

NOTA DE JURISPRUDENCIA

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN RELACIÓN AL DERECHO A LA SALUD Y SUS CONSIDERACIONES DESDE LA ÉTICA Y EL DERECHO

*Mariana Blengio Valdés**

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de diciembre de 1948 se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Unos meses antes se había adoptado en la IX Conferencia Interamericana la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹. Ambos documentos constituyen el punto de partida de una rama específica del Derecho Internacional Público que habrá de fortalecerse a lo largo de este período de setenta años. La proyección de los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos incluyendo además del americano, el europeo y el africano, constituye una de las particularidades de la construcción jurídica del Derecho Internacional Público y específicamente la rama que habrá de incorporar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este proceso de consolidación de esta rama compuesta por documentos de diversa naturaleza así como también por jurisprudencia de órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales (Cortes Europea, Interamericana y Africana; y Comités entre otros) creados en función de dichos sistemas, se confluye además con la perspectiva que proyecta la ética de lo vital conformada por lo que comprende hoy, el Derecho Internacional de la Bioética.

La Bioética entendida ésta como ética de la vida, hunde sus raíces en la evolución misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La concepción universalista cuyo eje se centra en la dignidad de la persona y que fundamenta la Bioética proyecta el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales. El Derecho y la Bioética en definitiva se

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Universidad de la República. Profesora Agregada de Derechos Humanos y Profesora Adjunta de Bioética y Principios Constitucionales Facultad de Derecho Universidad de la República. Directora de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. Coordinadora de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos de la UDELAR 2002 - 2016. Correo electrónico: ius@netgate.com.uy

¹ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

asocian para siempre bajo la premisa del respeto a la condición y singularidad de la persona y su dignidad intrínseca.

Dentro de esta evolución normativa, lugar clave ocupa la Declaración de Bioética y Derechos Humanos adoptada por unanimidad por los Estados Miembros en la Conferencia General de la UNESCO en el año 2005². El documento expresa que a la luz de los “rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología” se hace imperioso “dar una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos, a partir del respeto a la dignidad humana y los derechos humanos. Esta Declaración remite en forma expresa a la Declaración de 1948, para profundizar en muchos aspectos las previsiones contenidas en ésta incorporando una serie de principios que los Estados firmantes habrán de respetar. Entre éstos se destaca en primer lugar: el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales; la autonomía y el consentimiento; el respeto de la vulnerabilidad y la integridad personal; la privacidad y confidencialidad; la igualdad justicia y equidad; la no discriminación y no estigmatización; el respeto a la diversidad cultural y pluralismo; la responsabilidad social y salud; el aprovechamiento compartido de los beneficios; la protección de las generaciones futuras.”³

En relación al derecho humano a la salud, en su carácter de derecho económico y social, el mismo comprende aspectos que se abordan desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y también, del Derecho Internacional de la Bioética. Entendemos en tal sentido que muchas de las consideraciones que vinculan al derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable así como también, al contenido mismo de este derecho, comprenden aspectos que vinculan la Ética y el Derecho, y en forma específica el relativo a los Derechos Humanos, en tanto aparejan dilemas éticos que problematizan y complejizan la adopción de resoluciones.⁴

En consecuencia, y atento a dichas particularidades, el abordaje desde la ética de lo vital de los desafíos que plantea el derecho humano a la salud se transforma en un imperativo ineludible a la hora de adoptar decisiones que promuevan el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Partimos de esta sintética introducción como marco general, con el objetivo de contextualizar la temática que abordaremos a continuación a partir de una nota de jurisprudencia sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

² Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Fecha de consulta: 1 de noviembre 2018.

³ Puede ampliarse en la obra “Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco”. Coordinada por María Casado. Publicación en abierto patrocinada por el Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona. www.bioetica.yderecho.ub.edu/master. Fecha de consulta: 30 de octubre 2018.

⁴ Puede ampliarse en texto de nuestra autoría. “Salud, acceso a medicamentos y Bioética”. Revista Derecho Público No. 48. Montevideo, 2015. pp 13 a 38. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/blengio.php> Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

⁵ Puede ampliarse en: “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”. Coordinadores Gros Espiel, Héctor y Gómez Sánchez, Yolanda. Granada. 2006.

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD

El 23 de agosto de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia definitiva en el caso *Cuscul Pivaral y otros* contra el Estado de Guatemala.⁶ La Corte IDH resolvió que Guatemala fue responsable por la violación del derecho a la salud, la vida, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial de 49 personas afectadas por la enfermedad de VIH. En el fallo la Corte IDH constata asimismo la existencia de actos de discriminación por razón de género en relación a dos de las víctimas. La responsabilidad del Estado emerge según el órgano judicial interamericano, de las omisiones observadas en relación a la atención de las personas con VIH así como también en el inadecuado tratamiento médico de las víctimas a lo largo de los años, lo que constituyó según la Corte IDH un incumplimiento al deber de garantizar el derecho humano a la salud.

