caracterizarse algunos rasgos de estos conflictos a través de tres casos emblemáticos: Mininuma (México),

el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, y el caso del Departamento de Vaupés, en Colombia.

El primero es el *caso Mininuma*, un ejemplo paradigmático de la justiciabilidad de los DESCAs en México, una población localizada en el municipio de Metlatónoc y habitada por la comunidad Na Savi (mixteca). Mininuma se encuentra en el estado de Guerrero, que, en conjunto con Chiapas, ocupan los menores índices de desarrollo humano del país. Guerrero es también el estado en que se observa un menor índice de salud a nivel nacional, mientras que Mininuma es, a su vez, el que registra menor nivel de dicho índice. Esta situación se relaciona con diversos condicionantes sociales de la salud, pero también con la no disponibilidad de personal e infraestructura de salud. Por ejemplo, los índices de mortalidad materna en la región de la Montaña -a la cual pertenece Mininuma- son cinco veces más altos que en el resto del país (Centro de DDHH Tlachinollan, 2012). Mientras que el promedio nacional de mortalidad materna es de 51 mujeres por cada 100.000 partos, en la Montaña de Guerrero se trata de 281 mujeres. La diferencia entre ambas tasas tiene una relación innegable con la disponibilidad de médicos ginecólogos en la zona: Un médico por cada 17.654 mujeres en edad fértil, versus un médico por cada 2.414 mujeres en el promedio nacional (Centro de DDHH Tlachinollan, 2012).

En las anteriores circunstancias es que se produjeron una serie de muertes entre los años 2005 y 2007, principalmente debido a enfermedades curables como infecciones gastrointestinales. Desde luego, el pueblo no contaba con un centro de salud básico, ubicándose el más cercano en la cabecera municipal de Metlatónoc, un trayecto con una duración aproximada de dos horas. Dicho centro médico tampoco contaba con la infraestructura y el personal adecuados, en tanto que consistía en un par de vagones que no contaba con agua ni luz, teniendo además un horario de atención restringido, de nueve de la mañana a tres de la tarde. El centro resultaba insuficiente para atender a las quince mil personas y 40 comunidades de la región (Centro de DDHH Tlachinollan, 2012). En consecuencia, las muertes ocurridas en Mininuma se atribuían a la no disponibilidad de servicios médicos a una distancia accesible para las personas de la comunidad, quienes, habiendo buscado atención médica en Metlatónoc, no la obtuvieron. Este vínculo entre la distancia física, la no disponibilidad de servicios médicos, y las afectaciones al derecho a la salud, se constituyeron como problemas justiciables. Tras una serie de intentos por vías administrativas, la comunidad presentó una demanda de amparo indirecto ante el Juzgado Séptimo de Distrito del estado de Guerrero en el 2007, reclamando, entre otros agravios, la vulneración directa del derecho a la salud reconocido en el artículo cuarto de la Constitución Mexicana (Gutiérrez y Maldonado, 2009). El amparo fue otorgado, resolviendo además que las autoridades sanitarias debían generar las condiciones que permitan a sus habitantes el acceso a los servicios de salud.

Un segundo ejemplo paradigmático es el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, que llegara a la Corte Interamericana en el año 2009. El caso gira en torno al reclamo de la comunidad sobre su territorio ancestral, vendido por el Estado a particulares, violando el derecho a la propiedad comunitaria y afectando seriamente su supervivencia. En esas circunstancias es que miembros de la comunidad se movilizaron y

asentaron en 1.500 hectáreas cedidas por un grupo de comunidades Angaité, en una aldea llamada “25 de febrero”. De acuerdo con los representantes, dicho asentamiento se ubica a 75 kilómetros del centro de salud más cercano, el cual funciona “de manera deficiente y sin contar con un vehículo que pueda, eventualmente, llegar a la comunidad” (*Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, par. 203). Por lo tanto, los enfermos más graves debían ser atendidos en un hospital ubicado a 400 kilómetros de distancia. La Corte resolvió que el Estado no había “garantizado la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad” (par. 208). Aunado a ello, la Corte declaró la imputabilidad del Estado en la muerte de doce personas que no recibieron atención médica. Entre otras medidas, la Corte dispuso que el Estado debía establecer en la comunidad “un puesto de salud permanente y con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada” (par. 306).

El tercer caso corresponde a la situación de salud del Departamento de **Vaupés**, Colombia, ubicado en la región amazónica. Se trata de un Departamento mayoritariamente indígena, con altos índices de necesidades básicas insatisfechas, sobre todo en las zonas rurales. Los indicadores de salud de Vaupés son sustancialmente peores que los del promedio nacional. Por ejemplo, mientras que a nivel nacional la mortalidad infantil es de 14,8 por cada 1.000 nacidos vivos, en Vaupés es de 35,1. La tasa de tuberculosis por 100.000 habitantes es de 68,1 en el Departamento, mientras que el promedio nacional es de 24,3 (Sentencia T-357/17). Desde luego, aquí también coexisten los indicadores anteriores con una falta de disponibilidad de servicios de salud, en tanto que la “cobertura de servicios de salud del departamento está entre las más bajas en el país, siendo el número de consultas externas, hospitalizaciones y atenciones en urgencias por cada 1,000 habitantes inferior a la mitad del promedio nacional” (Sentencia T-357/17). Se advierten asimismo “barreras geográficas, grandes distancias y sobrecostos del transporte” que restringen la accesibilidad.

El contexto descrito, aunado a una serie de hechos concretos, llevaron a que el Defensor del Pueblo de Vaupés interpusiera una acción de tutela como agente oficioso de “toda la población indígena y no indígena” del departamento contra el Ministerio de Salud, la Gobernación de Vaupés, la Secretaría de Salud de Vaupés, las Alcaldías de Mitú, Carurú y Tairaira y sus secretarías de salud, la E.S.E. Hospital San Antonio de Mitú, la E.P.S. Mallamas y la E.P.S. Caprecom, en virtud de la afectación a diversos derechos, incluido el derecho a la salud. En respuesta a la acción de tutela, La Corte resolvió una serie de medidas, entre las que se encontraba la implementación, por parte de la Gobernación de Vaupés, a la Nueva E.P.S., a Cafesalud E.P.S. y a Mallamas E.P.S., de un procedimiento que identifique “a todas las comunidades en donde tienen población asegurada y vinculada que se transporte mediante vías fluviales”, que garantice “la provisión o acceso a gasolina de forma permanente para que ante un evento de urgencias sea posible transportarse a Mitú de forma oportuna”, y que establezca “un mecanismo expedito para autorizar y garantizar el traslado de personas en urgencias mediante avioneta cuando eso sea posible” (Sentencia T-357/17).

A partir de los tres casos emblemáticos señalados es posible esbozar algunas reflexiones. En primer lugar, que la coexistencia de fallas en los atributos de disponibilidad y accesibilidad física, aunada a contextos de indicadores negativos del derecho a la

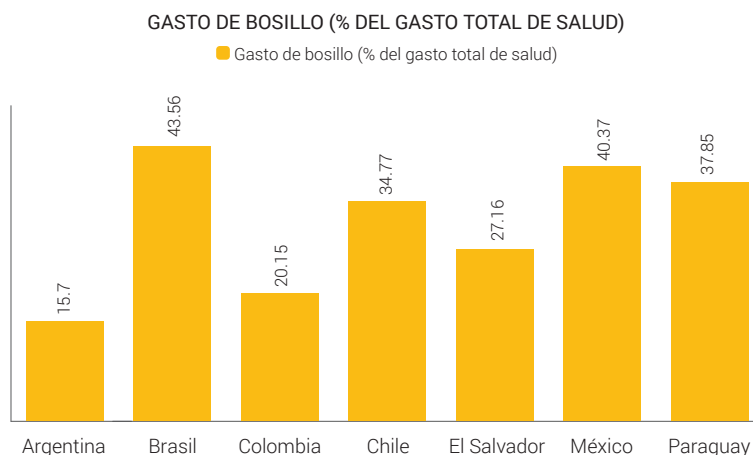
salud, genera problemas efectivamente justiciables. En segundo lugar, que se trata de conflictos que, si bien se experimentan individualmente, suelen afectar a comunidades enteras que se encuentran en situación de aislamiento geográfico. En tercer lugar, que dichas comunidades a menudo se encuentran en una situación de vulnerabilidad debido a condiciones de pobreza o pobreza extrema, o bien, debido a la fuerte presencia de población indígena y la consiguiente discriminación estatal. Finalmente, aún cuando se trata de conflictos justiciables, la búsqueda de justicia en la práctica es poco común. Esta situación obedece, en parte, a las propias características de la población que experimenta el problema justiciable, a su aislamiento geográfico y vulnerabilidad socioeconómica, que, a su vez, se enfrenta a importantes barreras de acceso a la justicia (Ver capítulo6).

4.2.3 Accesibilidad económica

La observación general N. 14 señala que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos” (par. 12). Por tanto, los pagos por servicios de atención de la salud “deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos”. En ese sentido, el principio de equidad “exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”.

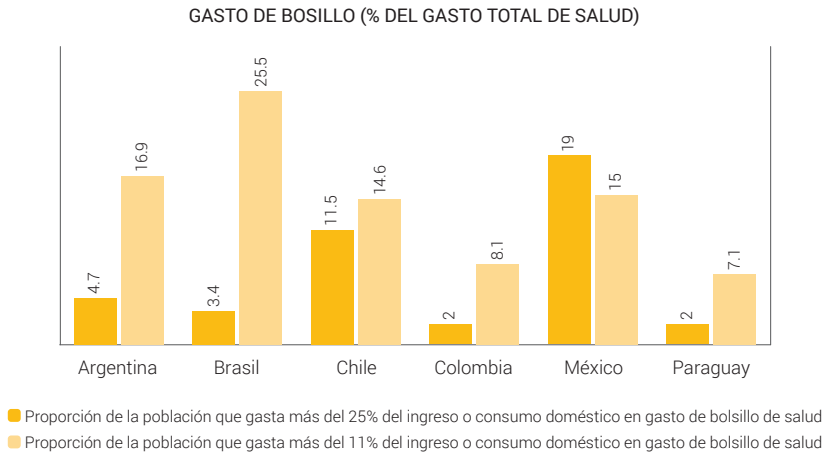
Múltiples indicadores dan cuenta de un contexto en donde la falta de asequibilidad de los bienes y servicios de salud constituye un rasgo recurrente en América Latina. Los primeros indicadores se relacionan con el gasto de bolsillo, un indicador que se considera regresivo por afectar, especialmente, a las poblaciones más vulnerables. Asimismo, constituye un desincentivo para acudir a los servicios de salud. Los dos gráficos siguientes ilustran algunos porcentajes de la problemática relacionada con la asequibilidad de los servicios de atención a la salud.

Gráfico 9. Gasto de bolsillo en salud – Diversos países de América Latina



Fuente: Elaboración propia con base en información de World Health Organization Global Health Expenditure database.

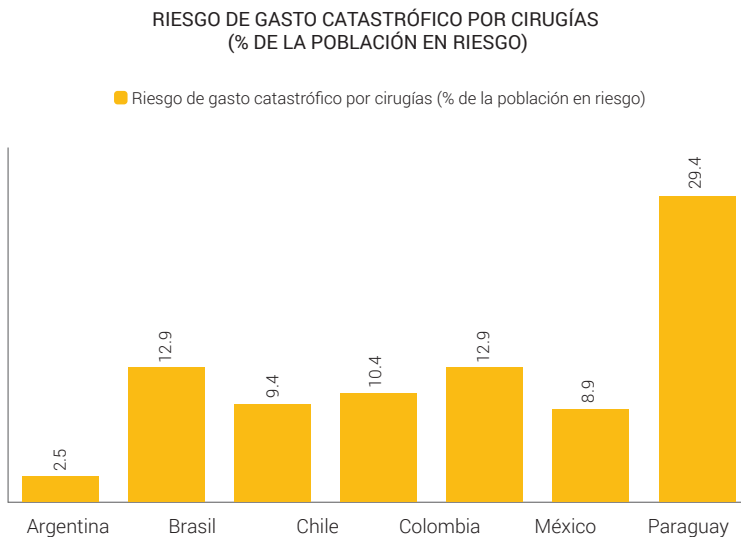
Gráfico 10. Proporción de la población que destina más del 10 y el 25% a gasto de bolsillo en salud – Diversos países de América Latina



Fuente: Elaboración propia con base en información de World Health Organization Global Health Expenditure database.

Entre las manifestaciones más extremas de esta problemática son las relacionadas con el gasto catastrófico en salud. El gráfico siguiente presenta el porcentaje de la población que se encuentra en riesgo de incurrir en dicho gasto a raíz de la realización de cirugías.

Gráfico 11. Riesgo de gasto catastrófico por cirugías – Diversos países de América Latina



Fuente: Elaboración propia con base en información de World Health Organization Global Health Expenditure database.

Al igual que en otros atributos del derecho a la salud, el contexto explica la generación de problemas justiciables concretos, que generalmente serán verbalizados como problemas de acceso a los servicios, tratamientos y medicamentos. Desde luego, los indicadores sobre la prevalencia de gastos de bolsillo y gastos catastróficos en salud develan la existencia de problemas estructurales y sistémicos, que difícilmente serán solucionados a través de la judicialización. De hecho, es difícil imaginar que las personas reconozcan en los altos porcentajes de su ingreso destinados a bienes y servicios de salud un problema justiciable. La judicialización de estos casos tampoco se ha leído por parte de la sociedad civil como una estrategia para promover reformas estructurales en los sistemas de financiamiento de la salud. En consecuencia, lo que sí se observa en la realidad son litigios individuales que persiguen la cobertura de tratamiento y medicamentos de alto costo que, normal pero no exclusivamente, no se encuentran garantizados por el Estado.

Los litigios individuales de casos relacionados con tratamientos y medicamentos de alto costo son un rasgo característico del fenómeno de la judicialización en América Latina, que en el caso brasileño ha tomado dimensiones que rondan los cientos de miles de causas (Motta, 2018). Conviene recordar, sin embargo, que este tipo de judicialización del derecho a la salud es el eje de una serie de debates, en particular sobre sus impactos en la igualdad social al favorecer a quienes tienen mayores niveles de acceso a la justicia. Para observar algunos aspectos de este debate se puede analizar el caso *brasileño*.

Aunque no se han registrado estudios integrales y comprehensivos que den cuenta la magnitud del fenómeno de judicialización con exactitud en Brasil, diversos estudios focalizados sugieren que se trata de una tendencia creciente y bastante común en diferentes estados del país. Se habla, incluso, de una “epidemia de litigio” (Motta, 2018). Las causas relacionadas con medicamentos concentran cerca del 49,6% del total, representando un porcentaje mayor al del resto de los países latinoamericanos (Ludovic et al, 2017). El objeto del reclamo (medicamentos), sumado al perfil del reclamante (individual) constituyen la primera característica del “modelo brasileño” de la judicialización del derecho a la salud. La segunda característica es el resultado: entre un 70 y 100% de los casos la decisión judicial fue favorable a los reclamantes (Ludovic et al, 2017).

Al tratarse de un fenómeno de tales dimensiones, los efectos de la judicialización en la igualdad son ampliamente discutidos en Brasil. Al respecto se ha producido evidencia diversa y contradictoria. Motta (2009) encuentra que una proporción importante de los litigantes no proviene de los grupos socioeconómicos más desventajados y no ha contribuido a reducir las desigualdades en salud. No obstante, reconoce que su estudio no tiene elementos para concluir que la judicialización juegue un papel en el aumento de las desigualdades. Mientras tanto, Amon y Biehl (2016) sostienen que las críticas a la judicialización constituyen mitos y que, por el contrario, el foco debiese encontrarse en incrementar las posibilidades de acceso a la justicia para que la judicialización se constituya como un instrumento de las demandas sociales.

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). Aunque en cifras y proporciones significativamente menores que en Brasil, podemos observar que se trata de una tendencia creciente, en donde los atributos centrales del “modelo brasileño” se repiten. En primer lugar, se trata de reclamantes individuales que solicitan la entrega de un medicamento de alto costo. En segundo lugar, en un 81% de los casos la decisión ha sido a favor del reclamante, concediéndose la entrega del medicamento (Observatorio Judicial, 2019). Las razones esgrimidas en las sentencias para ordenar la entrega del medicamento, sin embargo, no se fundamentan en el derecho a la salud, sino en el derecho a la vida, entendido por los Tribunales chilenos como un derecho absoluto (Norambuena y Sandoval, 2019). Aunque en la jurisprudencia actual chilena no se realiza un análisis del impacto de la sentencia en la igualdad en el derecho a la salud, en algunas causas se ha puesto en consideración.

El caso Otárola es un ejemplo ilustrativo. En el año 2017, el señor Otárola era paciente oncológico de un hospital público, debido a un cáncer de próstata etapa IV (Norambuena y Sandoval, 2019). Aunque diversos tratamientos para dicho cáncer se encuentran cubiertos por la legislación, todos fueron agotados sin éxito. Por ende, el comité oncológico decidió prescribir Enzalutamida, un medicamento de alto costo que no se encontraba considerado dentro de la legislación. Por ende, la familia del señor Otárola decidió acudir ante el Ministerio de Salud por la vía administrativa, sin éxito. Al tratarse de una familia de escasos recursos, acudieron ante la Corporación de Asistencia Judicial, entidad estatal que presta asistencia jurídica gratuita a quienes no pueden cubrirla por sus propios medios. Se interpuso entonces un recurso de protección, mismo que no fue acogido por la Corte Suprema. Entre otras razones esgrimidas, la Corte fundamentó su decisión en el impacto la entrega del medicamento supondría en términos de equidad: “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” (Corte Suprema, 20672-2018).

4.3 Conflictos relacionados con la aceptabilidad de los servicios de salud

El ESCRC señala que “Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas” (par. 12.6). Aspectos como el consentimiento informado, por ejemplo, tienen un papel central (Hunt y Khosla, 2009, p. 5). Aunque los problemas justiciables relacionados con la aceptabilidad pueden afectar a cualquier persona, aquí nos centraremos en algunos grupos que son más proclives a experimentar estos problemas. Específicamente, nos centraremos en problemas que surgen en el marco de la salud reproductiva, a través de tres grandes manifestaciones: a)

anticoncepciones forzadas y coercitivas, b) esterilizaciones forzadas, y c) otras situaciones de violencia obstétrica.

4.3.1 Anticoncepciones forzadas y coercitivas

Anand Grover, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, ha señalado que “la libertad en materia de reproducción no debería ser coartada nunca por ninguna persona o por ningún Estado como método de planificación de la familia, de prevención del VIH o en el marco de cualquier otro programa de salud pública” (Naciones Unidas, 2009). La anticoncepción forzada debe entenderse como una violación a los derechos humanos (GIRE, 2015, p. 25), que viola el derecho al consentimiento informado, a la vida privada y a la salud.

En su informe Niñas y Mujeres sin Justicia. Derechos Reproductivos en **México**, la organización mexicana GIRE presenta diversos datos que caracterizan la problemática en el país. De acuerdo con el informe, ciertas poblaciones de mujeres se ven especialmente expuestas a esta práctica. En un estudio sobre las mujeres privadas de libertad en cuatro estados del país, se encontró que el 17% había sido sometida a métodos anticonceptivos por obligación (Gutiérrez, 2011). La problemática es mayor entre las mujeres con discapacidad. Disability Rights International, por ejemplo, encontró que 49% de las mujeres entrevistadas declaran haber recibido una prescripción de métodos anticonceptivos sin la información acerca de efectos secundarios o de alternativas de métodos. No sólo eso, un 25% declaró que la decisión fue tomada por terceras personas (Rodríguez, 2015). Por otro lado, mujeres indígenas son a menudo sometidas a prácticas de anticoncepción forzada en el marco de programas sociales. En uno de los casos conocidos más recientes ocurrido en el 2014, mujeres naves de la montaña de Guerrero denunciaron ante los medios de comunicación ser obligadas a inyectarse un anticonceptivo a cambio de no ser expulsadas del programa de ayuda social Oportunidades (GIRE, d2015).

La anticoncepción forzada en México constituye un problema latente. Por ejemplo, entre el 2013 y abril de 2017, la CNDH informó haber recibido 10 quejas de anticoncepción forzada en hospitales públicos, 5 de ellas recibidas en el 2016 (Ureste, 2017). A pesar de ello, la cifra negra podría ser mayor. En dos semanas de la campaña #anticoncepcionforzada de la ONG GIRE, se recibieron los casos de otras diez mujeres que denunciaron haber recibido presiones para la implantación de un dispositivo intrauterino (Ureste, 2017).

4.3.2 Esterilizaciones forzadas

La esterilización forzada ocurre cuando se practica “en ausencia del completo, libre e informado consentimiento de la mujer, aplicada a pesar de ser rechazado expresamente el procedimiento, sin que ella lo sepa, o sin que se le dé la oportunidad de dar su consentimiento” (Concha y Ferrer, 2019). Constituye una violación a los derechos humanos y una forma de violencia hacia la mujer. De hecho, en el 2008 Naciones Unidas la reconoció como una forma de tortura, trato cruel, inhumano y degradante

hacia la mujer. La esterilización forzada se inserta, además, en la llamada necropolítica o política de la muerte, en donde las prácticas se implementan “en grupos vulnerables donde los cuerpos de las personas son considerados como “desecho”, se atenta contra su dignidad y son sometidas a tratos inhumanos” (Rosas, 2017 en Piñas y Rodríguez, 2017). Es un ejemplo de discriminación interseccional, afectando de manera especial a mujeres indígenas, mujeres con discapacidades y mujeres que viven con VIH. En los párrafos siguientes profundizaremos en estas poblaciones en algunos países de América Latina.

La esterilización forzada a mujeres con discapacidad es contraria a su derecho a recibir tratamientos de salud sobre la base de un consentimiento libre e informado, aspecto crucial de la aceptabilidad del derecho a la salud. A pesar de ello, constituye una práctica habitual en 38 países del mundo, en una tasa tres veces mayor que en la población general (Naciones Unidas, 2017). Al respecto, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ha señalado que “esas prácticas constituyen violaciones flagrantes de derechos humanos que van mucho más allá del paternalismo y la infantilización; dan prioridad a los intereses de los cuidadores en detrimento y negación de la dignidad y la integridad de la persona” (Naciones Unidas, 2017). Se trata de una práctica recurrente en países como El Salvador, Colombia, Chile y México, especialmente hacia personas con discapacidades psicosociales y cognitivas. A pesar de ello, no se encuentran registros nacionales y comprensivos acerca del número y las características de las esterilizaciones que se practican. Algunos estudios académicos y de la sociedad civil dan algunas luces sobre las dimensiones de la problemática. Por ejemplo, un estudio elaborado por Disability Rights International en hospitales psiquiátricos de la Ciudad de México encontró que el 40% de las personas entrevistadas habían sido esterilizadas sin su consentimiento, en muchos casos siendo obligadas por sus familias (Rodríguez, 2015).

La esterilización forzosa también suele ser más recurrente a mujeres indígenas, una práctica que, en la actualidad, sigue siendo común en México. Las cifras más recientes datan de un estudio del año 2012, según el cual 27% de las mujeres indígenas usuarias del sistema público de salud había sido esterilizada forzosamente (Piñas y Rodríguez, 2017). En esos casos, la decisión había sido tomada por los médicos y por su pareja.

La esterilización forzada a mujeres que viven con VIH es un fenómeno global, que ha sido documentado en diversos países de América Latina, como El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Venezuela y Chile. Según un estudio realizado en los primeros cuatro de estos países, cerca de un cuarto (23%) de las mujeres con VIH son presionadas para someterse a procedimientos de esterilización, una proporción que asciende a 28% en el caso mexicano (Kendall y Albert, 2015). Las formas en que puede ocurrir este problema son diversas. En primer lugar, el personal de salud puede hacer comentarios abiertamente discriminatorios, aduciendo a la pérdida de libertad de elección como consecuencia de portar VIH. En segundo lugar, el personal de salud puede inducir a la esterilización a partir de la entrega de información errónea, principalmente señalando que la transmisión del VIH a los hijos es inevitable, una información que se contradice con la evidencia científica. Finalmente, se encuentra

la esterilización forzada que se practica cuando las mujeres se encuentran bajo los efectos de la anestesia a propósito de otra intervención. Las tres prácticas fueron encontradas en los cuatro países objeto de estudio.

Las prácticas de esterilización forzada a mujeres que viven con VIH eran también recurrentes en Chile, al menos hasta el 2010. De hecho, uno de esos casos ocurrido en el 2002 fue denunciado ante la CIDH en el año 2009. La Comisión declaró admisible el caso, y en el año 2017 realizó una audiencia de fondo (Center for Reproductive Rights, 2014). Como consecuencia de este caso, el Estado chileno desarrolló una serie de medidas dirigidas a garantizar la no discriminación y los derechos sexuales y reproductivos de las personas que viven con VIH.

4.3.3 Otras situaciones de violencia obstétrica

La violencia obstétrica puede definirse como la “violencia sufrida por las mujeres durante la atención del parto en los centros de salud” (Naciones Unidas, 2019, A/74/137). Dicha violencia puede tener diversas manifestaciones físicas, como la realización de cesáreas “sin justificación estrictamente médica, el tacto realizado por más de una persona, la episiotomía de rutina, el uso de fórceps sin estricta necesidad o consentimiento, la realización de la maniobra de Kristeller, el raspaje de útero sin anestesia” (Viñals, 2014). También puede tener manifestaciones psicológicas como el “lenguaje inapropiado, burlas sobre el estado o cuerpo de la mujer o su hijo, críticas por manifestar emociones como alegría o dolor y, sobre todo, la imposibilidad de plantear temores e inquietudes durante el proceso” (Viñals, 2014). En los años recientes, la violencia obstétrica ha comenzado a ser reconocida como un problema y ha sido el eje de movimientos sociales en distintos países del mundo. De hecho, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer emitió un informe en el año 2019 sobre el tema, acogiendo la acepción violencia obstétrica, especialmente utilizada en América del Sur.

Uno de los primeros indicadores de la violencia obstétrica es la proporción de cesáreas innecesarias. De acuerdo con la OMS, las cesáreas debiesen constituir el 15% de los partos. América Latina, sin embargo, presenta una de las mayores proporciones del mundo (44,3%) (El Heraldo, 11 de octubre de 2018). Así, Brasil presenta uno de los más altos porcentajes (55,5%), mientras que Chile (46%), Colombia (45,9%), Paraguay (45,9%) y México (40,7%) también presentan proporciones superiores a las recomendadas (El Heraldo, 11 de octubre de 2018). Brasil resulta un caso especialmente preocupante, en donde cerca de la mitad de las cesáreas se realiza en embarazos de bajo riesgo.

Otras manifestaciones de la violencia obstétrica son la rotura artificial de membranas y la episiotomía cuando se realizan de forma rutinaria y sin justificaciones médicas estrictas. Así, en Chile se reporta su presencia entre un 40 y 44% en el periodo 2014 y 2017 (OVO, 2018). Mientras tanto, según una encuesta aplicada en Brasil, una de cada cuatro mujeres brasileñas ha sido maltratada durante el trabajo de parto (FAP, 2010). A muchas de ellas se les negaron analgésicos o no se les proporcionó información sobre el procedimiento que se les iba a practicar. Asimismo, el 23 por ciento

de las mujeres fue violentada verbalmente por un profesional de la salud, en donde “uno de los insultos más comunes fue: “Na hora de fazer não chorou” (“No lloraste así cuando hiciste al bebé”)” (FPA, 2010).

4.4 Conflictos relacionados con la calidad de los servicios de salud

La OG. 14 señala, al respecto de la calidad, que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Esto requiere de personal médico calificado, medicamento y equipamiento hospitalario aprobado científicamente y vigente” (par. 12.d). En un estudio sobre la jurisprudencia nacional e interamericana en materia de derecho a la salud, se encontró que el estándar de calidad estuvo presente en 10 de los 59 casos, cuando los tribunales se pronunciaban “a favor de acciones estatales que mejoren la calidad de los servicios sanitarios” (p. 257). Asimismo, se encontró que es el estándar al que puede recurrirse en casos de negligencia médica, en tanto que “los fallos se pronuncian sobre la culpa en que incurrieron o no los profesionales de la salud” (p. 257). Pese al potencial vínculo que existe entre los casos de negligencia y errores médicos con el atributo de calidad, lo cierto es que dichas causas no suelen examinarse desde la lógica del derecho a la salud (Gauri y Brinks, p. 206). Aun así, su judicialización puede tener efectos relevantes en la calidad de los servicios de salud (p. 206).

Aunque el estándar de calidad según los términos arriba señalados puede parecer amplio y difuso, algunos conceptos que pueden orientar el análisis son los desarrollados por el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la atención en Salud de Colombia. El siguiente cuadro presenta las características que definen el atributo de calidad, según dicho sistema. Aunque se trata de un documento nacional, puede resultar útil para entender las distintas conflictividades relacionadas con la calidad de los servicios de salud.

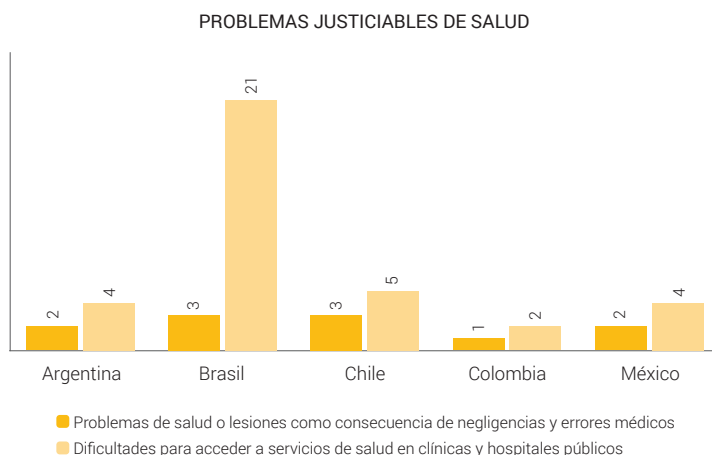
Tabla 14. Componentes del atributo de calidad desarrollados por el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la atención en Salud de Colombia

INDICADOR	DEFINICIÓN
Accesibilidad	La posibilidad del usuario de utilizar los servicios de salud” garantizados por la norma
Oportunidad	La posibilidad “de obtener los servicios que requiere sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud”.
Seguridad	El conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías, basados en evidencia científicamente probada, que propenden a minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias
Pertinencia	Es el grado en el cual los usuarios obtienen los servicios que requieren, de acuerdo con la evidencia científica, y sus efectos secundarios son menores que los beneficios potenciales.
Continuidad	Es el grado en el cual los usuarios reciben las intervenciones requeridas, mediante una secuencia lógica y racional de actividades, basada en el conocimiento científico.

Fuente: Elaboración propia con base en información de Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia.

Los problemas justiciables más comunes relacionados con la calidad de los servicios de salud serían entonces los problemas de acceso a los servicios de salud, así como las negligencias médicas. A continuación, se presentan los porcentajes del total de la población que experimentan dichos problemas justiciables en cinco países de América Latina, de acuerdo con información del *World Justice Project*. Desde luego, no todas las dificultades para acceder a los servicios de salud se relacionan con el atributo de calidad -en sus indicadores de accesibilidad u oportunidad, por ejemplo. Algunas dificultades pueden estar más relacionados con otros atributos del derecho a la salud, como con la accesibilidad física o la accesibilidad económica.

Gráfico 12. Problemas justiciables de salud - Varios países de América Latina



Fuente: Elaboración propia con base en información de World Justice Project (2018).

Un ejemplo emblemático que ilustra algunas características de los problemas justiciables relacionados con calidad es el *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, que llegar a la Corte Interamericana en el año 2016. El caso hace referencia a la responsabilidad internacional del Estado por una serie de acciones y omisiones ocurridas en el año 2001, cuando Vinicio Poblete Vilches, adulto mayor, ingresó en dos ocasiones al hospital público Sótero del Río, en donde falleció. Se trata de una sentencia trascendental reciente en materia de justiciabilidad de DESCAs, en general, y del derecho a la salud, en particular. Aunque diversas razones explican dicha trascendencia, aquí nos centraremos en aspectos que caracterizan la experiencia de la conflictividad relacionada con la calidad de los servicios de salud.

Un primer elemento que resulta interesante es la interrelación entre los atributos de calidad y accesibilidad. Dicha interrelación se observó en el segundo ingreso del paciente Vinicio Poblete al hospital, cuando su situación de salud era grave y requería de internación en la unidad de cuidados intensivos, así como de un respirador mecánico. De acuerdo con peritos, dichas prestaciones eran básicas y resultaban imprescindibles para la sobrevivencia del paciente. A pesar de ello, las prestaciones no fueron entregadas, debido a la falta de disponibilidad de camas en la unidad de

tratamiento intensivo. Tampoco se procedió a realizar el traslado del paciente a otro centro médico que contara con la infraestructura y el equipamiento necesarios. En su sentencia, la Corte Interamericana señala que “ante la falta de disponibilidad de ciertas medidas básicas, el servicio de salud que recibió el paciente careció de la calidad mínima” (*Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile*, par. 138). Esta afirmación de la Corte hace eco de la interrelación entre los atributos del derecho a la salud, particularmente entre la *disponibilidad y la calidad*.

Un segundo aspecto evidenciado por el caso es la particularidad de los problemas justiciables en materia de salud cuando se trata de prestaciones médicas de urgencia. Al propósito de ello, la Corte Interamericana definió el estándar mínimo de calidad que deben cubrir los servicios de urgencia, señalando que deben “contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas” (*Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile*, par. 121). En el caso concreto, ante la no disponibilidad de camas en la unidad de cuidados intensivos y de un respirador automático, la Corte determinó la responsabilidad del Estado.

Finalmente, el caso ilustra la especial vulnerabilidad a la que se enfrentan las personas adultas mayores frente a los problemas justiciables de salud, debido sobre todo a los mayores riesgos de salud. En su sentencia, la Corte se pronunció por primera vez sobre los derechos de las personas mayores en materia de salud, señalando que “tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas” (*Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile*, par. 127) por parte del Estado a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible. El sistema regional, por ejemplo, desarrolla entre dichas medidas la promoción de una cobertura universal de las personas mayores a los servicios de salud y el acceso equitativo a los servicios de salud integral, oportuna y de calidad, por ejemplo.

Un segundo caso emblemático es el de *Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) vs. Brasil*, que llegara al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el año 2008. El caso versa sobre la muerte de Alyne da Silva Pimentel Teixeira, una mujer que en el momento de su muerte tenía 28 años de edad, encontrándose en el sexto mes de embarazo. A partir de síntomas como dolor abdominal y náusea severa, Alyne acudió a un centro médico privado. En el transcurso de cinco días ocurrieron una serie de actos, retrasos y omisiones en su diagnóstico y tratamiento, incluyendo un parto adelantado debido a la ausencia de latido fetal, así como el traslado de la paciente a un hospital municipal, en donde finalmente murió. El Comité concluyó que el Estado brasileño había violado los derechos a la vida y a la salud de Alyne da Silva, según lo dispuesto en los artículos 2 y 12 de la *Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.

El caso ilustra aspectos relevantes de la conflictividad justiciable relacionada con la calidad de los servicios de salud. En primer lugar, nos encontramos ante un caso de muerte materna en donde, al igual que en el caso anterior, la condición de categoría protegida exigía medidas adicionales por parte del Estado para garantizar el acceso a

la salud. En su decisión, el Comité recordó su Recomendación N. 21, según la cual es obligación de los Estados “asegurar el derecho a la maternidad segura y a los servicios obstétricos de emergencia, y a adjudicar a estos servicios el máximo alcance de recursos disponibles” (par. 27). De acuerdo con el Comité, dicha obligación no se cumplió.

El segundo aspecto es el vínculo indiscutible entre la negligencia y la calidad en los servicios de salud. La pobre calidad del servicio fue un hilo conductor relevante de los alegatos de la parte demandante, haciendo referencia a una serie de hechos negligentes, como el “fracaso de realizar estudios de sangre y orina” (CEJIL, 2012, p. 161), la remoción de la placenta 14 horas después del parto -y el posible efecto de dicho retraso en la generación de la hemorragia, la realización de la cirugía en el centro de salud indebidamente equipado, así como un retraso de 8 horas en el traslado en ambulancia al hospital municipal (*Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) vs. Brasil*, 2012). El Estado brasileño no negó esta serie de hechos, pero señaló que eran responsabilidad de la institución privada de salud, quién había entregado una atención médica deficiente, “causada por negligencia profesional, infraestructura inadecuada y falta de preparación profesional” (*Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) vs. Brasil*, 2012). Conviene destacar que estos tres elementos se vinculan directamente con los indicadores de calidad, a saber, oportunidad, seguridad y continuidad. Coinciden además con la definición que el propio ESCRC realiza de calidad, referida, entre otras cosas, a la existencia de personal médico calificado.

Vinculado con el punto anterior, un tercer aspecto de la conflictividad dice relación con la actuación de entes privados. En el caso particular, el Estado brasileño negaba una responsabilidad propia, argumentando que la responsabilidad debía imputarse a la institución privada de atención médica. Dos señalamientos refutan la ausencia de responsabilidad estatal. Por un lado, el propio Estado admitió la “existencia de defectos en el sistema usado para contratar servicios privados de salud y, por extensión, la inspección y control de la misma” (2012, p. 161). Este reconocimiento coincide con el señalamiento de la parte demandante sobre la existencia de un problema sistémico en Brasil referente a la falta de atención médica de calidad durante el parte, relacionada especialmente con la forma en que gestionan los recursos humanos en el sistema de salud brasileño. Al respecto, el Comité recordó que “el Estado parte es directamente responsable por la acción de las instituciones privadas cuando externaliza sus servicios médicos y, aún más, el Estado parte siempre mantiene el deber de regular y monitorear las instituciones privadas de atención médica”. Asimismo, el Estado tiene “la obligación de diligencia de tomar medidas para asegurar que las actividades de los actores privados con respecto a las políticas de salud y prácticas son adecuadas”. Esta advertencia es relevante, sobre todo considerando las tendencias de privatización y externalización de servicios de salud en América Latina. Se trata además de un aspecto que tiene efectos potenciales en los mecanismos y barreras de acceso a la justicia, en donde las clínicas privadas se constituyen como una parte relevante en las causas administrativas y judiciales.

Ambos casos ilustran la forma en que los problemas con la calidad y la disponibilidad de los servicios de salud terminan por configurarse como negligencias médicas. Esta observación es relevante, en tanto que da cuenta de los mecanismos de gestión de

conflictos que pueden activarse, aun cuando los casos de negligencia médica no hagan referencia de forma explícita al derecho a la salud y los atributos de calidad y disponibilidad. Se abren así una serie de procedimientos en sede penal y civil, así como en instancias administrativas y de protección de derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional. Desde luego, los mecanismos exactos dependerán de la normativa interna, aspecto se abordará en el siguiente capítulo.

5. RESOLUCIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD JUSTICIABLE DE SALUD:

Aportes desde la perspectiva de la Demanda de Justicia

Uno de los objetivos de las ENJ es registrar, no sólo las necesidades jurídicas de la población, sino también el grado en que éstas son satisfechas. Cada ENJ sigue una metodología propia para conceptualizar y determinar cuándo una necesidad jurídica es satisfecha. Los resultados presentados en la siguiente tabla son ilustrativos y no comparables, y corresponden a todas las necesidades, no necesariamente relacionadas con salud. En ocasiones, la insatisfacción de las necesidades tiene que ver con la ausencia de una respuesta del sistema judicial o con el incumplimiento de una decisión. En otros casos, un exceso temporal de un proceso –en el caso de la ENJ de Colombia, más de dos años- puede implicar la insatisfacción de la necesidad. De cualquier modo, siempre es relevante tener en cuenta que la perspectiva de la satisfacción de una necesidad desde el punto de vista de la demanda de justicia no necesariamente coincide con la perspectiva de la oferta. Lo relevante es observar que no todas las necesidades jurídicas son satisfechas y que los porcentajes de satisfacción varían. Los porcentajes de satisfacción pueden ser distintos en los conflictos relacionados con salud.

Tabla 15. Porcentaje de la población con necesidades jurídicas insatisfechas según ENJ

PAÍS	PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN CON NECESIDADES JURÍDICAS INSATISFECHAS
Argentina (2016)	19.2%
Chile (2015)	General: 61%
Colombia (2013)	Entre el 43% y el 48%
Colombia (2016)	6%

Fuente: Elaboración propia con base en información de Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016), GfK Adimark Chile (2015), La Rota, M., Lalinde, S., y Uprimny, R. (2013), y Departamento Nacional de Planeación (2017).

Cuando las personas experimentan una necesidad pueden seguir distintos cursos de acción. La decisión sobre las acciones a seguir puede estar influenciada por múltiples motivos: desde la percepción personal sobre la relevancia de la necesidad jurídica, hasta el nivel de conocimiento de las posibles salidas institucionales al conflicto.

La primera clasificación que se puede hacer de las alternativas de acciones es si las personas acuden o no a una autoridad estatal o a un tercero imparcial para solucionar su problema. Las tablas 16 y 17 muestran los resultados de las ENJ en los distintos países. Aun teniendo en mente la imposibilidad de comparar resultados entre los países, es posible observar una tendencia. En la mayoría de los casos, las personas no acuden a una autoridad o a un tercero para resolver el problema. Los porcentajes varían entre los países, desde un 24.8%, hasta un 11%. Las explicaciones son muy variadas, y sólo algunas de ellas serán tratadas en el apartado de barreras de acceso a la justicia. Aunque en la misma tendencia, los resultados de Argentina muestran una brecha menor. Como puede observarse, la relación se invierte en el caso de la encuesta de Colombia del 2016.

Tabla 16. Porcentaje de personas que acude y no acude ante una autoridad o tercero imparcial para resolver el conflicto según ENJ

PAÍS	PORCENTAJE DE PERSONAS QUE ACUDIERON A UNA AUTORIDAD O UN TERCERO IMPARCIAL PARA RESOLVER EL PROBLEMA	PORCENTAJE DE PERSONAS QUE NO ACUDIERON A UNA AUTORIDAD O UN TERCERO IMPARCIAL PARA RESOLVER EL PROBLEMA
Argentina (2016)	45.6%	50.5%
Chile (2015)	22%	78%
Colombia (2013)	24.8%	75.2%

Fuente: Elaboración propia con base en información de Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016), GfK Adimark Chile (2015), La Rota, M., Lalinde, S., y Uprimny, R. (2013).

