

El derecho a la salud, su garantía y la política pública. Breves notas de doctrina y jurisprudencia

The right to health, its guarantee and public policy. Brief notes on doctrine and jurisprudence

Daniel Augusto Figallo Rivadeneyra

RESUMEN: en este artículo pretendo exponer la posición del derecho a la salud como derecho fundamental y como derecho social desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

He elegido el derecho a la salud porque creo relevante advertir del cambio de paradigma que se ha producido por el azote de la pandemia evidenciándose, en muchos casos, que la política pública dispuesta para proporcionar protección de la salud estaba muy lejos de los mínimos aceptables en el marco de los derechos humanos.

El sometimiento de una política pública de salud (por su deficiencia o por su omisión) a la justicia constitucional en sede doméstica está más vigente hoy, más aún cuando las circunstancias límite han desfigurado al derecho y al programa constitucional de bienestar.

ABSTRACT: in this article I intend to expose the position of the right to health as a fundamental right and as a social right from constitutional doctrine and jurisprudence.

I have chosen the right to health because I believe it is relevant to warn of the paradigm shift that has occurred due to the scourge of the pandemic, showing, in many cases, that the pu-

blic policy established to provide health protection was very far from the minimum acceptable in the human rights framework.

The submission of a public health policy (due to its deficiency or omission) to constitutional justice at the domestic level is more valid today, even more so when extreme circumstances have disfigured the right and the constitutional welfare program.

PALABRAS CLAVE: derecho a la salud, política pública, jurisprudencia constitucional, derechos económicos sociales y culturales, Estado constitucional.

KEY WORDS: right to health, public policy, constitutional jurisprudence, economic, social and cultural rights, constitutional State.

SUMARIO: I. El derecho a la salud: concepción y posición en el sistema de los derechos humanos. II. El Estado constitucional ¿derechos fundamentales sociales o programas políticos esenciales? III. El reconocimiento constitucional y las sentencias que inciden en el establecimiento de una política pública adecuada a los estándares de concreción del derecho a la salud. IV. Conclusiones. Referencias.

I. EL DERECHO A LA SALUD: CONCEPCIÓN Y POSICIÓN EN EL SISTEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lo que una persona aprecia respecto de su buena salud es considerar que su condición física, mental y espiritual están bien. Esta apreciación se verá sometida, entre otros condicionantes a, por ejemplo, los embates del tiempo, a la herencia genética, a los accidentes, al clima, al delito, y dependerá de la forma como nos interrelacionamos, nos apreciamos y cuidamos, desplegando efectos bidireccionales en nuestra relación con el medio ambiente, nuestra cultura y definitivamente con las condiciones de nuestro entorno económico y social.

La visión ideal de una buena salud está asociada al disfrute de un estado de bienestar integral, que supone, además de con-

cebirnos a partir de la autocomprensión —la mirada de uno y sobre uno mismo— apreciarnos con relación a la salud del otro, desterrando el estigma frente a la aflicción o inclusive aceptando la forma en que una comunidad se relaciona con la vida y con la muerte o con la propia concepción de enfermedad y el modo que se adopta para enfrentar las amenazas.¹

En el documento de constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se señala que “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Se añade 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”.²

En el plano del derecho internacional de los derechos humanos caminamos desde el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, y nos conducimos hasta la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) que, en su artículo 12 profundiza en las obligaciones mínimas de los Estados respecto del derecho a la salud.

¹ Hemos sido testigos de cómo es que se adoptaron diversos modos para enfrentar la pandemia del SARS-CoV-2. Los márgenes de maniobra de los Estados —por ejemplo, aislamiento absoluto, parcial o voluntario— se adoptarían teniendo en cuenta la capacidad de respuesta del sistema de salud para dar atención a los casos más graves en cada país o estado, estaría impregnada de retórica e ideología, las veleidades del control y de la libertad. En noviembre de 2022 se publica en la Revista *Nature* el artículo “A multinational delphi consensus to end the covid-19 public health threat”, en el que 386 investigadores de 122 países presentan un documento de consenso con recomendaciones, que servirían para afrontar la amenaza del COVID y desaparecerla, reclamando a su vez la inacción o demora en la reacción de la OMS. Al momento de redactar este artículo se informa sobre los pobres avances, o el fracaso —hasta el momento— de las negociaciones para la adopción de un acuerdo para la prevención, preparación y respuesta a una pandemia; las reuniones con ese propósito se han reanudado este mes y hasta ahora hay un *draft* que se ha puesto a disposición por la OMS, <https://www.nature.com/articles/s41586-022-05398-2>

² Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Preámbulo, https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-sp.pdf

Se avanza notablemente con la Observación general 14 del 2000, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) cuando se señala 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”,³ es

[...] un derecho inclusivo que no solo 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 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”.⁴

Que contiene como elementos esenciales a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad “cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado estado parte”.⁵

El sistema que se despliega a nivel internacional establece que las obligaciones de los estados se realizan y exigen teniendo en cuenta los recursos disponibles, de allí que se advierta que el pacto, en lo que se refiere al derecho a la salud, sería de aplicación progresiva; sin embargo se expresa, en la observación anotada *supra*, aquellas obligaciones que son de efecto inmediato: 1) la no discriminación y 2) la obligación de adoptar medidas deliberadas y concretas en aras de la realización del derecho.⁶

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 14, art. 9, *in fine*, <https://www.refworld.org/es/leg/general/cescr/2000/es/36991>

⁴ *Ibidem*, art. 11.

⁵ *Ibidem*, art. 12.

⁶ *Ibidem*, art. 30. Otras observaciones generales del CDESC que desarrollan los elementos del derecho a la salud son: Comité DESC, OG-No. 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 3 y 10; Comité DESC, OG-No. 4, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 8; Comité DESC, OG-5, E/C.12/1994/13, 1994, párr. 34; Comité DESC, OG-6, E/1996/22, 8 de diciembre de 1996, párrs. 5 y 34; Comité DESC, OG-15, E/C.12/2002/11,

Como era de esperarse, el sistema universal ha trabajado en torno a lo que significa obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de recursos de que disponga” conforme se expone en el artículo 2.1 del PIDESC. Así el CDESC declara en el 2007 que evaluará en el examen a los Estados, entre otras consideraciones, las medidas adoptadas, los medios que se disponen, atendiendo al nivel de desarrollo del país, su situación económica, la urgencia de atención de otras necesidades, si existe participación de la comunidad y si sus decisiones son adoptadas de manera transparente.⁷ En esta dirección se aprueba el Protocolo facultativo del PIDESC que dispone la competencia del CDESC para atender comunicaciones sobre vulneraciones a los derechos económicos sociales y culturales (DESC) y su evaluación y resolución de responsabilidad.

En la actualidad (mayo de 2024) solo 26 son Estados parte y 24 más son Estados signatarios (148 países no han desplegado ninguna acción).⁸

En el Sistema Interamericano se proclama el derecho a la salud en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre “[t]oda 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”, y es vinculante y por tanto fuente de obligaciones internacionales respecto de los Estados que no han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin duda el sistema se fortalece a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero la con-

20 de enero de 2003, párrs. 3 y 8; Comité DESC, OG-16, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 29; Comité DESC, OG-18, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12; Comité DESC, OG-19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrs. 13 y 14; Comité DESC, OG-20, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 33.

⁷ Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2007/1 del 21 de septiembre de 2007, https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/e.c.12.2007.1_sp.pdf

⁸ ONU, Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, <https://indicators.ohchr.org/>

cepción del derecho a la salud viene dado, ya en específico, y lejos de la generalidad expuesta en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁹ en el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador-1988): “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

Es por esto que la Corte IDH en un inicio despliega su jurisprudencia en protección del derecho a la salud, pero de manera indirecta ya que, cuando aborda los casos, los asocia con la afectación al derecho a la vida o a la integridad física, entendiéndose la no justiciabilidad internacional directa de los DESC.

No obstante, luego se va generando una jurisprudencia que implica la aplicación directa del artículo 26 de la Convención y que resuelve declarar la responsabilidad del Estado por vulneración directa de un DESC y en especial el derecho a la salud.

El primer caso en el que se advierte la aplicación directa y judiciabilidad de los DESC es el caso *Lagos del Campo vs. Perú*¹⁰ y en específico, para el derecho a la salud, es el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*,¹¹ derivando la autonomía de dichos derechos desde la Carta de la OEA (arts. 34 y 45), la Declaración Americana y su integración para la interpretación (Opinión Consultiva

⁹ El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone o siguiente: “Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar 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”

¹⁰ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340, párrs. 142 a 145, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

¹¹ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

OC-10/89) y la propia Convención Americana. Así, la Corte IDH estima que:

[...] la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.¹²

No escapa al más básico criterio de apreciación que en un entorno deshumanizado como el de la guerra o la devastación por catástrofes se produce un cambio radical del paradigma construido para abordar la definición y el contorno elemental de la concepción del derecho a la salud.