Los hechos refieren a 34 personas vivas portadoras de VIH y otras 15 fallecidas comprendiendo también a sus familiares. El tema objeto de la litis radicó en la falta de una adecuada atención médica por parte del Estado a dicho grupo de personas que además de vivir con el virus de VIH, se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad por razones económicas sociales y culturales vinculadas a la pobreza.

La sentencia reviste importancia en la medida que aborda en forma específica a través de sus consideraciones, la efectividad de los derechos económicos y sociales focalizando en el derecho humano a la salud, en señal de clara evolución del propio sistema interamericano de derechos humanos.

Sin perjuicio de los diversos elementos que se desprenden del fallo, merece especial atención un aspecto innovador que se introduce a partir del mismo. Concretamente en lo relativo a la responsabilidad atribuida al Estado de Guatemala por la violación del principio de progresividad establecido en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sentencia innova en la temática, al interpretar y atribuir por primera vez a un Estado miembro del sistema interamericano, el incumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo del derecho a la salud.

Como antecedente inmediato del referido fallo y con especial interés en relación al contenido y alcance del derecho humano a la salud, puede relevarse la sentencia de 8 de marzo de 2018 recaída en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. En esta sentencia la Corte IDH declaró por unanimidad la responsabilidad internacional del Estado Chileno por no garantizar a la víctima su derecho a la salud (artículo 26 CADH) mediante servicios necesarios básicos y urgentes con relación a su situación de especial vulnerabilidad en su carácter de persona mayor lo que derivó en su fallecimiento.⁷

⁶ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

⁷ Puede verse texto completo de la sentencia en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf Fecha de consulta: 30 octubre 2018. Sobre el tema puede consultarse texto de nuestra autoría: "La autonomía de las personas mayores en el ámbito sanitario. Voluntades anticipadas y suspensión de tratamientos" En Revista Derecho Público. No. 51. Montevideo, 2017, pp. 7 a 14. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/48> Fecha de consulta: 1 noviembre 2018.

III. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

En el año 1948 la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la IX Conferencia internacional Americana celebrada en Bogotá, estableció en el artículo XI: “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”.⁸ La Declaración Americana de Derechos del Hombre constituye el punto de inicio en la consagración normativa internacional interamericana.

En el año 1969 se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ la cual sustancialmente consagra derechos de naturaleza civil y política así como también disposiciones relativas a la obligación de respetar los derechos humanos y adoptar disposiciones de derecho interno que lo habiliten; garantías; límites y suspensión de derechos; interpretación normativa y lo referido a los órganos de supervisión del Sistema (Comisión y Corte IDH). En relación a los Derechos Económicos Sociales y Culturales contenido en el Capítulo III, encontramos un único artículo (26), que consagra su desarrollo progresivo. Se establece que:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar las providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

En el año 1988 se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).¹⁰ En el artículo 10 se consagra el derecho de toda persona a la salud, entendida ésta como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Agrega que con el fin de hacerlo efectivo las partes se comprometen a reconocer la salud como un “bien público” y particularmente a adoptar medidas concretas que promuevan la atención integral en toda su extensión. El inciso f) prevé específicamente la satisfacción de las necesidades de salud por los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza son los más vulnerables.

Sin perjuicio de otras previsiones contenidas en tratados aprobados en el marco del Sistema como por ejemplo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) donde también hay previsiones referidas al derecho humano a la salud, nos detendremos en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores suscrita en la Ciudad

⁸ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

⁹ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

¹⁰ Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Fecha de consulta: 28 octubre 2017.

de Nueva York en 2015 que ya ha entrado en vigor.¹¹ El objeto del tratado¹² radica en promover, proteger y asegurar el pleno goce de los derechos y libertades de las personas mayores de 60 años, contribuyendo a la vez a la plena inclusión, integración y participación en todos los planos de la vida individual y social. El texto refiere a problemáticas específicas y amplias. En el caso que nos ocupa referimos específicamente a las previsiones que contiene el texto en materia sanitaria. Así puede verse que consagra el derecho de las personas mayores a recibir servicios de cuidado a largo plazo (artículo 12) y el derecho a la salud física y mental sin ningún tipo de discriminación (artículo 19). En forma extensa la previsión enumera aspectos relativos a la atención sanitaria que incluyen la obligación de los Estados de diseñar e implementar políticas públicas inter sectoriales de salud orientadas a la atención integral. Otros vinculados a la necesidad de garantizar el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad para las personas con enfermedades transmisibles y no transmisibles incluyendo aquellas de transmisión sexual. Se previó asimismo la obligación de garantizar a la persona mayor la disponibilidad y el acceso a medicamentos reconocidos como esenciales por la OMS incluyendo los necesarios para cuidados paliativos.