Tabla 17. Porcentaje de personas que acude y no acude ante una autoridad o tercero imparcial para resolver el conflicto según informe de Global Insights on Access to Justice

PAÍS	PORCENTAJE DE PERSONAS QUE ACUDIERON A UNA AUTORIDAD O UN TERCERO IMPARCIAL PARA RESOLVER EL PROBLEMA	PORCENTAJE DE PERSONAS QUE NO ACUDIERON A UNA AUTORIDAD O UN TERCERO IMPARCIAL PARA RESOLVER EL PROBLEMA
Brasil	13%	87%
Chile	13%	87%
México	11%	89%
Nicaragua	14%	86%

Fuente: Elaboración propia con base en información de World Justice Project (2018).

Los resultados de la primera clasificación ya comienzan a dibujar una tendencia. En definitiva, no todas las necesidades jurídicas llegan a las instituciones estatales a cargo de la resolución de los conflictos. De hecho, los casos que llegan a algún punto

de oferta de servicios jurídicos son los menos frecuentes. La tabla 18 muestra las diferentes acciones que toman las personas al vivir necesidades jurídicas relacionadas con salud en Chile y Colombia. Cada encuesta presenta distintas opciones de respuesta a las personas encuestadas, mismas que son expuestas en la tabla. Entre las acciones que pueden tomarse frente a la presencia de una necesidad jurídica se encuentran la búsqueda de ayuda de familiares o amigos, los intentos por conversar o arreglar el problema por cuenta propia, o recurrir a un actor ilegal. También se encuentra la posibilidad de *no hacer nada*, alternativa que se ubica entre el 24,5% (Colombia, 2016) y el 49% (Chile, 2015). En algunos casos se pueden identificar los porcentajes de los casos que ingresan al entramado institucional. En Colombia, por ejemplo, encontramos una amplia gama de instituciones a las que acuden las personas, encontrando porcentajes no tan distintos entre la Personería, los jueces, la Superintendencia y el Defensor del Pueblo, en un rango que se ubica entre el 13,0% y el 10,3%.

Tabla 18. Acciones frente a necesidades jurídicas relacionadas con salud según ENJ

PAÍS	ACCIONES FRENTE A NECESIDADES Y CONFLICTOS RELACIONADOS CON SALUD
Chile (2015)	<ul style="list-style-type: none"> Nada: 49% Conversar: 33% Denunciar: 6% Método colaborativo: 3% Consejo legal, amenazar: 2% Demanda: 1% <ul style="list-style-type: none"> Ingreso al sistema de justicia: 12% No ingreso al sistema de justicia: 82%
Colombia (2013)	<ul style="list-style-type: none"> No hizo nada: 44,0% Acudió a tercero: 22,4% - Autoridad del estado: 80% - Particular: 19,9% Intentó arreglar por su propia cuenta: 32,3% No sabe: 1,3%
Colombia (2016)	<ul style="list-style-type: none"> Institución o particular: 39,4% - Instituciones (87%): Otro 21, 5% Personería: 13,0% Jueces: 12,7% Superintendencias: 10,8% Defensor del Pueblo: 10,3% Alcaldía: 8,48% Abogado: 4,3% <ul style="list-style-type: none"> Acuerdo pacífico: 35,6% No hizo nada: 24,5% Acción violenta: .18% Actor ilegal: .16%

Fuente: Fuente: Elaboración propia con base en información de GfK Adimark Chile (2015), La Rota, M., Lalinde, S., y Uprimny, R. (2013), y Departamento Nacional de Planeación (2017).

El informe de hallazgos de la encuesta realizada en **Argentina** permite observar el fenómeno con más detalle. La tabla 19 expone los porcentajes en que se emprenden las distintas acciones, según tres tipos de problemas justiciables relacionados con la salud. No se observan diferencias significativas entre la probabilidad de emprender una acción u otra, en función del tipo de conflicto. La alternativa más prevalente en la mayoría de los casos -a excepción de problemas relacionados con la salud mental- es “intentar resolverlo por su cuenta”, seguida de forma muy cercana por la decisión de “no hacer nada”. Sumando los porcentajes que corresponden a esas dos alternativas a la opción de búsqueda de ayuda de familiares o amigas, nos encontramos con que, en casi todos los casos, las tres opciones suman al menos el 60% de las decisiones de las personas. En porcentajes significativamente mayores se encuentran la búsqueda de asesoramiento profesional y el acudir a un organismo público. Puede observarse, por tanto, que una gran mayoría de los problemas justiciables de salud no alcanzan el plano institucional. Según datos arrojados por la misma encuesta, algunas de las razones que explican que las personas no busquen asesoramiento legal se relacionan con las propias percepciones personales al respecto del problema. Por ejemplo, algunas personas consideran que el problema no era lo suficientemente importante (14,2%), otras pensaban que el problema se solucionaría solo (12,0%), mientras que otras pensaron que no podrían conseguir la asesoría (15,7%). Algunas razones, sin embargo, sí se relacionan con obstáculo en el acceso a la justicia, como la percepción de que sería demasiado caro y no podría pagarlo (9,8%) o porque no entendía en dónde buscar la asesoría (3,1%). Estas barreras serán abordadas con mayor profundidad en el siguiente apartado.

Tabla 19. Acciones frente a necesidades jurídicas relacionadas con distinto tipos de conflicto de salud en Argentina según ENJ

	NO HIZO NADA	INTENTÓ RESOLVERLO POR SU CUENTA	BUSCÓ AYUDA DE FAMILIARES O AMIGOS	RECURRIÓ A ASESORAMIENTO PROFESIONAL	RECURRIÓ A FAMILIARES O AMIGOS Y ASESORAMIENTO PROFESIONAL	ACUDIÓ A UNA OFICINA U ORGANISMO PÚBLICO	NO SABE/NO CONTESTA
Problemas por tratamientos, cirugías o medicación por parte de un médico o dentista u otro profesional de la salud?	24,0%	35,2%	12,0%	18,8%	3,3%	6,7%	0,0%
Problemas para acceder a los servicios públicos de salud	34,2%	32,1%	13,4%	4,2%	1,7%	14,3%	0,0%
Problemas para acceder a servicios de urgencias	30,0%	33,6%	13,6%	7,2%	0,0%	11,4%	3,9%
Problemas con la empresa de medicina prepaga o la obra social (cobertura, calidad)	30,2%	33,6%	5,8%	10,1%	3,9%	14,5%	1,9%

Con el acceso a medicamentos (por el costo o la cobertura)	22,0%	33,5%	6,3%	3,3%	3,7%	26,6%	4,5%
Tratamientos de salud mental	0,0%	0,0%	49,9%	37,0%	13,2%	0,0%	0,0%

Fuente: Subsecretaría de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 2016.

Las instituciones estatales a las que las personas acuden son variadas. Aunque los resultados no se encuentran desagregados por esfera ni tipo de conflicto, la ENJ de Colombia del año 2013 identificó que las personas que acuden a una autoridad lo hacen mayormente ante instituciones administrativas (67,9%), en comparación con las judiciales (32,1%). Entre las más utilizadas del tipo administrativo se encuentran los comandos de atención inmediata o estaciones de policía (29,1%), los inspectores de policía (16,3), y las superintendencias (15,0%). La autoridad del sistema judicial a la que se acude en mayor medida es la Fiscalía General de la Nación (85,4%) (La Rota et al., 2013). En el caso colombiano, esto significa que, del total de necesidades jurídicas presentadas, un 13,38% acude ante una autoridad administrativa, mientras que el 6,42% lo hace ante una autoridad judicial.

Además de las alternativas de acudir a una autoridad o un tercero imparcial y “no hacer nada”, en la tabla 18 puede observarse otro grupo de acciones. En Argentina se manifiesta como “intentar resolverlo por cuenta propia” (38.41%), en Colombia como “acuerdo pacífico” (38.46%), y en Chile como “conversar” (51%). Se trata de las acciones que se reportan con mayor frecuencia en todos los casos, por encima de acudir a un organismo público, tercero imparcial o no actuar en absoluto. En los tres casos, se observa una línea unificadora relacionada con la necesidad de contar con mecanismos preventivos que entreguen información sobre las formas de solucionar el conflicto, así como con mecanismos autocompositivos. Los datos resultan relevantes, sobre todo si se busca construir una política de acceso a la justicia basada en la evidencia de los comportamientos y acciones de la población frente a los conflictos.

Los datos sobre los porcentajes de necesidades jurídicas que buscan una solución en el aparato institucional –administrativo o judicial- destinado a la resolución de conflictos sugieren varios puntos de análisis. En primer lugar, que la búsqueda de justicia no necesariamente se hace en los mecanismos judiciales. De hecho, esta es la vía institucional menos utilizada, a pesar de que pudiera considerarse lo contrario, noción que puede llevar a una mayor inversión financiera en el funcionamiento de dichos mecanismos. Por esta razón, conviene observar los otros mecanismos de resolución de conflictos a los que la población acude en mayor medida. Por otro lado, el reducido porcentaje de necesidades jurídicas que acuden ante un mecanismo de resolución de conflictos, en conjunción con el alto número de necesidades jurídicas insatisfechas en los países de la región, hace necesario estudiar las razones por las que las personas no buscan resolución en las instituciones. Un primer acercamiento a dichas razones se encuentra en el siguiente apartado.

6. Resolución de la conflictividad de Salud: Barreras de acceso a la justicia

Es recurrente que una gran parte de la población de un país no pueda acceder a instancias formales del sistema de justicia para resolver sus conflictos. Se evidencia que un estimado de cuatro billones de personas en el mundo viven fuera de la protección del Estado de Derecho, debido a que son pobres o son objeto de algún tipo de marginalización en sus respectivas sociedades (OECD, 2016). Tal panorama ha llevado a que Naciones Unidas incluya el acceso a la justicia como uno de los ejes de su Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (ONU, 2015).

La Comisión IDH (2015, p. 258) ha entendido el acceso a la justicia como “el acceso de iure y de facto a los organismos judiciales y a recursos judiciales de protección”. En esta misma línea, un concepto de acceso a la justicia es aquel que lo comprende como “la posibilidad de las personas de acudir y obtener una respuesta efectiva por parte de mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean formal y materialmente útiles para la tutela de sus derechos” (Errandonea & Martín, 2015, p. 347).

Se desprenden de ambas definiciones algunas consecuencias importantes, especialmente, en lo que refiere al derecho a la salud. En primer lugar, el acceso a la justicia ha de ser comprendido desde un punto de vista amplio, por lo que incluye no solo a los tribunales de justicia, sino además a una serie de agencias del Estado que pueden coadyuvar a este fin. Por ejemplo, a través del acceso a los mecanismos alternativos de gestión de conflictos, la entrega de información, el apoyo legal y no legal por parte de expertos y la participación efectiva en los procesos de formación de reformas de ley (OECD, 2016). Lo anterior se observa en la esfera de salud cuando se ponen a disposición agencias especializadas para canalizar conflictos en la materia –y que no dependen del Poder Judicial- y que pueden de igual manera contribuir a la satisfacción del mencionado derecho. En segundo lugar, pone de relieve la noción de acceso a la justicia como instrumento que permite alcanzar la efectividad de otros derechos –como el derecho a la salud-, actuando como una suerte de bisagra (Cabezón, Lillo y Fandiño, 2016). En tercer lugar, afirma una dimensión sustantiva del derecho al acceso a la justicia, ya que no basta con la sola existencia formal de instituciones y recursos judiciales; por el contrario, se requiere que tales mecanismos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas (Comisión IDH, 2019). Ejemplos de lo anterior se observan a lo largo de este apartado en donde se documenta la existencia de acciones o la creación de agencias que no necesariamente llevan a que se satisfaga de manera plena el acceso a la justicia para conflictos de salud.

Ante un contexto mundial en el cual hay serias exclusiones sociales, es importante estudiar cuáles son los obstáculos a los cuales se enfrentan las personas en el acceso a la justicia y cómo éstas se interrelacionan, afectando a grupos de personas especialmente vulnerables. En este sentido, el acceso a la justicia puede contribuir a hacer efectivos principios promovidos por las actuales democracias como la igualdad de género (OECD, 2016). Las barreras de acceso a la justicia se entienden, entonces, como aquellos factores económicos, sociales y culturales, o bien estructurales e institucionales que obstaculizan el acceso a la justicia (OECD, 2016). Estas barreras son especialmente relevantes en poblaciones vulnerables o grupos marginalizados que, en muchas ocasiones, no identifican sus problemas de relevancia jurídica como tales, o bien no identifican las posibles acciones o recursos legales para enfrentarlos, llevando finalmente a que no busquen asistencia jurídica o que dejen su conflicto sin resolver (OECD, 2016).

En efecto, con fines analíticos se utilizará a lo largo de este apartado la nomenclatura de “barreras de acceso a la justicia” para hacer referencia a aquellos obstáculos de índole social, cultural, económico e institucional que dificultan el acceso a la justicia en asuntos de salud. Las páginas siguientes volverán sobre este tema y explicarán el modo en que se examinarán estas barreras para el acceso a la justicia en asuntos de salud.

6.1 La justiciabilidad del derecho a la salud

- Tensión entre problemas individuales y colectivos

Tal como se señaló en el apartado introductorio de este informe, la judicialización del derecho a la salud no constituye necesariamente una buena noticia, pues existe evidencia contradictoria sobre los efectos de este fenómeno (Yamin, 2011). La razón de esta paradoja radica en que la judicialización puede, eventualmente, beneficiar a las clases sociales más ricas que están en condiciones de llevar sus casos individuales a los tribunales, ya sea para acceder a medicamentos como para acceder a ciertos servicios de salud (véase los casos de Colombia y Brasil como ejemplos paradigmáticos en la región). El problema que se advierte en estos casos es que, paradójicamente, la judicialización lleva a reforzar importantes desigualdades sociales en el acceso a la salud.

Se presentan así al menos tres problemas dignos de advertir críticamente. El primero de ellos es que se potencia la protección del derecho a la salud desde el punto de vista individual. Si bien esta forma de buscar protección ante una vulneración del derecho a la salud no es criticable per se, debe empero ser vista de manera crítica. Ello considerado que hay cierto nivel de desigualdad entre quienes encuentran mayores facilidades para acceder al sistema de justicia formal a reclamar sus casos, particularmente respecto de aquellas personas en situación de vulnerabilidad. Tal como fue indicado en el apartado introductorio, este fenómeno no obsta a que sea necesaria la existencia de los mecanismos de corte individual y la promoción de su uso, sin embargo, debe valorarse críticamente la utilidad limitada de éstos.

El segundo problema dice relación con los alcances acotados de las sentencias para

los casos individuales. La sentencia obliga, por ejemplo, a que una persona pueda acceder a un medicamento de alto costo, pero no cambia en caso alguno las estructuras desiguales que generaron los problemas para acceder a él. Incluso, bajo algunos supuestos la judicialización puede llevar a reforzar un sistema de salud que no se orienta a la plena satisfacción de la salud como derecho humano. Cuestión que ocurre, por ejemplo, en Chile en donde se presentan elevadas cifras de judicialización en contra del sistema privado de salud (isapres) por el alza de precio de sus planes. Dicha judicialización, sin embargo, no ha llevado a discutir seriamente la conveniencia de mantener este sistema; por el contrario, las políticas más recientes lo han consolidado y perfeccionado, todo en un acentuado contexto neoliberal en donde se prioriza la libertad de los privados para participar en el sector salud por sobre la consideración del derecho humano a la salud (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019). En definitiva, la judicialización puede tener efectos negativos a nivel colectivo, a pesar de ser un mecanismo válido y eficaz para tutelar el derecho a la salud desde un punto de vista individual.

El tercer problema se ubica ya al nivel de las sentencias en asuntos de salud. La noción de igualdad ha sido utilizada por la jurisprudencia tanto para conceder las reclamaciones como para desestimarlas, lo que da cuenta de que aun cuando se trate de demandas individuales sí se tiene en consideración un elemento relacional o colectivo al momento de resolverlas. Así, en países como Uruguay (en casos de acceso a medicamentos de alto costo), se alude a la igualdad como argumento para conceder tales medicinas, concluyéndose que resulta intolerable que, habiendo dos personas que padecen una misma enfermedad, una de ellas no pueda acceder a medicina por motivos monetarios, o bien porque una institución no cuenta con ella (Pereira, García y Odriozola, 2019). La jurisprudencia uruguaya ha ido incluso más lejos, señalando que el principio de igualdad obliga a efectuar una discriminación positiva en favor de quien padece una enfermedad más rara, debiendo asimismo el tratamiento considerar todos los adelantos que la ciencia prevé (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019). En la vereda contraria, se encuentra una línea jurisprudencial chilena según la cual las demandas para acceder a medicamentos de alto costo se rechazan en razón del principio de igualdad (Norambuena y Sandoval, 2019). En estos casos se argumenta que el acoger la pretensión (de tipo individual) implica desigualdad para quienes no pueden acceder a la sede judicial, indicándose en concreto que el dinero que se destine a este tratamiento en particular —en caso de acogerse la demanda— llevaría consigo que muchas otras personas accedan a otras prestaciones insuficientes (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019).

De forma previa, se precisó que, debido a razones metodológicas, el presente informe no aborda los factores determinantes de la salud como contaminación ambiental, (la falta de) acceso al agua potable, alimentación adecuada y condiciones de sanidad adecuadas que impactan en la dimensión colectiva del derecho a la salud. A pesar de esta limitación, reconocemos que el derecho a la salud no puede entenderse tan solo como el acceso a una prestación individual, sino que debe ser considerado desde una dimensión colectiva. La Corte IDH, a propósito del Caso Yakye Axa vs. Paraguay ha señalado que el derecho a la salud tiene una faz colectiva, destacando que los servicios de salud deben ser apropiados desde un punto de vista cultural (Corte IDH, 2005, párr.164-165)

Este informe, por el contrario, se centra en problemas justiciables en el contexto de la atención a la salud. A pesar de esta limitante, recalcamos la importancia de estos factores conexos, especialmente, cuando lo vemos desde el punto de vista del derecho a la salud desde su dimensión colectiva. Ello implica mirar al acceso a la justicia no solamente desde los obstáculos, plazos, demoras, formalismo y burocracia que pueden caracterizar los procesos administrativos y judiciales, sino también el acceso a dichos mecanismos por parte de diversas poblaciones, especialmente las más vulnerables. En otras palabras, abre el análisis a una dimensión empírica del acceso a la justicia para los asuntos de salud. En efecto, el acceso del derecho a la salud se desenvuelve en un marco contextual de profunda desigualdad y de violaciones a los derechos sociales de las personas.

Por otro lado, esta interconexión lleva a reforzar la necesidad de una mirada interseccional que revele cómo las vulneraciones al derecho a la salud responden a diversas situaciones de vulnerabilidad que experimentan las personas, incluyendo tanto sus exigencias como la diversidad y resistencia de dichos grupos en la arena política. A mayor abundamiento, se requiere considerar “las situaciones y requerimientos de los grupos vulnerables, la complejidad y la diversidad de las fuentes que generan discriminación sus diversas resistencias y a la vez reforzar una definición de estos como grupos no homogéneos, con jerarquías internas y que requieren de coaliciones y articulaciones con otros colectivos para representar de manera más cercana las experiencias de los sujetos” (Zota Bernal, 2016, pp. 75-76). Hay, entonces, una serie de retos desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos. Uno de es la superación de la visión aritmética de los factores de exclusión y discriminación, reemplazándola por una visión de los derechos humanos como indivisibles e interdependientes y que, al mismo tiempo, promueva la superación de la segregación estructural (Uprimny y Saffon, 2009). De este modo, el derecho a la salud debe ser considerado en su relación con otros derechos humanos que pueden estar siendo vulnerados simultáneamente; y, por otro lado, considerar los diversos factores de exclusión que experimentan las personas y las diversas fuentes que generan dicha exclusión. En el mismo sentido, la CIDH (2005) en el ya citado Caso Yakye Axa vs. Paraguay advierte que las afectaciones al derecho a la salud están íntimamente ligadas a otras vulneraciones como el derecho a la alimentación y al agua; en último término, las vulneraciones anteriores se entienden que impactan la existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.

Con todo, cabe recordar que el uso de mecanismos judiciales puede resultar incluso más gravoso que otros mecanismos de exigibilidad, debido a factores como la alta burocratización y la excesiva formalización de los procesos (Bocado, Fibla y Reyes, 2019). En ese sentido, es necesario señalar que el propio sistema de justicia puede comprender fallas intrínsecas que desincentivan su utilización por quienes ven vulnerados sus derechos. Sobre este punto ahondaremos a lo largo de este apartado, agrupando tales obstáculos bajo la categoría de barreras de acceso a la justicia de tipo institucional.

- El acceso a la justicia y las barreras de acceso desde el punto de vista de los atributos del derecho a la salud

En el apartado de prevalencia de los conflictos se presentaron hallazgos de las encuestas de necesidades jurídicas. En ellas se miden cuáles son los problemas más prevalentes en diversos ámbitos o esferas, incluyendo a la salud. Los temas más recurrentes en aquellos países que cuentan con este tipo de medición son el acceso al servicio de salud y medicamentos (Colombia y Argentina), mientras que otros como Chile los conflictos más prevalentes son el no respeto de los derechos de los pacientes, negligencia médica y problemas de afiliación al sistema de salud público. Es interesante el caso chileno, pues no se menciona el acceso a la salud como un asunto problemático. Entre las explicaciones posibles para ello se encuentra el que la encuesta (Gfk Adimark,2015)- no consulta expresamente a las personas por el acceso a la salud.

A partir de los conflictos más recurrentes, es posible adelantar algunas notas sobre cómo estos problemas se conectan con diversas barreras de acceso a la justicia en los diversos países. Con fines analíticos es posible distinguir diversos tipos de problemas en relación con los diferentes atributos del derecho humano a la salud. Así, atendiendo al atributo del derecho a la salud afectado, es posible clasificar cinco grandes tipos de conflictos:

El primer gran grupo de conflictos en materia de salud se refiere a la **no discriminación**. Los problemas justiciables vinculados con la discriminación en los servicios de salud pueden materializarse en formas muy diversas. En algunos casos, pueden verbalizarse explícitamente como problemas de discriminación en los servicios de salud, tanto de forma directa -a través de normas de salud expresamente discriminatorias o de lenguaje y trato discriminatorios por parte del personal de salud-, como de forma indirecta a través de normas aparentemente neutras que profundizan las desigualdades en salud. Los problemas justiciables relacionados con discriminación pueden no ser verbalizados directamente como tales, y pueden más bien presentarse como problemas de acceso a los servicios de salud, comúnmente asociados a barreras de accesibilidad física o económica que impactan de manera especial a ciertas poblaciones. En la misma línea, podemos encontrar casos de negligencias médicas, en donde la discriminación puede ser la causa de dicha negligencia. Especialmente sensibles son aquellos casos en donde la discriminación se dirige hacia ciertos grupos de la población tales como personas indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad y personas que viven con VIH.

Los mecanismos para el caso de la no discriminación son múltiples. En primer lugar, se encuentran las acciones antidiscriminatorias que específicamente se hacen cargo del asunto, siendo especialmente relevantes cuando se trata de una conducta atribuible de manera directa al centro de salud. Otra alternativa es el uso de acciones propias de la jurisdicción civil o penal cuando los problemas constituyen negligencias médicas y se pretende declarar la responsabilidad por daños y perjuicios. Por otro lado, pueden presentarse recursos de quejas y reclamos ante entidades administrativas a cargo de la regulación y fiscalización de los servicios de salud. Finalmente, pueden presentarse

recursos constitucionales individuales y colectivos. Del mismo modo, es posible presentar algún tipo de denuncia ante instituciones estatales en materia de derechos humanos o comisiones especializadas en temas de no discriminación.

Considerando que la discriminación afecta en mayor medida a personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad al interior de la sociedad, es importante advertir que es recurrente que muchos de los asuntos simplemente no lleguen al sistema formal tanto judicial como administrativo. En este sentido, si bien se contempla un catálogo relativamente extenso de mecanismos, se debe notar que el uso de estos cauces adolece de un importante espacio de no denuncia o no reporte. Así, es posible que existan barreras de acceso a la justicia en materia de género, barreras económicas y barreras culturales, entre las más importantes.

Un segundo grupo de problemas justiciables se engloba en la categoría **accesibilidad física**. Se trata de conflictos que, si bien se experimentan de manera individual, suelen afectar a comunidades enteras que se encuentran en situación de aislamiento geográfico. A lo anterior, se suma la intersección de otras exclusiones experimentadas por estos grupos como la exclusión socio-económica, la pobreza y la pobreza extrema. Asimismo, es necesario tener presente la especial situación de vulnerabilidad de ciertas comunidades indígenas que residen fuera del radio urbano. Alternativas de mecanismos documentados para este caso son la interposición de acciones constitucionales - por ejemplo, amparo en México, tutela en Colombia-, argumentando una discriminación a quienes no pueden realizar el derecho a la salud por razones geográficas. Como puede anticiparse, los conflictos en materia de salud bajo la categoría accesibilidad física, escasamente son reclamados ante la justicia. Estos obstáculos en el acceso a la justicia se identifican esencialmente como barreras geográficas y físicas, barreras económicas y barreras culturales.

En la categoría **accesibilidad económica** se agrupan los problemas justiciables en el acceso a los servicios de salud, a los tratamientos y a los medicamentos por motivos monetarios. En atención a lo oneroso que suele ser el iniciar un proceso ya sea en el ámbito administrativo como el judicial, los conflictos que buscan solución por esta vía suelen estar restringidos al acceso a tratamientos o medicamentos de alto costo. Precisamente, la barrera principal en el acceso a la justicia para estos asuntos es la económica. No obstante, otras barreras de acceso a la justicia pueden ser observadas. Por ejemplo, la barrera de eficiencia se observa por la larga duración de la tramitación de los casos, cuestión que resulta problemática considerando la gravedad de las enfermedades de las personas que recurren a estas instancias. La barrera de eficacia es otro elemento a considerar desde el punto de vista de la accesibilidad económica, pues el iniciar un oneroso proceso administrativo o judicial no necesariamente asegura su éxito al término del mismo.

Los problemas justiciables relacionados con la **calidad** son otro grupo importante de asuntos en la esfera de la salud, agrupando principalmente asuntos como las negligencias médicas. Los mecanismos que se utilizan para gestionar este tipo de conflictos suelen ser tanto las agencias administrativas como a través de la interposición de acciones en sede penal (buscando la responsabilidad criminal de los autores de

la negligencia), o bien civil cuando se persigue el resarcimiento del daño causado a través de una reparación. En este tipo de problemas son también comunes las barreras económicas, de eficiencia y de eficacia; por ejemplo, cuando al reclamar la calidad de un determinado tratamiento existen trabas en las agencias o tribunales y que impiden una resolución del caso en un plazo razonable.

Los problemas justiciables de aceptabilidad engloban, particularmente, a los daños producto de la violencia obstétrica, esterilizaciones forzadas u otras situaciones de violencia. Dada la amplitud de este tipo de problemas, los mecanismos que se identifican son heterogéneos y van desde quejas administrativas, acciones ordinarias y procedimientos civiles, procedimientos penales, acciones constitucionales y denuncias o quejas ante organismos de derechos humanos. Hay importantes barreras de acceso a la justicia que se vinculan con la aceptabilidad, siendo una de las más reiteradas la barrera de género en atención a la violencia que experimentan las mujeres en el contexto de los servicios de salud y que puede agravarse cuando los propios operadores y operadoras del sistema de justicia la refuerzan, o bien contribuyen a generar una victimización secundaria en las afectadas en la medida en que la justicia no responde a la protección eficiente y eficaz de los derechos.

6.2 Los mecanismos para el acceso a la justicia en la esfera de salud

El estudio del acceso a la justicia puede ser abordado a través de los instrumentos o mecanismos que los diversos Estados disponen para judicializar los problemas. La importancia de contar con estos instrumentos se adelanta en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 25 relativo a la protección judicial. En este último se declara que:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

En cumplimiento de esta directriz, los diversos Estados han puesto a disposición de las personas múltiples mecanismos para hacer efectiva la protección judicial ante vulneraciones de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la salud. Es-

tos mecanismos pueden ser clasificados en dos grandes tipos. Aquellos de carácter judicial, es decir, que pueden ser interpuestos ante el Poder Judicial y que buscan salvaguardar el derecho conculcado a través de la intervención de la jurisdicción. Estos mecanismos pueden tener diversa jerarquía normativa, ya sea constitucional, legal o reglamentaria. Y, por otro lado, aquellos mecanismos de carácter administrativo que buscan salvaguardar el derecho a la salud en agencias que dependen del Poder Ejecutivo. Estas agencias suelen tener un rol de control de la actividad de las instituciones que prestan servicios de salud tanto en el ámbito público como privado.

La importancia de contar con estos mecanismos ha sido desarrollada por el Comité DESC (1990) a través de la OG n°9. En ella se expresa que los Estados deben justificar el hecho de no ofrecer un recurso judicial interno frente a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, demostrando que esos recursos no son los medios apropiados para proteger el derecho, o bien que no son necesarios en virtud de los otros medios utilizados. No obstante, el propio Comité DESC advierte que es difícil que esta última situación ocurra, ya que los medios devienen en ineficaces si no se complementan o refuerzan con recursos judiciales.

A efectos de conducir el estudio de las barreras de acceso a la justicia, a continuación, se revisarán los mecanismos de gestión de conflictos identificados como relevantes en la esfera de salud, de acuerdo a los problemas justiciables ya identificados. Los mecanismos que se consignan en la siguiente tabla constituyen las formas más relevantes que permiten hacer exigible o justiciable el derecho a la salud. Se hace la salvedad que la tabla no es de carácter exhaustivo, pues no busca identificar la totalidad de instrumentos presentes en los países que forman el OCCA sino reflejar la diversidad que hay entre ellos.

Tabla 20. Mecanismos judiciales y administrativos en países del OCCA

PAÍS	MECANISMOS JUDICIALES		MECANISMOS ADMINISTRATIVOS
	Constitucionales	Legales	
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> - Amparos contra el Estado Nacional, Provincial, Municipal, obras sociales provinciales, universitarias ante el fuero contencioso administrativo (Federal, provincial, de CABA) - Medidas cautelares para el aseguramiento de derechos a la salud 	<ul style="list-style-type: none"> - Procesos Ordinarios (daños y perjuicios, responsabilidad médica) - Procesos de amparos y medidas cautelares 	<ul style="list-style-type: none"> - Procesos administrativos para la gestión de conflictos ante agencias del Poder Ejecutivo o del estado como: Superintendencia de Servicios de salud; ANMAT. - Mecanismos de reclamo administrativo ante la SuperIntendencia de Servicios y Seguros de salud (trámite normal, trámite de urgencia)

Brasil	<ul style="list-style-type: none"> - Ação Popular; Mandado de Segurança; Mandado de Segurança Coletivo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Ações judiciais em geral; Ação Ordinária de Obrigação de Fazer; Ação Ordinária de Obrigação de Dar Coisa Certa (medicamento); generalmente combinadas con Pedido de Antecipación de Tutela; Recursos processuais. - Procesos declarativos colectivos: Ação Civil Pública com Pedido Liminar (Ministério Público) em face de Planos de Saúde (Código de Defesa do Consumidor). 	<ul style="list-style-type: none"> - A Notificação de Intermediação Preliminar (NIP), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), é um instrumento que visa a solução de conflitos entre beneficiários e Operadoras de planos privados de assistência à saúde - inclusive as administradoras de beneficios - constituindo-se em uma fase pré-processual e extrajudicial. - Comissão de Farmacologia do Estado de São Paulo é um mecanismo administrativo de pleito a medicamentos não incluídos no Sistema Único de Saúde. - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor PROCON
Chile	<ul style="list-style-type: none"> - Acción de protección (recurso de protección constitucional art.20) 	<ul style="list-style-type: none"> - Juicio ordinario (indemnización de perjuicios) - Juicio ordinario de mayor y menor cuantía. - Juicio Ejecutivo - Juicio de mínima cuantía, que se rige por sus reglas. - Juicio sumario 	<ul style="list-style-type: none"> - Reclamo ante superintendencia de salud 33,6%
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> - Acción de tutela (art 86 de la constitución y Decreto 2591 de 1991) - Derecho de petición (art 23 de la constitución y la ley 1755 de 2015) - Acción popular (derechos colectivos art 88 de la constitución y ley 472 de 1998) 	<ul style="list-style-type: none"> - Proceso declarativo verbal de responsabilidad civil extracontractual (ley 1564 de 2012, Código General del Proceso) 	<ul style="list-style-type: none"> - Petición ante Supersalud (Superintendencia Nacional de Salud) - Reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo
El Salvador	<ul style="list-style-type: none"> - Acción de amparo (art 247 de la constitución) 	<ul style="list-style-type: none"> - Juicio civil ordinario (Código de Procedimientos Civiles) 	
México	<ul style="list-style-type: none"> - Acción de amparo (art 103 y 107 de la constitución) 		<ul style="list-style-type: none"> - Arbitraje ante Comisión Nacional de Arbitraje CONAMED
Paraguay	<ul style="list-style-type: none"> - Acción de amparo (art 134 de la constitución) 	<ul style="list-style-type: none"> - Proceso de conocimiento ordinario 	

Fuente: Elaboración propia con base en información reportada por Observatorios Locales.

Se hace una importante salvedad, pues en algunos países aun cuando se identifican ciertos mecanismos y acciones, el derecho a la salud no alcanza el cumplimiento total de las garantías previstas para los derechos fundamentales¹³. Por ejemplo, en Chile el derecho a la salud no se reconoce como derecho fundamental en la Constitución Política y tampoco cuenta con mecanismos de reacción que permitan su justiciabilidad ante los tribunales en caso de ser vulnerado. Esta situación ha llevado a que se emprendan estrategias diversas para poder hacerlo exigible ante los tribunales chilenos y que han sido tratadas por la literatura como la propietarización de los derechos (Bassa y Aste, 2015) y el derecho a la vida como derecho germen (Vivanco, 2007). Por su parte, en Colombia la literatura plantea que los derechos que son

¹³ Aldunate (2008) clasifica las garantías de los derechos fundamentales en cuatro: (i) consagración por escrito, (ii) consagración a nivel constitucional, (iii) mecanismos de reacción frente a la vulneración del derecho para ponerle fin o para evitarla, (iv) existencia de vías jurisdiccionales para obtener una declaración de que el derecho ha sido ilegítimamente lesionado.

tutelados no son claramente explicitados en su norma constitucional (Carrera, 2011). Así, las diferencias entre los países responden a la modalidad de Estado que se sigue en cada uno de ellos; mientras en Chile se adopta constitucionalmente un modelo subsidiario, en otros países como Brasil se concibe un modelo de Estado más cercano al Estado social de derecho inspirado en el modelo alemán de posguerra (Al-lard, Henning y Galdámez, 2016). Del mismo modo, habría que mirar críticamente el reconocimiento constitucional del derecho a la salud, pues su mero reconocimiento en el texto constitucional no asegura efectos reales. Neves (2004) denomina constitucionalización simbólica a la hipertrofia de la dimensión político-simbólica del texto constitucional en detrimento de su eficacia jurídica. En este sentido, se busca responder a las exigencias internacionales en materia de derechos humanos a través de la constitucionalización de ciertos derechos humanos, pero sin realizar otra modificación normativa o institucional para hacerlo realmente eficaz.

A lo largo del presente apartado se hará referencia a estos instrumentos a propósito de las diversas barreras de acceso a la justicia.

Presentación del apartado

Si bien las barreras de acceso a la justicia son múltiples, desde OCCA identificamos dos grandes grupos que engloban un listado no exhaustivo: las **institucionales** y, en segundo lugar, las **barreras sociales, culturales y económicas**. Las **barreras institucionales** son aquellas que nacen exclusivamente de las políticas y procesos institucionales de los sistemas de justicia y pueden ser experimentadas en forma diferenciada por distintos grupos de personas. Dentro de este tipo de barreras, identificamos a su vez:

- **De información:** vinculadas al desconocimiento de los derechos y del funcionamiento de los distintos mecanismos –judiciales y extrajudiciales- de resolución de conflictos y que suelen ser más acentuadas entre poblaciones en posición de desventaja socioeconómica.
- **De confianza:** vinculadas al recelo de las personas respecto al sistema de justicia y que provoca que estas no se acerquen a él, basándose en razones tales como corrupción, discriminación y abusos por parte de la autoridad, entre otras.
- **De eficiencia:** vinculadas a la agilidad y duración de los procesos; la lentitud y larga duración de los procesos constituye un desincentivo a la resolución de los conflictos tanto en el momento pre-procesal como procesal
- **De eficacia:** vinculadas al ingreso efectivo de los casos al sistema de justicia, así como también aquellos relacionados con el cumplimiento de los acuerdos y decisiones judiciales, incluyendo la satisfacción de las personas con ellos.

Por su parte, las barreras sociales, culturales y económicas son aquellas que guardan relación con la situación socioeconómica y cultural de las personas. Si bien se originan en condiciones características del lado de la “demanda”, son acentuadas por las condiciones institucionales al no existir políticas y procesos para garantizar el acce-

so a la justicia de todos los grupos de población. Dentro de este tipo de barreras, se encuentran los siguientes tipos:

- **Económicas:** vinculadas a los costos monetarios de los procesos de resolución de conflictos; por ejemplo, las cuotas económicas judiciales y el pago de abogados o abogadas, gastos de traslado y hospedaje, de comunicación, costos para el trámite de documentos, etc.
- **Geográficas y físicas:** vinculadas a la concentración de edificios del sistema de justicia en lugares de difícil acceso para poblaciones ubicadas en áreas rurales o de la periferia de los núcleos urbanos, así como también en la inaccesibilidad física de los edificios para personas con discapacidad motriz.
- **Culturales y lingüísticas:** vinculadas a la falta de adaptación del sistema de justicia a personas que no pertenecen a los grupos culturales mayoritarios y que se expresan, por ejemplo, en la escasez de intérpretes (de lenguas indígenas o de señas) y en discriminaciones por parte de los operadores del sistema.
- **De género:** vinculadas a discriminaciones estructurales que afectan a mujeres y a personas LGBTIQ+ tanto en momentos pre-procesales como durante el proceso-, así como también por atenciones inadecuadas o discriminaciones activas por parte de las y los operadores del sistema de justicia.

Es importante destacar que la clasificación de las barreras de acceso a la justicia responde a un fin esencialmente analítico, pues ellas se interrelacionan entre sí dando lugar a diversas dinámicas de exclusión (Beriqaj & Mcnamara, 2014; OECD, 2016). Sin perjuicio de la interacción e intersección que existe entre ambos tipos de obstáculos de acceso a la justicia, la investigación utilizará esta clasificación para presentar el estado de situación en los países que integran el OCCA.

Ahora bien, el estudio de las barreras de acceso en la esfera de salud cuenta con una doble dificultad. En primer lugar, la información disponible sobre las barreras de acceso a la justicia en los países de América Latina no está necesariamente desagregada en razón de esferas o ejes temáticos, por lo cual no siempre hay disponibilidad de acceder a datos específicos en los temas que son objeto de análisis –en este caso en particular, salud-. En ese sentido, la mayoría de los datos que recogen las instituciones no están desagregados por tipos de materias, por lo cual es imposible derivar conclusiones pormenorizadas. Se suma a lo anterior el hecho de que la información levantada por las instituciones y disponible en portales de transparencia, anuarios o reportes periódicos es limitada y no aparece como una práctica sostenida en el tiempo. Esta deficiencia limita en muchas ocasiones análisis longitudinales para verificar la evolución en la judicialización del derecho a la salud y las diversas problemáticas vinculadas con el acceso a la justicia para estos asuntos.

En segundo lugar, muchas de las barreras de acceso a la justicia son transversales a todos los asuntos no penales y, por tanto, deben ser consideradas independientemente de la esfera de la conflictividad civil que se esté analizando. Así, por ejemplo,

se advertirán ciertas barreras de eficiencia con el incumplimiento del plazo razonable en los procesos que no son exclusivos para asuntos de salud, sino que pueden predicarse de todas las materias no penales. Lo mismo ocurre con problemas asociados a la deslegitimación de los sistemas de justicia que responden a un descrédito sostenido hacia los poderes judiciales, más allá de las materias específicas que éstos conozcan.

Sin perjuicio de las dificultades anteriores, a continuación, se buscará realizar un estudio de los principales obstáculos en el acceso a la justicia teniendo especial consideración las particularidades de los conflictos o problemas jurídicos que surgen a propósito de vulneraciones al derecho a la salud. Con dicho objeto, se analizarán una multiplicidad de fuentes entre las cuales se encuentran las encuestas de necesidades jurídicas, anuarios institucionales, evaluaciones institucionales, estudios empíricos, jurisprudencia, literatura especializada y experiencias de políticas públicas a nivel local.

6.3 Barreras institucionales de acceso a la justicia

6.3.1 Barreras de información

Las barreras de información suelen ser el primer obstáculo al cual se enfrentan las personas que se acercan al sistema de justicia para resolver sus conflictos. Las barreras de información pueden ser analizadas desde la perspectiva de las personas usuarias del sistema de justicia. Los dos elementos principales que se pueden valorar son, en primer lugar, el nivel de conocimiento sobre los derechos que asisten a las personas; y, en segundo lugar, el nivel de conocimiento respecto de las instituciones, procesos y mecanismos para exigir los derechos en el sistema de justicia.

Tal como fue indicado previamente, una forma de aproximarse a estos temas es a través de las encuestas de necesidades jurídicas. En ellas se describen los caminos que puede tomar una persona para resolver un conflicto, incluyendo otras alternativas distintas de la vía tradicional de los tribunales de justicia. Con todo, será preciso que las personas tengan conocimiento de sus derechos y las posibles alternativas para la resolución de los conflictos que experimentan. Del mismo modo, será necesario que se facilite a las personas el seguimiento de los procesos y procedimientos e información oportuna sobre los trámites y plazos, así como las posibilidades de asistencia letrada o especializada.

Una estrategia documentada para disminuir las brechas de información son las llamadas *“legal empowerment interventions”* de primer orden, diseñadas para que las personas sepan sus derechos y cómo hacerlos efectivos, mediante la asistencia de abogados y abogadas, personas legas, sistemas formales e informales y altas dosis de participación de los beneficiarios y beneficiarias. Se documenta que, incluso en las poblaciones más vulnerables, es un método que tiene alta recepción y pone en el centro a las personas y sus intereses (OECD, 2016).

La percepción ciudadana sobre el sistema de justicia

En los países latinoamericanos, usualmente es escasa la información que existe respecto al nivel de conocimiento que tienen las personas sobre el sistema de justicia. Este desconocimiento abarca tanto a sus derechos en el ámbito civil como respecto de las instituciones que se dedican a la resolución de estos conflictos y sus respectivas funciones. Por ejemplo, se reporta en *El Salvador* que a la fecha no hay un estudio de percepción al interior del país que recoja sistemáticamente estos temas.

