

Derecho a la salud y Covid-19. Una lectura en clave de derechos humanos: indivisibles, interdependientes y no regresivos.

15 de mayo de 2020

Leoncio Patricio Pazmiño Freire
Vicepresidente de la Corte IDH.

Introducción.

Enfrentamos una crisis global y regional sin precedentes a partir del surgimiento del Covid-19. Si podemos resumir una frase que recoge el sentimiento generalizado en redes y medios tradicionales, muchos coinciden en afirmar que: “nada volverá a ser igual”. En la post pandemia: “todo tendrá que cambiar”.

A partir de este marco de referencia, este sentido común que ha venido generalizándose, ojala podamos coincidir que todos y todas, personas naturales y jurídicas, nacionales e internacionales, públicas y privadas, enfrentamos la impostergable tarea de repensarnos en nuestras esencias, límites, capacidades y proyectos de vida, individuales y en común, para que, desde la humildad de los grandes avances y logros que hemos alcanzado como especie humana, demos cara y asimilemos, igualmente, los resultados perversos y devastadores de este modelo de vida y praxis cultural que ha quedado dramáticamente expuesto por el manto volátil de la pandemia, la misma que se ha transformado, como todo desastre natural, en un fenómeno igualador, provocando lo que nunca hemos podido hacer los homo sapiens: impactar y afectar, sin exclusiones, en mayor o menor medida, a todos y todas, sin rangos, categoría, castas, distinción o estrato social.

Muchos de los liderazgos en nuestros países, casi en su totalidad hombres, así como las élites dirigentes o gobernantes, locales y nacionales, han quedado manifiestamente expuestos como incapaces de posponer sus particulares intereses de familia y de grupos a los que se deben, sea a partir de la negación de los hechos y de la ciencia, o gracias al traspaso a terceros de sus responsabilidades, bien por propias decisiones u omisiones, o por manifiesta negligencia. Absortos constatamos decisiones de política pública, tributaria, fiscal o laboral que aprovechándose de la emergencia, dejan de lado y arrasan con los derechos sociales y laborales de la gente, ejerciendo un abuso inaceptable del poder público punitivo para perseguir a sus

opositores, tomar decisiones o aprobar leyes y reformas de carácter económico emergente, por sobre los límites y controles constitucionales y convencionales, causando una grave lesión al orden público interamericano, poniendo en jaque la forma de organización democrática y el propio Estado de Derecho.

El enfoque de derechos humanos es imprescindible.

El pasado 9 de abril la Corte Interamericana emitió una importante Declaración que reitera la importante necesidad de abordar los problemas y desafíos que surgen producto de la Covid-19 desde una perspectiva de derechos humanos.

Estamos enfrentando por primera vez una suerte de crisis sistémica global que se desarrolla a partir del Covid 19, como nunca antes se ha visto en la historia reciente de la humanidad. Esto significa que los Estados tienen que tomar acciones positivas con salidas que no pueden – ni deben- ser ortodoxas, pero que siempre privilegien los derechos humanos.

A la fecha, existe en el Sistema Interamericano un importante desarrollo de precedentes y decisiones que han delineado un conjunto de obligaciones que deben adoptar los Estados y que no pueden ser dejadas de lado al momento de abordar esta crisis. Es momento de confrontar la realidad con las obligaciones internacionales y aterrizarlas en políticas públicas y estrategias de gestión gubernamental en arreglo y cooperación con organismos multilaterales de crédito para asegurar una adecuada y oportuna protección de derechos.

Una comprensión conglobada de los tres ejes de la jurisprudencia de la Corte IDH nos permite una mayor comprensión del tratamiento del derecho a la salud en el contexto de la pandemia en la región.

En primer lugar se encuentra un aspecto que tal vez a estas alturas ya parece anacrónico, en términos de discusión académica, pero que es importante a efectos de las respuestas que deba dar la justicia en los estados parte del sistema, frente a los reclamos de los familiares de las víctimas; esta nueva realidad es que el derecho a la salud ha sido reconocido internacionalmente, bajo sentencias de la Corte, como un derecho autónomo y por tanto justiciable de manera directa sin necesidad de vincularlo necesariamente con violaciones concomitantes, complementarias o precedentes de otros derechos. A continuación, comparto los contenidos de algunos de los estándares:

Estos estándares entendidos como límites mínimos para la atención médica de urgencia han sido delimitados por la Corte Interamericana en casos como *Cuscul Pivaral Vs. Guatemala* y *Poblete Vilches Vs. Chile*, y, son los siguientes:

- a) **Calidad**, se debe 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.
- b) **Accesibilidad**. Los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos.
- c) **Disponibilidad**. Se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población.
- d) **Aceptabilidad**. Los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad.