A lo dicho se agrega la condición de pobreza extrema que a muchos humanos afecta y que están lejos de contar con las condiciones necesarias para que se implante un estado de salud que provoque el desarrollo de la persona, sea física, mental y espiritualmente.

También lo es que ciertas comunidades, como por ejemplo las de aislamiento voluntario o las de contacto inicial, la transmisión de enfermedades es una amenaza para su supervivencia y requiere un tratamiento especial de parte del Estado y la sociedad.

Vemos que la obsesiva búsqueda de definición que el derecho requiere se embriaga ante un cúmulo de componentes, condicionantes y factores. Al tratar de encontrar una definición nuclear, esta se hace esquivia, más aún si nos adentramos en concepciones que trascienden de la dimensión biológica o naturalista hacia lo social y lo cultural, es decir cuándo nos adentramos en la integralidad.

¹² *Ibidem*, párr. 1183.

Entonces ya no solo intentamos definir el contorno esencial del derecho a la salud, sino que debemos ver al derecho junto e indisoluble a la protección que sobre este se despliega;

[...] la distancia entre lo que estipula el derecho (la norma jurídica) y su ejercicio, está determinada en parte por lo que se conoce desde la filosofía del derecho como las condiciones de posibilidad, que pueden ser objetivas y subjetivas, y que aluden a aquellas condiciones que permiten que las personas ejerzan su derecho a la salud o a la protección de la salud en forma individual y colectiva.¹³

Es desde la cumbre de los derechos humanos y las obligaciones de los Estados que se irradia la formación jurídica del derecho a la salud en los órdenes constitucionales internos. Para apreciar esta interrelación y ver cómo reacciona la jurisdicción constitucional respecto de las políticas públicas y la concreción de tal derecho es necesario echar una mirada a la positivación del derecho a la salud y cuál puede ser su posición en un Estado constitucional.

II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ¿DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES O PROGRAMAS POLÍTICOS ESENCIALES?

La conceptualización del Estado constitucional se aborda desde dos dimensiones: formal y material.

Un Estado se considera constitucional desde la perspectiva formal cuando su Constitución es reconocida como la norma jurídica suprema. Esto implica: i) procedimientos rígidos y límites para su reforma: la Constitución debe tener procedimientos claros y estrictos para su modificación; ii) división del poder: asignación clara de competencias esenciales a diferentes partes del gobierno; iii) sistema de control y límites: mecanismos para limitar y controlar el ejercicio del poder, y iv) derechos constitucionales garantizados: la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales deben ser garantizadas a través de la jurisdicción constitucional.

¹³ Castro, Ana Rita, “La salud cosida con el derecho. Derecho fundamental y derecho humano, según la propuesta de Ferrajoli”, *Jurídica Ibero. Revista Semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, año IV, núm. 8, México, enero-junio, 2020, p. 65.

Desde la dimensión material, la realización efectiva del Estado constitucional requiere que los preceptos y postulados de la Constitución estén integrados en el espacio y el tiempo jurídico y político de la comunidad.

Mientras la Constitución sea el trazo entre lo legítimo y lo ilegítimo, se podrá apreciar cómo se ha formado un compromiso social duradero, que es a su vez la expresión de una forma de convivencia plural. Esta convivencia supone sacrificios, concesiones y satisfacciones entre las partes que conforman el cuerpo social, convirtiendo a la Constitución en la base de una convivencia sustentada en la confianza recíproca.¹⁴

Mucho se ha investigado para explicar o descubrir cuáles son los factores constitutivos de la constitución material. Es importante prestar atención a estos factores, ya que la relación dinámica entre constitución formal y material en el espacio-tiempo permitirá apreciar los procesos jurídicos de reconocimiento de los derechos fundamentales, las obligaciones derivadas para la comunidad y el Estado, y la posibilidad de intervención de la jurisdicción constitucional. En estos aspectos encontraremos el mapa de la “fundamentalidad” y el campo de relación entre lo político y lo jurídico.