La Convención resulta de interés como puede verse pues sin perjuicio que refiere a los integrantes de un grupo específico (esto es, mayores de 60 años), sus previsiones permiten vislumbrar un desarrollo normativo concreto y específico de las obligaciones asumidas por los Estados en relación a la atención sanitaria. Así como también en el fondo la referencia a aspectos éticos que refieren a dilemas vinculados a la autonomía y la adopción de decisiones en el ámbito sanitario.

IV. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Como se ha mencionado la sentencia recaída contra el Estado de Guatemala en el caso *Cuscul Pivaral y otros*, innova en relación a este principio. Concretamente establece que el Estado de Guatemala violó el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La sentencia establece que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Afirma en tal sentido que la Corte está por ende facultada a supervisar su cumplimiento en base a los artículos 62 y 63 de la CADH.¹³

En tal sentido la Corte IDH reitera que “el derecho humano a la salud se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”.¹⁴

¹¹ Puede verse texto completo de la Convención referida y estado de ratificaciones en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

¹² Uruguay ratificó la Convención por ley 19430 de 8 setiembre 2016.

¹³ Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. (párrafo 97).

¹⁴ Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (párrafo 98).

La Corte reseña dos tipos de obligaciones que derivan de los DESCAs protegidos en el artículo 26:

Aquellas de exigibilidad inmediata y aquellas de realización progresiva. Y al respecto la Corte destaca que: “la obligación de la realización progresiva de los DESCAs prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para la efectiva protección de estos derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las persona ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal”.¹⁵

Esta situación fue debidamente constatada según surge de la sentencia, en tanto las víctimas no accedieron hasta el año 2004 a la atención médica estatal de su enfermedad. Para luego del año 2004, el acceso a la asistencia sanitaria fue de carácter irregular, nulo e inadecuado; no accedieron a pruebas periódicas diagnósticas que les permitieran prevenir enfermedades oportunistas; no tuvieron apoyo social durante el tratamiento estando sumergidas en la pobreza; no fueron contempladas en el acceso a los establecimientos sanitarios ubicados a mucha distancia de sus viviendas.

En conclusión:

La Corte IDH establece que a partir de la interpretación literal, sistemática y teleológica que realiza, se concluye que el artículo 26 de la CADH protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de esos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la CADH por lo que están sujetas a obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de la Corte en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento.

Su fundamentación se basa además de las cuestiones formales, “en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales y ambientales así como su compatibilidad con el objeto y fin de la CADH que es la protección de los derecho fundamentales de los seres humanos”.

Reitera asimismo que de las normas sociales y sobre educación ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA se deriva el derecho humano a la salud remitiendo al caso *Poblete Vilches vs. Chile* al que ya hemos hecho referencia.

En la parte resolutive la sentencia dispone:

Que Guatemala es responsable por la violación del derecho a la salud de conformidad con el artículo 26 de la CADH, en relación al artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las 49 personas listadas como víctimas.¹⁶

Dispone asimismo medidas para la reparación integral de las víctimas dentro de las cuales merece especial atención las siguientes:

El deber de “implementar mecanismos de fiscalización y supervisión de los servicios de salud, mejorar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones de salud para personas que viven con VIH, garantizar la provisión de antirretrovirales y la demás

¹⁵ Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Ver B.4.1.1. (párrafo 141 y ss.) Estándares sobre el derecho a la salud aplicable en relación con el principio de progresividad.

¹⁶ Sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Puntos resolutive. (1).

medicación indicada a la toda persona afectada, ofrecer a la población las pruebas diagnósticas para la detección del VIH, implementar un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud, garantizar el tratamiento médico adecuado a mujeres embarazadas que viven con VIH y realizar un campaña nacional de concientización y sensibilización en la temática”.¹⁷

Como hemos expresado esta interpretación resulta innovadora. Abre en definitiva las puertas a un nuevo aspecto que potencia la justiciabilidad del derecho humano a la salud en su carácter de derecho de naturaleza económica y social y determina la obligación de progresividad prohibiendo la inactividad del Estado en su tarea de instrumentar acciones para la efectiva protección de estos derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o a su integridad personal.