Colombia, por su parte, cuenta con información más detallada sobre el (des)conocimiento de las personas sobre los mecanismos judiciales de resolución de conflictos. Recientes estudios de percepción indagaron sobre el conocimiento de los lugares o espacios en donde se prestan los servicios de justicia. Así, el 78% de la población general conoce la existencia de las casas de justicia, el 92% sabe de las inspecciones de policía y 9 de cada 10 personas conocen la fiscalía y los juzgados (Dejusticia, 2017). Cifras menos auspiciosas se reportan en la población en situación de extrema pobreza, pues solo el 50% conoce de centros de conciliación, 81% conoce la existencia de inspecciones de policía y 8 de cada 10 personas conocen de la fiscalía y los juzgados (Dejusticia, 2017).

En *Argentina* se ha detectado que una parte importante de las personas que experimentaron un problema jurídico (47,59%) no buscó información, porque no sabía qué hacer, no existiendo una diferencia significativa entre hombres y mujeres (ACIJ, 2013). Otra encuesta elaborada por el Ministerio Público Fiscal indica que el 43% de las personas encuestadas tuvo barreras de acceso a la justicia y que el 25,8% desconocía los lugares a los cuales concurrir y los mecanismos de resolución de conflictos (ENAJ, 2016).

Según el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación MJyDH (2017) en *Argentina* casi un tercio de la población encuestada manifiesta haber tenido al menos un problema jurídico en los últimos tres años, estableciéndose que 15,6% de la población general encuestada se siente muy preparada para resolver o solucionar los problemas. El porcentaje es inferior si la persona se encuentra en situación de pobreza (12,8%); pertenece a población con discapacidad (11,8%) o población indígena (5,3%). 34,4% de la población general encuestada se siente preparada para resolver o solucionar los problemas. El porcentaje es significativamente inferior en población en situación de pobreza (19,6%), población con discapacidad (35,3%) o población indígena (25,8%). Por su lado, 28,9% de las personas se sienten poco preparada para resolver o solucionar los problemas. Los porcentajes se incrementan en población en situación de pobreza (34,7%); discapacidad (24,2%) o población indígena (31,1%). Finalmente 17,5% de las personas se sienten nada preparada para resolver o solucionar los problemas. Este porcentaje es mayor en población en situación de pobreza (29,7%), discapacidad (26,1%) o población indígena (29,1%).

El 20,7 % de las personas entrevistadas tiene problemas referidos a la salud en *Argentina* (MJyDH, 2017). El porcentaje es similar en población en situación de pobreza (19,9%), siendo en cambio significativamente mayor en población con discapacidad (28%), y

mayor aún en población indígena (57%). Sobre este grupo que presenta necesidades jurídicas en la esfera de salud, se consultó sobre barreras de acceso a la justicia de información, observándose que el 33,3% de población general señaló que sí conoce alguna oficina o institución, mientras que el 65,3% afirmó que no (MJyDH, 2017).

En **Chile** GfK Adimark (2015) elaboró un ranking de las acciones tomadas por las personas frente a necesidades jurídicas de diversos ámbitos, verificándose un alto porcentaje de personas que optan por no hacer nada en áreas como discriminación, vivienda y salud. En las necesidades jurídicas en materia de salud es importante destacar que un porcentaje muy reducido utiliza las vías formales como la denuncia, la demanda y el consejo legal. Por el contrario, el hacer nada bordea alrededor de la mitad de los caminos seguidos ante una necesidad en salud, seguida de cerca de conversar con 33%.

Tabla 21. Acciones frente a necesidades jurídicas en Chile

	Acciones 1	Acciones 2	Acciones 3	Acciones 4	Acciones 5	Acciones 6
Penal	Denunciar (42%)	Nada (39%)	Conversar (9%)	Demanda (8%)	Consejo Legal (4%)	Otros (2%)
Vivienda	Conversar (51%)	Nada (32%)	Denunciar (17%)	Consejo Legal (5%)	Otros (3%)	Amenazar, demanda, método colaborativo (1%)
Economía y Patrimonio	Conversar (68%)	Nada (14%)	Consejo legal, demandar, denunciar (6%)	Otros (5%)	Método Colaborativo, amenazar (2%)	-
Salud	Nada (49%)	Conversar (33%)	Denuncia, otros (6%)	Método Colaborativo (3%)	Consejo Legal, amenazar (2%)	Demanda (1%)
Trabajo	Conversar (46%)	Nada (25%)	Denunciar (14%)	Consejo Legal (12%)	Demanda (10%)	Método Colaborativo (3%)
Familia	Conversar (45%)	Demanda (30%)	Consejo Legal (20%)	Denuncia (18%)	Método Colaborativo (12%)	Nada (9%)
Discriminación	Nada (57%)	Conversar (31%)	Denunciar (5%)	Método colaborativa, otros, retiro (2%)	Consejo Legal, demanda (1%)	-
Seguros de Salud	Conversar (48%)	Nada (31%)	Consejo Legal, denunciar (8%)	Otros (5%)	Método Colaborativo (1%)	-
Infracciones	Nada (27%)	Pagar la multa (21%)	Conversar (20%)	Consejo Legal (11%)	Método Colaborativo (8%)	Otros (5%)

Educación	Conversar (57%)	Denunciar (21%)	Nada (16%)	Método Colaborativo (5%)	Demanda, cambio colegio, otros (4%)	Consejo Legal (3%)
Total	Conversar (38%)	Nada (31%)	Denuncia (17%)	Consejo Legal, demandar, otros (7%)	Método Colaborativo (3%)	Amenazar (1%)

Fuente: GfK Adimark (2015).

Dentro de estas personas que no toman acción frente a una necesidad jurídica (no hacer nada), se analizan cuáles son los motivos para ello. Dentro de estas personas que no toman acción frente a una necesidad jurídica (no hacer nada), se analizan cuáles son los motivos para ello. Entre los motivos que más se mencionan son el que no existe nada que hacer, el que resulta demasiado demorado, o bien es muy costoso y el no saber adónde acudir.

Tabla 22. Motivos para no hacer nada frente a una necesidad jurídica en Chile

	Base "no hizo nada"	Motivo 1	Motivo 2	Motivo 3	Motivo 4	Motivo 5	Motivo 6
Penal	251	Nada que hacer (42%)	Demoraría mucho (27%)	No fue tan grave (15%)	Miedo, otros (7%)	No sabe dónde acudir (6%)	Muy caro, no vio a la persona (3%)
Vivienda	212	Nada que hacer (49%)	No sabe dónde acudir (17%)	Demoraría mucho, no sabe (10%)	Otros ya hacían algo (7%)	Evitar problemas (6%)	No fue tan grave, miedo, muy caro (3%)
Economía y Patrimonio	75	Nada que hacer (28%)	Demoraría mucho (27%)	No sabe dónde acudir (21%)	No fue tan grave (16%)	Muy caro (10%)	Miedo (5%)
Salud	205	Nada que hacer (46%)	Demoraría mucho (23%)	No sabe dónde acudir (19%)	Miedo (7%)	Muy caro (5%)	No fue tan grave (3%)
Trabajo	82	Demoraría mucho (36%)	Nada que hacer (30%)	No sabe dónde acudir (22%)	Otros ya hacían algo (8%)	No fue tan grave, miedo, otros (5%)	Muy caro (3%)
Familia	42	Nada que hacer, demoraría mucho (18%)	Muy caro (16%)	Otros (14%)	No fue tan grave, miedo (13%)	No sabe dónde acudir (9%)	No sabe (4%)

Discriminación	155	Nada que hacer (59%)	Demoraría mucho, no fue tan grave (16%)	No sabe dónde acudir (14%)	Muy caro (5%)	Miedo, son familiares (1%)	-
Seguros de Salud	66	No sabe donde acudir (36%)	Nada que hacer (31%)	Demoraría mucho (26%)	Muy caro, no sabe (6%)	No fue tan grave (5%)	Otros (1%)
Educación	33	Nada que hacer (51%)	No sabe dónde acudir (22%)	No responde (14%)	Miedo (11%)	Demoraría mucho (10%)	A la espera de solución (7%)
Total	1.152	Nada que hacer (44%)	Demoraría mucho tiempo (23%)	No sabe dónde acudir (16%)	No fue tan grave (9%)	Otros (8%)	Miedo (5%)

Fuente: GfK Adimark (2015).

En la esfera de salud los asuntos que más se mencionan como causas de la decisión de no hacer nada son: nada que hacer 46%; demoraría mucho 23%; no saber a dónde acudir 17%; miedo 7%; muy caro 5% y no fue tan grave 3%. Es interesante considerar que la causa más recurrente se refiere a que no hay nada que hacer, pues implica que la institucionalidad sería insuficiente o inadecuada para gestionar un conflicto de salud en Chile. En lo que refiere estrictamente a la barrera de información, un considerable porcentaje de personas (17%) expresa que no sabe dónde acudir, en la línea de lo que ocurre con conflictos con otros derechos sociales como trabajo (22%), educación (22%) y vivienda (17%). La encuesta distingue como una categoría independiente aquellos conflictos sobre seguros de salud, advirtiéndose que un 44% de las personas no sabe qué hacer ante una necesidad jurídica de este tipo, mientras que 22% indica que demoraría mucho tiempo y 16% no sabe dónde acudir.

La (falta de) información como barrera para la justiciabilidad del derecho a la salud

Tal como fue indicado previamente, uno de los principales obstáculos que enfrentan las personas en el acceso a la justicia dice relación con el desconocimiento de los derechos, así como de los mecanismos para poder accionar en caso de que estos derechos no sean respetados. Para el caso de los derechos sociales y económicos como el derecho a la salud esto cobra especial relevancia. Según advierte Naciones Unidas a través de una de sus Relatorías Especiales, muchos países en efecto han reconocido derechos sociales en sus Constituciones, sin embargo, este reconocimiento no se traduce necesariamente en una legislación acorde (bajo un enfoque de derechos humanos), ni se traduce en mecanismos que incorporen a los derechos sociales y económicos dentro del catálogo de derechos justiciables, tal como ocurre con otro tipo de derechos (Human Rights Council, 2016). Es así como además del reconocimiento normativo -idealmente en un cuerpo normativo con jerarquía constitucional-, es preciso

que el Estado se ocupe de los arreglos institucionales para que el derecho a la salud se pueda implementar y realizar (Human Rights Council, 2016).

Por otro lado, y aun cuando se hagan los arreglos institucionales antes mencionados, es preciso considerar que no todos los problemas de salud ingresan al sistema de justicia. Los problemas de salud judicializados corresponden a una fracción pequeña de los casos. Yamin (2011) plantea algunas preguntas sobre este tema, por ejemplo, cuestionando si la judicialización del derecho a la salud aumenta las desigualdades en tanto se utiliza por grupos más privilegiados para que accedan a tratamientos más costosos. Una forma de abordar este cuestionamiento es a través de las barreras de información en el acceso a la justicia para los problemas en la esfera de salud. Lo que ocurre en Colombia es un buen ejemplo de lo anterior, pues se observan importantes desigualdades al interior del país en la interposición de la acción de tutela. Los departamentos ubicados en la región amazónica son los que presentan menores números y proporciones de tutelas. Esto se explica, no porque la población allí ubicada tenga menos problemas justiciables en materia de salud, sino por un menor acceso a la justicia:

“La exigencia del derecho a la salud a través de la acción de tutela, por los resultados expuestos, da lugar a inferir que es directamente proporcional al conocimiento que los usuarios tienen de sus derechos e igualmente proporcional al acceso a los servicios judiciales, por lo que la labor que realizan las Defensorías Regionales y las Personerías, respecto a la orientación y coadyuvancia en la exigibilidad de los derechos, toma mayor importancia. El hecho de que Antioquia, Valle del Cauca y Bogotá sean las regiones con más acciones puede atribuirse a la facilidad con la que acceden a la justicia, a la oferta importante de servicios de salud de alta tecnología, así como a la densidad de población y al nivel cultural, factores que posicionan a estas regiones en el nivel más alto”.

(Defensoría del Pueblo, 2018, p. 89)

Por otro lado, es interesante destacar que los resultados obtenidos por las mediciones sobre barreras de información en el acceso a la justicia presentan algunas diferencias en atención a la población de que se trate. Así, por ejemplo, en Colombia se observó que hay diferencias ostensibles en relación al género de las personas: las mujeres son quienes, en general, más desconocimiento sobre la justicia y alguna desventaja en el manejo de sus conflictos, especialmente cuando éstas se ubican en niveles extremos de pobreza o se trata de mujeres con discapacidad (Dejusticia, 2017).

México es otro país en donde se ha medido a través de encuestas la percepción de las personas respecto del sistema de justicia. En particular, en México se evaluó el conocimiento sobre el juicio de amparo -destinado a proteger los derechos humanos-, verificándose que el 50,8% dice saber sabe qué es, el 43,5% no sabe y 5% indica saber más o menos (UNAM, 2011). No obstante, en la pregunta siguiente se advierte que, en los hechos, las personas no saben con exactitud el propósito del amparo: el 49,3% de la población encuestada considera que el amparo es una forma de evitar ir a la cárcel, 33,6% señala que es una forma de protección y apoyo y solo un 13,6% indica que el amparo es una forma de proteger los derechos humanos (UNAM, 2011).

Tanto el caso de Colombia como el de México llevan a confirmar la necesidad de abordar las barreras de acceso en la justicia de manera integral. Así, la información es un elemento importante que desincentiva el uso de los mecanismos disponibles, no obstante, no es el único. La concurrencia de otras barreras de acceso a la justicia como las económicas y las geográficas confluyen -véase el caso antes reseñado de Colombia- y generan diversos niveles de exclusión.

Por su lado, en una encuesta de Argentina se registra que el 43% de las personas experimentó alguna barrera de acceso a la justicia y que 25,8% de ellas desconoce el lugar al cual acudir y los mecanismos de resolución de tales conflictos (ENAJ, 2016). En una medición anterior se registró que una parte importante de las personas que experimentan problemas de relevancia jurídica, no buscan información porque no saben qué hacer, no distinguiéndose diferencias considerables entre hombres y mujeres (ACIJ, 2013). En un aspecto en que sí se detectaron diferencias en razón del género es en lo que se considera como problema más relevante: los hombres señalan mayor cantidad de problemas de tipo laboral (13% versus 5,8%), mientras que las mujeres refieren más problemas en el ámbito de los servicios de la salud (15% versus 7%) (ACIJ, 2013).

6.3.2 Barreras de confianza

La segunda barrera institucional de acceso a la justicia observada por el OCCA es la **barrera de confianza**. La desconfianza hacia el sistema de justicia y sus operadores y operadoras puede causar que las personas no se acerquen al sistema de justicia, debido a diversas razones tales como la corrupción, la existencia de discriminaciones arbitrarias y abusos por parte de la autoridad. A mayor abundamiento, se documenta que en los países democráticos hay una fuerte correlación entre la percepción de la ciudadanía que los tribunales civiles son efectivos y aquella sobre la independencia ante influencias externas (OECD, 2017).

El fenómeno de la corrupción como barrera de acceso a la justicia

A la hora de analizar los sistemas de justicia y el acceso a la justicia, el fenómeno de la corrupción es el que sirve para agrupar a diversas prácticas que atentan contra la integridad de la función pública. La corrupción se define como “el uso indebido de la función pública para el beneficio privado, el cual no necesariamente se restringe al beneficio individual, sino que además puede comprender el beneficio para un partido político u otras asociaciones” (Van Aaken, Feld y Voigt, 2008, p. 3).

La corrupción en el sistema de justicia es un fenómeno que suele aparecer cuando se concentran en algunas pocas personas (o en ciertas instituciones) funciones críticas, sin ser sometidas a criterios estrictos de control. En otras palabras, “las decisiones se dan en un plano de práctico monopolio (personal u organizacional), con amplias facultades discrecionales y sin criterios acotados de decisión, y sin mecanismos que obliguen a la rendición de cuentas” (Del Castillo, 2001, pp. 17-18).

Sin perjuicio de que la medición de la corrupción es un asunto que aún concita numerosas discusiones por parte de la academia (Lambsdorff, 2007; Johnston, 2005), la proliferación de índices globales -con diversas metodologías- permite una aproximación fundada al fenómeno al interior de las diversas realidades nacionales. Un ejemplo reciente de este tipo de mediciones es el efectuado por Transparencia Internacional con su Corruption Perceptions Index CPI 2019. Este índice recopila la percepción de personas del mundo de los negocios y expertas respecto de la corrupción en un determinado país.

Si se observan los países que conforman el OCCA es posible advertir diferencias considerables; algunos países obtienen resultados muy por sobre el promedio regional, mientras que otros como El Salvador exhiben resultados más deficientes. Autores como Johnston (2005) han indagado en la relación que existe entre la corrupción y otros factores como el desarrollo de los países, el cual se mide a través de otros índices como el Human Development Index HDI del PNUD. A pesar de las limitaciones que existen a la hora de comparar ambas mediciones, y las excepciones que se presentan en algunos países, se llega a concluir que la corrupción institucionalizada en un país aparece fuertemente correlacionada con menores niveles de desarrollo (Johnston, 2005). Algunos de los indicadores que se utilizan el HDI están vinculados estrechamente con el derecho a la salud; por ejemplo, la expectativa de vida al nacer, la mortalidad infantil, la nutrición, la mortalidad materna y el embarazo adolescente (PNUD, 2019).

El cálculo del coeficiente de Pearson -que busca determinar cómo se correlacionan los resultados tanto del CPI como del HDI- revela que hay una correlación positiva de 0,73. Lo anterior implica que, a menor percepción de corrupción en los países, hay mayor índice de desarrollo humano, según se desprende en los países del Observatorio.

Tabla 23. Percepción de corrupción y desarrollo humano en países del OCCA

País	HDI (2019)	CPI (2019)
Argentina	0,83	45
Brasil	0,761	35
Chile	0,847	67
Colombia	0,761	37
El Salvador	0,667	34
México	0,767	29
Paraguay	0,724	28
Promedio países OCCA	0,76528571	39,2857143

Fuente: Elaboración propia con base en datos de Transparencia Internacional (2019) y PNUD (2019)

Los resultados de la relación entre corrupción y desarrollo tienen importantes consecuencias desde la óptica de los derechos humanos. Recientemente la CIDH (2019)

desarrolló este tema, clarificando los impactos negativos de la corrupción en los derechos humanos y distinguiendo dos situaciones. La primera de ellas refiere a los actos de corrupción que incumplen de manera directa las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, de acuerdo a los principios internacionales en la materia. La segunda de ellas reúne aquellos actos que -sin corresponder a violaciones directas a los derechos humanos- contribuyen a la generación de un contexto que facilita o fomenta tales vulneraciones.

Por otro lado, la corrupción genera un círculo vicioso con las violaciones estructurales de derechos humanos, aun cuando la conexión es menos evidente (CIDH, 2019). Al respecto se advierte que: “los casos de violaciones estructurales de derechos humanos corresponden a aquellas situaciones donde las violaciones de derechos que afectan a ciertos colectivos en condiciones de vulnerabilidad histórica en el goce y ejercicio de sus derechos, están directamente vinculadas con complejos entramados institucionales y culturales que fomentan, permiten o directamente producen las afectaciones de derechos y cuya resolución requiere de un actuar coordinado de todo el aparato estatal” (CIDH, 2019, p. 60). Así, resulta necesario pensar desde el punto de vista de las personas más vulnerables el cómo la corrupción puede afectar el disfrute de sus derechos, considerando que el mismo puede estar entorpecido por diversas prácticas extorsivas.

Confianza en el sistema de justicia

En los países observados por el OCCA es transversal un alto porcentaje de la población que declara desconfianza en el sistema de justicia. Argentina, por ejemplo, reporta cifras poco auspiciosas sobre la confianza en la justicia: 8 de cada 10 personas desconfía en la justicia (UCA-ODSA, 2013). La probabilidad de confiar en la justicia es mayor si el nivel educativo es más alto y tienen mayor nivel socioeconómico; la probabilidad de las mujeres de confiar en la justicia es menor que la de los hombres; la desconfianza es mayor en el gran Buenos Aires; y, finalmente, la desconfianza es mayor en las personas que residen en el trazado urbano que aquellas que viven en villas y asentamientos (UCA-ODSA, 2013). Por su parte, tampoco son favorables las cifras de confianza sobre jueces y juezas -18,8% considera que son todos corruptos y un 76,9% considera que algunos jueces son corruptos-; y, por su lado, sobre la confianza en los abogados y abogadas -13,2% de las personas considera que todos son corruptos y 82,2% considera que algunos abogados son corruptos- (ACIJ, 2013).

Similar situación se presenta en Chile, país en el cual se aprecia una baja valoración del Poder Judicial. Durante el año 2013 un 81% afirmó tener poca o ninguna confianza en el Poder Judicial y solo un 23% confía en este poder del Estado (PNUD, 2014). En otra medición más reciente se aprecian magros resultados en materia de confianza en el Poder Judicial: el 11% de las personas le asigna mucha o bastante confianza al Poder Judicial, mientras que un 87% poca o ninguna y un 3% no sabe o no responde (Consejo Nacional Para la Transparencia, 2017). Similares resultados se desprenden de otro estudio de percepción de confianza en las instituciones en el cual las personas encuestadas califican con nota 3,3 (en escala 1 a 7) al Poder Judicial chileno (Universidad San Sebastián, 2017).

El Salvador también presenta esta tendencia. El Poder Judicial fue evaluado del siguiente modo por la ciudadanía durante el año 2016: un 30,7% no le tiene ninguna confianza, el 46,5% le tiene poca confianza, el 13,1% poca confianza y solo un 8,5% de las personas tiene mucha confianza en él (UCA Instituto Universitario de Opinión Pública, 2017). El Poder Judicial de *Paraguay*, a través de su Corte Suprema de Justicia, ha pesquisado mediante una encuesta que, de 559 usuarios, que 199 de ellos consideran la gestión como corrupta, es decir, un 35,5% del total (Poder Judicial de Paraguay, 2016).

En *Colombia* se aprecia que existe en la población una valoración media de la justicia, estableciéndose que el 60% de la población en general confía en el sistema de justicia (Dejusticia, 2017). Se establecen ciertas distinciones en los resultados obtenidos. En primer lugar, las personas que tuvieron contacto con funcionarios judiciales manifiestan una mejor percepción sobre el sistema de justicia y en mayor medida consideran que los funcionarios son honestos. En segundo lugar, la población en situación de pobreza extrema presentó peores grados de percepción sobre el sistema de justicia, indicando que la justicia es costosa y que sus funcionarios son corruptos (Dejusticia, 2017).

En suma, de los datos recopilados por los Observatorios Locales es posible colegir que hay una tendencia consolidada de una baja valoración y confianza en los poderes judiciales de América Latina. La corrupción al interior de estas ramas se anota como relevante a la hora de evaluar deficientemente a estas instituciones, téngase como ejemplos paradigmáticos Argentina y Chile.

Con todo, es importante abrir la reflexión hacia otra dimensión: la confianza en las agencias administrativas dedicadas resolver los conflictos de salud. Si bien los países de la región exhiben magros resultados de confianza en sus Poderes Judiciales, la percepción sobre la corrupción en las agencias del ejecutivo puede ser aún más deficiente, llevando a considerar a la judicatura como el mejor lugar para poder gestionar un conflicto de salud y aún a pesar de sus conocidas falencias. Yamin (2019) observa que altos volúmenes de litigio ante los tribunales pueden deberse a una percepción de corrupción en las agencias administrativas encargadas de resolver conflictos de salud las cuales se creen cooptadas por las agencias privadas. Tal es el caso de Colombia, en donde la existencia de mecanismos ante el ejecutivo -específicamente, los comités técnico-científicos- no han modificado la cantidad de acciones de tutela que se interponen, pues dichos comités se perciben como cooptados por las compañías de seguros (Yamin, 2019). Este fenómeno también aplica a otros países de la región en los cuales existe una alta desconfianza en el ejecutivo y que lleva a que no se utilicen los mecanismos ad hoc alojados en este poder; por ejemplo, en México la CONAMED recibe muy pocos reclamos de salud en comparación con los organismos de DDHH (Yamin, 2019).

Las percepciones mencionadas recién se pueden explicar, en parte, por los serios problemas de corrupción al interior de los propios sistemas de salud. Aunque el impacto negativo de la corrupción en el sector salud es innegable, su evidencia es aún incipiente, así como también lo es su discusión política (Hutchinson, Balabanova y McKee, 2019). Indagaciones realizadas en países como Colombia resaltan el hecho de que la corrupción ha permeado el sistema de salud, convirtiendo a la misma en un

verdadero problema de salud pública (Manrique-Villanueva y Eslava-Schmalabach, 2011). En dicho país se reporta que, a pesar de haber aumentado sostenidamente los recursos destinados al sistema de salud durante la década del noventa, dicho aumento presupuestario no se ha traducido en una ampliación de los servicios a las personas que lo requieren (Manrique-Villanueva y Eslava-Schmalabach, 2011).

Autores que han estudiado el fenómeno a nivel comparado como Holmberg y Rothstein (2010) resaltan la importancia de la buena gobernanza —y el control de la corrupción— en los sistemas de salud, pues impactan a la larga en la propia salud de la población. Los autores determinan que en los países en donde no se controla la corrupción es posible que las inversiones no se traduzcan en mejoras considerables en los servicios (independientemente del nivel de riqueza del país). En otras palabras, la literatura plantea que hay un considerable impacto positivo en los servicios de salud cuando se mejora la calidad de la gobernanza, aunque no se inyecten nuevos recursos (Holmberg y Rothstein, 2010). Además, se señala que solo la inversión pública en los sistemas de salud tiene un efecto positivo de carácter significativo en la población (Holmberg y Rothstein, 2010). Según Holmberg y Rothstein (2010) esta última conclusión se explicaría en dos situaciones que afectan principalmente a las personas más pobres. La primera ocurre cuando las personas más pobres simplemente no acceden a los servicios de salud, ni siquiera a las formas más básicas de medicina preventiva. La segunda ocurre cuando una persona (o un familiar suyo) requiere seguir un tratamiento de alto costo, pues debe acceder a estos tratamientos en un sistema pagado a través de deudas o de la venta de los escasos bienes que posee, situación que le conduce en último término a severas formas de pobreza.

Como ha señalado la CIDH (2019) la concentración ilegítima de poder estatal, la existencia de amplios espacios de discrecionalidad y la ausencia de mecanismos institucionales y sociales de control, pueden llevar a una normalización de la impunidad. La corrupción genera así una barrera de acceso a la justicia difícil de soslayar y que, al mismo tiempo, crea importantes retos para asegurar la vigencia de los derechos humanos como el derecho a la salud.

6.3.3 Barreras de eficiencia

Una dimensión específica respecto de la cual puede medirse la performance de las instituciones públicas es a través de la eficiencia de su funcionamiento. La eficiencia en el acceso a la justicia se relaciona con cómo el sistema ejecuta y administra sus funciones, de tal manera que se maximice la entrega de productos y servicios, incurriendo en el menor costo posible. La forma más tradicional de medir la barrera de eficiencia en el acceso a la justicia es la lentitud y larga duración de los procesos. La eficiencia y asignación de recursos ha sido una de las preocupaciones en las reformas a los sistemas de justicia. En primer lugar, se ha discutido qué conflictos deben efectivamente ingresar al sistema, dejando fuera temas menos importantes o en que no haya una real controversia, debido a que el sistema judicial es costoso y demasiado complejo (Riego y Lillo, 2015). En segundo lugar, se discute acerca de los casos que ingresan al sistema, reflexionando respecto a si es mejor la vía adjudicativa o la colaborativa de acuerdo al caso concreto (Fandiño, 2019). Fandiño (2019) plantea

que el case management podría ser una herramienta a considerar en el acceso a la justicia, cambiando la visión tradicional del juez impávido en el ámbito civil y reemplazándolo por una judicatura que administre de manera eficiente tanto los conflictos individuales como los grandes volúmenes de casos.

Si bien el proceso de reformas a los sistemas de justicia no ha alcanzado su plena madurez en los países de América Latina, cabe cuestionar en qué medida estas reformas se han traducido en un tratamiento más eficiente para casos de violaciones a los derechos humanos, coadyuvando a que estos casos se resuelvan dentro de un plazo razonable para evitar la extensión del daño. Más aún si tenemos en cuenta la elevada cantidad de problemas conexos que podrían derivarse con la excesiva demora de los procesos y que se suman al problema original para la salud de la persona lesionada. También es importante abrir el debate en torno a la tramitación colectiva de casos de violaciones de derechos humanos, pues en algunos casos la afectación a la salud no alcanza tan solo a una persona sino a un gran número de ellas, por ejemplo, en desastres medioambientales como el acaecido en Quintero-Puchuncaví en Chile (véase Timm y Donoso, 2019). Y, por otro lado, no alcanza tan solo al derecho a la salud considerado aisladamente, sino también a otros derechos humanos interrelacionados.

La jurisprudencia de la Corte IDH se ha ocupado de desarrollar las consecuencias jurídicas del artículo 25 de la CADH, específicamente, en lo que concierne a las ideas de sencillez y rapidez y efectividad del recurso judicial. La Corte ODH no ha desarrollado una idea única de tales consecuencias, pues dependerán del caso en concreto de que se trate (Ibáñez Rivas, 2013). No obstante, su sentido último se señala en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras y se resume en que el recurso debe ser capaz de producir el resultado para el que fue concebido (Corte IDH, 2012). Sobre la rapidez del recurso se ha expresado por la Corte IDH que el mismo debe ser resuelto dentro de un plazo que permita amparar la violación que se reclama, sin demora (Ibáñez Rivas, 2013). Asimismo, es importante destacar que tanto a la sencillez como la rapidez están estrechamente vinculadas con la efectividad del recurso.

En las páginas siguientes se realizarán algunas reflexiones en torno a las barreras de eficiencia en el acceso a la justicia. Es necesario recordar que se utiliza el concepto de acceso a la justicia desde una perspectiva amplia, es decir, incluye tanto a los tribunales como a las agencias que dependen del ejecutivo y otros órganos autónomos especializados en materia de derechos humanos.

La percepción del sistema de justicia como poco ágil

El World Justice Project (WJP) es una medición que ha permitido evaluar los diversos sistemas de justicia de manera sostenida en el tiempo. En su última versión del año 2020 hay información interesante sobre la percepción del sistema de justicia civil en los países de América Latina en diversos factores, medidos de 0 a 1 (donde 1 es el cumplimiento cabal de la categoría). Uno de estos factores dice relación con la percepción sobre la existencia de dilaciones indebidas (not subject to unreasonable delay) en los procesos y en la dictación de sentencias en la justicia civil. Los resultados exhibidos por los países del OCCA son en general deficientes, pues en ningún

caso alcanzan a cumplir la mitad del estándar esperado: ninguno de los países llega a un puntaje superior a 0.5. Esta situación resulta preocupante cuando en la justicia civil –y en procedimientos civiles- se conocen asuntos vinculados a violaciones a derechos humanos como el derecho a la salud y en donde por el tipo de afectaciones se requiere de una respuesta rápida. Con todo, Chile y El Salvador son los países con mejores resultados con 0.43 y 0.42, respectivamente. Los resultados más preocupantes son los obtenidos por Colombia (0.20), México (0.26) y Brasil (0.28)

Por otro lado, el WJP (2020) evalúa las dilaciones en los procedimientos administrativos. Si consideramos que para los asuntos de salud muchas reclamaciones se resuelven en esta sede es conveniente conocer de manera general cómo se comportan los procesos administrativos desde el punto de vista de la eficiencia. Si bien los resultados son mejores si se les compara con las dilaciones en la justicia civil, éstos siguen siendo magros. Por ejemplo, Brasil obtiene un puntaje de 0.30, mientras México obtiene 0.32 en la medición.

Tabla 24. Eficiencia de la justicia civil en países del OCCA

País del OCCA	Posición global en el ranking mundial	Categoría justicia civil	Sub-ítem justicia civil sin dilaciones indebidas	Sub-ítem procedimientos administrativos sin dilaciones indebidas
Argentina	48/128	0.59	0.31	0.49
Brasil	67/128	0.54	0.28	0.30
Chile	26/128	0.63	0.43	0.55
Colombia	77/128	0.49	0.20	0.35
El Salvador	84/128	0.53	0.42	0.53
México	104/128	0.39	0.26	0.33
Promedio Regional América Latina y el Caribe	-	0.53	0.33	0.42

Fuente: World Justice Project (2020)

***Paraguay no fue evaluado en esta versión del WJP**

Los resultados antes mencionados llevan a serios cuestionamientos sobre la capacidad de los procesos ordinarios para llevar casos que requieren especial celeridad como las vulneraciones al derecho a la salud. Indagaciones previas resaltan estos problemas propios de la justicia civil “en varios países la ejecución dista de ser eficiente y ágil, sino que, por el contrario, exhibe una duración excesiva que se aleja de los parámetros planteados por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos (...) en Uruguay la duración de los procedimientos ejecutivos es superior a un año (...) y en Chile la situación es similar, la duración promedio fluctúa en promedio entre un año y medio (si no se oponen excepciones) y tres años (con excepciones)” (Vargas, 2013, p. 202).

Algunas evaluaciones locales han examinado la percepción ciudadana sobre la agilidad del sistema de justicia. En Colombia, por ejemplo, mediciones revelan que ocho de cada diez personas opinan que la justicia es lenta o muy lenta (Dejusticia, 2013). Otra evaluación más reciente lleva a concluir que la demora en los procesos judiciales es un obstáculo importante, pues implica que la mitad de los casos no tengan una solución oportuna (Dejusticia, 2017). Ante este retraso, la percepción ciudadana es incluso peor por quienes acuden a los tribunales en tanto se pondera en la evaluación la lentitud y los costos asociados a acceder a un proceso judicial; incluso, se plantea que aun cuando se haya obtenido una decisión favorable por la justicia, en la práctica, ésta pierde utilidad por la demora con la que se obtiene la respuesta (Dejusticia, 2017).

En Argentina, por su lado, más del 60% de las personas cree que los tiempos judiciales son excesivos: 35,16% consideró que el proceso demora mucho, 32,67% que demora una eternidad, 16,92% no sabe, 7,79% entiende que hay de todo un poco y sólo un 6,97% entiende que en general demora lo que debe (ACIJ, 2013).

En el año 2016 se realizó una encuesta de percepción de las personas usuarias de diversos tribunales de Chile por parte de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS) del Poder Judicial. Una de las categorías evaluadas es el cumplimiento de los fallos dentro de un plazo razonable. Al distinguir por tribunales, los peores evaluados son los juzgados civiles y las Cortes de Apelaciones: solo 15,4% de las personas usuarias (no abogadas) considera que los fallos se llevan a cabo en tiempo razonable, mientras que 34,7% de las personas usuarias (no abogadas) considera que los fallos de las Cortes de Apelaciones se cumplen en tiempo razonable (DECS, 2016). Los juzgados civiles y las Cortes de Apelaciones son junto a la Corte Suprema los únicos tribunales que no han sido reformados en el país. Si bien han experimentado algunas modificaciones en su funcionamiento, en virtud de la entrada en vigencia de la tramitación digital, los procesos no se han modificado en su esencia, pues solo ha reemplazado la tramitación en papel por una digitalizada. Así, una gestión no reformada y basada en la escrituración podría llevar a que exista una percepción mayor de lentitud por parte de las personas usuarias del sistema de justicia. Lo anterior es importante de destacar, ya que hay asuntos como las negligencias médicas y las discriminaciones arbitrarias por servicios de salud se tramitan ante los juzgados civiles. Un llamado de advertencia similar aplica para las Cortes de Apelaciones como órganos competentes para conocer de la acción de protección que busca resguardar los derechos fundamentales en Chile.

Ingresos y egresos en problemas de salud: una aproximación a la eficiencia

Una forma de estudiar la eficiencia es desde la perspectiva cuantitativa. La forma tradicional de evaluar la eficiencia en los sistemas de justicia es a través de los ingresos y egresos, así como también el cálculo de tasa de pendencia que corresponde al cociente entre los asuntos pendientes de un periodo y el número de asuntos resueltos en ese tiempo. Importante es acotar que no todos los países recopilan de manera sostenida estos indicadores para las causas de salud. Asimismo, cabe advertir

que las mediciones en algunos casos son parciales y no comprenden la totalidad de litigios de salud (por ejemplo, en Brasil hay evaluaciones recientes muy completas, pero distan de ser omnicomprendivas de todo el fenómeno de la judicialización de la salud en el país). Finalmente, las cifras levantadas, al responder a sentidos y metodologías diversas, no son comparables entre países. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, se exhiben algunos datos interesantes para observar cómo se comporta cuantitativamente la litigación en salud en países del OCCA:

- Causas de salud en México

México en los últimos años ha impulsado el arbitraje ante la agencia administrativa CONAMED como alternativa más asequible y rápida que el litigio judicial tradicional. Fernández-Cantón y Lezana-Fernández (2017) han estudiado los tiempos de respuesta ante CONAMED a partir de laudos concluidos entre los años 2012 y 2016 en un total de 362 casos, concluyéndose que el promedio en días corresponde a 754. Dicho periodo comprende desde el acaecimiento del incidente hasta la conclusión del laudo. Si se considera el inicio del cómputo desde la presentación de la queja, el promedio de tramitación se reduce a 480 días hasta la conclusión del laudo. Para ambos cálculos se comprende tanto la fase de conciliación como la fase de arbitraje propiamente tal.

Tabla 25. Duración proceso de salud ante CONAMED – México

Duración total del proceso*, desde el incidente que dio origen a la queja hasta la conclusión del laudo. 2012-2016

GRUPO DE DÍAS	PRIMERA FASE			SEGUNDA FASE			PROCESO GLOBAL		
	Días transcurridos entre el incidente que originó la queja y la presentación o inicio de ésta			Días transcurridos desde el inicio de la conciliación hasta la emisión del laudo			Duración total del proceso, desde el incidente que dio origen a la queja hasta la conclusión del laudo		
	CASOS	DÍAS TOTALES	MEDIANA	CASOS	DÍAS TOTALES	MEDIANA	CASOS	DÍAS TOTALES	MEDIANA
<100 días	114	5.845	51	3	235	78	0	0	-
100 a 199	78	11.468	146	24	3.951	168	3	508	185
200 a 299	55	13.362	235	59	14.793	250	26	6.669	252
300 a 399	33	11.246	334	67	23.525	352	30	10.616	359
400 a 499	27	11.926	445	79	34.860	441	41	18.552	459
500 a 599	8	4.253	527	39	21.800	561	45	24.442	538
600 a 699	18	11.721	661	41	26.427	647	45	29.011	644
700 a 799	12	8.648	715	19	14.019	736	31	23.266	751
800 a 899	4	3.407	843	9	7.622	854	37	31.394	845
900 a 999	4	3.819	953	2	1.866	933	25	23.569	946
1000 a 1199	4	4.456	1.113	10	11.356	1.150	33	35.587	1.079
1200 a 1299	1	1.210	1.210	6	7.364	1.222	12	15.078	1.252
1300 a 1399	0	0	0	0	0	-	11	14.870	1.357

1400 a 1499	0	0	0	3	4.213	1.403	7	10.115	1.446
1500 y +	4	7.839	1.938	1	1.704	1.704	16	29.255	1.662
TOTAL	362	99.200	189	362	173745	428	362	272932	669
	Duración promedio: 274			Duración promedio: 480			Duración promedio: 754		

Fuente: Fernández-Cantón y Lezana-Fernández (2017).

Ahora bien, Fernández-Cantón y Lezana-Fernández (2017) advierten que no hay información suficiente para conocer el tiempo que duran los casos respecto de los cuales se presentan amparos en una fase posterior; en aquellos casos evidentemente el tiempo de respuesta será mayor.

Otros comportamientos que los autores Fernández-Cantón y Lezana-Fernández (2017) advierten como relevantes a partir del análisis de los datos son los siguientes:

- Existe una leve diferencia entre los tiempos de respuesta de acuerdo al sexo de la persona usuaria, los procesos con mujeres son levemente más largos que los de los hombres (467 días en hombres versus 489 mujeres);
- No se observan diferencias considerables en razón de la edad de las personas usuarias, salvo que las duraciones más largas corresponden a los rangos de edad más extremos (menores de 15 años con 559 días y mayores de 65 años con 540 días);
- Existen diferencias de acuerdo al carácter privado o público del sector en el que se originó la queja, así en el sector privado se observa una mayor agilidad en el proceso que conlleva a la emisión del laudo (con 379 días versus los 480 del promedio nacional). En el sector público, con 36.7% de los laudos, la duración promedio es de 654 días.

Una explicación para el hecho de que exista mayor celeridad en el sector privado es que: “generalmente en los establecimientos privados existe una mayor apertura (o un mayor temor ante las posibles consecuencias jurídicas de las demandas), lo que implica una mayor factibilidad y oportunidad en la consecución del “resguardo” por parte del usuario, de los documentos probatorios de la atención (...) que en unidades médicas de carácter público” (Fernández-Cantón y Lezana-Fernández, 2017, p. 190).

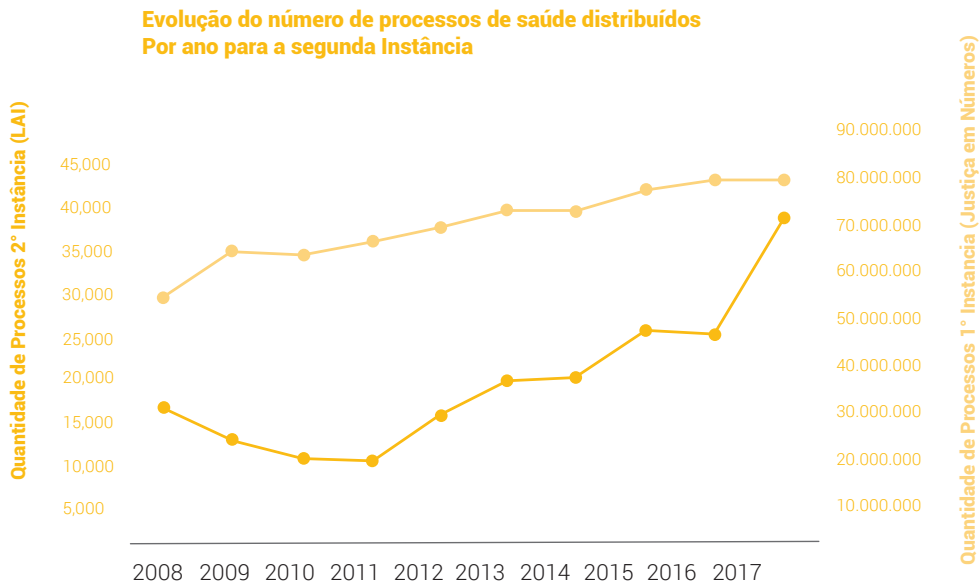
Así, las cifras relativas al proceso administrativo ante CONAMED demuestran que existen ciertas deferencias en atención a si se trata de un hecho suscitado en el sector público o privado, a la edad de la persona afectada y el género. Además, es importante añadir el elemento adicional sobre el cual es necesario indagar posteriormente en los procesos seguidos ante CONAMED: la desigualdad territorial. Según Ochoa Moreno (2017) las personas que viven en territorios más apartados del territorio nacional son quienes se ven impedidos de ejercer el derecho a la salud. Las causas detrás de esta situación serían un bajo gasto en salud que corresponde al 3.3% del PIB y que la distribución de la inversión en salud no se realiza en función del principio de equidad, sino en función de una lógica mercantil que privilegia la mayor inversión en los territorios con más productividad y plusvalía (Ochoa Moreno, 2017).

