JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN CUATRO PAÍSES ANDINOS Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN CUATRO PAÍSES ANDINOS Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

CIES
consorcio de investigación económica y social

CIES - Observatorio del Derecho a la Salud

CLADEM

© *Coordinación regional de la investigación:*
Janet Tello Gilardi, magistrada de la Corte Superior de Justicia de Lima.
Mery Vargas Cuno, asistenta.

Equipo de Investigación de CLADEM:
Bolivia: Janeth Nogales López, Soledad Delgado, Patricia Bráñez Cortez y María Guadalupe Pérez Cabrera.
Ecuador: Susy Garbay Mancheno, Azucena Soledispa Toro, Sara Mansilla Novella y Virginia Gómez de la Torre, como soporte médico.
Perú: Grecia Rojas Ortiz y Karim Flores Mego.
Colombia: Rosalina Ochoa Díaz y Amanda Muñoz Moreno.

© Consorcio de Investigación Económica y Social, CIES
Observatorio del Derecho a la Salud
Antero Aspíllaga 584, El Olivar, Lima 27, Perú
Telefax: [51-1] 421-8082, 421-7968, 442-0463
<observatoriodelasalud.cies.org.pe>

© Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, CLADEM
Jr. Estados Unidos 1295 Dpto. 702, Lima 11, Perú
Telefax: [51-1) 463-5898, 463-9237
<www.cladem.org>

Edición: Lima, noviembre del 2007
Revisión de texto: Luis Andrade
Arte de carátula: Julissa Soriano
Impreso por Ediciones Nova Print SAC

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2007-12902
ISBN 2. 978-9972-804-79-3

Esta publicación forma parte de la serie Diagnóstico y Propuesta del CIES, con el número 38, y de los estudios publicados por CLADEM.

El Observatorio del Derecho a la Salud, auspiciado por la Fundación Ford, es una iniciativa del CIES. Su propósito es impulsar una comunidad que articule los derechos humanos con la salud pública, promoviendo los vínculos entre ambos, así como el análisis independiente y la generación de conocimiento útil alrededor del derecho a la salud.

El Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer-CLADEM es una red feminista que trabaja para contribuir con la plena vigencia de los derechos de las mujeres en los países latinoamericanos y del Caribe, utilizando el derecho como una herramienta de cambio.

El Observatorio del Derecho a la Salud-CIES no comparte necesariamente las opiniones vertidas en la presente publicación, que son responsabilidad exclusiva de sus autoras.

Contenido

PRESENTACIÓN 9

ENSAYO INTRODUCTORIO 11

1. EL CASO DE BOLIVIA 25
   - 1.1 Situación de la salud en Bolivia 25
   - 1.2 Protección del derecho a la salud en el sistema jurídico boliviano 27
   - 1.3 Litigios resueltos ante las altas cortes bolivianas 31
   - 1.4 Análisis de la jurisprudencia boliviana 52
   - 1.5 Análisis según estándares de atención de la salud 54

2. EL CASO DE COLOMBIA 59
   - 2.1 Situación de la salud en Colombia 59
   - 2.2 Protección del derecho a la salud en el sistema jurídico colombiano 63
   - 2.3 Litigios resueltos ante las altas cortes colombianas 71
   - 2.4 Análisis de la jurisprudencia colombiana 112
   - 2.5 Análisis según estándares de atención de la salud 115

3. EL CASO DEL ECUADOR 123
   - 3.1 Situación de la salud en el Ecuador 123
   - 3.2 Protección del derecho a la salud en el sistema jurídico ecuatoriano 129
   - 3.3 Litigios resueltos ante las altas cortes ecuatorianas 135
   - 3.4 Análisis de la jurisprudencia ecuatoriana 163
   - 3.5 Anáñisis según estándares de atención de la salud 166

4. EL CASO DEL PERÚ 173
4.1 Situación de la salud en el Perú 173
4.2 Protección del derecho a la salud en el sistema jurídico peruano 179
4.3 Litigios resueltos ante las altas cortes peruanas 187
4.4 Análisis de la jurisprudencia peruana 210
4.5 Análisis según estándares de atención de la salud 213

5. LITIGIOS ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 217
5.1 Litigios ante la Comisión Interamericana 217
5.2 Litigios ante la Corte Interamericana 237
5.3 Respuesta jurisprudencial del Sistema Interamericano 248
5.4 Análisis según estándares de atención de la salud 252

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 255
6.1 Conclusiones 255
6.2 Recomendaciones 261