Goldoni y Wilkinson destacan cuatro factores que proporcionan la sustancia material y dinámica interna del proceso de ordenación constitucional: “la unidad política”, “el conjunto de instituciones”, “la red de relaciones sociales” y el “conjunto de objetivos políticos fundamentales”.¹⁵

La aproximación mencionada es disruptiva respecto a la juridificación de la constitución, y revela un proceso que podría haber pasado desapercibido en las Américas: el reclamo del apego político de la constitución (constitucionalismo político). Esto destaca las limitaciones interpretativas de los jueces y desplaza

¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Madrid, Trotta, 2014, pp. 112-134.

¹⁵ Goldini, M. y Wilkinson, M. A, “La constitución material”, *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 187, enero-marzo 2020, p. 13, <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.187.01>

la tarea interpretativa hacia las esferas del parlamento y del ejecutivo.¹⁶

Así, las tensiones y polémicas sobre si un derecho, un principio, una perspectiva integradora o la propia interpretación de los cánones constitucionales es de algún modo correcta u oportuna, a menudo son las que los “funcionarios” del poder estatal consideran apropiadas. En este contexto, Minkinen sostiene que, si observamos la Constitución desde el prisma de la teoría política, los enfrentamientos propiciados por las políticas gubernamentales que amenazan derechos o la constitucionalidad misma mediante reglas de excepción, o por un activismo judicial desbocado que pone en peligro el principio democrático, son propios del mundo del *polemos* y expresan la tensión dentro de la unidad en el marco de un conflicto abierto y dinámico.¹⁷

Es conocido que, dentro del ámbito del derecho constitucional, el desarrollo de la Constitución se produce, en primer y superior término, a través de la ley (no exclusivamente, pero si especialmente), y la validación de su aplicación está en manos de los jueces. Así, será a partir de la interpretación constitucional (judicial) que se determinará el ámbito de intervención de la jurisdicción en el proceso político, sin distorsionar el principio democrático y, en conjunto con el canon de corrección funcional, se establecerá cuán justiciable es la satisfacción de un DESC y, por ende, el derecho a la salud y su protección. Esto permitirá determinar si es posible cuestionar una política pública, ya sea por afectación o por omisión.

Con esto en mente, y con el ánimo de fomentar un debate, recurro a varios juristas del constitucionalismo que abordan la posición de los derechos sociales en la Constitución, cada uno desde su propio objeto de estudio.

Comienzo con la posición y análisis del profesor Klaus Stern y la posición de los DESC dentro del sistema de derechos funda-

¹⁶ *Ibidem*, p. 16.

¹⁷ Minkinen, P., “Political constitutionalism vs. political constitutional theory: law, power and politics”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, Nueva York, julio de 2013, pp. 585-610, <https://doi.org/10.1093/icon/mot020>

mentales en un Estado constitucional. Claro es que Stern basa su enfoque en la ley fundamental de la República Federal de Alemania y que establece que los derechos fundamentales son de vigencia inmediata y no meros enunciados programáticos (art. 3.1 de la Ley Fundamental de Alemania),¹⁸ lo que implica su reconocimiento como normas jurídicas objetivas y su implementación como derechos subjetivos. Esto incluye: 1. derechos de protección frente al Estado, como libertades individuales, igualdad jurídica y participación ciudadana (derechos reaccionales o negativos); y 2. derechos de pretensión y de protección, como el derecho al sufragio, tutela judicial, asilo, acceso a cargos públicos y nacionalidad (derechos positivos).¹⁹

Stern señala que, aunque se han creado y ampliado nuevos derechos después de las guerras, no se han previsto adecuadamente las protecciones sociales, económicas y culturales. Estos derechos son distintos de los clásicos y dependen más del legislador y del presupuesto, lo que puede generar conflictos con los derechos negativos.²⁰

Al respecto Alberto Oehling de los Reyes, sobre Stern expresa que para el jurista alemán, los derechos sociales alcanzan nivel fundamental solo en lo que respecta a lo estipulado en los artículos 6.4, 6.5, 14.2 y el 1.1, limitándose a: la asistencia a las madres e hijos extramatrimoniales, el interés social y utilidad pública de la propiedad y la aseguración de un mínimo existencial con base al principio de dignidad, compartiendo tal posición con los derechos fundamentales reaccionales y de pretensión y protección señalados; los demás derechos que se mencionan carecen de rango constitucional fundamental y por una razón práctica: los derechos fundamentales nacen para ser efectivos inmediatamente y de modo