Desigualdades importantes se observan en la comparación de la inversión en salud en estados como Chiapas y Michoacán que destacan por su alta población indígena; a modo ejemplar, el 81.2% de la población de Chiapas carece de seguridad social, mientras que en Nuevo León solo el 30.9% (Ochoa Moreno, 2017).

- Causas de salud en Brasil

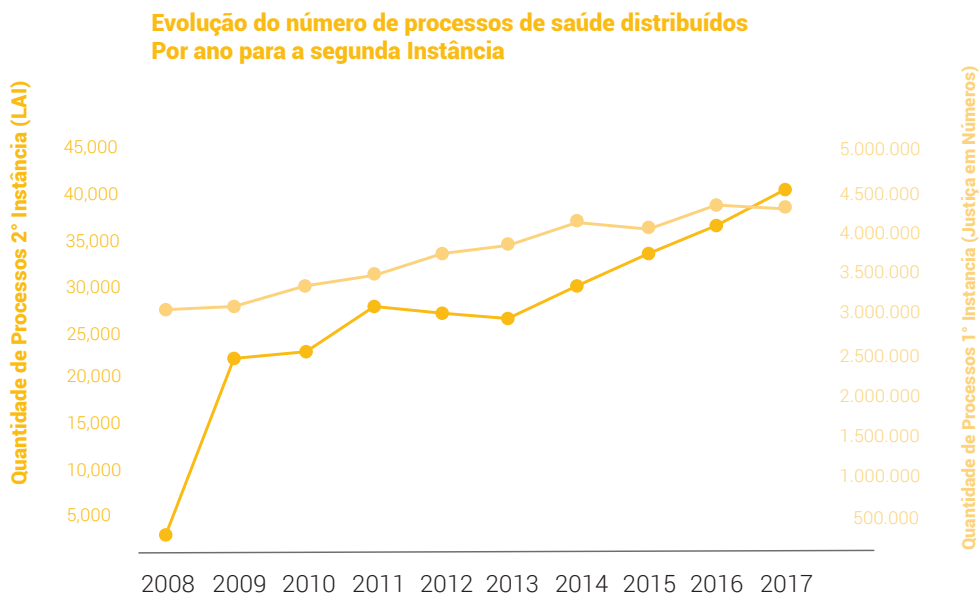
Según información del Conselho Nacional de Justiça (2019) las demandas en materia de salud en Brasil han aumentado 130% entre el 2008 y el 2017, mientras que el número total de procesos judiciales incrementó en 50%. Esta situación ha llevado a que el Ministerio de Salud haya aumentado en aproximadamente 13 veces los gastos por demandas judiciales, llegando a los 13 billones de reales en el año 2016; si bien ese monto puede ser considerado pequeño en comparación con el total del presupuesto público para salud, representa una parte sustancial del valor discrecional que maneja la autoridad pública (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Gráfico 13. Evolución de números de procesos de salud de primera instancia en tribunales brasileños



Fuente: Conselho Nacional de Justiça (2019)

Gráfico 14. Evolución de números de procesos de salud de segunda instancia en tribunales brasileños



Fuente: Conselho Nacional de Justiça (2019)

A nivel nacional se identifican 498,715 procesos de primera instancia, distribuidos entre 17 jurisdicciones estatales y 277,411 procesos de segunda instancia distribuidos entre 15 tribunales estatales entre el periodo 2008 y 2017¹⁴ (Conselho Nacional de Justiça, 2019). En cuanto a los temas más recurrentes en primera instancia, se reporta que estos son seguro médico (34%), salud (13%) y tratamiento médico-hospitalario y/o suministro de medicamentos (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Un hallazgo es especialmente interesante: al contrario de lo que plantea una parte de la literatura -esto es que es más probable el éxito de la demanda cuando se demanda individualmente-, en el caso brasileño es más probable el éxito cuando se presenta una demanda de manera colectiva; no obstante, esta probabilidad sigue siendo marginal, ya que la posibilidad de éxito en una demanda colectiva es solo de 7% superior que en una individual (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Por otro lado, el Conselho Nacional de Justiça (2019) destaca algunas prácticas innovadoras que han buscado servir de complemento a la judicialización tradicional:

- En el Estado de Bahía existe un sistema de mediación que busca evitar la judicialización innecesaria. Este mecanismo reúne al Tribunal de Justiça, Secretaria de Estado

¹⁴ Se hace la salvedad que los procesos reportados pueden ser inferiores de los efectivamente acaecidos, debido a problemas metodológicos de la pesquisa.

da Saúde (SES), prefeitura, Procuradoria Geral do Estado, MPE, DPE y DPU. Se estima que gracias a él se ha evitado cerca de un 80% de los procesos judiciales.

- En San Pablo hay una colaboración entre la Secretaria de Estado da Saúde y la Procuradoria Geral do Estado (8ª SubProcuradoria), o sistema S-Codes, que realiza un acompañamiento informático del proceso. Este sistema ha permitido triangular información administrativa, facilitando la toma de decisiones para la judicatura.

- En Pará se ha logrado un diálogo interinstitucional en el que participan el Poder Judicial, el Núcleo de Ações Judiciais y la Diretoria Administrativa Financeira dependientes de la Secretaria de Saúde. Este trabajo ha permitido responder a las demandas y evitar bloqueos presupuestarios es el mantenimiento de un contrato con los proveedores de medicamentos.

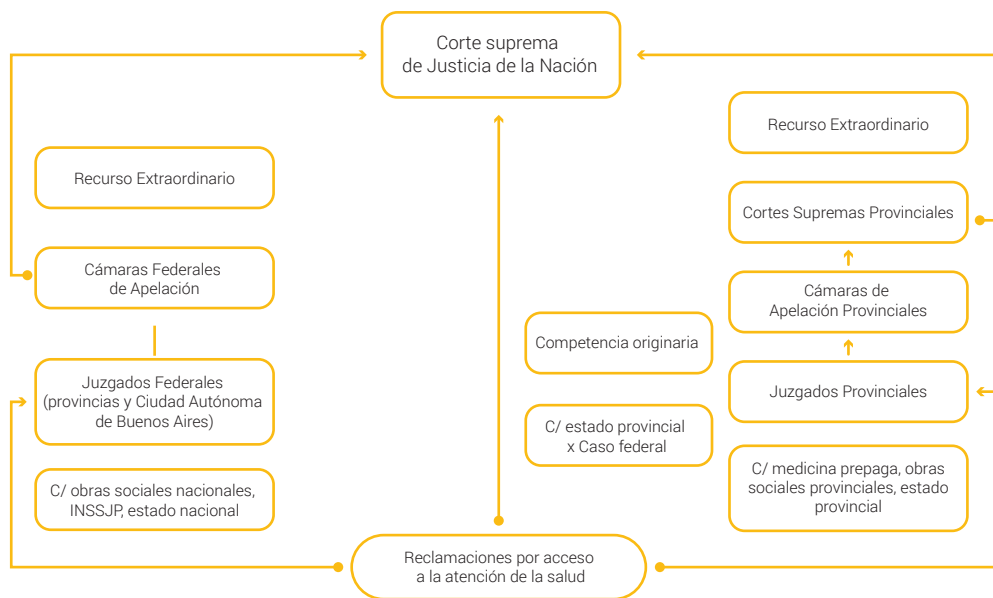
- En Río Grande del Sur solo el 15% de las reclamaciones en salud se convierten en demandas judiciales. Ello gracias a la implementación de una “triagem administrativa” de solicitudes en la cual participa la Defensoria Pública y la Secretaria de Saúde sobre disponibilidad de medicamentos de manera informatizada.

Las experiencias antes reseñadas abren la puerta a una nueva forma de enfrentar el fenómeno de las altas cifras de judicialización en salud. El diálogo y el trabajo interinstitucional podrían ser una alternativa para ir limitando el número de casos que llegan a los tribunales. En efecto, del análisis de la evolución de casos antes descrito, se observa una estabilización de los ingresos a tribunales de primera instancia a partir de los últimos años, según cifras de Justiça en Números. Es necesario esperar un tiempo más para determinar si estas iniciativas reseñadas permiten limitar de manera sostenida el ingreso de nuevos casos de salud en la jurisdicción. Diversos actores entrevistados coinciden en que los comités y sistemas de mediación son relevantes para la gestión de los casos judicializados, sin embargo, se adelantan algunos problemas como el hecho de que éstos dependan de la actuación individual de los interesados -especialmente jueces y juezas-, o bien que la importancia de dichos espacios pueda verse afectada con cambios políticos (Conselho Nacional de Justiça, 2019). De sostenerse una tendencia a la baja de la judicialización, sería plausible confirmar lo anticipado por García (2018), en cuanto a que La escasa eficiencia del sistema judicial podría, entonces, desincentivar la judicialización y llevar a preferir otros mecanismos más expeditos (2018, p. 159). Los resultados preliminares en algunos estados de Brasil parecen entregar una posible vía para ello.

- Causas en Argentina

El estudio de los volúmenes de judicialización en salud en Argentina resulta especialmente enrevesado, debido al entramado entre instituciones federales y provinciales, sumado a la existencia de diversos sub-sistemas de salud que complejizan aún más esta labor. Gotlieb, Yavich y Báscolo (2016) han graficado esta complejidad en el flujograma que sigue:

Ilustración 1. Flujoograma de instituciones del sistema de justicia argentino para las reclamaciones de acceso a la atención de la salud



Fuente: Gotlieb, Yavich y Báscolo (2016).

Tal como se aprecia en la figura, el nodo que articula las reclamaciones en salud es, eventualmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues en ella se conocen en última instancia los asuntos tanto de la jurisdicción federal como provincial. Dado este carácter, la Corte Suprema fija los criterios jurisprudenciales para el resto de tribunales del país (Gotlieb, Yavich y Báscolo, 2016). Así, tras un análisis documental de 125 sentencias de la Corte Suprema dictadas en el periodo 1994-2013, los resultados obtenidos por Gotlieb, Yavich y Báscolo (2016) entregan valiosa información sobre el comportamiento de la litigiosidad en el país. En primer lugar, se observa que el amparo es el litigio más utilizado por un amplio margen (87%), le sigue el juicio ordinario (7%) y otros (6%). En segundo lugar, las acciones son promovidas en su mayoría por personas físicas individuales con 88% del total de casos, superando con creces el litigio colectivo promovido por el Defensor del Pueblo o por Organizaciones no Gubernamentales que suman un 7% y otros actores individuales con 6%. Ahora bien, dentro del universo de causas con personas físicas individuales, cabe destacar que en casi la mitad de los casos se trata de personas con discapacidad (49%), el resto de personas se registra como personas con otras problemáticas de salud. En tercer lugar, se observa mayor heterogeneidad en la parte demandada, existiendo diversas nomenclaturas que se explican en la ya mencionada complejidad del sistema argentino:

Tabla 26. Características procesales del litigio, actores jurídicos participantes, reclamación y decisión de la Corte Suprema de Justicia (n=25).

VARIABLES	CASOS	
	%	N
Características procesales del litigio		
Trámite procesal del juicio		
Amparo	87.0	109
Juicio ordinario	7.0	9
Otros	6.0	7
Total	100.0	125
Actores jurídicos participantes del litigio		
Parte actora		
Persona física individual	88.0	110
Procesos colectivos: ONG, Defensor del Pueblo	7.0	6
Otros actores individuales	5.0	6
Total	100.0	125
Personas físicas individuales con discapacidad*	49.0	54
Personas físicas individuales con otras problemáticas de salud	51.0	56
Total	100.0	110
Parte demandada		
Obras sociales (provinciales, sindicales y otras) y INSSJP	26.0	33
Estado varios niveles (nacional y/o provincial y/o municipal)	21.0	26
Obras sociales (provinciales, sindicales y otras) y INSSJP + Estado	18.0	23
Estado un solo nivel (nacional, provincial o monicipal)	15.0	19
Entidades de medicina prepaga	15.0	19
Entidades de medicina prepaga + Estado	2.0	2
Otros	3.0	3
Total	100.0	125

Fuente: Gottlieb, Yavich y Báscolo (2016).

Los datos presentados precedentemente revelan la importancia del amparo como instrumento para exigir el derecho a la salud en sede judicial. Otros mecanismos aparecen como menos recurrentes, no obstante, debe advertir que algunos de ellos simplemente no llegan a la Corte Suprema. Del mismo modo, se destaca que en esta instancia superior los litigios son llevados principalmente a título individual, alejándose de lo que podríamos denominar como litigio estratégico que representan

intereses de varias personas simultáneamente y promovido por organizaciones de la sociedad civil. También resalta el hecho de que la institucionalidad pública dedicada a la promoción de los derechos humanos tiene un rol secundario desde el punto de vista cuantitativo.

- Causas en Colombia

En Colombia se han contabilizado las acciones de tutela en materia de salud, mecanismo utilizado ampliamente por sobre otros para justiciar el derecho a la salud (Yamin, 2019). Se observa que “en 2018 se interpusieron 207.734 tutelas invocando el derecho a la salud, con una participación del 34,21 por ciento del total de las acciones interpuestas en el país y un incremento del 5,1 por ciento con relación a 2017” (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 84). Así, las violaciones al derecho a la salud se posicionan como la segunda causal más recurrente en la interposición de tutelas, solo superada por el derecho de petición y ayuda humanitaria, aunque esta causal ha presentado un descenso en el año 2018 respecto del año anterior (Defensoría del Pueblo, 2018). En cuanto a la cantidad total de tutelas, se presenta un estancamiento: se registraron 607.499 el año 2017 y 607.308 lo que representa una baja de -0,03% (Defensoría del Pueblo, 2018).

La cifra antes mencionada podría ser incluso mayor, ya que no se incluyen aquellas reclamaciones que refieren al derecho a la salud, pero fueron iniciadas apelando al derecho de petición o a la seguridad social (Defensoría del Pueblo, 2018). La elevada cantidad de tutelas presentadas en el país se grafica en la siguiente proyección: “cada 2,5 minutos se interpone una tutela en salud, o cada 34 segundos si se tiene en cuenta solo los 246 días hábiles de 2018” (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 85).

El comportamiento de las tutelas varía de acuerdo al departamento de origen. Los departamentos con más tutelas en orden descendente son: Antioquía 23,5%, Valle del Cauca 11,32%, Bogotá 7,15%, Norte de Santander 6,33%, Santander 6,06% (Defensoría del Pueblo, 2018). La facilidad con que se accede a los tribunales sería una explicación para el elevado número de tutelas en estos departamentos, sumado a una oferta de servicios de salud más amplia y más sofisticada, así como el nivel cultural de la población (Defensoría del Pueblo, 2018). Ahora bien, ponderando estas cifras con la cantidad de población, se llega a que los números más altos de tutelas en el país (por cada 10.000 habitantes) corresponden a Caquetá (271,55), Antioquia (193,49) y Risaralda (193,35) (Defensoría del Pueblo, 2018).

Por otro lado, Colombia tiene a disposición otros mecanismos administrativos para los asuntos de salud. El principal órgano que recibe estas solicitudes es Supersalud, la Superintendencia de Salud del país; al mismo tiempo, se reciben denuncias a través del Ministerio de Salud y Protección Social, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación, abogados de oficinas departamentales y municipales, entre otras instituciones (Pautassi, 2018). Se reporta que las denuncias más recurrentes ante la Defensoría del Pueblo se relacionan con falta de atención por las autoridades locales y prestadores; en efecto, Supersalud recibió un total de 239,584 peticiones, quejas y solicitudes en el año 2011 (Pautassi, 2018). Por su parte, Supersalud a tra-

vés de delegados territoriales ha implementado la mediación en conflictos de salud que en el año 2010 sumaron un total de 1,403 acuerdos (Pautassi, 2018).

- Causas en El Salvador

En El Salvador la información respecto a los reclamos en materia de salud es limitada tanto la que refiere a las instancias administrativas como judiciales.

Según Pautassi (2018) entre los años 2010 y 2015 el país recibió 1,365 solicitudes administrativas presentadas ante el Ministerio de Salud de las cuales la mayoría habría sido resueltas, no obstante, el reporte del país no indica cuántas se acogieron.

En lo que respecta a las demandas judiciales, el Poder Judicial a través de su Corte Suprema de Justicia reporta que entre el 2010 y el 2014 se interpusieron 53 acciones constitucionales por protección del derecho a la salud (Pautassi, 2018). De ellas 31 tienen una sentencia final por habeas corpus y medidas de protección, mayormente por falta de tratamiento médico, provisión de medicamentos o interrupción del embarazo por peligro inminente de muerte de la persona gestante (Pautassi, 2018). Esta última situación ha sido tratada previamente en el informe y evidencia la no observancia de los criterios internacionales en materia de derecho a la salud y derechos reproductivos en el país.

- Causas en Paraguay

Pautassi (2018) advierte que los reportes de progreso del Protocolo San Salvador realizados por Paraguay son insuficientes para visualizar el acceso a la justicia en esta materia, ya que se restringe al reporte de avances en ciertas enfermedades específicas como la malaria.

- Causas en Chile

Chile es un caso paradigmático de la alta cantidad de asuntos que se judicializan en materia de salud en donde la proporción mayoritaria de casos se dirige en contra de las aseguradoras privadas o isapres ante alzas unilaterales de precios de los planes de salud. El derecho que se invoca en estos casos es el derecho a la propiedad que expresamente se protege por la acción de protección.

Durante el año 2018 se interpusieron un total de 141.875 acciones de protección en asuntos relacionados con salud, cifra que corresponde al 94% del total de acciones y que grafica un fenómeno sostenido desde el año 2010 (Altura Management, 2018). En efecto, entre los años 2010 y 2018 se registraron 968.542 acciones de protección contra las aseguradoras privadas o isapres, de las cuales 701.599 se presentaron ante la Corte de Apelaciones de Santiago y 266.943 en las demás Cortes de Apelaciones del país (Altura Management, 2018). Si bien el fenómeno de la judicialización se concentró en los primeros años en la Región Metropolitana de Santiago, con el paso de los años se ha expandido a otras regiones del país llegando a representar más del 40% de las acciones presentadas en el año 2018.

Tabla 27. Evolución de recursos de protección en contra de ISAPRES en Chile

Año	RRPP Santiago	RRPP Regiones	RRPP Nacional	% RRPP Regiones / Nacional
2010	7.638	609	8.247	7.4%
2011	21.497	2.238	23.735	9.4%
2012	43.485	5.588	49.073	11.4%
2013	146.559	50.021	196.580	25.4%
2014	84.176	14.921	99.097	15.1%
2015	100.488	33.013	133.501	24.7%
2016	126.798	58.512	185.310	31.6%
2017	83.645	43.648	127.293	34.3%
2018	87.313	58.393	145.706	40.1%
	701.599	266.943	968.542	27.6%

Fuente: Altura Management (2018).

Este comportamiento de la litigiosidad resulta particular por diversos motivos: en primer lugar, la alta sobrecarga de las Cortes Superiores en el país que dispone de sus recursos humanos y materiales para la gestión de este tipo de asuntos, en desmedro de otros asuntos; en segundo lugar, lo pedido a través de los recursos que se acota a impedir alza de los planes por las aseguradoras privadas; y, en tercer lugar, el que la litigación se realiza de manera individual, generando efectos acotados aun cuando los hechos que motivan los recursos afectan a una multiplicidad de personas (Bocado, Fibla y Reyes, 2019).

Cabe recordar que en Chile no se encuentra protegido el derecho a la salud; no encuentra consagración a nivel constitucional, ni se encuentra dentro del catálogo de derechos protegidos por la acción de protección. Por lo anterior, se han utilizado otras vías para asegurar su protección a través del derecho a la vida e integridad física o su protección oblicua a través del derecho a la propiedad, ambos garantizados por la acción de protección. Por tanto, hay otros problemas de salud que sí se judicializan, pero recurriendo a otros derechos amparados en la mencionada acción. Tal situación lleva a tener poca claridad respecto a los volúmenes de causas que se ven a través de estas vías y que, en último término, buscan igualmente proteger al derecho a la salud.

Por otro lado, en sede administrativa, se contemplan los reclamos ante la Superintendencia de Salud por la atención de salud recibida tanto en establecimientos públicos como privados. Tal como ocurre en la jurisdicción, en los últimos años ha existido un aumento sostenido de casos llevados a esta instancia administrativa, aumentando de 6.261 reclamos anuales en el año 2009 a 27.345 en el año 2018, habiendo una fuerte alza a partir del año 2014 (Cárdenas, 2019). De dichos reclamos 4 de cada 10 se presentan por un incremento del precio base del plan de salud (Cárdenas, 2019). Este incremento ha llevado a discusiones políticas sobre un urgente perfeccionamiento del sistema (Cárdenas, 2019).

Gráfico 15. Reclamos totales en contra de las ISAPRES en los últimos 10 años



Fuente: Cárdenas (2019).

En esta instancia se presentan reclamos por la infracción del derecho a la seguridad en la atención de salud, normas sobre seguridad de la persona paciente y calidad de la atención, derecho a un trato digno, derecho a la información clínica, administrativa y de costos, derecho a la información, así como a la reserva de la información contenida en la ficha clínica (Superintendencia de Salud, 2018). Una vez realizada una denuncia, la Superintendencia abre una fiscalización a la entidad reclamada.

Según datos de la Superintendencia, durante el periodo 2014-2017 se registraron 80.320 reclamos, de los cuales 69.932 se declaran como resueltos y 11.480 en tramitación, según se afirmó en cuenta pública del periodo 2014-2018 (Superintendencia de Salud, 2018).

Las cifras de prestadores fiscalizados en los últimos años dan cuenta de cifras sostenidas en los últimos años, siendo los establecimientos públicos los más fiscalizados durante el periodo:

Tabla 28. Distribución de prestadores fiscalizados por Superintendencia de Salud en Chile

Prestadores fiscalizados			
Año	Prestadores públicos	Prestadores privados	TOTAL
2016	80	51	131
2017	92	60	152
2018*	39	33	72
TOTAL	211	144	355

*Año 2018, prestadores fiscalizados al 31 de Julio de 2018 (77.4% de lo planificado)

Fuente: Superintendencia de Salud (2018)..

los asuntos de salud. El principal órgano que recibe estas solicitudes es Supersalud, En cuanto a los resultados de las fiscalizaciones por procedimientos de reclamo, se aprecia que hay resultados relativamente positivos (por sobre el 50% de cumplimiento) en lo que refiere a la disposición de formularios al público y consignación de unidades o dependencias reclamadas, distinguiéndose un claro mejor desempeño de los prestadores públicos en comparación con los privados (Superintendencia de Salud, 2018). Similar escenario se refleja en las peticiones concretas en los formularios (Superintendencia de Salud, 2018). El problema más evidente se presenta en la constancia de recepción del reclamo y la evacuación del informe dentro del plazo de 15 días hábiles por los prestadores. En los años con información disponible se aprecia un cumplimiento que bordea el 10% y 30% (Superintendencia de Salud, 2018).

Tabla 29. Porcentaje de cumplimiento de prestadores – formularios de reclamo Superintendencia de Salud de Chile

FORMULARIOS DE RECLAMO Y CONSTANCIA DE RECEPCIÓN									
	2016			2017			2018		
	Públicos	Privados	Nacional	Públicos	Privados	Nacional	Públicos	Privados	Nacional
Formularios a disposición del público	96.3	80.4	90.1	93.5	81.7	88.8	92.3	63.6	79.2
Formularios consignan Unidad o dependencia reclamadas	76.3	64.7	71.8	71.7	56.7	65.8	64.1	36.4	51.4
Formularios consignan peticiones concretas	70	62.7	67.2	66.3	60	63.8	61.5	42.4	52.8
Constancia de recepción informa plazo de 15 días hábiles para responder	13.8	17.6	15.3	10.9	25	16.4	17.9	30.3	23.6

Fuente: Superintendencia de Salud (2018).

El plazo razonable como estándar para medir la eficiencia de la judicialización en salud

La importancia de ahondar en la barrera de eficiencia en problemas de salud es múltiple. Particularmente, en atención al tipo de bienes jurídicos que se encuentran en juego: la expansión de una enfermedad, el acceso a un medicamento del cual depende la vida de la persona afectada o la calidad de un servicio de salud. En este sentido, la razonabilidad del plazo en que se conocen y resuelven estos asuntos es un aspecto crucial.

El Caso Furlan y Familiares vs. Argentina es un caso paradigmático en donde la Corte IDH desarrolla la idea de plazo razonable y la importancia de la eficiencia para los casos de salud. En este caso la Corte IDH (2012) concluye que el plazo razonable se

calcula hasta la materialización de lo pedido por la parte demandante (indemnización de los perjuicios ante un procedimiento ordinario). Es decir, comprende también la ejecución de la sentencia. Por tanto, en este caso se considera un espacio temporal de 12 años que comprende desde el inicio del caso hasta su conclusión. Además, la Corte IDH (2012) distingue cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: (i) la complejidad del asunto; (ii) la actividad procesal del interesado; (iii) la conducta de las autoridades judiciales y (iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. En este caso transcurren más de 10 años, plazo considerado como excesivo dado los detalles del caso y su complejidad.

Los problemas identificados en el caso anterior se reiteran recientemente en Argentina. El Caso Natali Maidana en contra de la Obra Social de los Empleados Públicos (APROSS) vuelve a poner en la palestra el tiempo de respuesta por parte de los tribunales de Argentina. Tras tratamientos infructuosos, el personal médico concluye que la única manera de salvar la vida de Natali era a través de un trasplante bipolmular que debería ser realizado en Brasil (LM Diario, 2018). APROSS en la fase administrativa denegó la solicitud, por esta razón el 1 de marzo de 2018 se presentó un recurso de amparo el cual fue resuelto el 25 de junio de 2018 (casi 4 meses después), indicando que el Estado Nacional, el Estado Provincial y APROSS debían brindar la cobertura integral completa para realizar el trasplante (LM Diario, 2018). El 26 de junio de 2018 el Ministerio de Salud trasladó a la enferma junto a sus padres (quienes serían los donantes) a Brasil, sin embargo, tras diversas complicaciones derivadas de la larga espera por el trasplante –desde el año 2017- y de la operación, Natali falleció (LM Diario, 2018). La familia de la joven anunció acciones judiciales en contra APROSS (LM Diario, 2018). En este caso, el excesivo tiempo de respuesta de los tribunales ante una enfermedad que precisaba de respuestas urgentes se suma a las complejidades de los entramados judiciales propios de un Estado federal como el argentino que se estructura en base de tres sub-sistemas: el público (financiado y provisto por estructuras nacionales, provinciales y municipales), el sistema privado y el sistema de seguridad social (financiado por obras sociales sindicales provinciales y nacionales). Esta situación se expresa en el sector salud en diversas formas: en inequidades entre los diversos sistemas, profunda segmentación y fragmentación, coberturas diferenciales de acuerdo a la condición socioeconómica y en diferencias en las condiciones de acceso a los servicios de salud (Gotlieb, Yavich y Báscolo, 2016).

El caso anterior, asimismo, pone de relieve la necesidad de articular la jurisdicción con otras agencias administrativas que resuelven asuntos de salud y solucionar los problemas de coordinación que hay entre ellas y que pueden acarrear consecuencias irreparables para la salud de las personas. En este sentido, si consideramos que el sistema de justicia no solo incluye a los tribunales pertenecientes al Poder Judicial, sino que también a otras agencias, los sistemas de coordinación precisan ser concebidos dentro de una red más amplia y compleja de instituciones. Una experiencia interesante en la articulación entre diversos organismos se documenta en Brasil a través de la Consejo Nacional de Salud -mecanismo participativo en la planificación de políticas de salud- que a juicio de García (2018) actúa como facilitador de la información, ayudando a actores de política a complementar sus esfuerzos y mirando el sistema de salud como un todo.

Otro ejemplo interesante para valorar el plazo razonable en materia de salud es *Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil*. Este caso que ya fue analizado previamente abre el cuestionamiento sobre la excesiva duración de los procesos civiles en materia de salud. A juicio del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se considera que el Estado de Brasil demora injustificadamente el caso, pues no son posibles de atribuir a la complejidad del caso o al número demandantes (CEJIL, 2012). Se llega a la conclusión de que el tiempo transcurrido de ocho años resulta una demora irrazonable y que es contraria al párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEJIL, 2012). Este caso, además, reitera la necesidad de abordar las barreras de acceso a la justicia de una manera integral y desde un enfoque interseccional, ya que la condición de mujer, pobre y afrodescendiente influye ostensiblemente en la respuesta del Estado. En otras palabras, la eficiencia y el cumplimiento del plazo razonable -aspectos que se podrían considerar objetivos- no son asépticos, sino sensibles a la concurrencia de circunstancias de opresión que pueden experimentar las personas como el género y la pobreza.

Un caso que plantea reflexiones similares es *Beatriz vs. El Salvador*, referente a la interrupción del embarazo en una paciente de alto riesgo (CIDH, 2017). Primero, desde el punto de vista de la paciente que se expone a constantes transgresiones a su salud en razón de la legislación vigente que prohíbe la interrupción del embarazo aun cuando exista inviabilidad del feto y peligro de vida de la persona gestante. En segundo lugar, la preparación del personal médico que se aprecia en la persistencia de estereotipos religiosos y hostigamientos que trajeron consigo pensamientos suicidas en la paciente. Y, en tercer lugar, el tiempo que demora la decisión de la interrupción del embarazo que ocurre recién en la semana 28 de gestación, siendo necesario para ello peticiones ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sobre este último punto caben numerosas dudas sobre el rol de los propios sistemas de salud para gestionar en esta sede los conflictos de salud que se suscitan, en qué medida los distintos procesos se conducen con respeto a los derechos humanos de las personas afectadas, incluyendo además la agilidad con que se resuelven dichos conflictos.

El Caso *Vilches y otros vs. Chile* ante la Corte IDH (2018) trae a la discusión los alcances del plazo razonable, junto con la necesidad de garantizar el derecho a la salud sin discriminación arbitraria, esta vez respecto de las personas ancianas. En este caso el afectado es un adulto mayor que accedió en dos oportunidades a un hospital público de la capital del país. En el primer ingreso no se le entregaron las prestaciones esperadas para un paciente de su gravedad, relegándosele a un "tratamiento intermedio" lo cual derivó en un deterioro grave de su salud; en el segundo ingreso, por su lado, se le privó del tratamiento intensivo, trayendo como consecuencia su fallecimiento (Corte IDH, 2018). Además, se determinó que las investigaciones a nivel interno no fueron realizadas con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable (Corte IDH, 2018). El caso actualmente se encuentra en supervisión de cumplimiento por parte de la Corte IDH respecto de las medidas estructurales decretadas dirigidas a reforzar las políticas públicas en salud geriátrica. El acceso a la justicia y el plazo razonable se interrelacionan nuevamente con la importancia de reforzar las políticas en favor de personas en situación de vulnerabilidad como las personas ancianas, tal como ocurre en el caso brasileño.

El acceso a un tratamiento de alto costo es el problema de salud detrás de la Sentencia n° 671 en Paraguay. Mediante un amparo constitucional promovido por una mujer identificada como T.G. de M., a través de su cónyuge, en contra del Instituto de Previsión Social IPS, se buscó la provisión en forma gratuita e inmediata del tratamiento médico de hemodiálisis, negado por el ente previsional por no reunir los requisitos establecidos en la Resolución N° 1973/98 dictada por el Consejo de Administración (Corte Suprema Paraguay, 2013). El problema para acceder a la prestación se deriva de la citada resolución, pues se requiere un mínimo de antigüedad de 160 semanas de aportes para poder acceder a la atención de sesiones de diálisis, tratándose del asegurado cotizante, y de 200 semanas, si es familiar del cotizante; en este caso, la recurrente posee 25 meses equivalente a 100 semanas de aporte (Corte Suprema Paraguay, 2013). La Sala Constitucional resuelve que el derecho a la vida y a la salud son derechos fundamentales consagrados en la Constitución de Paraguay, por tanto, no solo las instituciones públicas sino también las privadas están obligadas por ley al absoluto cumplimiento de sus obligaciones, más aún cuando se trata de enfermedades de extrema gravedad en el que la vida de las personas está en juego (Corte Suprema Paraguay, 2013). En este caso surge la discusión sobre la constitucionalidad de aquellas normas reglamentarias o legales que imponen trabas de tiempo para el goce del derecho a la salud. La jurisprudencia paraguaya concluye que cuando está en riesgo la salud y la vida de la persona, tales requisitos no deben constituir un impedimento para la asistencia médica pública o privada.

6.3.4 Barreras de eficacia

Son barreras de eficacia aquellas que impiden que los acuerdos o sentencias judiciales se cumplan. En este sentido, una sentencia sin posibilidades de ejecutarla o llevarla a cabo no es más que una declaración de intenciones que vuelve al sistema de justicia en una construcción puramente teórica e ineficaz (Vargas, 2013). La información disponible en los diversos países sobre las barreras de eficacia es, en general, escasa y poco actualizada. Por tal razón, es de suma importancia consolidar indicadores y mecanismos de seguimiento y evaluación periódicos que permitan dar cuenta del grado de cumplimiento de acuerdos y sentencias judiciales, así como también del grado de satisfacción de las personas cuyos conflictos se someten a estos acuerdos y resoluciones. Es necesario, además, distinguir claramente aquellos indicadores que se refieren estrictamente a la gestión al interior de las instituciones, responsables y procesos internos de trabajo los cuales responden mayormente a la idea de eficiencia. Y, por otro lado, aquellos indicadores que miden los productos que emanan de dichas instituciones (ya sea las sentencias, los acuerdos, conciliaciones, etcétera), así como también la satisfacción usuaria de las personas respecto de tales productos, aspectos que responden a la idea de eficacia en su sentido más estricto.

La eficacia ha sido abordada por la jurisprudencia de la Corte IDH a propósito de la noción de efectividad del recurso judicial (artículo 25 de la CADH). Del mencionado artículo se desprende que no basta con que el instrumento o medio procesal esté previsto formalmente, sino que debe ser capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, es decir, dando respuestas a las violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana, en la Constitución o en las leyes (Ibáñez Rivas, 2013). Según el

criterio de la Corte IDH, el recurso debe ser adecuado, lo que se traduce en su idoneidad para proteger la situación jurídica infringida o para combatir la violación (Ibáñez Rivas, 2013). Asimismo, son importantes las circunstancias concretas del país y del caso; la jurisprudencia de la Corte IDH precisa que “no pueden considerarse efectivos los aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso resulten ilusorios” (Ibáñez Rivas, 2013, p. 616). Ocurriría lo anterior cuando, por ejemplo, el poder judicial no resuelve con imparcialidad (hay barreras de corrupción) o cuando hay un retardo injustificado en la resolución del caso (hay barreras de eficiencia), circunstancias que afectan en último término la eficacia de lo resuelto.

La percepción sobre la eficacia

Una aproximación general al tema de la eficacia de las resoluciones judiciales se puede efectuar a partir de los resultados revelados por el World Justice Project (2020), específicamente, en el sub-factor relativo al cumplimiento de las sentencias en la justicia civil (civil justice is effectively enforced). Este último se enfoca en determinar- a partir de la percepción de expertos- la gravedad de los problemas de los tribunales civiles y comerciales para hacer cumplir lo resuelto, considerando cuánto llevaría a la parte ganadora el ejecutar una decisión o acuerdo y obtener el pago.

Centrando la mirada en los países del OCCA existen resultados deficientes, pues solo Chile (0.61) y Argentina (0.55) y El Salvador (0.53) anotan un porcentaje de cumplimiento superior a la mitad del estándar esperado (en escala de 0 a 1, donde 1 es el máximo puntaje esperable). Por su lado, en México, Brasil son aquellos con peor desempeño con 0.40 y 0.41, respectivamente. El resultado de Brasil en esta sub-categoría de cumplimiento efectivo de lo resuelto es especialmente llamativo, ya que se encuentra muy por debajo del promedio obtenido a nivel global en la categoría justicia civil. Ahora bien, mejores resultados se obtienen en la sub-categoría que evalúa los mecanismos alternativos. En general los países obtienen un resultado que lleva a valorar positivamente el rol de los mismos en sus atributos de accesibilidad, imparcialidad y efectividad. A mayor abundamiento, México, país que presenta el peor desempeño global en la categoría justicia civil de todo el OCCA, exhibe un resultado relativamente alto en este sub-factor (0.60), muy por sobre su puntaje global (0.39).

Tal como se señaló a propósito de las dilaciones indebidas en la justicia civil, esto puede llegar a constituir un importante problema a la hora de hacer efectivo lo que resuelve, sobre todo en asuntos que se refieren a vulneraciones a derechos humanos como el derecho a la salud.

Tabla 30. Efectividad en la justicia civil – Varios países de América Latina

País del OCCA	Posición global en el ranking mundial	Categoría justicia civil	Sub-ítem justicia civil es efectivamente cumplida	Sub-ítem mecanismos alternativos son accesibles, imparciales y efectivos
Argentina	48/128	0.59	0.55	0.77
Brasil	67/128	0.54	0.41	0.64

Chile	26/128	0.63	0.61	0.75
Colombia	77/128	0.49	0.45	0.71
El Salvador	84/128	0.53	0.53	0.64
México	104/128	0.39	0.40	0.60
Promedio Regional América Latina y el Caribe		0.53	0.44	0.67

Fuente: World Justice Project (2020).

La (in)eficacia de las sentencias en problemas de salud: algunas experiencias en países del OCCA

Vinculado con la eficacia de las sentencias judiciales en asuntos de salud, se distinguen dos aspectos: el cumplimiento de la sentencia y, por otro lado, el impacto (Rodríguez Garavito, 2017). El cumplimiento se refiere a la implementación de lo ordenado por el tribunal, mientras que el impacto “mide la influencia total o el efecto de una decisión” (Rodríguez Garavito, 2017, p. 36). En este sentido, se distinguen en primer lugar las sentencias de papel que no son implementadas y que tampoco tienen una repercusión más amplia; en segundo lugar, las sentencias que no son implementadas, pero sí tienen una repercusión significativa; y, en tercer lugar, las sentencias implementadas, pero no repercuten, es decir, de suma cero; y, en cuarto lugar, las sentencias que se implementan y que al mismo tiempo generan una resonancia pública importante (Rodríguez Garavito, 2017).

La nomenclatura antes descrita permite valorar de manera diferenciada las consecuencias de los resultados de los casos relativos al derecho a la salud que se judicializan. Si bien el alcanzar una sentencia favorable parece un gran primer paso para la eficacia del derecho a la salud, ésta no basta por sí misma, sino requiere que sea efectivamente implementada. Es plausible considerar que un universo no menor de casos sigue siendo sentencias de papel que no llevan a un cambio concreto en la realidad. Además, se reitera la discusión sobre el alcance colectivo de las sentencias. En efecto, en diversos países de la región existen elevadas cifras de judicialización de casos, no obstante, tal como se adelantó previamente, ello no lleva necesariamente a cambios estructurales. Usando la nomenclatura de Rodríguez Garavito (2017) la eficacia de las sentencias en los casos más positivos se restringe al cumplimiento de lo resuelto, mientras que el impacto se restringe a sentencias de suma cero en donde no se atisba una repercusión mayor que se aprecie en otros casos o en discusiones de políticas. En otras palabras, la sentencia ejecutada no asegura per se un impacto en el sistema. El impacto va de la mano con la proyección de ese caso individual en las dinámicas de definición política del derecho a la salud y las interacciones -no exentas de debate- entre el judicial y el ejecutivo.

Autores como Gargarella (2006) plantean que la judicialización de este tipo de casos abre la puerta a la deliberación democrática. No obstante, la reciente jurisprudencia de América Latina suele limitarse a resolver el asunto particular, con escaso desarrollo dogmático, y obviando las causas estructurales detrás de los problemas que se

judicializan con más frecuencia, tales como el acceso a medicamentos de alto costo (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019). En este sentido, quedan fuera del cuestionamiento, por ejemplo, la regulación del mercado farmacéutico y el desarrollo de patentes (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019).

Centrando la mirada en algunas realidades locales, observamos que en Brasil hay problemas con la ejecución de sentencias que declaran la entrega de medicamentos. Las acciones interpuestas para acceder a medicamentos atraviesan problemas cuando se trata de medicamentos que carecen de registro en la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria ANVISA y cuyo consumo no está autorizado; en particular, se reportan problemas en el acceso a medicamentos como Aldurazyme, Fabrazyme y Myozyme, producidos en Estados Unidos. Desde mayo de 2017, 135 pacientes se han quedado sin medicamentos, a pesar de que hay condena al Estado en el suministro (Vargas, 2018). Este fenómeno brasileño ha sido tratado por algunos autores, indicándose que “an explosion of litigation (...) characterized by a prevalence of individualized claims demanding curative medical treatment (most often drugs) and by an extremely high success rate for the litigant (...) irrespective of costs” (Ferraz, 2009, p. 34).

Surge a propósito de la litigación individual en Brasil la tensión entre el interés individual versus el colectivo, así como también en lo que se refiere a la igualdad entre quien puede litigar los casos (para acceder a tratamientos de alto costo) versus los tratamientos en favor del resto de la población perteneciente a grupos económicamente menos aventajados (García, 2018). Ahora bien, parte de la literatura indica que la litigación es insuficiente para el acceso a atención médica compleja en Brasil, cuestión que se espera incrementa con los años ante la imposibilidad de que un número creciente de brasileños pueda acceder a un seguro de salud privado y deba ser atendido por el sistema público (García, 2018). Como ya se señaló previamente, la evidencia respecto a la conexión entre litigación y aumento de la desigualdad es aún contradictoria. Según un estudio de 1,262 causas en el Estado Rio Grande do Sul en Brasil para acceso a medicamentos, se concluye que las personas que litigan este tipo de casos son heterogéneas, habiendo un porcentaje considerable de personas pobres y que viven fuera de las grandes ciudades que lo hacen (Biehl, Socal y Amon, 2016). Esta realidad sería muy lejana a las explicaciones de la judicialización que han surgido en Brasil por parte de la academia y de actores de política pública, y que la entienden como un fenómeno incentivado por élites urbanas, abogados particulares e intereses privados que la utilizan para acceder a medicamentos de alto costo que no se incluyen en los formularios gubernamentales (Biehl, Socal y Amon, 2016). Por lo anterior, algunos autores sostienen que la judicialización puede constituir un mecanismo útil para las comunidades pobres para ejercer rendición de cuentas al gobierno y para la planificación y entrega de una salud universal de alta calidad (Biehl, Socal y Amon, 2016).