BIBLIOGRAFÍA, INSTRUMENTOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y TEXTOS CONSTITUCIONALES 263

ANEXO
Reseñas de sentencias 267

PRESENTACIÓN

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) es el pilar del sistema internacional de los derechos fundamentales. A partir de ella se erige la premisa fundamental de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales.[1] Estos postulados han sido ratificados expresamente en la Declaración y Plataforma de Acción de Viena (1993).[2]

En tal sentido, la barrera divisoria de los derechos humanos en categorías, generaciones o niveles conceptuales ha sido superada. En el siglo XXI nadie puede discutir que todos los derechos humanos son fundamentales por su condición inherente al desarrollo y dignidad de la persona.

Sin embargo, aún no se logra consolidar la noción de exigibilidad social, política y judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta dificultad se centra, básicamente, en la interpretación del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), respecto al carácter «progresivo» del cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados, sujeto a la disponibilidad de recursos económicos.

Este carácter progresivo ha llevado a considerar, en gran medida, que estos derechos —como el derecho a la salud— carecen de juridicidad, y que, por tanto, no existe la posibilidad de que los titulares del derecho reclamen ante un juez o tribunal de justicia su cumplimiento efectivo de manera directa e inmediata,

---

1 Barahona-Riera, Rocío. *Derechos económicos, sociales y culturales: exigibilidad, niveles mínimos de cumplimiento e indicadores*. Documento de referencia. Santiago de Chile: CEPAL, 2006.

2 La Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993) proclamó que «todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso».

como ocurre con las obligaciones del Estado relativas a los derechos civiles y políticos.

La indagación sobre la manera concreta en que los tribunales nacionales brindan o no protección efectiva al derecho a la salud es, precisamente, el propósito de este trabajo. Ello se realiza a través de la identificación y el análisis de pronunciamientos jurisdiccionales de las altas cortes —Tribunal Constitucional y Corte Suprema— de cuatro países de la región andina: Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú, y las expedidas por el Sistema Interamericano, en causas que involucran el derecho a la salud, teniendo en cuenta el enfoque de derechos humanos a través de los estándares internacionales de atención a la salud y los compromisos asumidos por los países, desde una perspectiva de género cuando ello resulte relevante.

Como quiera que el desarrollo del derecho a la salud es reciente y los avances jurisprudenciales no se conocen lo suficiente, o son incipientes en la mayor parte de los países de la región, esta iniciativa del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), en cooperación con el Observatorio del Derecho a la Salud, proyecto del Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), cobra singular importancia en este contexto. Podemos decir, después de muchos meses de investigación, que hemos identificado importantes hallazgos sobre avances y nudos en la jurisprudencia que esperamos sean de utilidad para la comunidad académica y jurídica estudiosa de la materia.

ENSAYO INTRODUCTORIO

EL DERECHO A LA SALUD DESDE EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Para el presente trabajo, estamos considerando las siguientes definiciones, recogidas de instrumentos internacionales y observaciones generales de comités monitores de pactos internacionales.

Aquella prevista en la constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que establece que «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades. 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».

También las definiciones contenidas en las primeras declaraciones sobre derechos humanos realizadas por la comunidad internacional. Así, en el sistema universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su artículo 25.1: «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, vestido, la vivienda, la *asistencia médica* y los servicios sociales necesarios […]». Y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XI: «Toda persona tiene *derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales*, relativas a la alimentación, el vestido y la *asistencia médica,* correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad».

Los alcances de la protección del derecho a la salud por parte de los Estados han sido desarrollados ampliamente por tratados internacionales de derechos humanos. Así, en el sistema universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, señala: «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». Para garantizar este derecho, los Estados

están obligados a adoptar medidas para reducir la mortalidad infantil, mejorar la higiene del trabajo industrial y del medio ambiente, prevenir y tratar enfermedades epidémicas, endémicas, ocupacionales u otras, y crear las condiciones que aseguren a todos la asistencia y los servicios médicos en caso de enfermedad.

En el desarrollo de este artículo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través de la Observación General 14, establece que el derecho a la salud se debe entender 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. Por ello, el derecho a la salud no debe concebirse como el derecho a estar sano sino a ejercer libertades y derechos que brinden a las personas oportunidades iguales para disfrutar de ese máximo estado de bienestar.