¹⁸ Deutscher Bundestag, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, trad. de Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

¹⁹ Stern, Klaus, "El Sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, setiembre-diciembre 1988, pp. 263.-264, <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35268rcec01259.pdf>

²⁰ *Ibidem*, p. 264.

incondicional, mientras que los derechos sociales dependen muy estrechamente del desarrollo legislativo y del presupuesto, de allí que existe un primer nivel de fundamentalidad, y lo demás está en el nivel de lo programático y disponible a la acción política.²¹

Robert Alexy, propone un modelo de derechos fundamentales sociales de mínimos y ponderación: por un lado está el principio de libertad fáctica y por el otro los “principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de división de poderes”.²² En mi concepto la pieza principal de la fundamentación del Profesor de la Universidad Christian-Albrechts, es su aproximación respecto de la libertad fáctica que implica que el ser humano aprecia la importancia de no tener que vivir en circunstancias extremadamente deficitarias para su existencia; y esta situación será más importante que superar el déficit de las libertades jurídicas, pues estas últimas serán fórmulas vacías; a ello se agrega que en tanto los derechos fundamentales tiene como objetivo el desarrollo libre de la persona humana, estos deben de asegurar los presupuestos que permita a la persona actuar realmente.²³

La cuestión entonces se centrará en si los derechos fundamentales sociales son vinculantes y, de ser así, cuál es su contenido y si es posible determinarlo, de allí se elabora la posibilidad de la judicialización. Un ejemplo que se trae a colación es la sentencia sobre la pensión de orfandad emitida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1975²⁴ en donde se desarrolla la cláusula del Estado social y el aseguramiento de las condiciones mínimas de existencia humana acorde con la dignidad. Esta jurisprudencia luego es desarrollada con mayor amplitud en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 9 de febrero de 2010.²⁵

²¹ Stern, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, trad. Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 26 y 27.

²² Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 494.

²³ *Ibidem*, pp. 488-489.

²⁴ BVerfGE 40, 121, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040121.html>

²⁵ Tenorio Sánchez, Pedro J., *El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana*, pp. 157 y ss., <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/282/444>

Es oportuno entrar en el tema, desde otra posición. Lo hacemos a través de Ferrajoli. Para el maestro florentino, el positivismo garantista tiene su sello en los patrones que la constitución implanta hacia la producción normativa. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos sean estos de prestación o de protección, es decir son la expectativa positiva o negativa que se adscribe a un sujeto a través de una norma jurídica.²⁶

El aporte transformador de Ferrajoli, y que nos sirve para el presente artículo, se encuentra en la distinción que realiza sobre derechos y garantías.

Un derecho que se recoge en la constitución no deja de ser uno fundamental porque no tenga una garantía expresa asociada a su eficacia.

La enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías sociales adecuadas o positivas adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y de justiciabilidad parangonables a las aportadas por las garantías liberales o negativas para la tutela de los derechos de libertad.²⁷

Desde una postura integracionista de los derechos fundamentales de sus contenidos Zagrebelsky con una llamada a Bobbio señala que “existe una línea continua que vincula entre sí a todos los derechos, como quiera que se les califique (derechos civiles, derechos políticos, derechos sociales). No hay violación de algunos de ellos que no se refleje en todos los demás”.²⁸

La dificultad, añade el jurista, está en el control y sus efectos, ello pues el juez constitucional que enfrenta una deficiencia o un vacío producido por el legislador, respecto del cual se le demanda acciones positivas y no solamente deberes de abstención,

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 37.

²⁷ *Ibidem*, p. 63.

²⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, cita a Bobbio “una persona instruida es más libre que una inculta; una persona con trabajo es más libre que una desocupada; una persona sana es más libre que una enferma”, p. 234.

adopta una cobertura del vacío por la inconstitucionalidad (sentencias en su parte aditivas). En estos casos, la sentencia judicial será inamovible en la parte que expulsa la norma por inconstitucional (cosa juzgada constitucional), sin embargo, la parte de la sentencia que introduce una norma en sustitución de la que ha sido expulsada, se da dentro de una gama de posibilidades para cubrir el vacío y por tanto esta parte de la decisión, es una que está en el nivel de la ley y por tanto podrá ser modificada o sustituida por el legislador.²⁹