En lo que refiere al cumplimiento estricto de la sentencia de casos individuales, algunos estudios de caso revelan experiencias interesantes que buscan mejorar la eficacia de lo resuelto. Entre ellas se encuentra: la creación de secretarías especializadas en asuntos de salud para dar agilidad a la ejecución en todas las instituciones involucradas; nuevos procedimientos de compra de medicamentos; la posibilidad de negociar con el tribunal plazos más largos para el cumplimiento de las sentencias en

atención, por ejemplo, a emergencias o a los procesos de gestión de compra de los medicamentos (Conselho Nacional de Justiça, 2019). Ello sin perjuicio de algunas iniciativas que buscan evitar que los casos lleguen a judicializarse cuando así es posible como en el estado de Bahía.

Otro hallazgo interesante por parte de Biehl, Socal y Amon (2016) dice relación con la escasa eficacia de la vía administrativa. Los autores afirman que es un mito que en Brasil la judicialización sea una vía para no hacer uso de los procedimientos administrativos; por el contrario, los autores sostienen que la mayoría de las demandas en sede judicial tuvieron un intento previo de asegurar los tratamientos a través de instancias administrativas locales, habiendo entregado asimismo evidencia de la necesidad médica (Biehl, Socal y Amon, 2016). En efecto, de una muestra de 820 individuos que en sus demandas solicitaron medicinas de formularios especiales o excepcionales, 481 (68,7%) habían seguido la vía administrativa previamente. Estos antecedentes no hacen sino poner en jaque la eficacia de las instancias administrativas en Brasil, pues los asuntos siguen siendo llevados a las cortes (Biehl, Socal y Amon, 2016).

Ahora bien, un contexto favorable para la litigación individual como el de Brasil puede esconder otros problemas de fondo complejos. Se advierte que hay detrás factores como el bajo presupuesto en el sector salud, las dificultades en la descentralización de servicios, cuestión aún más compleja debido al extenso territorio geográfico, el carácter federal del país y la fragmentación de las políticas farmacéuticas (García, 2018). Además, a propósito del caso brasileño, se plantea que mayores recursos para la litigación en salud no llevan a cambios en la percepción de las personas las cuales siguen considerando a la salud como uno de los principales problemas en el país según mediciones del año 2017 (García, 2018). Lo anterior lleva a cuestionar también a la litigación como único o principal mecanismo para dar satisfacción al derecho a la salud.

Argentina es otro país respecto del cual hay evidencia interesante sobre las dinámicas de judicialización y la eficacia de lo resuelto en dichas instancias. Una revisión sistemática de la eficacia de la litigación de casos ante la Corte Suprema en Argentina ha sido llevada a cabo por Gotlieb, Yavich y Báscolo (2016). Los autores llevaron a cabo un análisis con una muestra de 125 causas que llegaron ante la Corte Suprema de la Nación del país federal en el periodo 1994-2013, estableciendo que existe: “una preeminencia de la reclamación individual (88% reclamantes personas físicas individuales), y de reclamantes afiliados a la seguridad social o a seguros privados (64%), con un esquema típico del derecho privado (87% reclama cobertura de un servicio médico). El 75% de los fallos ordenaron brindar los servicios de salud reclamados, sin visibilizar los fallos del sistema de salud, ni ordenar acciones para promover la equidad y garantizar el derecho a la salud, que alcancen a otras personas sometidas a la misma situación que el reclamante. La judicialización, hasta el momento, no está promoviendo activamente la equidad, el derecho a la salud y el diálogo interinstitucional” (Gotlieb, Yavich y Báscolo, 2016, p. 1). El grueso de los asuntos que llegan ante la instancia superior en Argentina se refiere asuntos de cobertura prestacional que representan el 87% del total, y de los cuales caso la mitad corresponden a peticiones de cobertura para personas con discapacidad (Gotlieb, Yavich y Báscolo, 2016).

Tabla 31. Eficacia de las reclamaciones en Corte Suprema Argentina

TIPOS DE RECLAMACIÓN PROMOVIDAS A TRAVÉS DE LOS LITIGIOS		
Pretensión parte actora	%	N
Cobertura prestacional **	87,0	109
Salud pública o colectiva ***	4,0	5
Derecho a la alimentación	3,0	4
Otros	6,0	7
Total	100,0	125
Cobertura prestacional para personas ocn discapacidad	47,0	51
Total	53,0	58
Respuesta de la Corte ante el litigio	100,0	109
Resolución del caso		
Favorable al acceso a la atención de la salud	75,0	94
Desfavorable al acceso a la atención de la salud	25,0	31
Total	100,0	125
Resolución desfavorable		
Por motivos de fondo	6,5	8
Por cuestiones procesales	18,5	23
Total	25,0	31

Fuente: Gotlieb, Yavich y Báscolo (2016).

Los fallos en Argentina serían eficaces desde la perspectiva de la consecución de lo pedido, pues en 3 de cada 4 casos se logró obtener en la sentencia el servicio de salud reclamado. Sin embargo, es necesario enfatizar que no basta con que se obtenga una sentencia favorable, sino que es preciso que lo resuelto se ejecute. Los resultados obtenidos por el país -así como para América Latina- en el World Justice Project (2020) sugieren que aún hay importantes problemas en la ejecución.

También es necesario ver en perspectiva los éxitos de la litigación individual, porque paradójicamente, pueden servir para perfeccionar sistemas que no se orientan a reafirmar la vigencia del derecho a la salud, ni generar un entorno más propicio para la satisfacción del derecho a la salud. En otras palabras, “paradójicamente, la justiciabilidad puede tener efectos negativos, aun cuando a nivel individual pueda ser un mecanismo válido y efectivo para la tutela de los derechos” (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019, p. 173). Las consecuencias de este litigio individual, caracterizado por ser una reclamación de derecho privado y con tendencia a la rutinización, llevan a obtener resultados favorables desde el punto de vista particular pero no se orientan a la reducción de las inequidades en el acceso a la salud en el país (Gotlieb, Yavich y Báscolo, 2016).

Tal como fue reseñado previamente, Chile tiene una alta litigiosidad en asuntos de salud a través de la acción de protección, pero orientada en su mayor proporción a evitar el alza de precio de los planes de salud de aseguradoras privadas (isapres). Esta cantidad alcanza una entidad que la ubica en el asunto más litigado ante las Cortes de Apelaciones, representando alrededor del 94% total de los ingresos por acciones de protección en el país, llevando a la sobrecarga de las Cortes (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019). Más allá del éxito de estas acciones individuales, cabe cuestionar el impacto estructural de las sentencias desde el punto de vista de la regulación del sistema y de la actuación de las isapres que no han modificado sus conductas, que han sido calificadas reiteradamente como ilegales por los tribunales (Bocardo, Fibla y Reyes, 2019). Asimismo, cabe valorar de manera crítica la utilización de los recursos de la jurisdicción para un asunto que afecta a un porcentaje reducido de la población chilena; solo un aproximado de 20% de las personas en Chile se encuentra afiliada al sistema privado de salud (Cárdenas, 2019).

A la alta cantidad de acciones ante las Cortes de Apelaciones en contra de las isapres, se suma un aumento sostenido de reclamos ante la Superintendencia de Salud por el mismo motivo tribunales (Cárdenas, 2019).

Esta tendencia da cuenta del marcado enfoque neoliberal del sistema de salud chileno, junto con la capacidad limitada de la acción de protección que no contempla dentro de su catálogo de derechos protegidos al derecho a la salud ni a otros derechos sociales, los cuales no encuentran reconocimiento como derechos fundamentales en la Constitución chilena. Surge una interrogante sobre la actual protección jurisdiccional. La persona lesionada en su derecho a la salud se ve forzada a utilizar otras vías alternativas, ya sea mediante la referencia a otros derechos como la vida o la propiedad en la acción de protección; o bien, simplemente utilizar otras vías no judiciales para su satisfacción.

En Colombia la interposición de tutelas en salud representa un importante porcentaje dentro del total de asuntos. Fue mencionado a propósito de las barreras de eficiencia que más del 30% del total de tutelas en el país se refiere a la protección del derecho a la salud, posicionándose en el segundo lugar de causales más demandadas por esta vía.

En cuanto al éxito de estas tutelas durante el año 2018, en primera instancia se registra un 59,1% de sentencias favorables, cifra levemente más baja que la registrada en el año anterior (Defensoría del Pueblo, 2018). Distinguiendo por el tipo de tribunal que tramitó tutelas de salud en el año 2018, los que más lo hicieron de manera favorable: juzgados promiscuos municipales (67,05%), juzgados de pequeñas causas (63,63%), juzgados civiles municipales (61,62%) y los juzgados penales para adolescentes (60,03%). Por su lado, los tribunales que muestran un porcentaje inferior de sentencias en favor de los accionantes son: la Corte Suprema de Justicia (8,22%), el Consejo de Estado (17,03%), los Tribunales Superiores (27,48%) y los Consejos Seccionales de la Judicatura (31,76%) (Defensoría del Pueblo, 2018).

**Tabla 32. Tutelas judiciales en Colombia
y porcentajes de sentencias favorables en primera instancia**

Despachos judiciales	N° de tutelas	Part. %	Decisión favorable en Primera instancia %	N° de tutelas	Part. %	Decisión favorable en Primera Instancia %
Juzgado Promiscuo Municipal	60.086	9,89	69,61	74.384	12,25	67,05
Juzgado de Pequeñas Causas	21.672	3,57	66,41	24.440	4,02	63,63
Juzgado Civil Municipal	103.400	17,02	65,20	119.179	19,62	61,62
Juzgado Penal para Adolescentes	25.347	4,17	67,56	26.335	4,34	60,03
Juzgado de Menores	129	0,02	69,77	166	0,03	59,64
Juzgado Penal Municipal	85.309	14,04	64,01	107.141	17,64	59,54
Juzgado Promiscuo de Familia	14.249	2,35	71,74	10.243	1,69	57,77
Juzgados Administrativos	48.443	7,97	68,90	46.108	7,59	56,97
Juzgado de Familia del Circuito	4.271	0,70	69,96	3.663		56,65
Juzgada Laboral del Circuito	35.502	5,84	66,62	28.948	4,77	55,39
Juzgado Promiscuo del Circuito	6.269	1,03	68,22	4.896	0,81	54,35
Juzgado Penal del Circuito	48.207	7,94	66,79	41.047	6,76	54,14
Juzgado Penal del Circuito Especializado	8.369	1,38	68,74	7.032	1,16	53,07
Juzgado Civil del Circuito Especializado	4.579	0,75	67,00	3.658	0,60	52,57
Juzgado Civil del Circuito	51.424	8,46	63,29	40.184	6,62	52,17
Juzgado de Familia	20.188	3,32	65,98	16.189	2,67	51,49
Juzgado de Ejecución de Penas	17.577	2,89	62,60	15.951	2,63	46,95
Tribunal Administrativo	10.632	1,75	53,77	4.543	0,75	43,17
Consejo Seccional de la Judicatura	3.073	0,51	36,90	1.184	0,19	31,76
Tribunal Superior	31.253	5,14	37,10	22.547	3,71	27,48
Consejo de Estado	2.893	0,48	19,46	3618		17,03
Corte Suprema de Justicia	4.624	0,76	10,16	5.852	0,96	8,22
Otros/Sin identificar	3	0,00	66,67		0,00	
Total	607.499	100,03	63,76	607.308	100,00	59,11

Fuente: Defensoría del Pueblo (2018)

La alta eficacia ante la sede jurisdiccional en Colombia podría explicar en parte la alta cantidad de asuntos que llegan por esta vía, haciendo de la tutela el principal mecanismo para hacer exigible el derecho a la salud, por sobre otros mecanismos de corte administrativo (Yamin, 2019). Sin perjuicio de las cifras relativamente positivas, cabe destacar que en el 45% de los casos se debe iniciar un incidente de desacato

por incumplimiento de la sentencia (Defensoría del Pueblo, 2018). Así, el derecho a la salud no está exento de problemas con la ejecución efectiva de lo resuelto: “para el cumplimiento, de cada 100 decisiones judiciales, se inician 59 incidentes de desacato, donde el 34 por ciento se sanciona y el 66 por ciento se archiva, aunque para el derecho a la salud el nivel de sanción se eleva al 41 por ciento” (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 60).

Los casos recién expuestos llevan a la necesidad de seguir monitoreando la eficacia de la judicialización en los diversos países de América Latina.

Ferraz (2018) señala que no está claro que la legalización (o la constitucionalización) del derecho a la salud y la judicialización contribuyan necesariamente a fortalecer el derecho en América Latina, a pesar de que en la región existe una arraigada tradición de escrituración para asegurar su resguardo, a diferencia de lo que ocurre en otros países con sofisticados sistemas de salud como el Reino Unido (que no tienen este derecho positivado). El citado autor distingue tres acepciones para el derecho a la salud: como deber moral, como un derecho (normalmente constitucional) y como garantía (Ferraz, 2018). Según lo expuesto previamente, pareciera que las consecuencias de concebir el derecho a la salud como garantía, es decir, que habilita para ser reclamado ante los tribunales, se encuentra aún en una fase de definición de sus alcances en la región.

Por su lado, cabe destacar que el *priority setting* de políticas del sector salud responde a dinámicas que escapan de la lógica de la mera positivación de derechos y sus consecuentes garantías. Por tanto, la eficacia del derecho a la salud en los tribunales no podrá ser explicada tan solo analizando estos movimientos de judicialización, sino que es necesario considerar otros factores exógenos referidos a cómo se deciden las políticas del sector salud (Ferraz, 2018). En otras palabras, en cómo se decide distribuir los recursos estatales limitados frente a necesidades cada vez más crecientes en materia de salud. En este proceso la transparencia y la participación ciudadana parecen ser principios que podrían mejorar la calidad de los sistemas y, en último término, mejorar los sistemas de salud (Ferraz, 2018; García, 2018). Así, a partir del enfoque basado en derechos humanos sería plausible ensanchar la idea de acceso a la justicia en salud hacia una toma de decisiones colaborativa que implique nuevas formas de exigir el derecho a la salud que superen al litigio como única alternativa (Guiñaú, 2018).

6.4 Barreras institucionales de acceso a la justicia

Las barreras de acceso a la justicia de tipo económicas, sociales y culturales, son aquellas que guardan relación con la situación socioeconómica y cultural de las personas. Uno de los primeros aspectos que debemos tener en cuenta al momento de estudiarlas, es que, tal como se indica en la introducción de este informe, éstas guardan relación con las características de las personas que demandan la atención del sistema de justicia. Es decir, se originan en condiciones del lado de la “demanda” de la justicia.

Esta característica conlleva una complejidad intrínseca al momento de analizar las barreras, y es que veremos que muchas de estas barreras se intersectan, tornándose un tanto ilusoria la división que se plantea, la cual proponemos sólo con el objetivo de sistematizar estas barreras.

En consecuencia, en este apartado se podrán encontrar situaciones de vulneración del derecho al acceso a la justicia a consecuencia de diversas barreras que se experimentan simultáneamente por una misma persona. Por ejemplo, una mujer pobre y afrodescendiente en América Latina deberá soslayar no sólo barreras de género para proteger su derecho a la salud, sino que también deberá hacerlo con las barreras económicas y las culturales.

6.4.1 Barreras económicas

OCCA ha entendido las barreras económicas como aquellas que *dificultan el acceso a la justicia por motivos de recursos económicos o financieros*, ya sea por la necesidad del pago de cuotas o tasas judiciales, el pago de honorarios de abogados o abogadas, el pago de trámites, así como el traslado y/u hospedaje para concurrir a los tribunales u otras instituciones del sistema de justicia.

En un sentido similar se ha entendido también por parte de la relatora especial de la ONU sobre extrema pobreza y derechos humanos (Organización de las Naciones Unidas, 2012), la que indica que entre las barreras de acceso a la justicia a las que se enfrentan las personas en situación de pobreza son, por ejemplo, el coste del asesoramiento letrado, las tasas administrativas y otros costes secundarios.

De lo anterior se desprende que esta barrera afecta especialmente a personas en situación de pobreza o pobreza extrema, las que según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017) “enfrentan mayores dificultades para acceder a la justicia, así como a los medios que le permitan la gestión efectiva para denunciar y exigir el cumplimiento de sus derechos”. Asimismo, lograr remover dichas barreras y garantizar el acceso a la justicia de esta población, es fundamental para combatir la pobreza, la exclusión y las situaciones de vulnerabilidad (Organización de las Naciones Unidas, 2012).

A mayor abundamiento, en su informe sobre acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud, la CIDH ha indicado que uno de los primeros elementos que se debe tener en cuenta al momento de analizar el derecho de acceso a la justicia en materia de derechos sociales, “es la existencia de obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales y el alcance del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, párr. 5).

Ahora bien, es importante precisar que, no obstante el acceso a tribunales judiciales

o a una agencia estatal sean indicadores importantes de analizar, es importante destacar que una de las principales críticas que se realiza a la exigibilidad de los DESCA a través de este tipo de mecanismos es que favorece a las personas y poblaciones con mayores recursos económicos puesto que en general son los que presentan mayores niveles de acceso a la justicia.

Por ello, es pertinente precisar que no esperamos que toda la población vea garantizada su acceso a la salud a través de vías judiciales y administrativas -puesto que eso sólo se logra a través de políticas públicas sistémicas-, pero sí es de interés identificar y acortar la brecha en el acceso a la justicia cuando ya hay problemas justificables de salud y esas políticas públicas no están funcionando. Esto es importante porque, como se ha visto y se verá en lo que resta de este informe, son las poblaciones más vulnerables socioeconómicamente que tienen menores niveles de acceso a la justicia, y también menores niveles de acceso a la salud.

Debido a lo anterior es que al momento de estudiar y analizar la exigibilidad del derecho a la salud y el derecho a contar con recursos idóneos y efectivos para el evento que el primero resulte vulnerado, el estudio de la oferta de mecanismos de gestión de esta conflictividad y las barreras económicas que pueden impedir el acceso a ellos resulta fundamental. Más aún, si tenemos como antecedente que la región latinoamericana y del caribe, para el año 2017, era la región más desigual del mundo, cuestión que impide el desarrollo y la erradicación de la pobreza - entre otras cosas-, y que para el año 2018 las tasas de pobreza y pobreza extrema en la región se situaron en porcentajes de 29,6% y 10,2% respectivamente (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2019).

Percepción de la incidencia del factor económico en el acceso a la justicia

Si bien, se analizarán en detalle datos concretos que permitirán observar cómo el factor económico influye de forma directa en el acceso a la justicia, es interesante tener en cuenta cómo la ciudadanía percibe este factor, pues independientemente que dichas percepciones tengan un correlato concreto y certero en la realidad, una percepción negativa en la población se constituye en un desincentivo para la búsqueda de una respuesta por parte del sistema frente a sus necesidades jurídicas.

A continuación, mostramos algunos ejemplos que dejan entrever que la población sí percibe y es consciente de la incidencia del factor económico en el acceso a la justicia, sea de una manera, u otra.

En *Argentina*, el factor económico es percibido como un factor de privilegio para el acceso a la justicia. En relación a la percepción sobre si los tribunales resuelven los casos con imparcialidad, un 57,05% considera que el sistema siempre favorece a personas ricas y poderosas, mientras que sólo un 24,88% considera que siempre es imparcial; un 17,08% que lo es en la mayoría de los casos, y un 1% respondió que no sabe. Asimismo, frente a la pregunta de si cree que la riqueza o poder de las distintas partes en un juicio condiciona el resultado de los juicios, las personas entrevistadas respondieron en un 82,09% que las personas ricas y poderosas tenían ventaja, mien-

tras que sólo un 14,43% que la riqueza y el poder no influyen en el resultado. Un 2,99% consideró que las personas en situación de pobreza tenían ventaja y un 0,50% que no sabe informe (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, 2013).

Los datos expuestos dan cuenta de que más de la mitad de las personas considera que el hecho de tener recursos económicos y poder es un factor que determina los resultados y afecta la imparcialidad de los juzgadores y juzgadoras a favor de las personas ricas y con poder.

Por su parte, en *Chile* en el año 2016, el medio de comunicación T13 informó que en un estudio realizado por el Centro UC de Encuestas y Estudios Longitudinales se reveló que un 95% de las personas encuestadas cree que hay tratos preferentes en el sistema judicial dependiendo del estatus social, y que un 83,8% está en desacuerdo o muy en desacuerdo con que “la justicia es igual para todos” (T13, 2016).

En *Colombia*, según un estudio publicado en el año 2014, las personas en situación de pobreza acuden en un bajo porcentaje a la justicia para la resolución de conflictos. Si bien un gran grupo indicó no acudir a la justicia porque ésta “no sirve para nada”, existe un grupo que duda de la parcialidad del sistema y tiene la percepción de que “La plata lo mueve todo”, o que “La justicia funciona solo para aquellas personas poderosas o que conocen a algún poderoso” (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora, & Uprimmy Yepes, 2014, pág. 198).

El acceso a patrocinio letrado

Una de las principales barreras económicas a las que se enfrentan las personas, es la de la *posibilidad de acceder a una defensa o patrocinio de un abogado o abogada*, de la cual surge la obligación correlativa del Estado de remover este obstáculo y brindar defensa jurídica gratuita a las personas de escasos recursos.

A continuación, se desarrollarán algunas realidades locales en esta materia.

En *Argentina*, según un estudio sobre litigio judicial y derecho a la salud (Gotlieb, Yavich, & Báscolo, 2016), los principales mecanismos para la resolución de este tipo de conflictos son el Amparo y el Juicio Ordinario, que representan un 87% y 7% respectivamente del total de litigios de salud. Ambos requieren de un abogado o abogada.

Según el Diagnóstico de Necesidades Jurídicas Insatisfechas y niveles de Acceso a la Justicia, el **65,3%** de las personas no buscó asesoramiento legal o jurídico profesional en relación a su problema, aumentando a un **67,9%** dicha respuesta en el colectivo pobreza estructural. De la población general, un **9,8%** declara no haber hecho nada porque pensaba que era demasiado caro o no podría pagarlo, mientras que en la población pobre este número aumenta a **10,9%**. Comportamiento similar tuvo la respuesta “No estaba dispuesto a pagar”, que en la población general representó un **5,7%** de las respuestas, y en población en condición pobreza aumentó a un **6,2%**. De quienes sí buscaron asesoría, un **8,6%** no lo consiguió. De ellos y ellas, **22,1%** dice no haber conseguido asesoramiento por no haber podido pagarlo. Por otro lado, entre quienes sí consiguieron asesoramiento, a un **14,1%** se le brindó un abogado gratuito, y a un **5,6%**

una defensoría o fiscalía pública (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016).

Por su parte, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (2013), ha documentado que el **3,07%** de la población no buscó asesoramiento porque creyó que sería demasiado caro. De los que buscaron asistencia, un **22,5%** sabía dónde conseguirla, pero era muy caro.

De los datos expuestos se puede concluir que **casi un décimo de la población encuestada no busca asistencia letrada por considerarla muy cara**, y que incluso, entre quienes sí la buscaron, un poco menos del décimo de ellos y ellas, **finalmente no pudo conseguirla por un tema de recursos económicos**. Es decir, a lo menos la décima parte de la población experimenta una barrera de entrada al sistema de justicia por no poder pagar los servicios de un abogado o abogada.

Ante esta situación, los Estados tienen la obligación de remover los mencionados obstáculos a través de la provisión de Servicios de Asistencia Jurídica Gratuita.

En **Chile**, los resultados de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas (Gfk Adimark, 2015), indican que un **31%** de los y las encuestadas no hicieron nada frente a su necesidad jurídica, siendo el motivo económico una razón para aproximadamente el **4%** de ellos y ellas. En materia de salud dichos porcentajes varían: el **49%** optó por no hacer nada, y el **5%** de ellos y ellas, no lo hicieron por ser muy caro. Si tenemos en cuenta los principales mecanismos que se utilizan para la resolución de conflictos de salud, podemos concluir que esta barrera tiende a mitigarse en algunos de ellos. Por ejemplo, para el conflicto de mayor prevalencia en materia de salud, cual es el “no respeto de los derechos de los pacientes”, el mecanismo diseñado especialmente para este tipo de conflictos es un **mecanismo de tipo administrativo** que no requiere de asistencia letrada para llevarlo a cabo. A saber, la ley 20.584, sobre “Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud” y su respectivo reglamento, indican que toda persona que se vea afectada en los derechos contemplados en la mencionada ley, podrá reclamar ante el prestador institucional (Hospitales, Clínicas, Laboratorios, Centros Médicos, etc.), quien tiene, entre otros deberes, el de contar con personal idóneo para recibir los reclamos, así como con un procedimiento interno para tramitarlos. En caso que la persona afectada no quede satisfecha, o no reciba una respuesta o reparo oportunos, puede recurrir ante la Superintendencia de Salud, la que debe poner a disposición del público un formulario que guíe la presentación del reclamo, así como los datos requeridos.

Ahora bien, si bien la no asistencia letrada se aprecia como una ventaja desde el punto de vista económico, es importante recordar que las barreras de acceso se entrecruzan y que, igualmente, las personas más vulnerables desde un punto de vista socioeconómico puede que no tengan acceso a los canales de información de este tipo de mecanismo, o bien, que las personas que además viven en zonas rurales no cuenten con la tecnología necesaria para acceder a este mecanismo o que la oficina más cercana no se encuentre a su alcance. Inclusive, aún teniendo acceso a esa información, puede que los requisitos y alcance de este mecanismo no logren ser adecuadamente comprendidos por un grupo de la población. De ahí la importancia

de observar cómo, en cada mecanismo, se entrecruzan las barreras de formalismo y burocracia, con las físicas y económicas.

Otros de los conflictos más prevalentes en materia de salud son aquellos relacionados con el precio o la cobertura de los llamados seguros de salud (FONASA, Isapres u otros similares), los cuales suelen ser gestionados a través de un mecanismo judicial de tipo constitucional que es el *Recurso de Protección*. Esta acción constitucional se encuentra regulada en el artículo 20 de la Constitución Política de Chile, es conocida por la Corte de Apelaciones respectiva, y su objetivo es garantizar el imperio de algunos de los derechos que se encuentran consagrados en el artículo 19 de dicha carta fundamental. Si bien esta acción no protege el derecho a la protección de la salud, es el mecanismo más utilizado para este tipo específico de conflictos (adecuación del plan de Isapre o modificación prima GES).

Según la información disponible, durante el año 2018, el **57,47%** de los ingresos de las Cortes de Apelaciones de todo el país correspondieron a recursos de protección, siendo un **92% de ellos recursos contra Isapres** (Dirección de Estudios Corte Suprema, 2018), datos que demuestran la alta judicialización que están teniendo los conflictos relacionados con los seguros de salud.

Este es un fenómeno que se ha venido masificando en los últimos años, incrementando significativamente los ingresos de los recursos de protección. Según Altura Management (2019), el año 2018 ingresaron **145.706** Recursos de Protección en contra de las Isapres, lo que representó un aumento de un 14,5% respecto del año anterior. Entre el 2010 y el 2018, este número aumentó 18 veces.

Una de las ventajas que presenta este mecanismo es que puede ser presentado directamente por el afectado o la afectada. No obstante, un porcentaje importante de los recursos son presentados por abogados y abogadas privadas, quienes no cobran por sus servicios pues sus ganancias provienen de las costas procesales que debe pagar la Isapre condenada. El informe de Altura Management (2019) estudió la industria de abogados y abogadas que se dedican a interponer recursos de protección contra las Isapres, y concluyó que para el año 2018, alrededor de un **34%** (49.388) de los recursos fueron presentados por abogados o abogadas, detallando los nombres de los o las patrocinantes.

El informe no detalla si esa cifra estudió a los estudios o abogados/as que más figuran como patrocinantes, o si efectivamente esa cifra representa el total de recursos que fueron presentados por abogados o abogadas. No obstante esta precisión, la información nos permite concluir que, al menos en términos generales, y ya sea porque los abogados y abogadas no están cobrando por sus servicios o porque dos tercios de los recursos de protección se estarían presentando sin patrocinio letrado (66%), lo cierto es que el acceso a un abogado/a no parece ser una barrera de acceso para este tipo de conflictos en particular.

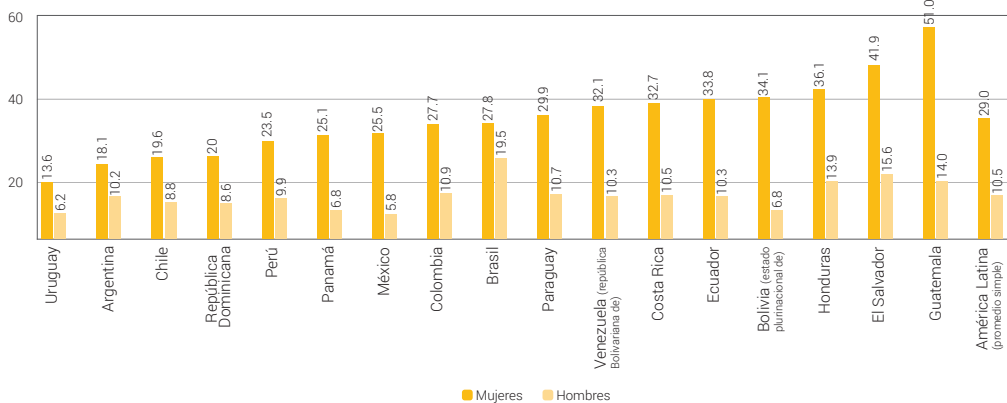
Ahora bien, y no obstante dicho fenómeno resiste análisis desde diversas perspectivas, interesan los datos que dan cuenta de cómo impacta este mecanismo en las personas usuarias y en toda la población.

En primer lugar, y si bien los datos indican que han aumentado los recursos de protección en los últimos años, es importante destacar que las personas que recurrieron el año 2018 sólo representan un **8,2% del total de las y los cotizantes**. En consecuencia, el porcentaje de personas afiliadas que efectivamente utilizan este recurso es bastante marginal.

Por otro lado, y aún más importante y preocupante que lo anterior, es preciso advertir que la población que se encuentra involucrada respecto de esta masificación de los recursos de protección en contra de las Isapres -que podría llevar a la conclusión errada de que la población en general está experimentando una mejor protección de lo que a esta dimensión del derecho a la salud respecta-, es, precisamnte, el grupo de personas que se encuentran afiliada a ellas, el cual solo representa al sector más adinerado de la población.

En efecto, según datos entregados por el Ministerio de Salud de Chile, para el año 2017 el porcentaje de personas que se encontraban afiliadas a un sistema de Isapre era de tan solo un **14,4%**, mientras que un **78%** lo estaba en FONASA. Asimismo, a medida que se avanza en los deciles económicos, aumenta la afiliación al sistema de Isapres, al nivel que en el decil más rico la afiliación al sistema de Isapres alcanza un **68,2%**, mientras que en el decil más bajo es de solo un **2,0%**. Como se aprecia en la siguiente tabla, la relación es directamente proporcional: a mayor nivel socioeconómico, mayor afiliación al sistema de Isapre, con la nota que ese incremento no es gradual, puesto que se dispara en los últimos tres deciles, superando al porcentaje de afiliación a FONASA solo en el último decil.

Gráfico 16. Distribución de la población según situación de afiliación a sistema previsual de salud por decil de ingreso autónomo per cápita del hogar (2017) (Porcentaje, población total por decil de ingreso)



Fuente: Defensoría del Pueblo (2018)

En consecuencia, por un lado, será importante identificar cómo operan el resto de las barreras en estos mecanismos y cruzar la información con otros factores para explic-

ar por qué **sólo el 8% de las personas en Isapres recurren de protección**. Este requerimiento no es menor, puesto que, a pesar de la ausencia de una de las grandes barreras económicas, la judicialización de uno de los conflictos más recurrentes del derecho a la salud presenta una prevalencia baja y, por ende, podría no estar resolviendo los conflictos que en esta materia se generan.

Junto a ello, y más importante aún, hay que resaltar la consecuencia que tiene el hecho que solo un 14% de la población -que a su vez es la más rica del país-, sea la que se encuentre afiliada a las Isapres y tenga la posibilidad de hacer uso del Recurso de Protección. Esto, porque en definitiva lo que los datos están demostrando es que, en la práctica, son solo los deciles más ricos del país quienes están pudiendo acceder al sistema de justicia frente a un conflicto de salud de esta naturaleza. Las personas de menos recursos, en consecuencia, no lo están utilizando al mismo nivel, aún cuando técnicamente no se presente el requisito de asistencia letrada. Esto quiere decir que hay múltiples otros factores que en la práctica se transforman en una barrera de acceso económica para la población que se deben estudiar.

Por su parte, en **Colombia**, la información disponible también da cuenta de cómo el factor económico influye en la posibilidad de acceder a un abogado o abogada. La Encuesta de Necesidades Jurídicas de Colombia (La Rota, Lalinde, & Uprimmy, 2013) concluye que las personas de estratos socioeconómicos más bajos cuentan con ayuda de un profesional del derecho en una proporción más baja que quienes se encuentran en una mejor posición.

En términos generales, esta encuesta da cuenta de que el **40,9%** de la población general no hizo nada frente al conflicto, cifra que aumenta a un **42,0%** en la población de extrema pobreza. Ligado a este indicador el estudio da cuenta de las razones que tienen las personas para no acudir a un tercero -ya sea porque que éstas no hicieron nada o porque intentaron arreglar el conflicto por su propia cuenta-, y los resultados que a este informe interesan fueron los siguientes: los principales motivos fueron que se trata de un asunto que no vale la pena llevar a la justicia y que toma demasiado tiempo, mientras que el elevado costo económico se situó al final de las alternativas, con un **1,0%** en la población general y un **3,2%** en la población en extrema pobreza.

Si bien el factor económico en Colombia no aparece como una razón determinante al momento de no acudir a la justicia, sí se puede observar que dicha razón se encuentra tres veces más presente en las personas en situación de pobreza.

Por último, destacan los datos referentes a la asistencia de un abogado o abogada. De la población general, **un 92,0% no contó con patrocinio letrado, cifra que aumenta a un 97,3% para la población en extrema pobreza**. Corroborando la incidencia del factor económico en la posibilidad de acceder a un abogado/a, los datos indican que, en la población general, la proporción de casos que sí contaron con un abogado o abogada, se duplica en los casos de personas con un ingreso mensual de más 700 mil pesos colombianos (183 dólares aprox.) respecto a quienes tienen un ingreso menor a dicho monto. En efecto, sólo un **8,6%** de las personas con un ingreso inferior a dicho monto contaron con asistencia letrada, mientras que esto fue de un **17,7%** en las personas con un ingreso superior.

Teniendo en cuenta dichos datos es importante analizar cómo esta barrera se presenta en los mecanismos que gestionan los conflictos más prevalentes en materia de salud.

Entre los conflictos de salud más prevalentes en Colombia se encuentra, precisamente, la negación del servicio de salud. En estos casos, la persona afectada podrá interponer la denominada *Acción de Tutela*, que se trata de un mecanismo judicial de carácter constitucional regulado en el artículo 86 de la carta fundamental. Al igual que en el caso de Chile, para la interposición de este mecanismo no se necesita contar con el patrocinio de un profesional de la abogacía, puesto que puede ser presentado por cualquier persona, por sí o en representación de otra.

Que el acceso a patrocinio letrado no se exija para el caso de las tutelas se valora positivamente, puesto que esta acción es el principal mecanismo que tienen las personas para exigir la garantía de sus derechos constitucionales, y especialmente, su derecho a la salud.

Según cifras de la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 2020), entre enero y noviembre del año 2019 se radicaron 591.849 tutelas en la Corte, en las cuales se reclamaron un total de 662.709 derechos, siendo salud el segundo derecho más reclamado con 198.087 reclamaciones, lo que representa un **30%** del total.

Por su parte, del total de 591.849 de tutelas presentadas, 576.613 fueron presentadas por personas naturales, y entre estas últimas, 478.406 fueron presentadas personalmente. Es decir, un **83% de las personas naturales que interpusieron una acción de tutela lo hizo sin abogado o abogada**.

Ahora bien, pese a que la mayoría de las tutelas son interpuestas por la propia persona natural, recogemos ciertos datos sobre los cuales será importante profundizar en otra instancia. Estos datos revelan que **el porcentaje de tutelas que son acogidas por la Corte es mayor cuando la persona natural concurre con un representante legal que cuando lo hace en forma personal**. En efecto, comparando las cifras, se concluye que entre enero y noviembre de 2019, en el **72%** de los casos en que una persona natural presentó una tutela a través de un representante legal ésta fue acogida, mientras que dicho porcentaje disminuye a un **53%** cuando es la propia persona la que interpone la tutela.

Si bien para sacar conclusiones es necesario contar con más y diversos tipos de antecedentes, llama la atención este fenómeno, pues puede que, a pesar de que el Estado haya removido la barrera económica de acceder a un abogado o abogada en este mecanismo, las personas igualmente se vean afectadas por otro tipo de barreras (de información o culturales por ejemplo) que impacten en el hecho **que sólo 1 de cada 2 de las tutelas que la persona presenta por sí misma sea acogida**.

En *México*, según datos de World Justice Project México (2019), un **57%** de las personas indica que fue difícil o casi imposible conseguir todo el dinero que necesitaba para seguir adelante el proceso, cuestión que demuestra cómo el factor económico impacta

directamente en el acceso a la justicia. Si se analiza el detalle de este estudio observamos el mismo fenómeno que se ha observado en otros países: los motivos económicos van tomando mayor importancia a medida que el estrato socioeconómico baja.

Entre las personas entrevistadas a nivel nacional, un 77% de la población no obtuvo o no pidió ser representada por una persona u organización para entender o solucionar su problema. Este porcentaje aumenta a un 88% entre la población de nivel socioeconómico E (el más bajo), y disminuye a 72% en el nivel A/B (segmento con el nivel de vida más alto). Comportamiento similar se observa a propósito de las razones por las que no se buscó asesoría: a nivel nacional un 11% no lo hizo por haberse enfrentado a algún tipo de barrera, circunstancia que aumenta a un 15% en el grupo E y disminuye a 7% en el A/B.

Por el contrario, entre el grupo de personas que sí pudo obtener asesoría y, entre ellas, las que pudieron contar con la asistencia de un abogado o abogada, o de un servicio de asesoría legal, la relación es inversa. A nivel nacional, un 27% de la población obtuvo este tipo de asesoría, número que disminuye a 24% en las personas de nivel socioeconómico E, y a 35% en las personas del grupo A/B.

Como en la mayoría de los países, es un mecanismo judicial constitucional el que por antonomasia se encuentra disponible en casos de vulneración del derecho a la salud. Este mecanismo es el *Juicio de Amparo*, el que no tiene como requisito el patrocinio letrado, puesto que la persona afectada puede presentarlo por sí, por su representante legal o por su apoderado, o por cualquier persona en los casos previstos en la Ley. Ahora bien, es importante mencionar que no obstante lo anterior, se ha reportado que la población tiene un acceso alarmantemente limitado a la orden de protección de los derechos constitucionales y que, en la práctica, la población suele gestionar sus conflictos mediante mecanismos administrativos. El organismo administrativo competente para recibir quejas de salud es la *Comisión Nacional de Arbitraje Médico* (CONAMED) junto con la *Comisión Nacional de Derechos Humanos* y las *Comisiones Estatales de Derechos Humanos* (Pautassi, 2018).

Costos del proceso y costos secundarios

Si bien el acceso a un abogado o abogada ha sido una de las principales barreras de acceso a la justicia de tipo económico, las barreras económicas no se agotan ahí. Intentar resolver un conflicto también implica una serie de costos que se encuentran en el proceso judicial propiamente tal y en otros gastos económicos asociados al hecho de interponer algún tipo de acción administrativa o judicial.

Según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los *costos del proceso* es otro factor que puede influir en la imposibilidad de acceder a la justicia y, en consecuencia, en la vulneración del derecho a las garantías judiciales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Por su parte, iniciar una acción también presente una serie de costos secundarios que en muchas ocasiones pueden transformarse en una barrera propiamente tal. Por

ejemplo, los *costos de desplazamientos* son un factor importante para población en situación de pobreza o de extrema pobreza, la cual no posee los recursos económicos para acceder al lugar físico al cual debe movilizarse para interponer su reclamo. En efecto, además de los costos del proceso, el SIDH ha precisado que la *localización de los tribunales* también es un factor que determina la vigencia de las garantías de acceso a la justicia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Entre los costos del proceso, el principal de ellos que podemos mencionar es el de las denominadas Tasas Judiciales, las que entendemos como aquellos gastos en los que los o las litigantes de un proceso judicial deben incurrir con el objeto de contribuir a los costos que implica movilizar el sistema de justicia y llevar adelante la tramitación de un proceso. Por lo general, estos cobros aplican para procesos civiles y mercantiles, y la persona demandante es quien debe pagarla. En general, si la persona es beneficiaria de asistencia judicial gratuita queda exenta de esta carga.

De los países estudiados por OCCA, solo en *Argentina, Brasil y Paraguay* encontramos la existencia de Tasas Judiciales, las que para las personas que cumplen con los requisitos para litigar sin gastos, no se cobrarán. A pesar de dicha posibilidad, debe tenerse presente que en la mayoría de las ocasiones el beneficio de litigar sin gastos puede conllevar un proceso largo y burocrático que a la larga emerge como una nueva barrera pero en menor magnitud.

En *Argentina*, dentro del colectivo pobreza estructural, un 56% de las personas que buscaron asesoría legal pero que finalmente no lo consiguieron indicaron que fue porque la persona u organización estaba muy lejos, mientras que sólo un 3,9% de la población general señaló esta respuesta como motivo. La población con discapacidad no registra ninguna respuesta por este motivo (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016).

En *México* los datos disponibles dan cuenta del alto costo que tiene llevar a cabo un proceso judicial y cuánto éste impacta en la economía de las personas. Un estudio de la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), reporta que 4 de cada 10 personas usuarias tuvo que privarse de gastos que acostumbraba hacer como consecuencia del juicio, casi 3 de cada 10 había tenido que pedir un préstamo y 2 de cada 10 tuvieron que trabajar horas extras o deshacerse de algún bien. Por su parte, 8 de cada 10 usuarios dijo haber gastado en el traslado al tribunal, 5 de cada 10 reportó haber tenido un costo en términos de alimentos y bebidas, 4 de cada 10 gastó en copias certificadas, y casi 3 de cada 10 gastó en tramitación de documentos oficiales.