Conforme el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son permitidos tratos discriminatorios¹, “por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; aquí se deja abierta la posibilidad para otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas.

Está prohibida la discriminación por la edad cuando se trata de las personas mayores.

¹ Cfr. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, *supra*, Preámbulo y artículo 5. Véase también el Preámbulo de la Constitución de la OMS, *supra*, párr. 3, que establece que [e]l 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.

Sobre mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, públicas y privadas:

- la atribución de responsabilidad puede surgir por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.
- *“una eventual atención médica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades, podría conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o a la integridad del paciente”*². De esta forma, dicha obligación de supervisión y fiscalización se debe actualizar de manera constante, particularmente cuando de los servicios de urgencia médica se trate³.

Se debe garantizar al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación.

Para la Corte las personas mayores son sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, y como grupo en situación de vulnerabilidad, hay una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud. Lo anterior se traduce en la obligación de brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias de manera eficiente y continua. En consecuencia, el incumplimiento de dicha obligación surge cuando se les niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, pudiendo también ocasionar una vulneración de otros derechos.

La Corte ha determinado que se produce una violación del derecho a la salud por la falta de provisión del tratamiento intensivo que se requiere en las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI), con motivo de la falta de disponibilidad de camas, la falta de asistencia, a través de un respirador mecánico, así como la omisión de dispensar al paciente el traslado a otro centro médico que contara con las

² Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, *supra*, párr. 149.

³ Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, *supra*, párr. 152.

instalaciones necesarias. Dichas prestaciones resultaban básicas para el tratamiento de urgencias.

En segundo lugar está la no discriminación en el acceso a la salud. Se trata de una obligación inmediata. Por inmediata queremos decir que no está sujeta a condiciones, a consideraciones adicionales o incluso a suspensiones. Es el deber inmediato del Estado de “adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud”. En este sentido en este contexto no se puede discriminar ni hacer distinciones de ningún tipo con respecto a los servicios que actualmente brindan para combatir la pandemia.

A su vez, el principio de no discriminación incluye una obligación positiva: “crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”.

Por lo tanto, es condición transversal del derecho a la salud que el Estado garantice un trato igualitario a todas las personas y que adopte medidas positivas respecto de quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad o riesgo. En el contexto de esta pandemia, esto incluye, por un lado, las vulnerabilidades que general las ya conocidas como morbilidades del Covid-19, estas son el sobrepeso, la diabetes, la edad, etc, mientras, por el otro lado están la necesidad de protección a grupos históricamente discriminados, como personas de bajos recursos, en situación de calle, adultos mayores, mujeres, personas indígenas, LGBTI, entre otros.

Principal mención requiere la urgente necesidad proveer de protección especial a las trabajadoras y trabajadores de la salud con insumos, equipos, materiales e instrumentos con bioseguridad que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

Por tanto, los parámetros señalados, claramente nos indican que en la actual situación de emergencia sanitaria, los Estados están frente a la obligación de adecuar y organizar razonable y oportunamente la cantidad y calidad de la inversión pública en materia de salud pública con el fin de atender a las vulnerabilidades específicas de la población con una visión de derechos humanos.

La interdependencia e indivisibilidad de los derechos supone necesariamente ver el panorama completo, percibir a los derechos de manera transversalizada, integral, para así comprender que las obligaciones de no discriminación y, sobre todo, el principio de no regresividad deben materializarse en la práctica para proteger a la

gente y sus derechos. Especialmente si consideramos que las constricciones que enfrentan nuestros Estados son estructurales y producto de años de falta de inversión y un inadecuado orden de prioridades en la estructuración y aprobación de los presupuestos estatales.

La posibilidad de abordar integralmente estas repuestas requiere una visión de políticas públicas que permita romper estas barreras existentes en el acceso a servicios básicos y a derechos sustanciales para una calidad de vida digna.

Mientras algunos países han empezado a discutir, otros se niegan a aceptarlo, y algunos empiezan a implementar iniciativas novedosas, como, por ejemplo, sobre el acceso a un ingreso mínimo vital a ciertos sectores de la población. Estas iniciativas podrían contribuir a crear mecanismos que nos acerquen al goce efectivo de los derechos humanos y a la justicia social para millones de personas en la región.