V. ÉTICA Y DERECHO

La reseña esbozada en esta nota nos permite realizar algunas consideraciones que aluden al respeto a los derechos humanos como un imperativo ético.¹⁸

La atención sanitaria comprende en su esencia el respeto a la dignidad de la persona y la consideración de su condición humana¹⁹. El ordenamiento jurídico internacional ha ido en estos 70 años de consolidación normativa incorporando paulatinamente previsiones relativas a la salud como valor a proteger inherente a la persona humana, y concretamente al reconocimiento del derecho humano a la salud, lo que comprende la atención sanitaria de calidad, el acceso a tratamientos y medicamentos y la consideración de otros aspectos determinantes de la salud como la alimentación y la satisfacción de necesidades básicas.

Este proceso también se va profundizando en el ámbito jurisprudencial con interpretaciones que van marcando una tendencia hacia la justiciabilidad de los derechos de naturaleza económica y social. Y concretamente en relación al derecho humano a la salud la interpretación que apuesta a proyectar el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la CADH en vinculación con el artículo 1 relativo a la obligación de respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su pleno y libre ejercicio en toda su jurisdicción.

Este proceso que consideramos relevante, entendemos debe ir acompañado de las consideraciones que promuevan el vínculo con la Ética de lo vital. Para poder incorporar la perspectiva de la Bioética en el encuadre normativo, contribuyendo a permear las decisiones a adoptarse en relación a los asuntos que se diriman en el plano jurisdiccional. La progresividad en materia de derecho humano a la salud supone la proyección de

¹⁷ Sentencia Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Puntos Resolutivos. (14).

¹⁸ Puede ampliarse en CASADO, María. “Bioética y Derecho”. En “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”. Granada, 2016, pp. 29 a 46.

¹⁹ Puede ampliarse en texto de nuestra autoría: “La dignidad humana como parámetro de interpretación en fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Bioética. ¿La definición inexistente? Revista de Derecho Público No. 49. Montevideo 2016, pp. 31 a 54. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/49/archivos/Blengio49.pdf> Fecha de consulta: 30 octubre 2018.

principios tales como la autonomía y la auto determinación; la protección de la vulnerabilidad; la no estigmatización y no discriminación y el principio de justicia. Entendida esta como principio que refiere a la equidad en la distribución de los servicios o beneficios sanitarios o asistenciales. Según este principio se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo de que sean tratados con justicia y equidad.²⁰

El vínculo entre Ética y Derechos Humanos se transforma en un factor ineludible para determinar el alcance de las obligaciones estatales y por ende la responsabilidad estatal. Dicha complementación habilita a incorporar aspectos éticos insoslayables como por ejemplo las previsiones contenidas en la propia Declaración de Bioética y Derechos Humanos relativas a la vulnerabilidad humana señalando que tanto individuos como grupos especialmente vulnerables “deberán ser protegidos respetando su integridad personal” (artículo 8). Así también el principio de responsabilidad social y salud incluido en el documento (artículo 14) que prevé la promoción de la salud y el desarrollo social como un cometido esencial de los gobiernos debiéndose promover el acceso a la atención médica de calidad y a medicamentos esenciales, “ya que la salud es un bien social y humano”. Así también el acceso a una alimentación adecuada y a la mejora de las condiciones de vida, incluyendo la “supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo”.

Considerando relevante la profundización de las temática relativa a la justiciabilidad de los DESC y específicamente la consideración del derecho humano a la salud como un derecho autónomo según se vislumbra en la jurisprudencia de la Corte IDH, se considera como factor de proyección la necesidad de incorporar el vínculo existente entre el “dilema ético” y el “respeto a los derechos de la persona basados en su condición humana”.

La consideración ética de la vida humana comprende el reconocimiento del derecho a tener derechos, basado en los principios de interdependencia e indivisibilidad que habilitan a proteger la vida humana desde una mirada holística que comprenda la esencia misma de la persona y su dignidad.

Reafirmamos entonces la necesidad de que el sistema interamericano cuyo desarrollo continúa profundizando la justiciabilidad de los derechos en su integralidad, también incorpore en forma progresiva previsiones normativas concretas que desde el propio sistema interamericano, comprendan consideraciones éticas. De forma de visualizar mínimos éticos que permitan fortalecer el valor intrínseco de la dignidad humana y su protección por parte de la norma internacional. Reafirmación que se realiza por entender relevante el hecho de concientizar al ser humano en la necesidad de reflexionar sobre su propia existencia como fundamento de la Humanidad.

²⁰ Declaración de Bioética y Derechos Humanos (2005) Unesco. Artículo 10. Puede ampliarse en BERGEL, Salvador. “Responsabilidad social y salud”. En la obra “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”. Granada, 2006, pp. 395 a 420.