Los costos económicos en su conjunto y su impacto en el acceso a la salud en la población más pobre

El conjunto de costos económicos que hemos analizado es relevante, sobre todo cuando hablamos del acceso a la justicia en la salud, y especialmente, cuando se trata de la judicialización de este derecho. Uno de los principales debates en torno a la judicialización del derecho a la salud es su impacto en la igualdad, en tanto que la

población de menores niveles socioeconómicos -y por ende, con mayores problemas de acceso a la salud-, tiene también menores niveles de acceso a la justicia.

Esto se ilustra de manera muy clara en **Colombia**, donde un estudio revela que las tutelas han beneficiado mayoritariamente a la población de mayores niveles socioeconómicos. La mitad de las tutelas corresponde al régimen contributivo, y menos del 20% al régimen subsidiario (al cual pertenece la población más pobre del país). Además, entre el 2006 y el 2008, las capitales de los tres departamentos más ricos del país presentaron más del 60% de las tutelas, mientras que los departamentos más pobres, representaban apenas el 1% del total de las tutelas (Yamin & Parra-Vera, 2010). Por su parte, en **Brasil**, algunos estudios denuncian que la judicialización de los conflictos ha favorecido solo a las clases medias y que con ello ha promovido la desigualdad (Motta Ferraz, 2010). Por otro lado, en el caso de **Chile**, tal como se señaló previamente, los mayores porcentajes de judicialización son los casos de recursos de protección en contra de las ISAPRES, lo que sólo cubre a un 15% de la población aproximadamente, y que es la que tiene mayor capacidad de pago (CASEN, 2017).

En consecuencia, llamamos la atención de la relevancia que tiene analizar el factor económico y la judicialización del derecho a la salud desde una perspectiva integral, toda vez que se ha ido constatando que, a pesar que ciertas barreras económicas puedan ser removidas, como se concluye a propósito del litigio de salud en **Argentina**, “la judicialización, hasta el momento, no está promoviendo activamente la equidad, el derecho a la salud y el diálogo interinstitucional” (Gotlieb, Yavich, & Báscolo, 2016, pág. 1). Lo anterior, porque la población con mayores carencias económicas, igualmente, no puede acceder a la judicialización de sus conflictos, o porque el litigio “se ha limitado a operar como una válvula de escape protectora de los derechos individuales, pero sin demasiada incidencia en las políticas públicas de salud” (Gotlieb, Yavich, & Báscolo, 2016, pág. 8)

6.4.2 Barreras geográficas y físicas

Estas barreras refieren a la imposibilidad de algunas personas, especialmente de aquellas que viven en sectores rurales o alejadas del radio urbano, o en situación de discapacidad y/o movilidad reducida, de acceder a los servicios, edificios o lugares físicos a los que deben recurrir para la resolución de sus conflictos (Gherardi, 2015). Afectan especialmente a población rural, así como a todas aquellas personas que experimentan dificultades motoras, de desplazamiento, de visión y/o ceguera.

A dichas barreras se les suman, en numerosas ocasiones, bajos niveles de alfabetización y dificultades en el acceso a la información en línea por parte de quienes viven en zonas rurales, zonas en las cuales además suele vivir gran parte de la población indígena y, como se verá más adelante, tiene una alta tasa de población femenina. Otra dificultad propia de pequeñas comunidades rurales es la falta de privacidad en la consulta y la persistencia de actitudes conservadoras que suelen retrasar o impedir la consulta oportuna de las personas que necesitan acceder a un servicio jurídico (Schetzer & Henderson, 2003).

De ahí que se torna especialmente importante indagar en la localización de los tribunales y agencias administrativas a los que las personas pueden recurrir para resolver sus conflictos en materia de salud, así como las facilidades arquitectónicas y de infraestructura que satisfagan las necesidades de personas con distintos tipos y niveles de discapacidad.

Como veremos a continuación, esto impactará especialmente en población rural, que suele presentar mayores problemas de acceso a la salud debido a la no disponibilidad de infraestructura y recursos humanos suficientes a una distancia adecuada, cuestión que además puede impactar en la calidad de los servicios de salud. Y, por otro lado, impactará también a la población con discapacidad que, como vimos en el capítulo 4, también experimenta más problemas justiciables de salud. En consecuencia, será de esperar que se requiera de mejores condiciones de acceso a la justicia justamente para resolver dichos problemas.

Localización de los tribunales

La concentración de los tribunales, así como de jueces, juezas o de servicios de jurídicos constituye una barrera de acceso en sí misma, sobre todo para la población rural o que vive alejada del radio urbano.

Importante es notar que, la población rural, no sólo tendrá que enfrentar barreras de tipo geográficas por las distancias que deben recorrer, sino que además es altamente probable que deban enfrentar barreras de tipo económicas, toda vez que sus porcentajes de pobreza son considerablemente mayores que los de las personas que viven en sectores urbanos.

A continuación, analizamos dos ejemplos que nos permiten observar cómo la localización de los tribunales impacta en el acceso a la justicia de la población.

En *Colombia*, la distribución de jueces y juezas en el territorio es desigual entre municipios, presentando una tasa de *14 cada 100.000 habitantes en los municipios grandes*, y sólo de *7,7 en aquellos más pequeños* (Corporación Excelencia en la Justicia, 2016). Sumado a ello, la información disponible (El Tiempo, 2017) revela que el **65%** de la población que vive en zonas rurales reporta que tuvo un problema jurídico que no resolvió, mientras que sólo un **55%** de quienes viven en zonas urbanas reporta esta misma respuesta. En este mismo sentido, los estudios indican que la insatisfacción con la justicia es más alta en regiones como Amazonía y Orinoquía, en las cuales hay menos oferta judicial y las personas deben enfrentar el obstáculo de grandes distancias para poder acceder a una instancia donde poder reclamar. Asimismo, se observa que mientras un **13%** de las personas que viven en la capital dijeron haber reclamado por sus derechos, sólo un **5%** dijo haberlo hecho en zonas rurales.

Lo anterior parece ser especialmente relevante en materia de acceso a la justicia en casos de conflictos en materia de salud, pues los datos indican que estas tendencias se confirman al observar el comportamiento de las Acciones de Tutelas que en materia de salud se presentan en Colombia.

Se observa que los departamentos ubicados en la región amazónica son los que presentan menores números y proporciones de tutelas. Esto se explica, no porque la población ahí ubicada tenga menos problemas justiciables en materia de salud, sino por un menor acceso a la justicia en el sentido indicado en los párrafos anteriores:

“La exigencia del derecho a la salud a través de la acción de tutela, por los resultados expuestos, da lugar a inferir que es directamente proporcional al conocimiento que los usuarios tienen de sus derechos e igualmente proporcional al acceso a los servicios judiciales, por lo que la labor que realizan las Defensorías Regionales y las Personerías, respecto a la orientación y coadyuvancia en la exigibilidad de los derechos, toma mayor importancia. El hecho de que Antioquia, Valle del Cauca y Bogotá sean las regiones con más acciones puede atribuirse a la facilidad con la que acceden a la justicia, a la oferta importante de servicios de salud de alta tecnología, así como a la densidad de población y al nivel cultural, factores que posicionan a estas regiones en el nivel más alto”.

(Defensoría del Pueblo de Colombia, 2019, pág. 89).

Esto demostraría que la barrera geográfica está impidiendo que las personas de zonas rurales puedan acceder en igualdad de condiciones a la resolución de sus conflictos en esta materia.

Con todo, se destacan dos iniciativas: 1) Legal App, una herramienta electrónica para los y las ciudadanas que necesiten conocer cómo adelantar un trámite o hacer uso de algún servicio relacionado con la Justicia; y, 2) Casas de Justicia Móviles, las que tienen por objetivo acercar la oferta de servicios a sus ciudadanos y ciudadanas, y ayudar en la resolución pacífica de conflictos. Entre los diversos servicios que se pueden encontrar están los consultorios jurídicos, a los que pueden acudir las personas que experimenten algún problema de salud (Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, 2018).

En términos generales, en **Chile** también puede observarse una tendencia similar, toda vez que las regiones que presentan un mayor porcentaje de necesidades jurídicas insatisfechas son las regiones extremas. En efecto, la Región de Arica y Parinacota y la Región de Tarapacá, las que se ubican más al norte del país, presentaron los porcentajes más altos, con un 59% y un 58% respectivamente. Le siguió la IV Región de Coquimbo con 53% (Gfk Adimark, 2015).

En este país las personas que se enfrentan a un problema de salud podrían eludir, al menos desde una perspectiva geográfica, la barrera en estudio. Lo anterior, porque desde el año 2015 la Ley N° 20.886 estableció la tramitación digital de todos los procedimientos judiciales que en dicha norma se indican, lo que alcanza a la tramitación del ya referido **recurso de protección**. En consecuencia, siempre que la población rural y alejada de los centros urbanos no se enfrente a barreras tecnológicas, culturales o de información, podría decirse que esta medida es beneficiosa si se tiene en cuenta este factor. Ahora bien, en términos reales, las probabilidades de que esta población no enfrente ninguna otra barrera más que la geográfica son muy bajas, razón por la cual todo tipo de política que pretenda la digitalización de sus procesos debe tener en cuenta estas intersecciones e implementarse bajo estas consideraciones y perspectivas.

Tanto para la Legal App como para la tramitación electrónica de Chile, y para cualquier medida similar, debe tenerse presente que éstas pueden fallar en su cometido de remover las mencionadas barreras. Esto, porque que el **80% de la población latinoamericana vive en áreas rurales** en las que no hay conexión a internet o condiciones geográficas para desarrollar infraestructura, cuestión que desincentiva a las empresas para extender su cobertura y sus redes de conectividad. Si bien la conexión y la calidad del servicio ha aumentado en América Latina, persiste la brecha digital entre la población urbana y rural y entre los quintiles de distribución de ingreso (Internet Society, 2018).

Acceso a la justicia de personas con discapacidad y movilidad reducida

Estudiar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad es fundamental sobre todo cuando se trata de problemas de salud, pues en ellas pueden sumarse muchos factores que los colocan en una situación de especial vulnerabilidad.

Algunos datos de **Argentina** son ilustrativos al caracterizar a este grupo de la población: solo el **37%** estaba con trabajo; un **53%** no recibía ningún tipo de subsidio ni plan social por parte del estado; un **76,5%** había tenido un problema jurídico en los últimos 3 años; y un **28%** de ellos había sido en relación a la **salud**. Entre los problemas de salud los más recurrentes fueron: **13,5%** discriminación por condición de discapacidad; **13,5%**, discriminación por raza, nacionalidad, o condición étnica; **10,5%** con el acceso a medicamentos /costo); 9% problemas para acceder a los servicios de salud y otro **9%** para acceder a los servicios públicos de salud (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016).

El artículo 13 de la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** refiere al derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad e indica que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. Seguidamente, indica que para dicho fin, los Estados promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia.

De lo anterior se desprende que, como mínimo, la administración de justicia debe procurar medidas que garanticen dos elementos:

1.- La accesibilidad a sus infraestructuras, comunicaciones y procedimientos, cuestión que a su vez se encuentra en armonía con la obligación general de "Accesibilidad" establecida en el artículo 9 de la Convención;

2.- Capacitar y concientizar a todos y todas las funcionarias y autoridades que trabajan en el sistema, obligación que también tiene un carácter general y que el artículo 8 de la Convención define como "Toma de Conciencia".

Toda vez que entendemos que el acceso a la justicia no se agota en instancias de dicha rama, estos elementos también deben ser evaluados en las instancias o agencias administrativas que gestionan la conflictividad de salud.

Un análisis del acceso a la justicia en *Colombia* concluye que “algunas entidades estatales no adecuan sus instalaciones para facilitar la accesibilidad de las personas con discapacidad” y que dicha “falta de adecuación física aumenta los problemas para acudir a la administración de justicia, que agregados a la presencia de otros obstáculos, *puede terminar impidiendo totalmente el acceso*” (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora, & Uprimmy Yepes, 2014, pág. 233).

A continuación, se analizará el estado de cumplimiento de algunos de los países del OCCA de estas obligaciones, para lo cual previamente se revisarán algunos datos de contexto.

En primer lugar, es interesante tener que presente que según la encuesta de Gfk Adimark (2015), en *Chile* existen diferencias considerables entre las personas en situación de discapacidad y entre quienes no presentan dicha condición, pues los primeros registran un **53%** de necesidades jurídicas insatisfechas y los últimos sólo un **41%**. Situación similar se observa en *Argentina*. El ya mencionado diagnóstico de necesidades jurídicas insatisfechas (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016) revela que en los últimos tres años al menos un **66%** de la población en general dijo que había poseído un problema jurídico, mientras que dentro de la población que posee algún tipo de discapacidad, un **76%** contestó que lo había tenido. Por otra parte, cuando se le consultó a la población en general si poseían alguna necesidad jurídica insatisfecha, un **19%** contestó que sí, mientras que las personas que poseen algún tipo de discapacidad contestaron que sí en un porcentaje de **26%**.

En *Colombia*, una encuesta realizada el año 2011 a los y las funcionarias judiciales revela que el **10%** de ellos y ellas cree que se ha dejado de atender a personas en el último año debido a que no pudieron ingresar en la instalaciones, y dentro de este grupo, *casí la mitad* tiene la percepción de que las personas con discapacidad tienen dificultades porque la infraestructura no se encuentra adecuada a sus necesidades, cuestión que se incrementaría en un **80%** en ciudades pequeñas o en lugares donde no hay complejos judiciales. Así, se concluye que la “falta de adecuación física, a pesar de ser una de las medidas obvias que las entidades estatales pueden implementar para facilitar la movilidad de las personas con discapacidad, sigue siendo una tarea sin cumplir que limita y dificulta el acceso de esta población” (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora, & Uprimmy Yepes, 2014, pág. 234).

La relevancia de la infraestructura para el acceso a la justicia ha sido determinada por la Corte de Colombia (Sentencia T-553/11, 2011), la que en conocimiento de una *Acción de Tutela* de un abogado en situación de discapacidad indicó que “las barreras que existen en el ambiente físico del Complejo Judicial de Paloquemao niegan el acceso a la administración de justicia no sólo del actor sino de todas las personas que se encuentren en su misma circunstancia y que acuden a dichas instalaciones para adelantar los trámites que requiere”. Esta sentencia ilustra aquellos elementos de

infraestructura que pueden afectar a una persona con movilidad reducida:

“(...) el edificio en donde funciona el Complejo Judicial de Paloquemao presenta limitaciones de acceso físico y arquitectónico, pues aunque se evidencia la existencia de rampas y de dos salas de audiencias en el primer piso de esta edificación, éstas no cumplen con las condiciones técnicas legales ni de diseño, por tanto, pese a su existencia, se presenta una negación de acceso. (...) las rampas que se encuentran en el primer piso del bloque C, D, y E no cumplen con las condiciones mínimas de inclinación y de seguridad, algunas barandas presentan deterioro, no hay bandas fluorescentes a cada costado de la rampa que permitan leer el sendero en caso de que no haya luz, las salas de audiencias no son accesibles, no hay batería de baños para personas con discapacidad y tampoco cuenta con ascensores para que las personas con discapacidad física puedan movilizarse hacia los pisos superiores” (Sentencia T-553/11, 2011).

Un informe sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia reporta que, para el año 2013, el accionar del Estado en lo que dice relación con el derecho de acceso a la justicia no estaba satisfaciendo con la obligación de la convención, desde la accesibilidad física y la relación directa con los funcionarios y funcionarias de la rama judicial. Según se aprecia en este informe, representantes de personas en situación de discapacidad afirman “que no existe el acompañamiento de intérpretes o personal especializado en la atención de Personas con Discapacidad en el acceso a la justicia o la norma no se cumple en algunos casos”, y que se necesita “realizar campañas de sensibilización dirigida a los servidores públicos y personal administrativo de los Complejos Judiciales del país” (República de Colombia, 2013).

En **Chile**, un diagnóstico realizado el año 2014 reveló que un **25% de los 306 inmuebles** que fueron estudiados a lo largo del país debía mejorar las condiciones de accesibilidad física. En base a esos resultados se comenzó un programa de mejoras en infraestructura, que ha incorporado rebajes en acceso, instalación de rampas, orugas y salva escaleras, entre otras modificaciones. Asimismo, se informa que se llevaron a cabo mejoras en servicios higiénicos y ascensores de distintos edificios judiciales del país (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2019).

Al interior de los tribunales, se informa que “se adquirieron sillas de ruedas para todos los centros de justicia, tribunales y dependencias judiciales del país y se difundió internamente un diccionario del correcto uso del lenguaje en discapacidad y un manual de atención universal para personas con discapacidad, elaborado por SENADIS. Actualmente, la página del Poder Judicial cuenta con un set de videos sobre los derechos y deberes de las personas con interpretación en lengua de señas, a través del portal web y redes sociales del Poder Judicial. Adicionalmente, se realizaron mejoras en la página web del Poder Judicial, de manera de facilitar el acceso a la información de las personas con discapacidad” (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2019).

Lo anterior daría cuenta que en lo que dice relación con la obligación de accesibilidad, el Estado Chileno se encuentra realizando importantes esfuerzos.

Ahora bien, en lo que dice relación con la toma de conciencia, la información dis-

ponible es más bien escueta y poco detallada, y sólo se limita a informar que “se realizaron charlas de sensibilización sobre inclusión y acceso a la justicia de personas con discapacidad al interior del Poder Judicial y mejoras en los procesos de reclutamiento y selección para las personas que desean integrarse a tribunales” (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2019).

Con todo, para analizar cabalmente la experiencia concreta de acceso a la justicia de personas con discapacidad en conflictos de salud sería necesario contar con datos desagregados sobre su participación en procesos judiciales o cuasi judiciales, así como de la naturaleza, materia e idealmente de los resultados de éstos. Sin embargo, SENADIS informa al Consejo de Derechos Humanos que ese tipo de información no se encuentra recopilada en materia de acceso a la justicia (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2017).

Se destaca en este país la iniciativa del Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS), que desarrolla un *Programa de Acceso a la Justicia*, el que considera el establecimiento de una red de colaboradores en el ámbito de la justicia, que posibilite que las personas con discapacidad accedan a una asesoría jurídica gratuita y especializada, y que los actores relevantes en el ámbito de la justicia tengan internalizada la variable discapacidad. Se lleva a cabo en conjunto con Corporaciones de Asistencia Judicial, y ciertas ONGs y Clínicas Jurídicas. Si bien este programa tiene por objetivo principal prestar asesoría jurídica gratuita en casos de discriminación y/o vulneración de derechos en razón de la discapacidad, éste cubre casos en los que el derecho al debido proceso pueda o sea vulnerado, como lo es en el caso de audiencias en las que concurren personas sordas (Servicio Nacional de la Discapacidad, 2019).

En México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en un informe realizado sobre el estado de los derechos humanos de las personas con discapacidad en todas las entidades federativas (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018), observó que las entidades reportan acciones para garantizar el acceso a la justicia pero que ellas se enfocaban en citas de su normatividad estatal, sin que se identifiquen acciones realmente concretas.

Son dos los elementos que más preocupan a la Comisión en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Por un lado, que no existen los protocolos adecuados para garantizarla y que estén conformes a las necesidades específicas de este colectivo, y por otro, que no existe capacitación constante y especializada hacia las y los operadores de justicia. Ambas deficiencias estarían incumpliendo con la obligación de “Toma de conciencia” en el ámbito específico del acceso a la justicia (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018).

En vista de lo anterior es que en dicho informe se recomienda expresamente:

“Realizar acciones de capacitación dirigida al personal administrativo, así como a los operadores de justicia para que se brinde un trato adecuado a las personas con discapacidad que contemple tanto sus requerimientos de apoyo específicos como los ajustes de procedimiento necesarios para que el derecho de acceso a la justicia de este colectivo

sea efectivo. Lo anterior, mediante la asignación de recursos normativos, económicos, materiales y humanos, así como la adopción de mecanismos que permitan documentar y sistematizar casos, evaluarlos y medirlos periódicamente para conocer los progresos. Generar protocolos amplios e integrales que contemplen todas las condiciones de las personas con discapacidad y su participación en todos los procesos judiciales en que se vean involucradas, los cuales también establezcan medidas adjetivas que aseguren la igualdad jurídica y material de estas personas”.

(Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, pág. 448):

Por último, se destaca el enfoque interseccional que tuvo este informe, el que indica como otra deficiencia importante el hecho de que la mayoría de las entidades federativas no reportaron medidas para las personas con discapacidad que además pertenecen a otros grupos en situación de vulnerabilidad, como pueden ser los niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas indígenas, personas de la comunidad LG-BTTTI, migrantes y afrodescendientes. El informe hace hincapié en que las medidas deben diseñarse e implementarse con un enfoque interseccional que considere los diversos factores que pueden poner a una persona en situación de vulnerabilidad (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018).

El panorama en **Paraguay** es desalentador. Un Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre su visita al Paraguay (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2016) concluyó que: “El acceso de las personas con discapacidad a la justicia en el Paraguay es prácticamente inexistente, debido a la falta de accesibilidad, de ajustes de procedimiento adecuados a la edad y de formación adecuada de los funcionarios del sistema judicial”.

Por un lado, refiere a una barrera de información, al indicar que las personas con discapacidad no saben cómo hacer exigibles sus derechos por medio de procedimientos judiciales, y por otro, que no poseen los recursos económicos suficientes para cubrir los costos asociados a dichos procesos. Como se ha observado de manera recurrente en los otros países estudiados, indica también que hace falta sensibilización y capacitación de las y los funcionarios que trabajan en los servicios. En estas instancias, revela, tampoco existen recursos que faciliten el acceso a las personas con discapacidad.

En consecuencia, denuncia que las personas con discapacidad realizan un uso significativo de estos servicios públicos, pues constata la existencia de barreras físicas, de actitud y de acceso a la información y a la comunicación.

Con todo, se reconocen avances: la aprobación de un Protocolo de atención para acceso a la justicia de personas con discapacidad psicosocial y de la Política de Acceso a la Justicia para las Personas Mayores y Personas con Discapacidad, ambos el 2015; y la capacitación de unos 300 funcionarios del Ministerio Público. Ahora bien, del informe de relatora se concluye que, a la fecha de éste, al menos el protocolo no se encontraba en implementación, razón por la cual se enfatiza en la importancia de avanzar en la implementación efectiva de estos instrumentos, precisando que esto debe ir acompañado de las provisiones presupuestarias respectivas.

En definitiva, se observa que, si bien los países presentan avances sobre todo en materia de accesibilidad, estos no son suficientes y deben aspirar a una accesibilidad universal. Y aún más lo que más parece estar en deuda es la sensibilización y la capacitación al personal que trabaja en materia de justicia, cuestión que es fundamental para vencer la ignorancia y los prejuicios que rodean la discapacidad (Nerpiti, 2014).

6.4.3 Barreras culturales y lingüísticas

Las barreras culturales y lingüísticas son aquellas que afectan a grupos que, por no pertenecer a las mayorías culturales o lingüísticas, suelen experimentar barreras de acceso a la justicia. Las enfrentan especialmente las poblaciones indígenas y afrodescendientes -que además viven en mayor medida en ámbitos rurales-, población migrante -que suele localizarse en las periferias urbanas-, y personas en situación de discapacidad auditiva.

Se debe recordar que, en general, los grupos que experimentan este tipo de barreras suelen presentar mayores niveles de pobreza, por lo que esta barrera opera en conjunto con las barreras económicas, así como con las barreras de información. Asimismo, muchos de ellos suelen vivir en zonas rurales o alejadas de los centros urbanos, por lo que también podrán enfrentarse a las barreras geográficas estudiadas en el acápite anterior.

Acceso a la justicia de la población indígena y afrodescendiente

En América Latina existen más de 800 pueblos indígenas, los que para el año 2010 representaban una población cercana a los 45 millones de personas, con una gran diversidad demográfica, cultural, social, territorial y política. Esta población presenta una alta heterogeneidad según países: por ejemplo, México tiene una población de 17 millones, mientras que Paraguay tiene sólo 100.000 y Uruguay 80.000 (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2014).

El derecho a la salud y el acceso a un recurso judicial efectivo es un tema fundamental para este colectivo. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha informado en diversas ocasiones sobre la situación de esta población en nuestro continente, evidenciando numerosas y lamentables afectaciones a su salud, así como diversos obstáculos que les impiden o dificultan un verdadero acceso a la justicia en estos casos. Asimismo, como vimos en las secciones de No Discriminación y Accesibilidad Física, del capítulo sobre prevalencia de la conflictividad de salud, es importante recordar que las poblaciones indígenas en América Latina presentan los indicadores más bajos de salud y también de acceso a la salud, razón por la cual se vuelve aún más importante estudiar las barreras a las que ellas se enfrentan.

Como se verá en detalle a continuación, la población indígena y afrodescendiente ha visto fuertemente afectado su derecho a la salud producto de las *actividades de extracción y explotación de recursos naturales*, las que impactan directamente en el medio ambiente y con ello contaminan el alimento, las aguas y las tierras en las que los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes viven.

Para el año 2015, la CIDH documentó que en la minería se empleaban materiales químicos y tóxicos sin las medidas de tratamiento necesarias, lo cual contamina bosques, medio ambiente y ríos utilizados por esta población para su propia supervivencia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015). Asimismo, el año 2019 la Comisión constató que la salud de comunidades de la Panamazonía se ve gravemente afectada “por la presencia de mercurio en sus territorios, utilizado para la extracción minera”, y que según un estudio del año 2016 “a partir de muestras de cabello de indígenas pertenecientes a 19 comunidades, más de un 90% de los habitantes originarios de la región se encontrarían seriamente afectados con mercurio” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, pág. 86). Este tipo de sustancias “pueden producir enfermedades neurológicas, bacterias en el organismo, malformaciones, enfermedades en la piel, discapacidades de distinta índole, entre otras”, y afectan especialmente a niños y mujeres en edad fértil. Además, “el mercurio se deposita en ríos y otras fuentes de agua, se acumula en animales como pescado que hacen parte de la dieta tradicional de muchas comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes de la región” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pág. 153).

Otro ejemplo de este impacto se puede apreciar en *Brasil*, país en el cual la construcción y operación de la hidroeléctrica Belo Monte ha aumentado el número de muertes derivadas de enfermedades como malaria, llagas y dengue, y ha imposibilitado el acceso a las plantas necesarias para practicar su medicina tradicional producto del impacto que la central tiene en el medio ambiente (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019). Situaciones similares reporta este informe en países como *Colombia* y *Paraguay*.

El derecho a la salud de las *comunidades afrodescendientes* también se ha visto impactado. La información disponible reporta que existe un menor índice de afiliación de esta población al sistema de salud, que no hay enfoque intercultural en el tratamiento médico, y que no hay políticas que aborden específicamente las enfermedades que más afectan a las personas afrodescendientes o que les prevean medicación específica. Asimismo, la información sugiere que la discriminación racial también afecta ámbitos de la salud sexual y reproductiva de esta población, toda vez que se verifican mayores tasas de mortalidad infantil y materna en las mujeres afrodescendientes (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Por ello, estudiar el acceso a la justicia en materia de conflictos de salud de la población indígena es fundamental. La encuesta de necesidades jurídicas de *Argentina* (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016) da cuenta que la *población indígena es la que presenta una mayor cantidad de problemas de salud*. En efecto, si comparamos la prevalencia de los conflictos de la esfera de salud, la población indígena presenta un **57%**, en comparación con la población en general que reportó sólo un **20,7%** de problemas en esta materia, y con el colectivo de extrema pobreza y con discapacidad, que reportaron un **19,6%** y **28%** respectivamente. A su vez, es importante destacar que *dentro de los problemas que reporta la población indígena, los de salud son los más prevalentes*, siendo el único que supera los 50 puntos porcentuales, seguido por los problemas de discriminación que recién se ubican dentro del **45%**.

Por su parte, vemos que la *población indígena presenta un mayor porcentaje de necesidades jurídicas insatisfechas*, alcanzando un **60,5%** en comparación con la población en general en la que sólo un **19%** contestó que sí. Este porcentaje es incluso mayor que en las personas con algún tipo de discapacidad, en las que el porcentaje alcanzó un **26%**, mientras que, en las personas en extrema pobreza, fue de un **34,8%**. En Chile la situación es similar: mientras que las personas pertenecientes a pueblos originarios presentaron un **52%** de necesidades jurídicas insatisfechas, sólo un **41%** de quienes no pertenecen experimentaron esta misma situación, siendo esta diferencia estadísticamente significativa (Gfk Adimark, 2015).

En efecto, la CIDH ha constatado que los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes se encuentran en una situación mucho más desfavorable que las personas no indígenas en lo que dice relación con el acceso a la justicia.

Una de las barreras que afecta de manera específica a esta población en casos que se ve perjudicada su salud producto de daños al medio ambiente que fueron generados por empresas dedicadas a la extracción y explotación de recursos naturales, es la falta de información sobre las actividades, estructuras e impacto de éstas, así como de las opciones que tienen para obtener una reparación. La CIDH especifica cómo ello afecta el derecho a una tutela judicial efectiva: “La falta de información sobre las operaciones corporativas puede hacer que sea muy difícil para las personas o comunidades afectadas reunir en su caso las pruebas necesarias para emprender acciones legales. Puede dificultar también el establecer los vínculos causales entre las operaciones corporativas y los impactos negativos sobre los derechos humanos experimentan” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, pág. 63).

Otra serie de obstáculos dice relación con las dificultades para contar con un abogado o abogada, o con las múltiples dificultades que rodean el aspecto probatorio (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015)

En cuanto al primer punto, podemos constatar en *Argentina* (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016) la considerable diferencia entre la población general que no buscó asesoría jurídica profesional (**65,3%**) y la población indígena, en la que fue de un **73,6%** esta respuesta. Dicho porcentaje de inacción es el más alto en las poblaciones específicas estudiadas: **67,9%** del colectivo pobreza estructural y **61,7%** en la población con discapacidad. Alarmante es la respuesta de la población indígena en los casos en que *no pudieron conseguir asesoría legal profesional, ya que el 100% de las respuestas fue que “No quisieron dárselo”*. Si comparamos este resultado con el resto de la población encuestada observamos que, en las personas con alguna discapacidad las respuestas se dividieron en dos razones: porque no podía pagarlo (**14,3%**) o porque no quisieron dárselo (**14,3%**). El **71,4%** contestó que fue por otros motivos. En la población de extrema pobreza, sólo un **30%** indicó que no pudo acceder al patrocinio letrado porque no quisieron dárselo.

En relación a las dificultades probatorias, la CIDH reporta que éstas dicen relación con las dificultades de recopilar la evidencia, el alto estándar probatorio que se le exige a las víctimas, y los altos costos que implica satisfacer dicho umbral en mate-

ria de daños ambientales y su consecuencia en la salud, lo cual muchas veces puede requerir de pruebas técnicas o peritaje científicos que, generalmente, no pueden ser costeados por esta población. En añadidura, la Comisión denuncia que este tipo de procesos presentan una severa lentitud en su tramitación, en comparación con los procesos de personas no indígenas, especialmente cuando se trata del sector empresarial (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Otra barrera que se menciona en los diversos informes es la falta de un enfoque intercultural por parte de las personas que trabajan en el sistema de justicia, lo cual impacta en aspectos importantes para el ejercicio de derechos de un pueblo o comunidad indígena. Un ejemplo de esto en concreto se puede observar en *Brasil*, donde a pesar que la Constitución de dicho país reconoce la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, sus comunidades y organizaciones, extendiéndola en consecuencia a la capacidad procesal, “el Poder Judicial no habría absorbido ese nuevo paradigma y había negado sistemáticamente la participación de comunidades indígenas como parte en los procesos en que se discuten sus derechos e intereses” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, pág. 99).

Por último, no puede desconocerse que la vulnerabilidad de esta población aumenta al enfrentarse *con empresas o grupos empresariales* “que operan, sobre todo en economías altamente dependientes a las actividades extractivas, con lo cual, existe limitada voluntad política para asegurar un debido acceso a la justicia” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, pág. 101).

A todas las barreras anteriormente identificadas, que se presentan sobre todo en casos en que la salud de esta población se ve afectada a consecuencia de la actividad de empresas que afecta el medio ambiente, se deben sumar las barreras de acceso a la justicia que la población indígena y afrodescendiente enfrenta en todo tipo de problemas que requieren del sistema de justicia.

Un primer obstáculo suele que ser que, toda vez que esta población suele vivir en zonas rurales o alejadas de los centros urbanos, se enfrentan con *barreras geográficas*. Por ejemplo, en *Argentina*, las personas indígenas que dijeron demorarse demasiado tiempo en contactarse con la persona que lo ayudó en el problema jurídico fue de un *15,8%* y mucho tiempo un *26,3%*. El *47,4%* respondió que se demoraba poco. Por su parte, las personas con discapacidad contestaron dicha razón en un porcentaje menor: *10,3%* que era demasiado tiempo, y un *20,7%* que era mucho. Un *51,7%* responde que poco. Esta razón disminuye aún más en la población de extrema pobreza, en la que las personas que contestaron que se demoraban demasiado o mucho tiempo fue de un *8%* y un *16,9%* respectivamente, y un *48,3%* que poco. El *23,7%* indicó que se demoraba “nada”.

Por otro lado, en este mismo país, un Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia indica que “El Ministerio Público de la Defensa concluyó que la discriminación constituye un obstáculo cultural y estructural para el acceso a la justicia” y que las principales barreras de acceso a la justicia a las que se enfrentan los pueblos

indígenas son “la falta de intérpretes y traductores; la escasez de abogados especializados en los derechos de los indígenas; las dificultades para presentar pruebas, particularmente en los procedimientos civiles; y, sobre todo, el prejuicio de los funcionarios judiciales” (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2017, pág. 16).

Las barreras de acceso a la justicia de la población migrante

Según un informe de la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015), para el año 2015 se estimaba un número de migrantes de 244 millones de personas a nivel mundial, lo que representaba un 3,3% de la población. Para el caso de nuestra región, se estima un total de 63 millones de migrantes internacionales: 54 millones en Norteamérica, y 9 millones en América Latina y el Caribe. En términos porcentuales, el 26% de la población migrante a nivel mundial, se encuentra en las Américas.

La población migrante suele encontrarse en situación de vulnerabilidad debido a diversos factores. Entre ellos, que al no vivir en sus Estados de origen se deben enfrentar a diversas dificultades a causa de las diferencias de idioma, de costumbres y de culturas, y suelen también enfrentar dificultades económicas y sociales. Sumado a ello, muchas veces son víctimas de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y tratos inhumanos y degradantes (Asamblea General Naciones Unidas, 2000). Esta situación de vulnerabilidad tiene su correlato en el derecho a la salud y en el derecho de acceso a la justicia.

En lo que respecta a los temas de salud, las personas migrantes y refugiadas suelen presentar los mismos problemas que el resto de la población, pero estos pueden agravarse o no recibir la atención médica necesaria por el contexto de movilidad en el que se encuentran. En ocasiones, este contexto genera problemas de salud específicos, como lesiones, hipotermia, quemaduras o diabetes, especialmente en las personas que están recién llegando a un lugar. Las mujeres migrantes suelen enfrentarse a dificultades en el ámbito de la salud materna, de su hijo o hija, a problemas de salud sexual y reproductiva, y a violencia. Sumado a ello, es importante tomar nota que esta población se encuentra constantemente expuesta a diversos riesgos propios de los desplazamientos, lo que aumenta su vulnerabilidad a enfermedades no transmisibles como son los trastornos sicosociales y nutricionales, el alcoholismo, la drogadicción o mayor mortalidad neonatal (Organización Mundial de la Salud, 2017). Asimismo, el aumento en el uso de la detención migratoria provoca serios problemas de salud en esta población a causa del hacinamiento en los centros de detención, lo que genera serios problemas de higiene y de salubridad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

En este escenario de vulnerabilidad cruzada en la que puede encontrarse la población en el contexto de movilidad humana, la Comisión ha identificado

(...) serios obstáculos que estas personas enfrentan para acceder a la justicia y por ende, disponer de recursos idóneos ante las violaciones a derechos humanos. Esto se ve reflejado en el amplio margen de discrecionalidad con el que muchas autoridades resuelven situaciones que involucran a estas personas o sus familiares, la inobservancia de garantías

de debido proceso en procedimientos que involucran a estas personas, así como la insuficiente o inexistente protección judicial y los consecuentes altos niveles de impunidad que existen en relación con casos de violaciones a sus derechos humanos”.

(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, párr. 10).

Citando a la Comisión, el Diario Uchile informa que *las personas que menos acceden a la justicia son las personas migrantes*. Se constata que el derecho de acceso a la justicia para esta población es complejo tanto por temas de *información* como de *abogados* o *abogadas*, o por el *temor* que genera en las personas migrantes la situación de irregularidad. Lo anterior, sumado a las barreras culturales y lingüísticas a las que migrantes deben enfrentarse, los hace una población de especial protección y que requiere de asesoría jurídica especializada (Palma, 2017).

Por su parte, según la Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones (RROCM), las principales barreras para el acceso a la justicia de las personas migrantes y refugiadas, en lo que a este informe atañen, se encuentran el desconocimiento sobre las instancias a las que deben acudir y de sus propios derechos; los trámites extensos y costosos; la dificultad para cumplir con requisitos del proceso de regulación; y el desconocimiento del idioma local (Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones , 2020).

RROCM destaca en su página web dos países exitosos en el objetivo de mejorar el acceso a la justicia de esta población: Costa Rica y *México*. Con respecto a este último, destaca como logros la creación del “Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que afecten a Migrantes y Personas Sujetas de Protección Internacional”; el modelo de atención integral para mujeres migrantes víctimas de violencia sexual; la apertura del “Reconocimiento a Sentencias 2016” que han servido para garantizar el goce efectivo de los derechos humanos de las personas migrantes y sujetas de protección internacional para todos los países del Continente Americano; y, el “Planeamiento del Foro sobre el Poder Judicial y los Derechos Humanos de las Personas Migrantes y refugiadas” (Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones , 2020).

Por su parte, en *Argentina*, se reporta un caso especialmente delicado de doble discriminación como barrera para el acceso a la justicia, el que afecta a una persona migrante y transgénero:

“Recientemente, un juez de primera instancia de La Plata, en su sentencia, consideró que la condición de extranjero era una circunstancia agravante y, en abierta contradicción con las disposiciones constitucionales, sostuvo que el Estado tenía menos obligaciones con los migrantes que con los nacionales. El acusado en cuestión era una persona transgénero peruana. El Relator Especial observa que los migrantes transgénero también han experimentado altos niveles de prejuicio, discriminación y criminalización”.

(Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2017, párr. 68).

6.4.4 Barreras de género

Las barreras de género refieren a aquellos obstáculos que experimentan las personas para hacer efectivos sus derechos, en función de su género, identidad de género u orientación sexual.

Son múltiples los factores que intersectan y que provocan que tanto mujeres como personas LGBTIQ+ se enfrenten a obstáculos para acceder a la justicia. Estos a veces coinciden con las otras barreras de acceso que se han estudiado, y en otras ocasiones se trata de factores que sólo impactan a estos grupos de la población debido a características propias de la sociedad que suelen traducirse en una discriminación estructural a ellos.

Pobreza: una barrera de acceso para las mujeres

Un primer factor determinante es la pobreza. Gherardi (Gherardi, 2006) sostiene que la igualdad de género se encuentra íntimamente relacionada con la pobreza, razón por la cual indica que no es de sorprender que las mujeres, dada sus condiciones universales de inferioridad, experimenten mayores barreras de acceso a la justicia.

Sostiene su afirmación en diversos análisis sobre género y pobreza en países desarrollados. En un estudio del año 2004 y citando a M. C. Nussbaum, indicó que en los países desarrollados hay “un 60 por ciento más de mujeres analfabetas que de varones, la escolaridad de las mujeres a nivel educación primaria es 13 por ciento más baja que la de los varones y los sueldos de las mujeres son sólo un tercio del sueldo de sus compañeros varones” (Gherardi, 2006, pág. 136).

Para el año 2019, la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2019) confirma la persistencia de este vínculo entre género y pobreza al indicar que, en términos generales, para el año 2016 el porcentaje de mujeres ocupadas en todos los tramos de edad, cuyo ingreso laboral promedio fue inferior al salario mínimo nacional, estuvo siempre por sobre el de los hombres. Por ejemplo, entre las personas de 15 a 24 años, el **60,3% de las mujeres ocupadas** se encontraba bajo el salario mínimo nacional, mientras que los **hombres ocupados** se situaban en un **53,2%**. Entre los 25 y los 64 años esta diferencia aumenta. Entre los 25 y 44 años las **mujeres** se situaban en un **42,3%**, y los **hombres** en un **28,8%**, con una diferencia total de casi 15 puntos porcentuales. Entre los 45 y los 64 años, esta diferencia aumenta levemente a 16 puntos (CEPAL, 2019).

Según Amnistía Internacional (2009), las **mujeres representan el 70% de la población mundial que vive en situación de pobreza**, y la discriminación de género sería uno de sus principales factores:

“Las mujeres no tienen el mismo acceso que los hombres a recursos y medios de producción como la tierra, el crédito y la herencia. Las mujeres no reciben el mismo salario que los hombres, y la mayor parte de su trabajo no es remunerado. Las mujeres a menudo trabajan en labores informales, sin seguridad de empleo ni protección social. Al mismo tiempo, se las sigue responsabilizando del cuidado de la familia y del hogar”.

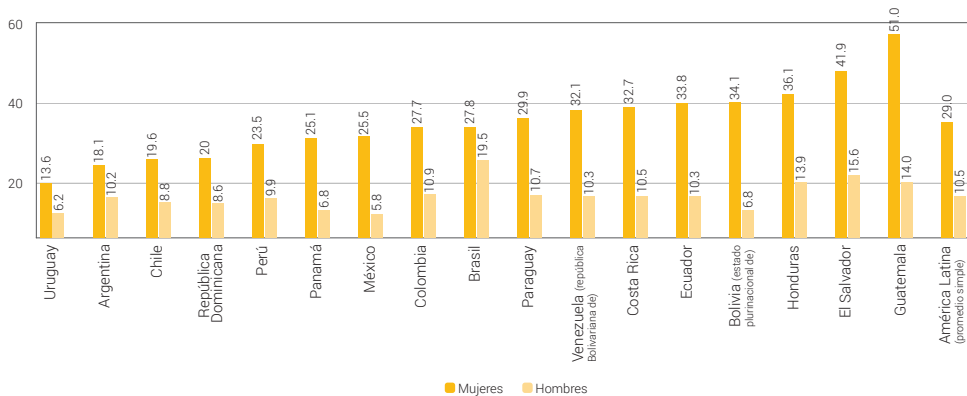
(Amnistía Internacional, 2009, pág. 3)

Como es de esperar, desde esta perspectiva, las mujeres viven en una situación de mayor pobreza que los hombres, cuestión que las hace más proclives a experimentar, cuanto menos, las barreras de acceso a la justicia de tipo económicas.