En tercer lugar, se encuentra la no regresividad. En el *caso Cuscul Pivaral Vs. Guatemala*, la Corte Interamericana se pronunció por primera vez al respecto. Se trata de la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos humanos, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Si bien es cierto, que la Corte ha considerado la importancia de que exista una flexibilidad necesaria en la comprensión de este principio que de cuenta responsablemente de las realidades propias del Estado, su interacción con la comunidad internacional y la dinámicas y dificultades propias de la economía, ha sido muy clara en señalar que no se admiten medidas de carácter deliberadamente regresivas.

Las obligaciones de realización progresiva de los DESCAs requieren la continua implementación de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos. De esta forma, la dimensión progresiva de protección de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso cierto, de actuaciones materiales, objetivamente comprobables de cuya ejecución y resultados se pueda colegir una mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables.

En esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los 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 su integridad personal.

La Corte considera que el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que *de facto* –y no sólo *de jure*– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud.

Las medidas de carácter deliberadamente regresivo requieren una consideración más cuidadosa y deberán justificarse y fundamentarse plenamente dado su potencial y probable afectación a la totalidad de los derechos humanos y, principalmente, dentro del contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado dispone.

En estas circunstancias, un Estado sólo puede adoptar medidas regresivas en tanto que su aplicación sea restringida, justificada y se haya demostrado de manera cabal que no era posible o factible la aplicación de otras alternativas existentes menos gravosas.

Persiste un grave peligro en la falsa dicotomía entre economía y derechos humanos. Los derechos humanos, particularmente, el derecho a la salud y la vida, como otros derechos económicos y sociales, por su implicancia y efecto en grandes conglomerados, especialmente los más vulnerables, deben estar en el centro de las consideraciones de las políticas públicas.

Privilegiar el “salvar la economía” resulta excluyente y discriminatorio, siendo como usualmente se lo plantea: una prelación para favorecer al capital y sus propietarios, lo que se traduce en beneficios de unos pocos, bastante pocos, en detrimento de grandes mayorías, generalmente las menos favorecidas de la sociedad, y sobre la base de la vulneración al derecho a la salud, a la alimentación, a la vivienda, a la educación, al agua y saneamiento, al trabajo y a la protección social.

Son por estas circunstancias y peculiaridades cuando se hace necesario analizar el principio de no regresividad con mayor detalle y solvencia jurídica. El contenido de este principio tiene como propósito evitar una afectación mayor a los derechos,

busca que no se conculquen derechos reconocidos, y si esto se produce, se debe acreditar de manera suficiente y probada que no existían otras alternativas de decisión para lograr disminuir el daño y afectación a otros derechos.

Por esta reflexión es que se torna prioritario en este escenario de emergencia sanitaria y de medidas de política fiscal, que debe asumirse que la regla siempre seguirá siendo la protección efectiva de los derechos y que la afectación de los mismos será de extrema excepción.

Tal como lo ha señalado el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU, un paquete de estímulo fiscal bien diseñado y que priorice el gasto en salud para contener la propagación del virus y brinde apoyo económico a los hogares más afectados por la pandemia, cumpliría además con ayudar a minimizar la profunda recesión económica, puesto que las medidas de austeridad en momentos como estos terminan incidiendo en el goce de este y otros derechos. Es por ello que se debe analizar la no regresividad desde una perspectiva integral y no limitada a priorizar intereses determinados.

Ya hemos hablado de la supuesta dicotomía entre “salvar la economía” o “salvar los derechos humanos”. En estas circunstancias, es esencial que los recursos vayan a ampliar la base del goce y satisfacción de los derechos de manera prioritaria y expansiva. El relato más apropiado para esta dicotomía podría ser: salvar la economía, sí, para salvar los derechos y proteger a la gente; lo que nos haría actuar congruentes con la voluntad de los estados fundadores de la OEA cuando se comprometieron a trabajar por un “régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

La respuesta de la cooperación internacional y el multilateralismo, por una parte, y el principio de garantía colectiva de los derechos protegidos por la Convención Americana y la jurisprudencia de Corte, a ser garantizados por parte de los órganos constitucionales nacionales, son de trascendental importancia en estas circunstancias.

Una crisis sin precedentes requiere respuestas sin precedentes, y estas soluciones no pueden ni deben dejar a nadie atrás.