Otra mirada es la que desarrolla Francisco J. Bastida, haciendo explicación de la Constitución española, que en su artículo 43.1 se reconoce el derecho a la protección de la salud, aun cuando sea claro que es fundamental que se garantice la protección a la salud, este no es un derecho fundamental pues la propia constitución no lo sitúa en dicha posición y además deja en total manos del legislador desarrollar su configuración jurídica, por lo que solo podrá “alegar ese derecho en los términos dispuestos en la ley”.³⁰

En línea opuesta se plantea que todas las objeciones, incluyendo la no judiciabilidad de los DESC, se basan en profundos prejuicios y de un discurso que se asume como cierto: la “supuesta factibilidad y eficacia inmediata de la protección jurisdiccional de los derechos individuales”, y que para los DESC siempre se requiere la intervención del legislador, aun cuando los demás derechos fundamentales siempre han requerido la intervención del legislador (la legislación civil, penal, procesal, electoral). Esta postura desarrollada por Liborio L. Hierro³¹ profundiza además en el análisis que Alexy despliega respecto de los DESC y las aparen-

²⁹ *Ibidem*, pp. 236 y 237.

³⁰ Bastida J., Francisco, “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en Robert Alexy *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 144, https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/Libros_Publicados/Cuadernos_Fundacion/DERECHOS_%20SOCIALES_Y_%20PONDERACION.pdf

³¹ Hierro L. Liborio, “Los Derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en Robert Alexy *et al.*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

tes aporías: no-definitividad, no gratuidad y no justiciabilidad y añade además una reflexión oportuna respecto de la necesidad de la ponderación para no dejar totalmente en manos del legislador a los DESC recurriendo a la concepción de “derechos fundamentales sociales mínimos”, “es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica” de modo que es posible la judicialidad si se está por debajo de los mínimos.³²

No podemos dejar de aproximarnos a aquellos juristas que en el camino para justificar la judicialidad y por lo tanto vinculatoriedad de los DESC, se acerquen a la “exigibilidad indirecta” es decir buscando su relación con otros derechos que tengan garantías directas y positivities en la constitución: se usa como “estrategia” de exigibilidad indirecta a la “invocación del principio de igualdad, el debido proceso, la vinculación con otros derechos civiles o políticos. Estas posiciones han sido recogidas por Abramovich y Courtis, por Luis Prieto y se ventilan en las sentencias aditivas de algunos tribunales constitucionales.³³

Hemos recorrido brevemente la aproximación a la apreciación de la judicialización de las pretensiones que requieren acciones positivas del Estado en materia de los DESC, y el asunto no es pacífico. Pero la jurisdicción constitucional está señalada cierta ruta que permite avizorar la eficacia del derecho a la Salud en escenarios que pueden provocar la modificación o adopción de una política pública más adecuada a su concreción. Veamos algunos ejemplos, en especial en el caso de Perú.

³² *Ibidem*, p. 214.

³³ Pacheco Rodríguez, Miguel Ángel, “Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 79, 2017, pp. 277 y 278, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.011>

III. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LAS SENTENCIAS QUE INCIDEN EN EL ESTABLECIMIENTO DE UNA POLÍTICA PÚBLICA ADECUADA A LOS ESTÁNDARES DE CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

En Iberoamérica muchos países han reconocido en su texto constitucional el derecho a la protección de la salud de manera autónoma, otros además han incluido el derecho al acceso a un sistema de seguridad social que engloba a las prestaciones de salud.

Voy a compartir algunas sentencias que han trazado el camino a recorrer frente a la omisión o ineficacia de una política pública advertida por los jueces constitucionales respecto al derecho a la salud.

Un caso paradigmático se produce en Perú y gira en torno a la dotación de retrovirales para el VIH/SIDA y que no permitía que el demandante acceda a dichos medicamentos. Ante esta alegación de concreción del derecho a la salud del demandante, el Estado argumentó que “[...] el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto”.³⁴

El Tribunal Constitucional advirtió que “El derecho a la salud [...] comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido”.³⁵ Pero además se adentra en el escabroso asunto del carácter programático de los DESC y zanja el asunto en la posición de la necesidad de su mínima satisfacción por lo que establece que “La exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando se compruebe que puede efectuar acciones concretas para la ejecución de políticas sociales”.³⁶

³⁴ Sentencia de Amparo 0206-2004-AA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, Sala primera, Lima, 5 de octubre de 2004, <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>

³⁵ *Ibidem*, fundamento 27.