Es por ello que, como explica Facio (2002), un análisis del acceso a la justicia sin perspectiva de género nos puede llevar a conclusiones y resultados errados, pues muchas veces, las mujeres de clases sociales altas tienen menor poder adquisitivo y/o poder económico que un hombre de un estrato socioeconómico más bajo. Lo anterior, porque "aun las mujeres de las clases más adineradas no tienen acceso a recursos económicos independientes de los sus padres o esposos", cuestión que provoca que se enfrenten a mayores dificultades para entablar un juicio, pues "no tienen los recursos para pagar un abogado sin el consentimiento de sus maridos o padres, recursos a los cuales tal vez sí podría acceder un hombre con menos poder adquisitivo pero con más independencia" (Facio, 2002, pág. 90).

El Observatorio de Género de la CEPAL (Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe, 2017) ilustra en números esta realidad, la que lamentablemente confirma que las mujeres tienen menor *autonomía económica*, otro factor importante que determina que ellas enfrenten mayores barreras para poder acceder al sistema de justicia.

Gráfico 16. Porcentaje de población sin ingresos propios por sexo en América Latina (2017)



Fuente: Observatorio de Igualdad de Género en América Latina y el Caribe (2017)

Como puede observarse, el porcentaje de personas sin ingresos propios es considerablemente mayor en las mujeres que en los hombres, alcanzando una diferencia porcentual promedio en América Latina de casi un 20%. Esto se traduce en que casi un tercio de las mujeres de la región depende de otros para su subsistencia. En los países del OCCA, los porcentajes comparados son los siguientes:

PAIS	%MUJERES	%HOMBRES	BRECHA
Argentina	18,1	10,2	7,9
Brasil	27,8	19,5	8,3

Chile	19,6	8,8	10,8
Colombia	27,7	10,9	16,8
El Salvador	41,9	15,6	26,3
México	25,5	5,8	19,7
Paraguay	29,9	10,7	19,2

Fuente: Elaboración propia con base en información de Observatorio de Igualdad de Género en América Latina y el Caribe (2017)

Como se puede observar, la brecha entre mujeres y hombres sin ingresos propios entre los países del OCCA se acerca a la brecha promedio latinoamericana (20%) en 4 de los 7 países, siendo El Salvador el que presenta la brecha mayor, con una diferencia porcentual de **26,3%**. Los únicos países que tienen una brecha menor al **10%** son Argentina y Brasil, a los que les sigue Chile con un **10,8%**.

Si bien se requieren análisis más profundos para establecer conclusiones, la simple observación de la información disponible nos lleva a especular que el contexto de pobreza y dicha brecha de autonomía económica pueden ser de los factores que impactan en el acceso a la justicia de las mujeres.

Colombia es un país que, por el tipo y calidad de la información que tiene, puede ilustrar cómo estos factores impactan en el acceso a la justicia de las mujeres. Presenta una brecha de **16,8%** entre hombres y mujeres sin ingresos propios y representa, además, la **mediana** de los países del OCCA.

Un primer punto a destacar es que el costo económico de acceder a un abogado o abogada en Colombia constituye una barrera de acceso **al menos dos veces más significativa para las mujeres que para los hombres**. Así, vemos que en la población general un **1,4%** de las mujeres indicó el elevado costo económico como una razón para no haber acudido a un tercero, mientras que sólo el **0,6%** de los hombres sostuvieron esto (La Rota, Lalinde, & Uprimmy, 2013).

Asimismo, es interesante comparar el porcentaje de mujeres de la población general con lo que sucede en la población de extrema pobreza. Si comparamos los porcentajes de ambas poblaciones se advierte que la situación de las **mujeres en la población en general (1,4%)**, se asemeja a la situación de los **hombres en extrema pobreza (1,9%)**, cuestión que como indicamos al comienzo de este capítulo, evidencia que las mujeres experimentan la pobreza en mayor medida que los hombres, razón por la cual son más proclives a experimentar las barreras de acceso a la justicia de tipo económicas. A mayor abundamiento, la citada Encuesta de Necesidades Jurídicas (La Rota, Lalinde, & Uprimmy, 2013) ilustra algunos puntos importantes en cuanto a diferencias de género y acceso a la justicia:

- En términos generales, las mujeres de todas las categorías ignoran en mayor medida que los hombres lo que pasó con el proceso que presentaron ante un tercero.

- La intersección entre ser mujer y estar en extrema pobreza o discapacidad produce mayor nivel de vulnerabilidad en sus necesidades jurídicas y en sus posibilidades de acceder a la justicia. Éstas reportan sufrir conflictos con mayores niveles de afectación que los hombres de estos grupos.

- Las mujeres en situación de pobreza extrema ignoran en mayor medida que los hombres lo que sucedió con el conflicto, diferencia entre sexos que, si bien también está presente en la población general y en la con discapacidad, es más pronunciada en las mujeres de este grupo. Igualmente, las mujeres en extrema pobreza y con discapacidad reportan saber menos que los hombres acerca de la existencia de la oferta de mecanismos para la resolución de sus problemas.

Para remover dichas barreras es fundamental -entre muchas otras medidas multidisciplinarias e integrales que se deben adoptar-, contar con *asistencia jurídica gratuita*. Por lo general, los Estados cuentan con instituciones que entregan asesoría y patrocinio letrado gratuito a la población con escasos recursos económicos, pero no son comunes las instituciones especialmente dirigidas a resolver los problemas que experimentan las mujeres desde una perspectiva general y de acuerdo a sus necesidades (Gherardi, 2015). Según la autora, para mejorar el acceso a la justicia de las mujeres deben existir servicios gratuitos de asesoramiento y patrocinio a las mujeres, en materias generales como derecho civil, comercial, penal o laboral, ya que por lo general este tipo de servicios suele enfocarse en materias de familia y de violencia de género. La importancia de este tipo de instituciones está en que pueden adaptar sus servicios a los requerimientos de las mujeres, tanto desde el punto de vista de la atención que se les brinda, como en infraestructura u horarios que tengan en cuenta sus necesidades.

Desde esta perspectiva, instamos a los Estados a generar más datos relativos al acceso que las mujeres tienen al patrocinio letrado, así de cómo el factor económico influye en las decisiones que ellas toman frente a un conflicto (para poder evaluar los referidos costos secundarios). Si bien las encuestas de necesidades jurídicas desagregan algunos datos por sexo, o existe otro tipo de información similar, solo Colombia profundiza a este nivel de detalle. Sin este tipo de datos se dificulta la medición del verdadero impacto que el factor socioeconómico tiene en la magnitud de las barreras económicas a las que se enfrentan las mujeres diariamente.

El factor cultural: su impacto múltiple en el acceso a la justicia de las mujeres

Por otro lado, los *sesgos, estereotipos y roles de género*, así como la *división sexual del trabajo*, son otros de los tantos factores presentes en la sociedad que generan otra serie de obstáculos que las mujeres deben enfrentar y soslayar para poder acceder al sistema de justicia.

Por ejemplo, estos factores culturales producen que la localización de los tribunales se convierta en una barrera geográfica probablemente más significativa, en muchas ocasiones, para las mujeres que para los hombres. Facio (2002) sostiene que la lejanía de los tribunales afecta más a las mujeres no sólo por su menor acceso a recursos económicos para pagar el medio de transporte a ellos, sino que por otro tipo de factores, como son la falta de tiempo, no tener tiempo propio, no tener con quién dejar a las personas que están bajo su cuidado, miedo a salir sola, entre otros. En

consecuencia, explica que si analizamos el factor geográfico sin perspectiva de género, caemos en el error de pensar que mientras más lejos se encuentre un complejo judicial, menor es el acceso a él. Y corrige: “puede ser que los hombres que viven lejos de un tribunal tengan más posibilidades de trasladarse a ellos que muchas mujeres que viven bastante más cerca” (Facio, 2002, pág. 91).

Todas estas dificultades a las que se refiere Facio constituyen una discriminación estructural hacia las mujeres, la que se produce porque la sociedad les ha atribuido a las mujeres -como si fuese parte de la esencia femenina-, todas las complejidades y multiplicidad de obligaciones que traen aparejados los trabajos de cuidado (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, s.f.). Y, por supuesto, con ello les ha atribuido también todas las consecuencias que implica, como la falta de independencia o de tiempo para poder realizar sus actividades o, en lo que aquí nos concierne, de acudir a los tribunales o a otro tipo de institución para resolver un conflicto justiciable.

La probabilidad de enfrentar barreras de acceso a la justicia aumenta en las **mujeres rurales**, quienes representan casi la mitad de la población rural de América Latina y el Caribe, la que para el año 2015 correspondía a casi el **21%** de la población total. Sumado a ello, cerca de un **20%** de las mujeres rurales de la región pertenece a pueblos indígenas (Nobre, Hora, Brito, & Parada, 2017).

La suma de estas características las coloca en una situación de especial vulnerabilidad. A pesar que para el año 2010 ellas representaban el **20%** de la fuerza de trabajo agrícola de la región, su vida se caracteriza por una “sobrecarga de trabajo, debido a la división sexual del trabajo que les atribuye el cuidado de hijos, ancianos y enfermos; la invisibilización del trabajo que realizan el ámbito reproductivo, productivo y para el autoconsumo”, entre otros elementos que, bajo la óptica de análisis de este informe, impactarán en la posibilidad de acceder a la justicia para resolver los diversos problemas de salud a los que se pueden enfrentar (Nobre, Hora, Brito, & Parada, 2017, pág. 1).

Desde esta perspectiva interseccional, una alternativa que se ha recomendado para favorecer el acceso a la justicia de las mujeres rurales es el “reconocimiento de las formas alternativas y preventivas que existen en las comunidades tradicionales para administrar justicia” (Nobre, Hora, Brito, & Parada, 2017, pág. 43). Similar perspectiva se advierte en la declaración que realizan más de 260 mujeres indígenas de la región (Enlace Continental de las Mujeres Indígenas de las Américas, 2015), las que recomiendan la descolonización de los sistemas de justicia indígenas y la revitalización y ejercicio de la justicia ancestral.

Por último, es importante mencionar que los factores culturales también pueden provocar barreras subjetivas de acceso a la justicia, las que son especialmente relevantes para la población femenina. Éstas dicen relación con la capacidad de la persona de, una vez conocidos sus derechos, apropiarse de ellos y sentirse con la titularidad suficiente para ejercerlos (Maffía, 2015).

Si bien no hemos encontrado información relevante que nos permita ilustrar cómo esta barrera se desenvuelve en las mujeres, es dable concluir que la interrelación entre los

diversos factores culturales mencionados y la falta de los distintos tipos de autonomía en ellas (especialmente la física, que se ve disminuida por la violencia de género y el no respeto a los derechos sexuales y reproductivos), puede llevar a una ausente o deficiente conciencia de la titularidad que tienen para ejercer y defender sus derechos.

El androcentrismo del sistema de justicia y del derecho como barrera

Un último factor estructural que impacta en el acceso a la justicia de las mujeres es el **androcentrismo** que presenta el sistema y que como se verá más adelante, impacta también en el derecho a la salud de ellas.

Los factores que dicen relación con la estructura androcéntrica y patriarcal del sistema de justicia se relacionan con lo que Maffía (2015) denomina como **barreras políticas**, las que exigen la voluntad específica de remover todos los obstáculos que las mujeres enfrentan en razón de su género a través de la asignación de recursos materiales e inmateriales para ello. En este punto, y aunque no se trate de un tema específico en materia de salud, es importante revisar la existencia de dicha voluntad en los poderes judiciales. Para ello, consideramos que un indicador mínimo en esta materia es la existencia de algún tipo de instancia que en los Poderes Judiciales promueva o incentive la perspectiva de género en todo el quehacer institucional.

Tabla 34. Países que cuentan con una instancia para transversalizar la perspectiva de género en el Poder Judicial

PAÍS	INSTANCIA	AÑO
Argentina	Oficina de la mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	2012
Brasil	No se encuentra información al respecto.	N/A
Chile	Secretaría técnica de Igualdad de género y no discriminación:	2017
Colombia	Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial	2012
El Salvador	Unidad de Género de la Corte Suprema de Justicia	2011
México	Unidad General de Igualdad de género	2008
Paraguay	Secretaría de Género de la Corte Suprema de Justicia	2010

Fuente: Elaboración propia con base en revisión documental.

Las **barreras de género** van más allá de lo estructural. El sistema de justicia y el derecho también deben desarrollarse con perspectiva de género. Esto es especialmente importante en materia de salud porque en ella surgen conflictos que afectan exclusivamente a las mujeres cisgénero y a los hombres transgénero que no se han realizado operaciones de adecuación genital. Nos referimos a la violencia obstétrica, al aborto y a los derechos sexuales y reproductivos.

La violencia obstétrica es un tipo de violencia de género que se ejerce sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, y que hace alusión a un trato deshumanizado, a un exceso de medicalización y a tratar como patológicos los procesos naturales (Fagioli & Lembo, 2018). Frente a este tipo de violencia, los Estados deben, con la debida diligencia, investigar, prevenir y sancionar esta violencia, cuestión que exige un sistema de justicia preparado para hacer valer los derechos de las personas afectadas y gestionar de manera adecuada este tipo de conflictividad.

Sin embargo, en opinión de Fagioli & Lembo (2018), las víctimas de esta violencia no encuentran la respuesta adecuada por parte del sistema, toda vez que, entre otros factores:

- i)* no existe la formación adecuada en los y las operadoras de justicia en esta temática;
- ii)* las víctimas desconocen los recursos que tienen a su disposición para enfrentar este tipo de violencia;
- iii)* el obstáculo de acceso que genera la fragmentación del sistema de justicia; y,
- iv)* la falta de patrocinio jurídico gratuito para las personas que denuncian este tipo de situaciones.

En *México*, un informe sobre derechos sexuales y reproductivos (Grupo de Información en Reproducción Elegida, noviembre 2015), ilustra de manera concreta cómo los obstáculos antes mencionados, sumados a otros que dicho informe identificó, impactan negativamente en la obligación que tienen los Estados de asegurar a las víctimas de violencia obstétrica el acceso a recursos efectivos y de protección judicial.

En este país existen distintos mecanismos que pueden utilizarse en casos de violencia obstétrica -tanto civiles, penales como administrativos-, pero ninguno prevé el establecimiento de medidas de reparación integral (Grupo de Información en Reproducción Elegida, noviembre 2015), no tienen una perspectiva de derechos humanos, y son mecanismos segmentados (Grupo de Información en Reproducción Elegida, agosto 2015). Esto último obliga a las víctimas a recurrir a más de un procedimiento y con a ello a repetir sus declaraciones y a revivir el conflicto. En otras palabras, las víctimas se ven enfrentadas a un sistema de justicia fragmentado que las revictimiza en cada una de estas instancias.

La *vía administrativa* es el recurso más inmediato que tienen las víctimas ante situaciones de violencia obstétrica, el que se interpone por medio de un escrito de queja ante la unidad de contraloría interna de la institución de salud respectiva. Se trata de un procedimiento que cada institución determina, lo que genera incertidumbre respecto de los pasos a seguir y, toda vez que la queja se interpone y se resuelve ante la misma la institución, la imparcialidad de este trámite puede ponerse en duda. Otra alternativa es que las afectadas concurren a la *Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)* o a una comisión de arbitraje local. Si bien estos mecanismos se advierten como más rápidos y sencillos que los tribunales, se centran en la actuación individual del personal y en consecuencia no analizan las fallas estructurales del sistema y por ello no pueden establecer garantías de no repetición (Grupo de Información en Reproducción Elegida, noviembre 2015).

Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que las víctimas pueden perseguir en cada una de estas instancias, y lo limitadas que son a efectos de la reparación integral y en el análisis de las fallas estructurales del sistema de salud, GIRE advierte un último mecanismo: las *comisiones de derechos humanos* tanto a nivel nacional como local (Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH). Se advierte que, no obstante éstas solo puedan emitir recomendaciones públicas, autónomas y no vinculantes, pueden contribuir en una medida importante a mejorar la actividad administrativa para que ésta ofrezca un acceso a la justicia con perspectiva de derechos humanos y con garantías de no repetición (Grupo de Información en Reproducción Elegida, noviembre 2015).

Al parecer esta última instancia, que es la que recomienda GIRE, ha presentado un aumento significativo de quejas por violencia obstétrica: entre agosto de 2012 y diciembre del año 2013 (1 año medio) se presentaron **297** quejas en total, de las cuales **236 fueron a nivel local**, número que en el período comprendido entre 2009 y 2012 (3 años), fue solo de **161**. Es decir, en la mitad del tiempo, se presentaron 75 quejas más a nivel local, lo cual insinúa más conciencia de esta práctica como una violenta y que atenta, entre otros, al derecho a la salud.

Por su parte, y de manera similar a lo visto en México, en *Argentina* las personas que son víctimas de violencia obstétrica tienen a lo menos tres mecanismos que utilizar. Pueden demandar civilmente una indemnización de perjuicios por los daños ocasionados, demandar la responsabilidad penal en el evento que también se haya cometido un delito como lesiones graves u homicidio y, sin perjuicio de estos dos, la ley le entrega *mecanismos de responsabilidad administrativa* (Gherardi, 2016).

En la provincia de Buenos Aires, que concentra el 40% de la población, es el Observatorio de Violencia de Género (OVG), dependiente de la Defensoría del Pueblo, el organismo que recibe quejas administrativas en esta materia y que se encarga de su tramitación. Según la información disponible, el año 2015 se recibieron **45** denuncias, "**40%** de las cuales corresponde al sector privado y **44%** a centros asistenciales dependientes del sector públicos" (Gherardi, 2016, pág. 25). De estas denuncias, se informa que en el **69%** de los casos la queja fue interpuesta por la propia mujer, que en el **18%** lo hizo su pareja, y que sólo un **7%** fueron realizadas de oficios por el Observatorio (Gherardi, 2016).

Según este mismo informe, sólo **7 de los 45 casos** que fueron denunciados *recibieron alguna respuesta* por parte de las instituciones denunciadas y por el Ministerio de Salud, y según datos de este último organismo, "no hubo ni un solo profesional de la salud que hubiera recibido una sanción por haber ejercido violencia obstétrica en la provincia de Buenos Aires" (Gherardi, 2016, pág. 25).

Frente a la experiencia reseñada, y a otras que brevemente la autora relata en dicho informe, Gherardi (2016) llama la atención sobre la naturalización de esta forma de violencia y sobre la necesidad de encontrar "mecanismos más sólidos y eficientes para buscar medidas de reparación en el marco de un abordaje estructural".

Un caso en este mismo país nos permite ilustrar y analizar cómo los sesgos de género, la falta de perspectiva de género, y la fragmentación del sistema, impactan de manera directa en la forma en que una mujer busca solución en el sistema de justicia para practicarse un *aborto no punible*.

El caso es sobre una menor de edad que fue violada por el esposo de su madre y que producto de dicho acto quedó embarazada. Los hechos fueron denunciados ante el Ministerio Fiscal de la provincia de Chubut por su madre, y en el marco del proceso penal que se seguía por la violación, se solicitó la autorización para la interrupción del embarazo por la causal segunda del artículo 86 del Código Penal argentino. Sin embargo, el juez penal sostuvo que no tenía las facultades para acceder a su petición y las derivó a la justicia civil. En ella, la jueza ordena diversas medidas y exámenes sobre la menor, y luego de dos meses, rechaza la solicitud (Gherardi, 2017).

Esta decisión fue apelada ante la Cámara de Apelaciones, la que confirmó la negativa por considerar que estaban ante una situación de tensión entre los derechos de dos personas, y que en caso de duda, debía aplicarse el principio pro vida. Así, luego de esta tercera negativa, la niña junto a su madre apeló ante el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, quien finalmente revocó la sentencia y declaró que el caso se encuadraba en un supuesto de aborto no punible. Pocos días después de dicha sentencia, el caso llegó a la Corte Suprema de la Nación a través de un recurso extraordinario federal que el Tutor Ad Litem y el Asesor de Familia e Incapaces, interpusieron a favor de la persona que está por nacer. No obstante ello, el aborto se había realizado 3 días después de que el Superior Tribunal de Justicia de Chubut hubiese autorizado de modo expreso la interrupción de dicho embarazo (Gherardi, 2017).

Como se observa en este caso, y a pesar que la norma penal es clara al establecer la violación como causal legítima de un aborto, el sistema de justicia no estuvo a la altura de la situación y la niña tuvo que enfrentar, entre muchos otros obstáculos, la ignorancia del juez, las medidas revictimizantes que adoptó la jueza de familia, la fragmentación del sistema, y la falta de perspectiva de género en el análisis y decisión adoptada de la propia Cámara de Apelaciones, la que interpretó la norma asumiendo que el que está por nacer es una persona con derechos que priman por sobre los derechos de la niña embarazada.

Tuvieron que ser los tribunales superiores -primero el provincial y luego la Corte Suprema de la Nación que sentó la jurisprudencia-, quienes tuvieron que precisar que el aborto no punible no necesitaba de autorización judicial ni de denuncia policial para llevarse cabo (bastando en consecuencia sólo la declaración jurada de la víctima), que las mujeres tienen un derecho al aborto, y que el principio de inviolabilidad de las personas prohibía que se les obligara a las mujeres a llevar a término un embarazo si es que habían sido víctimas de un delito sexual (Gherardi, 2017).

Por último, queremos destacar cómo la información disponible permite constatar la importancia que tiene el derecho a la salud para las mujeres. Como ha sido estudiado a lo largo del informe, en *Colombia* las Acciones de Tutela son el principal mecan-

ismo que las personas tienen para la resolución de conflictos en esta materia. Las estadísticas de la Corte (Corte Constitucional de Colombia, 2020) dan cuenta que, en materia de salud, entre enero y noviembre de 2019, **84.067** de las tutelas fueron presentadas por hombres y **113.509** por mujeres. Es decir, del total de tutelas en los que se reclamó el derecho a la salud en dicho período, **42,5%** fueron presentadas por hombres y **57,4%** por mujeres. Estos datos también revelan que **el derecho a la salud es el primer derecho reclamado por las mujeres**, mientras que el primero en los hombres es el derecho de petición y la salud es el segundo.

Por su parte, en lo que dice relación con los **derechos sexuales y reproductivos**, entre enero y noviembre del 2019 se reclamaron **43** pretensiones, siendo **33 de ellas presentadas por mujeres**. Las principales pretensiones reclamadas fueron los tratamientos de fertilidad (25), seguido del acceso a los servicios de salud sexual (3) (Corte Constitucional de Colombia, 2020).

Por todo lo anterior es que la inclusión de la perspectiva de género de manera transversal y en todo el sistema de justicia es fundamental. Las barreras de género no podrán removerse sólo con medidas económicas o con leyes formales, pues éstas tienen un fuerte y profundo componente cultural al que sólo puede hacerse frente a través de capacitaciones de calidad a todas y todos los actores del sistema de justicia, de voluntad política que se traduzca en la implementación de políticas integrales y transversales, de protocolos, de difusión de los derechos de las mujeres, y de la toma de conciencia del androcentrismo que siempre ha tenido el derecho y el sistema judicial.

El cissexismo estructural y la heteronormatividad como barreras para el acceso a la justicia

Para finalizar, es importante destacar que las barreras de género también impactan a las personas con identidades de género y orientaciones sexuales no hegemónicas. Ellas han sido históricamente marginadas y vulneradas por no corresponder con la heteronormatividad y el cissexismo estructural que impera en la sociedad. La mera existencia formal de derechos para este colectivo no les garantiza que éstos sean realmente respetados, pues para ello se requiere de un factor cultural importante, el que a su vez demanda sensibilización y capacitación en temas de género para todas y todos los actores del sistema. Si el sistema de justicia no se capacita en esta materia, éste seguirá reproduciendo la estructura binaria y heteronormativa, en detrimento de las personas LGBTIQ+ (Garrido Álvarez, 2018).

En lo que dice relación al acceso a la justicia de las personas LGBTIQ+, ellas se enfrentan a barreras específicas -además de aquellas que afectan a la población en general-, las cuales incluyen, entre otras: falta de atención y tratos adecuados, actitudes negligentes y prejuiciadas, estereotipos, falta de programas especializados de asesoría jurídica, actitudes discriminatorias por parte de autoridades judiciales y otros funcionarios/as (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Específicamente, las personas trans y travestis deben enfrentarse a otra serie de barreras de acceso que ha identificado el Observatorio de Género en la Justicia de la Ciu-

dad de Buenos Aires (Radi, 2017), entre las que nos interesa especialmente destacar:

a) Falta de reconocimiento de la situación de vulnerabilidad: El formar parte de las personas LGBTI+, muchas veces tiene consecuencias directas sobre las condiciones de existencia de las personas, empezando por una devaluación existencial. Esta desvalorización impacta sobre distintos ámbitos vitales básicos y se traduce en situaciones de exclusión o participación disminuida, colocando a la persona en una situación de especial vulnerabilidad.

b) Cissexismo estructural: este se cristaliza en normas, procedimientos y estructuras que reproducen una visión binaria y biologicista de los géneros y que marginan o excluyen a quienes no responden a sus definiciones.

c) Injusticia hermenéutica: en términos conceptuales hacen falta categorías adecuadas para hacer inteligible la situación específica de las LGBTI+. En muchos casos, al momento de interpretar las experiencias de estos colectivos se recurre a conceptos, términos y figuras elaboradas para otros sujetos.

d) Falta de capacitación del personal de la Justicia: La falta de especialización en la temática se expresa en la práctica de jueces/zas, fiscales y abogados y toca, incluso, a la defensa pública. Por este motivo, aunque pueda resultar paradójico, hay casos en los que el asesoramiento legal también se presenta como una barrera. ■

V. Conclusiones

El presente informe se planteó como objeto de estudio el acceso a la justicia de los problemas justiciables relacionados con el derecho a la salud, específicamente en materia de atención a la salud. En ese sentido, el acceso a la justicia fue analizado tanto desde una perspectiva individual, como desde una perspectiva colectiva, reconociendo que entre ambas visiones pueden presentarse tensiones. Desde una visión individual, el acceso a la justicia se ha entendido como un “derecho bisagra”, “cuya finalidad es poder alcanzar la efectividad de una multitud de derechos de otras índoles” (Cabezón, Fandiño y Lillo, 2016, p.22). El IIDH se ha referido así al acceso a la justicia como “la posibilidad de las personas de acudir y obtener una respuesta efectiva por parte de mecanismos de resolución de conflictos que sean formal y materialmente útiles para la resolución de conflictos y la tutela de sus derechos”.

Para analizar la perspectiva individual del acceso a la justicia este informe revisó, entre otros aspectos, el diseño y la forma en que funcionan los mecanismos administrativos y judiciales para hacer efectivo el derecho a la salud, indagando sobre los tiempos, las formas procesales y burocráticas, así como la efectividad y la implementación de las sentencias. En suma, nos cuestionamos sobre las barreras de acceso a la justicia a las que se enfrenta una persona cuando vive un conflicto justiciable relacionado con la atención a la salud. En ese sentido, se encontraron múltiples obstáculos para la exigibilidad administrativa y la justiciabilidad del derecho a la salud en la mayoría de los países de América Latina estudiados. Por ejemplo, se encontró que en Chile sólo el 12% de las necesidades y conflictos relacionados con salud ingresa al sistema de justicia. En el caso de Colombia se encontró que, frente a necesidades jurídicas relacionadas con salud, un 22% acudió a un tercero, 80% de los cuáles lo hizo a una autoridad del Estado. *Mientras tanto, en Argentina* sólo el 14% de las personas que tienen necesidades jurídicas relacionadas con problemas para acceder a los servicios públicos de salud acudió a una oficina u organismo público. Diversas barreras explican el limitado acceso a la justicia reflejado en los porcentajes anteriores. Por ejemplo, en Chile, frente a una necesidad jurídica de salud, el 17% de las personas que decidió no hacer nada fue por no saber dónde acudir, lo que refleja una barrera de información. Asimismo, el 95% de las personas cree que hay tratos preferentes en el sistema judicial dependiendo del estatus social. En Argentina, por su parte, 8 de cada 10 personas desconfía de la justicia, lo que representa una barrera de confianza, mientras que el 60% cree que los tiempos judiciales son excesivos, lo que representa una barrera de eficiencia.

También se encontraron barreras importantes en materia de eficiencia. El World Justice Project evalúa la percepción del sistema de justicia civil en los países de América Latina en diversos factores, medidos de 0 a 1 (donde 1 es el cumplimiento cabal de la categoría). Uno de estos factores dice relación con la percepción sobre la existencia

de dilaciones indebidas (not subject to unreasonable delay) en los procesos y en la dictación de sentencias en la justicia civil. Los resultados exhibidos por los países del OCCA son en general deficientes, pues en ningún caso alcanzan a cumplir la mitad del estándar esperado: ninguno de los países llega a un puntaje superior a 0.5. Esta situación resulta preocupante cuando en la justicia civil –y en procedimientos civiles– se conocen asuntos vinculados a violaciones a derechos sociales como el derecho a la salud y en donde por el tipo de afectaciones se requiere de una respuesta rápida. Con todo, Chile y El Salvador son los países con mejores resultados con 0.43 y 0.42, respectivamente. Los resultados más preocupantes son los obtenidos por Colombia (0.20), México (0.26) y Brasil (0.28)

Las dilaciones en los procedimientos administrativos evaluadas por el World Justice Project también resultan relevantes para el análisis de la falta de eficiencia como barrera de acceso a la justicia. Si consideramos que para los asuntos de salud muchas reclamaciones se resuelven en esta sede es conveniente conocer de manera general cómo se comportan los procesos administrativos desde el punto de vista de la eficiencia. Si bien los resultados son mejores si se les compara con las dilaciones en la justicia civil, éstos siguen siendo magros. Por ejemplo, Brasil obtiene un puntaje de 0.30, mientras México obtiene 0.32 en la medición. Resulta conveniente hacer un acercamiento en algunas realidades nacionales. Por ejemplo, en México, el arbitraje ante la agencia administrativa CONAMED ha sido impulsado como la alternativa más asequible y rápida al litigio judicial tradicional. En ese sentido, se ha encontrado que el tiempo promedio de respuesta de este procedimiento es de 480 días, considerando el periodo que abarca desde la presentación de la queja hasta la conclusión del laudo (Fernández-Cantón y Lezana-Fernández, 2017).

La barrera de eficacia debe también analizarse, en primer lugar, desde una visión individual del acceso a la justicia. En ese sentido, una aproximación general al tema de la eficacia de las resoluciones judiciales se puede efectuar a partir de los resultados revelados por el World Justice Project (2020), específicamente, en el sub-factor relativo al cumplimiento de las sentencias en la justicia civil (civil justice is effectively enforced). Este último se enfoca en determinar- a partir de la percepción de expertos- la gravedad de los problemas de los tribunales civiles y comerciales para hacer cumplir lo resuelto, considerando cuánto llevaría a la parte ganadora el ejecutar una decisión o acuerdo y obtener el pago. Centrando la mirada en los países del OCCA existen resultados deficientes, pues solo Chile (0.61) y Argentina (0.55) y El Salvador (0.53) anotan un porcentaje de cumplimiento superior a la mitad del estándar esperado (en escala de 0 a 1, donde 1 es el máximo puntaje esperable). Por su lado, en México, Brasil son aquellos con peor desempeño con 0.40 y 0.41, respectivamente.

Por otro lado, conviene analizar la posible interacción entre los niveles de eficacia de los mecanismos administrativos y los judiciales. Biehl, Socal y Amon (2016) han señalado que, en Brasil, la mayoría de las demandas en sede judicial tuvieron un intento previo de asegurar los tratamientos a través de instancias administrativas locales, habiendo entregado asimismo evidencia de la necesidad médica. En efecto, de una muestra de 820 individuos que en sus demandas solicitaron medicinas de formularios especiales o excepcionales, 481 (68,7%) habían seguido la vía adminis-

trativa previamente. Un análisis similar puede realizarse en el caso colombiano, en donde la baja eficacia de la vía administrativa, versus la alta eficacia ante la sede jurisdiccional, podría explicar en parte la alta cantidad de asuntos que llegan por esta vía, haciendo de la tutela el principal mecanismo para hacer exigible el derecho a la salud, por sobre otros mecanismos de corte administrativo (Yamin, 2019). Sin perjuicio de las cifras relativamente positivas, cabe destacar que en el 45% de los casos se debe iniciar un incidente de desacato por incumplimiento de la sentencia (Defensoría del Pueblo, 2018). Así, el derecho a la salud no está exento de problemas con la ejecución efectiva de lo resuelto: “para el cumplimiento, de cada 100 decisiones judiciales, se inician 59 incidentes de desacato, donde el 34 por ciento se sanciona y el 66 por ciento se archiva, aunque para el derecho a la salud el nivel de sanción se eleva al 41 por ciento” (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 60).

Las cifras y ejemplos anteriores contribuyen a entender que los múltiples obstáculos de acceso a la justicia a los que pueden enfrentarse las personas que experimentan problemas justiciables relaciones con la atención a la salud. Dichos obstáculos guardan relación con las deficiencias en las políticas de acceso a la justicia, con sistemas de gestión deficientes y recursos humanos, financieros y materiales insuficientes, así como con problemas transversales a todos los sistemas de justicia. En ese sentido, resulta crucial que los sistemas de justicia promuevan la creación y el funcionamiento adecuado de medicamentos administrativos y judiciales para la tutela del derecho a la salud. Pese a este reconocimiento, resulta imprescindible realizar una lectura crítica de la litigiosidad de asuntos relacionados con el acceso a la justicia, especialmente para visibilizar los potenciales efectos negativos de la judicialización y otras formas de exigibilidad sobre la desigualdad y la justicia social en la salud. Para cumplir con este propósito, los diversos capítulos del informe presentaron un análisis del acceso a la justicia desde una perspectiva colectiva.

La primera estrategia para analizar el acceso a la justicia de los problemas justiciables realizados con el derecho a la salud es hacer un acercamiento en las barreras de acceso a la justicia, especialmente en las sociales, económicas y culturales. El costo del proceso, de los honorarios de abogados y otros costos asociados es un factor relevante que obstaculiza el uso del sistema de justicia. En Argentina, por ejemplo, al menos la décima parte de la población experimenta una barrera de entrada al sistema de justicia por no poder pagar los servicios de un abogado o abogada. Mientras tanto, en México un 57% de las personas indica que fue difícil o casi imposible conseguir todo el dinero que necesitaba para seguir adelante el proceso. Asimismo, el costo económico de acceder a un abogado o abogada en Colombia constituye una barrera de acceso al menos dos veces más significativa para las mujeres que para los hombres. En Chile, de acuerdo con resultados de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas (Gfk Adimark, 2015), un 49% de las personas que experimentan problemas justiciables relacionados con salud optó por no hacer nada, el 5% de las cuáles no lo hicieron por ser muy caro.

Los datos anteriores son relevantes, si se considera que, en distintos contextos, los mecanismos judiciales suelen ser más utilizados por personas que se ubican en los mayores niveles socioeconómicos. En Colombia, por ejemplo, las tutelas han ben-

eficiado mayoritariamente a la población de mayores niveles socioeconómicos, ya que la mitad de las tutelas corresponde al régimen contributivo, y menos del 20% al régimen subsidiario, al cual pertenece la población más pobre del país. Algo similar sucede en el caso chileno. Según la información disponible, durante el año 2018, el 57,47% de los ingresos de las Cortes de Apelaciones de todo el país correspondieron a recursos de protección, siendo un 92% de ellos recursos contra Isapres (Dirección de Estudios Corte Suprema, 2018). Pese a representar el mayor volumen de causas en las Cortes de Apelaciones, es importante destacar que sólo el 14% de la población -que, a su vez, pertenece a los mayores deciles socioeconómicos-, se encuentra afiliada a las Isapres. Por tanto, nos encontramos ante un uso desigual de los mecanismos judiciales para la resolución de problemas justiciables vinculados con el derecho a la salud. La observación no es menor, en tanto que, si bien desde una perspectiva individual del acceso a la justicia la judicialización puede resultar conveniente y necesaria, los alcances de dicha perspectiva individual pueden no contribuir a las condiciones generales de justicia en la sociedad.

Una segunda herramienta utilizada por el informe para estudiar la dimensión colectiva del acceso a la justicia fue el análisis de la problemática en las poblaciones en situación de vulnerabilidad. En ese sentido, se encontraron especiales afectaciones del derecho a la salud en poblaciones rurales, indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad y mujeres. Las afectaciones pueden verse, en primer lugar, desde una perspectiva cuantitativa. Por ejemplo, en Argentina, mientras que el 20,7% de la población general experimenta problemas justiciables en materia de salud, en el caso de las personas indígenas esta cifra aumenta al 57%. Asimismo, en Chile, mientras que el 12% de la población general experimenta problemas justiciables en materia de salud, en el caso de las personas con discapacidad, esta cifra aumenta al 22%. Mientras tanto, en Colombia, el derecho a la salud es la causa de la mayor proporción de quejas de las personas con discapacidad ante la Defensoría del Pueblo (50%). Los datos cuantitativos sobre la prevalencia de la conflictividad no son el único elemento para observar las afectaciones del derecho a la salud de las poblaciones en situación de vulnerabilidad. A lo largo de este informe se evidenció cómo distintas poblaciones experimentan en mayor medida problemas para acceder a servicios de atención a la salud. Dicha situación se asocia, en parte, con la discriminación estructural que impacta en las distintas dimensiones del derecho a la salud, incluyendo la calidad, la accesibilidad física y financiera, y la aceptabilidad.

De manera paralela a una mayor prevalencia en la conflictividad asociada al derecho a la salud, las poblaciones en situación de vulnerabilidad experimentan mayores barreras de acceso a la justicia. Por ejemplo, en el caso de las personas con discapacidad en Paraguay, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad encontró en su visita al país que enfrentan dificultades para acceder a los servicios de salud, debido a “la inexistencia de servicios, la falta de accesibilidad, la carencia de personal especializado y la resistencia a atender a las personas con discapacidad en los centros públicos generales” ((Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2016). Respecto del acceso a la justicia, la Relatora concluyó que: “El acceso de las personas con discapacidad a la justicia en el Paraguay es prácticamente inexistente, debido a la falta de accesibilidad, de ajustes de procedimiento adecuados a la edad y de for-

mación adecuada de los funcionarios del sistema judicial”. Asimismo, la Relatora se refirió a una barrera de información, al indicar que las personas con discapacidad no saben cómo hacer exigibles sus derechos por medio de procedimientos judiciales, y por otro, que no poseen los recursos económicos suficientes para cubrir los costos asociados a dichos procesos. Como se ha observado de manera recurrente en los otros países estudiados, indica también que hace falta sensibilización y capacitación de las y los funcionarios que trabajan en los servicios. De manera similar, en *Colombia*, una encuesta realizada el año 2011 a los y las funcionarias judiciales revela que el **10%** de ellos y ellas cree que se ha dejado de atender a personas en el último año debido a que no pudieron ingresar en la instalaciones, y dentro de este grupo, **casi la mitad** tiene la percepción de que las personas con discapacidad tienen dificultades porque la infraestructura no se encuentra adecuada a sus necesidades, cuestión que se incrementaría en un **80%** en ciudades pequeñas o en lugares donde no hay complejos judiciales. Así, se concluye que la “falta de adecuación física, a pesar de ser una de las medidas obvias que las entidades estatales pueden implementar para facilitar la movilidad de las personas con discapacidad, sigue siendo una tarea sin cumplir que limita y dificulta el acceso de esta población” (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora, & Uprimmy Yepes, 2014, pág. 234).

La relación entre más problemas justiciables relacionados con el derecho a la salud y menor acceso a la justicia se observa también en las personas pertenecientes a pueblos indígenas. La encuesta de necesidades jurídicas de *Argentina* (Subsecretaría de Acceso a la Justicia, 2016) da cuenta que la **población indígena es la que presenta una mayor cantidad de problemas de salud**. En efecto, si comparamos la prevalencia de los conflictos de la esfera de salud, la población indígena presenta un **57%**, en comparación con la población en general que reportó sólo un **20,7%** de problemas en esta materia, y con el colectivo de extrema pobreza y con discapacidad, que reportaron un **19,6%** y **28%** respectivamente. A su vez, es importante destacar que **dentro de los problemas que reporta la población indígena, los de salud son los más prevalentes**, siendo el único que supera los 50 puntos porcentuales, seguido por los problemas de discriminación que recién se ubican dentro del **45%**. Por su parte, vemos que la **población indígena presenta un mayor porcentaje de necesidades jurídicas insatisfechas**, alcanzando un **60,5%** en comparación con la población en general en la que sólo un **19%** contestó que sí.

Un tercer ejemplo confirma que las poblaciones que experimentan mayores problemas justiciables tienen un menor acceso a la justicia. La violencia obstétrica es un problema justiciable relacionado con la dimensión de aceptabilidad del derecho a la salud. Frente a este tipo de violencia, los Estados deben, con la debida diligencia, investigar, prevenir y sancionar esta violencia, cuestión que exige un sistema de justicia preparado para hacer valer los derechos de las personas afectadas y gestionar de manera adecuada este tipo de conflictividad. Sin embargo, en opinión de Fagioli & Lembo (2018), las víctimas de esta violencia no encuentran la respuesta adecuada por parte del sistema, toda vez que, entre otros factores: no existe la formación adecuada en los y las operadoras de justicia en esta temática; las víctimas desconocen los recursos que tienen a su disposición para enfrentar este tipo de violencia; el obstáculo de acceso que genera la fragmentación del sistema de justicia; y, la falta de patrocinio jurídico gratuito para las personas que denuncian este tipo de situaciones.

El caso mexicano es ilustrativo de lo anterior. En México existen distintos mecanismos que pueden utilizarse en casos de violencia obstétrica -tanto civiles, penales como administrativos-, pero ninguno prevé el establecimiento de medidas de reparación integral (Grupo de Información en Reproducción Elegida, noviembre 2015), no tienen una perspectiva de derechos humanos, y son mecanismos segmentados (Grupo de Información en Reproducción Elegida, agosto 2015). Esto último obliga a las víctimas a recurrir a más de un procedimiento y con ello a repetir sus declaraciones y a revivir el conflicto. En otras palabras, las víctimas se ven enfrentadas a un sistema de justicia fragmentado que las revictimiza en cada una de estas instancias. La vía administrativa es el recurso más inmediato que tienen las víctimas ante situaciones de violencia obstétrica, el que se interpone por medio de un escrito de queja ante la unidad de contraloría interna de la institución de salud respectiva. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que las víctimas pueden perseguir en cada una de estas instancias, y lo limitadas que son a efectos de la reparación integral y en el análisis de las fallas estructurales del sistema de salud, GIRE advierte un último mecanismo: las comisiones de derechos humanos tanto a nivel nacional como local (Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH). Así, no obstante éstas solo puedan emitir recomendaciones públicas, autónomas y no vinculantes, pueden contribuir en una medida importante a mejorar la actividad administrativa para que ésta ofrezca un acceso a la justicia con perspectiva de derechos humanos y con garantías de no repetición (Grupo de Información en Reproducción Elegida, noviembre 2015).

Una tercera forma de analizar los potenciales efectos redistributivos de los procesos individuales es a través de un seguimiento cercano a las decisiones administrativas y/o judiciales, así como a su implementación. Cuando hablamos de procesos individuales, especialmente en sede jurisdiccional, podemos distinguir entre aquellos dirigidos a obtener un beneficio particular -un medicamento, servicio o tratamiento antes negado, por ejemplo-, y aquellos que sirven como litigio estratégico para generar cambios estructurales o posicionar un tema en la agenda pública. El primer tipo ha dado lugar a una “rutinización” (Bergallo, 2013) de los reclamos individuales, caracterizada por la ausencia de un análisis crítico de los fallos del sistema de salud (Gottlieb, Yavich y Báscolo, 2016). El segundo tipo, por su parte, se apega más a las teorías del “activismo dialógico” y de la “regulación experimental”. La sentencia T-760/08 de la Corte Constitucional de Colombia suele reconocerse como un ejemplo de ambas teorías. Por un lado, la sentencia promovió la apertura de foros públicos para discutir las prioridades del sistema de salud, permitiendo así la participación de las personas potencialmente afectadas por políticas que habían causado violaciones sistemáticas de derechos humanos (Gargarella, 2011). De manera similar, la Corte dejó a las partes un grado de discreción al respecto de las formas de alcanzar los objetivos fijados por la sentencia, lo que ha sido entendido como “regulación experimental” (Sabel y Simon, 2004).

En este informe hemos documentado cómo la mayoría de los problemas justiciables que ingresan a los sistemas de justicia tienen un carácter rutinario, que no pretende incidir sobre las causas estructurales que dan origen a la alta prevalencia de dichos problemas. En **Argentina**, por ejemplo, “la judicialización, hasta el momento, no está promoviendo activamente la equidad, el derecho a la salud y el diálogo interinstitucion-

al (...) el litigio se ha limitado a operar como una válvula de escape protectora de los derechos individuales, pero sin demasiada incidencia en las políticas públicas de salud” (Gotlieb, Yavich, & Báscolo, 2016, pág. 1 y 8). Esta situación puede observarse también en los casos chileno y brasileño, con un alto crecimiento en el número de litigios individuales. De hecho, en algunos casos, podría suponerse que el impacto de la alta judicialización y de las líneas jurisprudenciales de algunos países están representando un retroceso de la igualdad en el derecho a la salud en términos del debilitamiento de la salud pública y del fortalecimiento de la noción del derecho a un subsistema privado de salud. Desde luego, confirmar una conclusión en esa línea requeriría de investigaciones longitudinales que escapen a los objetivos del presente informe. Sin embargo, si es posible sostener que los mecanismos administrativos y judiciales disponibles para dar solución a los problemas justiciables del derecho de atención de salud se encuentran fragmentados y resultan de poca utilidad para la tutela del derecho a la salud de las poblaciones en situación de vulnerabilidad. La transformación de los sistemas de justicia debería pasar no sólo por garantizar que el acceso individual de todas las personas a los mecanismos de resolución de conflictos. Como ha quedado de manifiesto en este informe, dicho objetivo resulta poco práctica e incluso inasible. Por el contrario, el que la intervención de los sistemas de justicia en los problemas justiciables vinculados con el derecho a la salud tenga efectos positivos en términos de la reducción de desigualdades requiere repensar en el rol de la justicia, en el diseño de medidas colectivas y en la promoción de debates estructurales.

VI. Referencias

ACIJ (2013). Sectores populares, derechos y acceso a la justicia. Un estudio de necesidades legales insatisfechas.

Allard Soto, R, Hennig Leal, M, & Galdámez L. (2016). El derecho a la salud y su (des) protección en el estado subsidiario. *Estudios constitucionales*, 14(1), 95-138.

Allard Soto, Raúl, Hennig Leal, Mônia Clarissa, & Galdámez Zelada, Liliana. (2016). El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario. *Estudios constitucionales*, 14(1), 95-138. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000100004>

Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2017. El acceso a los medicamentos esenciales es un elemento fundamental del derecho a la salud <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/Accessessentialmedicines.aspx>

Altura Management. (2019). Judicialización Isapres 2018. Santiago. Recuperado el 09 de marzo de 2020, de <https://www.alturamanagement.cl/assets/informe-recursos-de-proteccion-isapres-2018.pdf>

Altura Management. (s.f.). ciperchile.cl. Recuperado el 09 de marzo de 2020, de <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/recursos-de-proteccion-re.pdf>

Amnistía Internacional. (2009). La trampa del género. Mujeres, Violencia y Pobreza. Madrid: Editorial Amnistía Internacional (Edai).

Amon, J., Biehl, J. y Socal, M. (2016). The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil. *Health and Human Rights* 18/1.

Asamblea General Naciones Unidas. (2000). Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/54/605/Add.2)] 54/166. Protección de los migrantes - A/RES/54/166. ONU. Recuperado el marzo de 24 de 2020, de https://www.iam.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/54/A_RES_54_166_es.pdf

Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. (2013). Sectores populares, derechos y acceso a la justicia. Un estudio de necesidades legales insatisfechas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ACIJ.

Bello-Álvarez L. y Parada B. (2017). Caracterización de la mortalidad materna en comunidades indígenas colombianas, 2011 a 2013. Estudio de los registros de vigi-

lancia epidemiológica de casos centinela. Rev. Colomb. Obstet. Ginecol. [Internet]. Disponible en: <https://revista.fecolsog.org/index.php/rcog/article/view/2925>

BBC Mundo. 2017. Los 5 países en los que el aborto está completamente prohibido. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40677494>

Benítez, M. (2017). Mala praxis médica. Revista jurídica - Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, [S.l.], n. 3, p. 285-304, Disponible en: <<https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjmp/article/view/77>>

Beqiraj, J. y McNamara L. (2014). International Access to Justice: Barriers and Solutions (Bingham Centre for the Rule of Law Report. International Bar Association.

Bergallo, P., Jaramillo, I., y Vaggione, J. M. (2018). El aborto en América Latina. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

Biehl, Socal y Amon (2016). The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern. Health and Human Rights Journal. Brazil. Vol. 18. N°1.

Bocardo, A.; Fibla, G. y Reyes, A. (2019). La justicia como caleidoscopio, ¿amplificando o disminuyendo las desigualdades? Justicia del derecho a la salud y a la alimentación en América Latina. En: 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, Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pp.155- 176.

Borges D. (2018). Individual Health Care Litigation in Brazil through a Different Lens: Strengthening Health Technology Assessment and New Models of Health Care Governance. Health and human rights, 20(1), 147–162.

Cabezón, A., Lillo, R. y Fandiño, M. (2016). Mecanismos alternativos al proceso judicial para fortalecer el acceso a la justicia en América Latina. En Fandiño, M. (Ed). Guía para la Implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

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/>

Carranza Jimenez, D. (2019). El panorama de los abortos y su criminalización en El Salvador. Recuperado de <https://www.aa.com.tr/es/mundo/el-panorama-de-los-abortos-y-su-criminalizaci%C3%B3n-en-el-salvador/1563560#>

CASEN. (2017). Salud. Síntesis de Resultados. Ministerio de Desarrollo Social.

Recuperado el 27 de abril de 2020, de <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2018/10/CASEN-Salud-2017.pdf>

Castro Lasso, Edgar & Posada Abadia, Clara Isabel. (2017). Análisis de la Responsabilidad Médica, desde la óptica de la responsabilidad civil y su evolución jurisprudencial. 10.13140/RG.2.2.22560.17922. P.16

Castiglia, G. y Echegegoyemberry, M. (2017) Desafíos, de la implementación de la atención primaria de la salud desde el enfoque de derechos humanos. Espacio I+D Innovación más Desarrollo 6 (15) 10-32.

CEDDIS. (2016). Informe Nacional de Cumplimiento de la CIADDIS y el PAD. Recuperado el 11 de marzo de 2020, de https://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/documentos/discapacidad/CIADDIS-PAD_INFORMES-CUMPLIMIENTO/Segundo-Informe_CIADDIS-PAD/EVALUACIONES/Resumenejecutivo_Paraguay.pdf

CEDAW, Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) vs. Brasil, 25 de julio de 2011, Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) vs. Brasil.

CEDAW, Recomendación General N° 24. La Mujer y la Salud. 2 de febrero de 1999.

CEDAW. 2017. Concluding observations on the combined eighth and ninth periodic reports of El Salvador. Recuperado de: https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/CEDAW_C_SLV_CO_8-9_26044_E.pdf

CEJIL (2012). Herramientas para la Protección de los Derechos Humanos. Sumarios de Jurisprudencia / Salud y derechos reproductivos. Disponible en https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/sumarios_jurisprudencia_salud_derechos_reproductivos.pdf

Center for Reproductive Rights (2014). Esterilización forzada en Chile. Disponible en <https://reproductiverights.org/FSvChile>

Centro de DDHH Tlachinollan (2012). En Mini Numa, Guerrero, donde la extrema pobreza lleva a la muerte. Disponible en <https://desinformememonos.org/en-mini-numa-guerrero-donde-la-extrema-pobreza-lleva-a-la-muerte/>

Chapman, A. (2016). Global Health, Human Rights and the Challenge of Neoliberal Policies. Cambridge.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2014). Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile: CEPAL.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2019). Panorama Social de América Latina. Santiago: CEPAL.

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. CIDH. Recuperado el 15 de marzo de 2020, de <http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accessodescindice.sp.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). La situación de las personas afrodescendientes en las Américas. CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Movilidad humana. Estándares interamericanos. CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas. CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. CIDH. Recuperado el 2015 de marzo de 2020, de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). INFORME No. 120/17 PETICIÓN 2003-13. Informe De Admisibilidad. Beatriz El Salvador. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2017/ESAD2003-13ES.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía. CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2019). Políticas públicas con enfoque de derechos humanos. Washington DC: Estados Unidos.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2018). Informe Especial de la Comisión Nacional de de los Derechos Humanos sobre el estado que guarda los derechos humanos de las personas con discapacidad en las entidades federativas del país. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recuperado el 12 de marzo de 2020, de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Estudio-Personas-Discapacidad.pdf>

Consejo de Derechos Humanos de la ONU. (2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre su visita al Paraguay - A/HRC/34/58/Add.1. Asamblea General Naciones Unidas. Recuperado el 11 de marzo de 2020, de <https://acnudh.org/load/2018/03/G1643745.pdf>

Consejo de Derechos Humanos de la ONU. (2017). Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia sobre su misión a la Argentina - A/HRC/35/41/Add.1.

Asamblea General Naciones Unidas. Recuperado el 24 de marzo de 2020, de <https://acnudh.org/load/2017/08/racismo.pdf>

Conselho Nacional de Justiça (2019). Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Recuperado de: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>

Corporación Administrativa del Poder Judicial. (2016). pjud.cl. Recuperado el 09 de marzo de 2020, de <https://www.pjud.cl/documents/10179/94044/Informe+Estad%C3%ADsticas+Anuales+del+Poder+Judicial+A%C3%B1os+2013-2015.pdf/7bbe4992-006f-47e5-a4c1-7fd8445bcd11?version=1.0>

Corporación Excelencia en la Justicia. (2016). Caracterización de la justicia formal en Colombia y elementos para la construcción de una agenda estratégica para su mejoramiento. Bogotá D.C.: CEJA. Recuperado el 15 de marzo de 2020, de http://www.anif.co/sites/default/files/investigaciones/premio_luis_carlos_sarmiento_vf_0.pdf

Corporación Humanas (s.f). ¿Qué son los Derechos Sexuales y Reproductivos? Disponible en <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2016/08/DDSSRR_DIPTICO-digital.pdf>

Corte Constitucional de Colombia . (10 de marzo de 2020). corteconstitucional.gov.co. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

Corte Constitucional de Colombia (26 de febrero de 2019). Sentencia T-081/19, Expediente T-7.006.393.

Corte Constitucional de Colombia (19 de octubre de 2016). Sentencia T-573/2016, Expediente T- 5.584.835.

Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte Suprema Paraguay (2013). Consulta Constitucional En El Juicio: Amparo Constitucional Promovido Por El Abogado V.D.B.V. En Representación De La Sra. T.G. de M. c/ I.P.S. Recuperado de: <https://www.pj.gov.py/notas/8437-jurisprudencia-destacada>

Cruz, M. (2015). Acceso a derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad: el papel de las y los prestadores de servicios. *La ventana. Revista de estudios de género*, 5(42), 7-45. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362015000200007&lng=es&tlng=es.

Defensoría del Pueblo de Colombia. (2019). *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2018*. Bogotá, D. C.: Defensoría del Pueblo.

Defensor del Pueblo de la Nación (2018). *Informa Anual 2018*.

Del Castillo, A. (2001). *Medición de la Corrupción: Un indicador de la Rendición de Cuentas*. Serie Cultura de la Rendición de Cuentas, N°5.

Diario Constitucional (2016). CS acogió recurso de amparo de comunera mapuche que tuvo a su hija engrillada en clínica de Concepción. Disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/jurisprudencia-judicial/2016/12/01/cs-acogio-recurso-de-amparo-de-comunera-mapuche-que-tuvo-a-su-hija-engrillada-en-clinica-de-concepcion/>

Diario Constitucional (2018). CS condenó a ginecólogo por negligencia respecto a un embarazo que derivó en la muerte del nonato.

Diario Constitucional (2019). CS confirmó fallo que acogió protección contra Hospital Barros Luco por mantener en lista de espera por más de dos años a paciente que requiere operación. <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/accion-de-proteccion/2019/11/14/cs-confirmando-fallo-que-acogio-proteccion-contrahospital-barros-luco-por-mantener-en-lista-de-espera-por-mas-de-dos-anos-a-paciente-que-requiere-operacion/>

Diario Constitucional (2019). TC entregó fundamentos de sentencia que acogió requerimientos que impugnaron Reglamento sobre objeción de conciencia de aborto en tres causales.

Dirección de Estudios Corte Suprema de Justicia DECS (2018). *Resultados "Encuesta a usuarios de tribunales"*. Estudio modelo orgánico para una nueva justicia, Santiago 2018.

Disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/tribunal-constitucional/2019/01/22/tc-entrego-fundamentos-de-sentencia-que-acogio-requerimientos-que-impugnaron-reglamento-sobre-objecion-de-conciencia-de-aborto-en-tres-causales/>

Dirección de Estudios Corte Suprema. (2018). *Boletín Estadístico Poder Judicial 2918*. Ingreso y Término de Causas. Recuperado el 09 de marzo de 2020, de file:///C:/Users/

Laura%20Cora/Downloads/2250%20Bolet%3%ADn%20Estad%3%ADstico%20Ingreso%20y%20t%3%A9rmino%20de%20causas%20A%3%B1o%202018.pdf

Dirección General de Estadística, Encuestas y Censos. (2018). Principales indicadores de uso del tiempo y quintiles de ingresos. Presidencia de la República del Paraguay. Fernando de la Mora: dgeec. Recuperado el 17 de marzo de 2020, de <https://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/eut2016/Principales%20indicadores%20del%20uso%20del%20tiempo%20y%20quintiles%20de%20ingresos.pdf>

Donato (2017). Derecho a la salud. Recuperado de: <http://www.salud.gov.ar/dels/entradas/derecho-la-salud>.

Figueroa (2015). Farmacia municipal de Recoleta desnuda cómo la industria infla los precios de los medicamentos. Disponible en <https://ciperchile.cl/2015/11/05/farmacia-municipal-de-recoleta-desnuda-como-la-industria-infla-los-precios-de-los-medicamentos/>

Folh de S. Paulo (2020). Ministério da Saúde veta uso do termo ‘violência obstétrica’. Disponible en <https://aovivo.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/30/5909-acompanhe-todas-as-informacoes-sobre-a-pandemia-de-coronavirus.shtml>

El Desconcierto (2019). Parto Respetado en Chile: buscando salir del sopor legislativo. Disponible en <https://www.eldesconcierto.cl/2019/10/04/parto-respetado-en-chile-buscando-salir-del-sopor-legislativo/>

El Heraldo (11 de octubre de 2018). América Latina, la región con la mayor tasa de cesáreas del mundo: estudio. El Heraldo. Disponible en <https://www.elheraldo.co/salud/america-latina-la-region-con-la-mayor-tasa-de-cesareas-del-mundo-estudio-552718>

El Tiempo. (14 de mayo de 2017). Seis de cada diez que acuden a la justicia se declaran insatisfechos. Dane y DNP realizaron la mayor encuesta en el mundo sobre necesidades jurídicas. El Tiempo. Recuperado el 15 de marzo de 2020, de <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/cifras-de-insatisfaccion-con-el-sistema-de-justicia-en-colombia-87806>

Enlace Continental de las Mujeres Indígenas de las Américas. (2015). Declaración del VII Encuentro Continental de Mujeres Indígenas de las Américas. Iximulew, Guatemala. Recuperado el 18 de marzo de 2020, de http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/partnerships/docs/DECLARACION_DEL_VII_ENCUENTRO_CONTINENTAL_DE_MUJERES_INDIGENAS_DE_LAS_AMERICAS.pdf

Errandonea, J. y Martín, A. (2015). “El acceso a la justicia en el Sistema Interamericano y su impacto en el ámbito interno”. En Ahrens, H., Rojas, F. y Sainz, J. (Ed.). El acceso a la justicia en América Latina: retos y desafíos. San José, Costa Rica: Universidad para la Paz.

Facio, A. (julio de 2002). Con los lentes del género se ve otra justicia. El otro Derecho(28), 85-102.

Fagioli, D., & Lembo, M. (Julio de 2018). Violencia Obstétrica. (C. d. Observatorio de Género en la Justicia, Ed.) Boletín N° 15(15), 45-51. Recuperado el 18 de marzo de 2020, de <https://consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/genero/C7F90A0F7D3B-DA305FF1D76F0E57FB42>

Fernández-Cantón SB, Lezana-Fernández MÁ. Duración del proceso arbitral en la queja médica. *Rev CONAMED*. 2017;22(4):185-190.

Ferraz O. (2009), The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities? *Health and Human Rights Journal* 11/2.

Gamboa Montejano, C., & Valdés Robledo, S. (2015). Responsabilidad de los Profesionales de Salud. Marco Teórico Conceptual, Marco Jurídico, Instrumentos Internacionales, Jurisprudencia (Primera Parte). Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-79-15.pdf>

García, R. (2018). Expanding the Debate: Citizen Participation for the Implementation of the Right to Health in Brazil. *Health and Human Rights Journal*. Vol. 20, N°1.

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 Álvarez, R. (2018). Acceso a la justicia de personas LGBT: desafiando la exclusión y la invisibilidad. En G. Benavides Llerena (editora), & C. Reyes Valenzuela (editor), *Horizonte de los derechos humanos: Ecuador 2014-2016* (págs. 175-194). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Programa Andino Derechos Humanos, PADH; AbyaYala. Recuperado el 19 de marzo de 2020, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6596/1/DDHH-Inf-2014-2016-4-Garrido-Acceso.pdf>

Gauri, V., y Brinks, D. (Eds.). (2008). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press.

GIRE (2015). Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México. Disponible en <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>

GIRE. (2016). Causales de aborto en códigos penales estatales [Conjunto de datos]. Recuperado de <https://gire.org.mx/consultations/causales-de-aborto-en-codigos-penales-estatales/?type=aborto-legal-y-seguro>

Gfk Adimark. (2015). Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a Justicia.

Ministerio de Justicia de Chile. Santiago: Gfk Adimark Chile S.A. Recuperado el 10 de marzo de 2020, de <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/653>

Gherardi, N. (2006). Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres? . En H. Birgin, & B. Kohen, Acceso a la justicia como garantía de igualdad (págs. 129-175). Buenos Aires: Biblos.

Gherardi, N. (2016). Otras de formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar. Naciones Unidas. Santiago: CEPAL.

Gherardi, N. (2017). El derecho al aborto. En J. Di Corleto (Compiladora), Género y justicia penal (págs. 215-235). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ediciones Didot.

Gotlieb, V., Yavich, N., & Báscolo, E. (2016). Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina. *Cadernos de Saúde Pública*, 32(1), e00121114. Recuperado el 09 de marzo de 2020, de <https://doi.org/10.1590/0102-311X00121114>

Grupo de Información en Reproducción Elegida. (agosto 2015). Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México. México D.F.: GIRE.

Grupo de Información en Reproducción Elegida. (noviembre 2015). Violencia obstétrica. Un enfoque de derechos humanos. México D.F.: GIRE.

GTR (2017). Panorama de la Situación de Morbilidad y Mortalidad Maternas: América Latina y El Caribe. Disponible en <https://www.msh.org/sites/msh.org/files/msh-gtr-report-esp.pdf>

Guiñau, C. (2018). Primera aproximación a la exigibilidad -no judicial- del derecho a la salud en la provincia de Córdoba. NÚMERO 2, pp. 85-97. Recuperado de: <https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/rdys/article/view/39/27>

Gutiérrez, R. y Maldonado, A. (2009). El caso “Mininuma”: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. LXX:277.

Hunt, P. y Khosla, R. (2009). Courts and the Making of Public Policy and The Social Contract Revisited. The Role of Courts in the Implementation of Economic, Social, and Cultural Rights A Right to Health Case Study. The Foundation for Law, Justice and Society. Disponible en <https://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Hunt-Khosla.pdf>

Hutchinson, E., Balabanova, D., & McKee, M. (2019). We Need to Talk About Corruption in Health Systems. *International journal of health policy and management*, 8(4), 191–194. <https://doi.org/10.15171/ijhpm.2018.123>

Ibáñez Rivas (2013). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Steiner y Uribe (editores). Konrad Adenauer Stiftung: Santiago.

Internet Society. (2018). Community Networks in Latin America: Challenges, Regulations and Solutions. ISOC. Recuperado el 15 de marzo de 2020, de <https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2018/12/2018-Community-Networks-in-LAC-EN.pdf>

Jochnick, C. (1999). Confronting the impunity of non-state actors: new fields for the promotion of human rights. *Human Rights Quarterly*, 21(1), 56-79.

Johnston, M. (2005). *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*, Cambridge University Press.

Kendall, T., y Albert, C. (2015). Experiences of coercion to sterilize and forced sterilization among women living with HIV in Latin America. *Journal of the International AIDS Society*, 18(1), 19462.

Lambsdorff, J. (2007). *The Institutional Economics of Corruption and Reform Theory, Evidence, and Policy*. Cambridge University Press.

La Barbera, M. (2016). Interseccionalidad, un "concepto viajero": orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea. *Interdisciplina*, 4(8).

La Nación (2012). La Corte autorizó que se practique el aborto no punible que se había suspendido. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-corte-autorizo-que-se-practique-el-aborto-no-punible-en-la-ciudad-nid1516433>

La Prensa Gráfica (2019). Buscan castigar la violencia ejercida por médicos a mujeres durante el parto en El Salvador. Recuperado de: <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Buscan-castigar-la-violencia-ejercida-por-medicos-a-mujeres-durante-el-parto-en-El-Salvador-20190723-0409.html>

La Suprema Corte otorga amparo para construir pabellón especializado en VIH dentro del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias <https://fundar.org.mx/caso-pabellon-13/>

La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S., & Uprimmy Yepes, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

La Rota, M., Lalinde, S., & Uprimmy, R. (2013). *Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas. Análisis general y comparativo para tres poblaciones*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado el 09 de marzo de 2020, de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf

Latorre, R. (2020). No califica como riesgo vital: Corte Suprema niega entrega de "medicamento más caro del mundo" a niño de 5 años con atrofia muscular espinal. *La Tercera*. [online] Disponible en: [http://No califica como riesgo vital: Corte Suprema niega entrega de "medicamento más caro del mundo" a niño de 5 años con atrofia muscular espinal](http://No%20califica%20como%20riesgo%20vital%3A%20Corte%20Suprema%20niega%20entrega%20de%20medicamento%20m%C3%A1s%20caro%20del%20mundo%20a%20ni%C3%B1o%20de%205%20a%C3%B1os%20con%20atrofia%20muscular%20espinal) Visitada el 8 Mar. 2020].

LM Diario (2018). El peor final: falleció Natalí Maidana, la cordobesa que fue trasplantada en Brasil. Recuperado de: <https://lmdiarario.com.ar/contenido/79613/el-final-mas-triste-fallecio-natali-maidana-la-cordobesa-trasplantada-en-brasil>

Ludovic, R. (2013). Litigios por derecho a la salud en tres países de América Latina: revisión sistemática de la literatura. *Rev Panam Salud Publica*;33(3) 213-222.

Maffía, D. (2015). Barreras en el ejercicio de los Derechos Humanos. (C. d. Observatorio de Género en la Justicia, Ed.) Boletín N° 07, 13-17. Recuperado el 10 de marzo de 2020, de <https://consejo.jusbaire.gob.ar/acceso/genero/genero/44D00C-70D8092AC1ACC9B72036FD499A>

Manrique-Villanueva; Eslava-Schamalbach, J. (2011). Auscultando la corrupción en la salud: definición y causas. ¿Qué está en juego? *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología* Vol. 62 No. 4 • Octubre-Diciembre.

Martínez (Ed.) (2017). Derecho de acceso a la justicia: Aportes para la construcción de un acervo latinoamericano. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Neves, M. (2004). La fuerza simbólica de los derechos humanos. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27.

Mendoza, J., Herrera, L. (2017). El consentimiento informado en Colombia. Un análisis comparativo del proyecto de ley 24 de 2015 con el código vigente y otros códigos de ética. *Rev. CES Derecho.*, 8(1), 156-171

Menéndez, A. (2019). Responsabilidades de los profesionales en salud mental. Recuperado de <http://ins.salud.gob.sv/wp-content/uploads/2019/03/Responsabilidades-de-los-profesionales-del-Minsal.pdf>

Minhavidia. Sf. Violencia obstétrica: O que é, tipos e leis. recuperado de: <https://www.minhavidia.com.br/familia/tudo-sobre/34875-violencia-obstetrica>

Ministério da Saúde. (2012). Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde. Recuperado de <https://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/Carta5.pdf>

Ministerio de Salud de Chile. 2019. Ley N°21.030 a 2 años de su entrada en vigencia. Disponible en <https://www.minsal.cl/ley-n21-030-a-2-anos-de-su-entrada-en-vigencia-ive/>

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2006). Decreto Número 1011 de 2006. Disponible en https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/DECRETO%201011%20DE%202006.pdf

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. (s.f.). Trabajo y Familia. Responsabilidades compartidas y corresponsabilidad social para la igualdad de oportunidades. Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el

Mundo Laboral (CTIO), Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Recuperado el 17 de marzo de 2020, de http://trabajo.gov.ar/downloads/igualdad/110120_cuadernillo3.pdf

Montenegro, M. (2019). "La esterilización de menores de edad en situación de discapacidad intelectual", *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 37, julio-diciembre 2019, 85-117, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.05>

Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) (2020). Colmena en la Corte Suprema al fallarse que la transexualidad no es una enfermedad. Recuperado de <https://www.movilh.cl/historico-movilh-vence-a-isapre-colmena-en-la-corte-suprema-al-fallarse-que-la-transexualidad-no-es-una-enfermedad/>

Motta Ferraz, O. L. (2010). Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas law review*, 89, 1643-1668.

Motta, O. (2013). The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities? *Health and Human Rights Journal*.

Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Naciones Unidas (2009). Informe del Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental: El Derecho a la Salud y el Consentimiento Informado, *A/64/272*.

Naciones Unidas (2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre su visita al Paraguay, *A/HRC/34/58/Add.1*.

Naciones Unidas (2017). Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica, *A/74/137*.

Nerpiti, V. E. (2014). Barreras de accesibilidad arquitectónica: propuesta de superación. En P. Rosales, *Discapacidad, Justicia y Estado: barreras y propuestas* (págs. 85-99). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus. Recuperado el 11 de marzo de 2020, de http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/Discapacidad,_Justicia_y_Estado_IV.pdf

Nobre, M., Hora, K., Brito, C., & Parada, S. (2017). *Atlas de las mujeres rurales de América Latina y El Caribe*. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Santiago de Chile: FAO. Recuperado el 18 de marzo de 2020, de <http://www.fao.org/3/a-i7916s.pdf>

Norambuena, R. y Sebastián, S. Norambuena, R. and Sandoval, S. (2019). Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en materia de entrega de medicamentos: ni tan novedosa, ni tan progresista. En: *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, Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pp.75-94.

OVO (2018). Resultados Primera Encuesta sobre el Nacimiento en Chile.

Observación General. (2000). 14, The right to the highest attainable standard of health. Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights.

Observatorio Judicial (2019). Corte Suprema versus Ricarte Soto. Recuperado de: <http://www.observatoriodjudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/>

Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe. (2017). oig.cepal.org. Recuperado el 17 de marzo de 2020, de <https://oig.cepal.org/es/indicadores/poblacion-sin-ingresos-propios-sexo>

Ochoa Montero, J. (2017). ¿Porque la inequidad de los servicios de salud y la seguridad social en México? Boletín CONAMED – OPS.

OECD (2016). Leveraging the SDGs for Inclusive Growth: Delivering Access to Justice For All. Recuperado de: <https://www.oecd.org/gov/access-to-justice.htm>

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (OHCHR). 2017. La esterilización es una forma de “violencia sistemática” que se ejerce contra las jóvenes discapacitadas. Recuperado <<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/SterilizationAgainstGirlsWithDisabilities.aspx>

Oliveros, L. 2016. Síntesis Jurisprudencial sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia. MINSALUD.

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.html> [Accesado el 4 Abril 2020]

Organización de las Naciones Unidas. (2012). Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, A/67/278. ONU.

Organización Mundial de la Salud. (febrero de 2017). who.int. Recuperado el 24 de marzo de 2020, de <https://www.who.int/features/qa/88/es/>

Organización Mundial de la Salud (2006) INFORME WHO-AIMS SOBRE EL SISTEMA DE SALUD MENTAL EN PARAGUAY. https://www.who.int/mental_health/evidence/paraguay_who_aims_report_spanish.pdf?ua=1

Oyarce, A., Pedrero, M. y Ribotta, B. (2010). Mortalidad infantil y en la niñez de pueblos indígenas y afrodescendientes como indicador de derechos no cumplidos. Trabajo

presentado en el IV Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, La Habana, Cuba. Disponible en http://www.alapop.org/Congreso2010/DOCSFINAIS_PDF/ALAP_2010_FINAL507.pdf

Palma, K. (12 de agosto de 2017). Acceso a la justicia: una deuda con los inmigrantes. *Diario Uchile*. Recuperado el 24 de marzo de 2020, de <https://radio.uchile.cl/2017/08/12/acceso-a-la-justicia-otra-deuda-para-los-migrantes/>

Parra-Vera, O., & Yamin, A. E. (2013). La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica. Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

PNUD (2019). Human Development Index 2019. Recuperado de: <http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>

Poder Judicial Paraguay (2015). *Facilitadores Judiciales*. Asunción, Paraguay. Recuperado de <http://www.pj.gov.py/contenido/149-facilitadores-judiciales/149>

Poder Judicial Paraguay (2016). Encuesta realizada por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia ayudará a detectar deficiencias en el sistema judicial. Asunción, Paraguay. Recuperado de <http://www.pj.gov.py/notas/3951-encuesta-realizada-por-iniciativa-de-la-corte-suprema-de-justicia-ayudara-a-detectar-deficiencias-en-el-sistema-judicial>

Poder Judicial Paraguay (2016). Encuesta realizada por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia ayudarían a detectar deficiencias en el sistema judicial. Asunción, Paraguay. Recuperado de <http://www.pj.gov.py/notas/3951-encuesta-realizada-por-iniciativa-de-la-corte-suprema-de-justicia-ayudara-a-detectar-deficiencias-en-el-sistema-judicial>

Prat, A. (2015). Mala Praxis Médica y Responsabilidad De La Obra Social Hacen Acreedor al Cónyuge de la Paciente De Un Suma De Dinero Por Daños y Perjuicios y Le Otorgan Daño Moral. Recuperado de <http://https://www.adelaprat.com/2015/08/mala-praxis-medica-y-responsabilidad-de-la-obra-social-hacen-acreedor-al-conyuge-de-la-paciente-de-un-suma-de-dinero-por-danos-y-perjuicios-y-le-otorgan-dano-moral/>

Radi, B. (julio de 2017). Acceso de las personas travestis y trans a la Justicia. (C. d. Observatorio de Género en la Justicia, Ed.) *Boletín N° 12*, 4-11. Recuperado el 19 de marzo de 2020, de <https://consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/genero/9248DF-3F083AB1BFC48ACEB1700A825B>

Ramsay, I. (2013). Consumers' access to justice: an introduction. En Rickett, C. y Telfer, T. *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.

Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de América Latina y El Caribe (2013). *Estudio sobre Estigma y Discriminación en los servicios de salud a las mujeres trabajadoras sexuales en América Latina*.

Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones . (24 de marzo de 2020). rrocm.org. Obtenido de <http://rrocm.org/justiciasinbarreras/>

Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Misión a Paraguay <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15361&LangID=S>

República de Colombia. (2013). Informe inicial sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos de las PcD en Colombia. Informe Inicial. Recuperado el 16 de marzo de 2020, de https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/PUBLICACIONES_ARTICULOS/Informe%20Estado%20Colombiano%20Implementacion%20CDPD.pdf

Riego, C., & Lillo, R. (2015). ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la reforma. *Revista de Derecho Privado* (25), pp. 9-54.

Rodríguez Garavito, C. (2017). Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. *La lucha por los derechos sociales_ los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Dejusticia: Bogotá.

Rodríguez et al (2015). Abuso y negación de derechos sexuales y reproductivos a mujeres con discapacidad psicosocial en México. *Disability Rights International y El Colectivo Chuhcan*. México.

Rodríguez Garavito, César, Tatiana Alfonso Sierra e Isabel Cavellier Adarve. 2009. *Raza y derechos humanos en Colombia: Informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, CIJUS, Ediciones Uniandes. Observatorio de Discriminación Racial.

Rosas, L. (2017) en Piñas, G. y Rodríguez, A. (2017). Alma, una víctima de esterilización forzada en Guerrero. Disponible en <https://lasillarota.com/alma-una-victima-de-esterilizacion-forzada-en-guerrero/171218>

Ruíz, W. (2011). La responsabilidad médica en Colombia. *Criterio Jurídico*, 1(4). Recuperado a partir de <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/232>

Salinas, M. et al (2016). Mortalidad materna y desigualdades encubiertas. Una mirada en profundidad desde el ISOMontevideo. Disponible en https://www.mujeresdelsur-afm.org/wp-content/uploads/2018/pdf/INFORME-Mortalidad%20Materna-12-16_50541.pdf

Secretaría de Salud (2016). Informe sobre la salud de los mexicanos. Diagnóstico General del Sistema Nacional de Salud. Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/239410/ISSM_2016.pdf

Scheffer, M. et al (2018). Demografía Médica no Brasil. Disponible en [http://www.eps-jv.fiocruz.br/sites/default/files/files/DemografiaMedica2018%20\(3\).pdf](http://www.eps-jv.fiocruz.br/sites/default/files/files/DemografiaMedica2018%20(3).pdf)

Schetzer, L., & Henderson, J. (2003). Access to Justice and Legal Needs. A Project to Identify Legal Needs, Pathways and Barriers for Disadvantaged People in NSW". Law and Justice Foundation. Recuperado el 15 de marzo de 2020, de [http://www.law-foundation.net.au/ljf/site/articleIDs/EA0F86973A9B9F35CA257060007D4EA2/\\$-file/public_consultations_report.pdf](http://www.law-foundation.net.au/ljf/site/articleIDs/EA0F86973A9B9F35CA257060007D4EA2/$-file/public_consultations_report.pdf)

Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia. (26 de abril de 2018). Las nuevas Casas de Justicia Móviles comienzan a recorrer Bogotá. Recuperado el 15 de marzo de 2020, de <https://scj.gov.co/en/noticias/las-nuevas-casas-justicia-m%C3%B3viles-comienzan-recorrer-bogot%C3%A1>

Sentencia T-553/11, Expediente T-2.980.403 (Corte Constitucional de Colombia 7 de julio de 2011).

Sentencia T-357/17, Corte Constitucional, 26 de mayo de 2017

Servicio Nacional de la Discapacidad. (2017). Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad en Chile. Recuperado el 11 de marzo de 2020, de <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/RightAccessJusticeArticle13/states/Chile.docx>.

Servicio Nacional de la Discapacidad. (2019). [senadis.gob.cl](http://www.senadis.gob.cl). Recuperado el 11 de marzo de 2020, de https://www.senadis.gob.cl/sala_prensa/d/noticias/7963/poder-judicial-y-senadis-anuncian-medidas-para-promover-la-inclusion-y-el-acceso-a-la-justicia-a-personas-con-discapacidad

SISMO (2016). Confianza en las Instituciones. Managua Marzo 2016. Recuperado de <http://www.asamblea.gob.ni/encuestas/encuesta-marzo-2016/05.%20SISMO%20XLVIII%20-%20CONFIANZA%20EN%20LAS%20INSTITUCIONES%20-%20Marzo%202016.pdf>

Soto, L & Soto, C. (2020). Políticas Antigénero en América Latina, Paraguay. Brasil. Editorial ABIA. Recuperado de: <http://www.cde.org.py/wp-content/uploads/2020/02/Proyecto-Genero-y-Pol%C3%ADtica-en-Am%C3%A9rica-Latina-Capitulo-Paraguay.pdf>

Subsecretaría de Acceso a la Justicia. (2016). Diagnóstico de necesidades jurídicas insatisfechas y niveles de acceso a la justicia. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Subsecretaria 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/diagnosticoinformefinal-dic2016.pdf

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/diagnosticoinformefinal-dic2016.pdf

Superintendencia de Salud (2018). Fiscalización de los derechos en salud. VIII Encuentro nacional de calidad en salud http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/671/articles-17372_recurso_5.pdf

Superintendencia de Salud (2018). Fiscalización de los Derechos en Salud. VIII Encuentro Nacional de Calidad en Salud. Recuperado de: http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/671/articles-17372_recurso_5.pdf

Symington, A. (2004). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las mujeres y cambio económico*, 9(8), 1-8.

T13. (10 de febrero de 2016). ¿CÓMO EVALÚAS LA JUSTICIA DE CHILE? 95% DE LAS PERSONAS CREE QUE HAY TRATOS PREFERENTES. Recuperado el 15 de marzo de 2020, de <https://www.t13.cl/noticia/nacional/como-evaluas-justicia-chile-95-personas-cree-hay-tratos-preferentes>

Timm, A. Donoso, A. (2019). Exigibilidad y justiciabilidad del derecho a vivir en un medio ambiente sano en el caso de Quintero-Puchuncaví. En *Diálogo sobre la protección jurisdiccional de los derechos a la salud, educación, trabajo, seguridad social y medio ambiente sano en países de América Latina*. Fibla, G. (coordinador). Centro de Estudios de Justicia de las Américas: Santiago.

Tobin, J. (2012). *The right to health in international law*. Oxford University Press.
UCA-ODSA (2013). *Desajustes en el desarrollo humano y social (2010 - 2011 - 2012)*. Inestabilidad económica, oscilaciones sociales y marginalidades persistentes en el tercer año del Bicentenario.

UNICEF (2013). *Situación del Derecho a la Salud Materna, Infantil y Adolescente en Paraguay*. Disponible en <https://www.unicef.org/paraguay/media/1686/file/informe-salud.pdf>

Universidad Nacional Autónoma de México . (2010). *Estudio de opinión sobre la satisfacción de los usuarios de justicia ofrecido por los órganos de impartición de justicia en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Área de Investigación aplicada y opinión . UNAM. Recuperado el 10 de marzo de 2020, de https://amijorgmx.files.wordpress.com/2016/10/satisfaccion_de_los_usuarios.pdf

Ureste, M. (24 de abril de 2017). Con engaños, chantajes y amenazas: los casos de anticoncepción forzada en México. *Animal Político*. Disponible en <https://www.animalpolitico.com/2017/04/enganos-chantajes-amenazas-los-casos-anticoncepcion-forzada-mujeres-mexico/>

Van Aaken, A., Feid, L. & Voigt, S. (2008). Power Over Prosecutors Corrupts Politicians: Cross Country Evidence Using a New Indicator. CESIFO WORKING PAPER NO. 2245.

Vargas, M. (2012). "Investigación exploratoria sobre la ejecución civil en América Latina". Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina. Centro de Estudios de Justicia de las Américas: Santiago.

Villarreal, P., 2018. The Direct Justiciability of the Right to Health at the IACtHR. [Blog] voelkerrechtsblog, Disponible en: <<https://voelkerrechtsblog.org/the-direct-justiciability-of-the-right-to-health-at-the-iacthr/>> [Visitado en 9 de marzo 2020].

Viñals, V. (6 de octubre de 2014). Violencia Obstétrica: La herida invisible del parto. Diario UChile. Disponible en <https://radio.uchile.cl/2014/10/06/violencia-obstetrica-la-herida-invisible-del-parto/>

World Health Organization (s.f.). Global Health Expenditure database. Disponible en <https://apps.who.int/nha/database>

World Justice Project México. (2019). worldjusticeproject.mx. Recuperado el 10 de marzo de 2020, de <https://worldjusticeproject.mx/a2jmx-2019/>

World Justice Project. (2020). Global Insights on Access to Justice. Recuperado de <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/special-reports/global-insights-access-justice>

Yamin, A. E. (2008). Will we take suffering seriously? Reflections on what applying a human rights framework to health means and why we should care. *health and human rights*, 45-63.

Yamin, A., & Parra-Vera, O. (2010). Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates. *Hastings international and comparative law review*, 33, 101-130. Recuperado el 15 de marzo de 2020, de https://www.researchgate.net/publication/260386770_Judicial_Protection_of_the_Right_to_Health_in_Colombia_From_Social_Demands_to_Individual_Claims_to_Public_Debates

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.

Yamin, A. (2019) The Right to Health in Latin America: The Challenges of Constructing Fair Limits, 40 *U. Pa. J. Int'l L.* 695.