³⁶ *Ibidem*, fundamento 32.

En otro caso una “cuidadora” y curadora, y además madre de una paciente con diagnóstico de enfermedad mental, pide a la justicia constitucional que se deje sin efecto el alta que implica la salida de su hija del hospital, ello pues le resulta imposible asumir los requerimientos y cuidados que su hija necesita. En esta sentencia el Tribunal Constitucional integra en su decisión todos los instrumentos de los derechos humanos relativos a los DESC, además analiza la política del estado peruano respecto de la salud mental. De manera expresa deplora la inacción y omisión del legislativo para aprobar las normas de rango de ley sobre salud mental que en ese momento no existían, profundiza en la secuela de la violencia política que sufrió el país, las calamidades por terremotos, entre otros impactos que afectan a la salud mental, alerta sobre el escaso presupuesto asignado a la protección de la salud mental, señalando además que Perú estaba incumpliendo sus compromisos internacionales. En el caso concreto, el Tribunal, aun cuando conoció por la participación de expertos en psiquiatría de la tendencia a la desinstitutionalización, también apreció dichos informes (*amicus curiae*) que señalaron que la salida de la beneficiaria y la discontinuación inminente del tratamiento provocaría una reagudización severísima de su padecimiento.³⁷

Otro momento trascendente para la jurisprudencia peruana se produce cuando se interpone un *hábeas corpus*, en el que se vincula el derecho a la salud con la libertad personal. El caso provoca que el Tribunal Constitucional señale expresamente que los derechos sociales gozan del carácter de exigibilidad directa, más aún si tal derecho está en consonancia con el derecho a la libertad individual. En este sentido compone nuevamente los criterios de exigibilidad, siendo estos: la gravedad y razonabilidad del caso, la vinculación del caso con otros derechos fundamentales, la disponibilidad presupuestal, siendo este último cedente frente a la amenaza a la vida.

La demanda, que se presenta en favor de diversas personas que se encontraban en un hospital psiquiátrico sin su consentimiento y lejos de la circunstancia precedente de la emergen-

³⁷ *Ibidem*, fundamentos 1 y ss.

cia fue un hito importante pues aun cuando elabora una serie de argumentos de protección del presupuesto y de derivación programática, se llama la atención de la deficiente política pública y destino del presupuesto que se ejecuta de modo tal que no se brindan espacios para el tratamiento adecuado de las adicciones y que persigan la progresión favorable de los pacientes.

En Colombia el desarrollo de la jurisprudencia sobre la judicialidad de los DESC es notable, y será su Corte Constitucional la que definirá un antes y un después de la política pública en salud del país a través de la sentencia T-760/08. Para el propósito de este artículo me permito tomar de tal sentencia el marco que la Corte establece que “[...] la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos, (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”.³⁸

La jurisprudencia adoptada provocó cambios importantes en la legislación colombiana en materia de adopción de políticas públicas de Salud, como la Ley Estatutaria 1751 de 2015.³⁹

En Ecuador, la Corte Constitucional reconoce el derecho fundamental al acceso a los medicamentos y ordena la adecuación de la política pública atendiendo al artículo 85 de su Constitución Política, estableciendo plazos para ello y un monitoreo de la implementación de su sentencia, asimismo dicta los precedentes de obligatorio cumplimiento dirigidos a los jueces para una adecuada protección jurisdiccional del derecho a la salud y el acceso a los medicamentos.⁴⁰

³⁸ Acción de Tutela, Corte Constitucional de Colombia, Segunda Sala de Revisión, 31 de julio de 2008, considerando 3.3.10 y ss., <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>

³⁹ Ley Estatutaria No. 1751 del 16 de febrero de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, Congreso de Colombia, <https://www.dssa.gov.co/index.php/descargas/1496-ley-1751-de-2015-estatutaria/file>

⁴⁰ Acción de Protección, Sentencia 679-18-JP/20, Corte Constitucional de Ecuador, Pleno, 5 de agosto de 2020, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-679-18-jp-20-y-acumulados/>

En México, que tiene una jurisprudencia que va a desarrollando cuales son los puntos de ejecutabilidad inmediata y otros que pueden ser parte del programa de salud, la Corte Suprema dicta la sentencia 82/2022, en un caso en el que se suspende el otorgamiento gratuito de un medicamento esencial para seguir su tratamiento por falta de abastecimiento. El paciente tuvo que recurrir al mercado privado y con el riesgo de no poder seguir solventando el costo del medicamento esencial para su salud. La Corte dictaminó que se vulneró el derecho humano a la salud por el retraso en la entrega del medicamento (disponibilidad) y además por realizar los esfuerzos para solucionar tal omisión, y ordena además de la entrega inmediata y continuidad de su abastecimiento el reembolso de los gastos en los que incurrió el paciente y reclamante del amparo.⁴¹

En Perú, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional ha debatido un caso en que el amparista pide a la justicia constitucional la provisión de unos medicamentos específicos para el tratamiento de una dolencia degenerativa. En dicha sentencia se evidencia el debate del alcance de las decisiones del alto tribunal y sus efectos en el presupuesto de la república y se manifiestan en los fundamentos singulares que se plantean en el caso, que finalmente opta en mayoría porque se declare fundada la demanda y se ordene la entrega de un medicamento especial para el tratamiento que se solicita, recorriendo la forma como las autoridades han evaluado o no el asunto de su eficacia específica. Valga anotar que, en dicha sentencia, en línea de principio se señala que:

Los derechos sociales fundamentales, en tanto posiciones jurídicas subjetivas a acciones positivas por parte del Estado, representan obligaciones concretas para este respecto a sus titulares. En ese sentido, la problemática acerca de los derechos sociales fundamentales no gira en torno a si estos son derechos fundamentales vinculantes, sino respecto a la forma en que han de ser cumplidos por el Estado.⁴²

⁴¹ Amparo en Revisión 82/2022, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 12 de abril de 2023, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2023-03/AR-82-2022-29032023.pdf

⁴² Proceso de amparo, Sentencia 589/2023, Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda, 24 de mayo de 2023, <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/01503-2022-AA.pdf>

IV. CONCLUSIONES

La doctrina aún hace distinciones entre los derechos individuales y políticos y los DESC, inclusive en aquellos casos en los que se reconoce su judiciabilidad.

Hay una tendencia a la intervención de la justicia constitucional en las políticas públicas cuando se trata de afectaciones al principio de dignidad y los DESC, advirtiéndose un control jurisdiccional de mínimos.

La impronta e influencia del sistema de protección de los derechos humanos tiene una especial relevancia al momento de apreciar las afectaciones que se pueden producir en sede doméstica respecto de las políticas públicas y su aterrizaje en casos concretos.

REFERENCIAS

- Acción de Protección, Sentencia 679-18-JP/20, Corte Constitucional de Ecuador, Pleno, 5 de agosto de 2020.
- Amparo en Revisión 82/2022, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, 12 de abril de 2023.
- Acción de Tutela, Corte Constitucional de Colombia, Segunda Sala de Revisión, 31 de julio de 2008.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BASTIDA J., Francisco, “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en Robert Alexy *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- CASTRO, Ana Rita, “La salud cosida con el derecho. Derecho fundamental y derecho humano, según la propuesta de Ferrajoli”, *Jurídica Ibero. Revista Semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, año IV, núm. 8, México, enero-junio, 2020.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 14.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2007/1 del 21 de septiembre de 2007.

Ley Estatutaria No. 1751 del 16 de febrero de 2015 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, Congreso de Colombia.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

Deutscher Bundestag, *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, trad. de Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

GOLDINI, M. y WILKINSON, M. A, “La constitución material”, *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 187, enero-marzo 2020.

Hierro L. Liborio, “Los Derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en Robert Alexy *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

MINKINEN, P., “Political constitutionalism vs. political constitutional theory: law, power and politics”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 3, Nueva York, julio de 2013.

Organización Mundial de la Salud (OMS), Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

PACHECO RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, “Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 79, 2017.

Proceso de amparo, Sentencia 589/2023, Tribunal Constitucional del Perú, Sala Segunda, 24 de mayo de 2023.

Sentencia de Amparo 0206-2004-AA/TC, Tribunal Constitucional del Perú, Sala primera, Lima, 5 de octubre de 2004.

STERN, Klaus, “El Sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Madrid, setiembre-diciembre 1988.

STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, trad. Alberto Oehling de los Reyes, Madrid, Dykinson, 2009.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J., *El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana*.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Madrid, Trotta, 2014.