> Es un derecho inclusivo y amplio que no sólo abarca la atención oportuna y apropiada de la salud, el acceso a servicios y medicamentos esenciales, a sistemas de atención sanitaria culturalmente aceptables y de calidad, así como a libertades fundamentales y el derecho de estar exento de toda forma de discriminación, sea cultural, racial, de género. También está referido a los principales determinantes de la salud tales como: la equidad de género, el ambiente saludable, acceso a educación y servicios de salud, ingresos económicos, agua potable, saneamiento, información relacionada con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva (párrafos 8, 9 y 11).

En el Sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica no recoge expresamente a la salud como un derecho, siendo que su protección se brinda a través del derecho a la integridad física, consagrado en el artículo 5. Por eso, es importante el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que sí lo contempla en el artículo 10, al establecer que todas las personas tienen derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Asimismo, en el párrafo 2 del mismo artículo se reconoce que los Estados Partes se comprometen a «reconocer la salud como un bien público» y a adoptar medidas para garantizarlo, tales como:

> 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. 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.

Es necesario resaltar que en cuanto a los mecanismos procesales para la exigibilidad del derecho a la salud ante los órganos interamericanos de justicia, el Pacto de San Salvador solo comprende la aplicación de peticiones individuales en el caso de violación del derecho a la educación y al trabajo, como se establece en su artículo 19 (c);[3] de ahí que no existan pronunciamientos expresos de los órganos del Sistema Interamericano de Justicia respecto al derecho a la salud como objeto de protección directa. A pesar de ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha emitido medidas cautelares para proteger la salud y la vida de personas que viven con VIH-sida, así como ha mencionado expresamente la afectación del derecho a la salud en las denuncias por violación del derecho a la integridad personal (torturas y ejecuciones extrajudiciales).

Otros instrumentos que se refieren al derecho a la salud para sectores de la población específicos son la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 12 dispone la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Además, establece que los Estados Partes «garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia».

Asimismo, esta Convención prevé, en su artículo 14, una disposición específica respecto a la discriminación que sufre la mujer de la zona rural y la necesidad de asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, así como el acceso de la mujer a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia, tal como se

3 El artículo 19 (c) señala: «En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8º y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

expresa en el párrafo 3 inciso (b). Por su parte, la Recomendación General 24 sobre la mujer y la salud de la misma Convención declara que los Estados Partes están obligados a ejecutar «una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida».

En la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 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. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ninguna niña o niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios».

La Convención Internacional para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, en el artículo 5, estipula que los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color, origen nacional o étnico, particularmente en el goce del «derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales».

Estas definiciones, contenidas en los instrumentos internacionales y observaciones generales de los comités monitores de los pactos enunciados, constituyen los parámetros que delimitan los alcances del contenido del derecho a la salud y sus elementos esenciales. Es a la luz de todo ello que analizamos la jurisprudencia recopilada.

CONTENIDOS MÍNIMOS DEL DERECHO A LA SALUD QUE DEBE CUMPLIR EL ESTADO

Para el cumplimiento del derecho a la salud reconocido en los instrumentos internacionales, no es suficiente su consagración normativa, sino que hace falta la implementación de acciones estatales concretas dirigidas a su cabal cumplimiento. De ahí que resulte relevante la definición de contenidos mínimos esenciales exigibles al Estado, que han sido desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la Observación General 14, uno de los documentos principales para la interpretación del derecho a la salud.[4] En los párrafos 43 y 44 de la Observación, el Comité de Expertos del Pacto ha desarrollado esos elementos esenciales mínimos del derecho a la salud, cuya protección genera obligaciones básicas y de prioridad comparable

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), *Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),* U. N. Doc. E/C.12/2000/4.

que el Estado no puede dejar de cumplir, independientemente de lo limitado de sus recursos.

El párrafo 43 de la mencionada Observación desarrolla los supuestos en los cuales es obligación fundamental el asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Entre esas obligaciones básicas figuran también el garantizar el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base de no discriminación, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; el acceso a una alimentación esencial mínima que garantice que nadie padezca hambre; el acceso a un hogar, vivienda y condiciones sanitarias básicas; el facilitar medicamentos esenciales; y el asegurar una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud e implementar una estrategia y un plan nacional de salud pública para atender los problemas de salud.

Asimismo, en el párrafo 44, el Comité contempla obligaciones de prioridad comparable, como la de velar por la atención de la salud reproductiva, materna (prenatal y posnatal) e infantil; proveer inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas; proveer educación y acceso a la información relativa a los principales problemas de salud, incluidos los métodos para prevenir y combatir enfermedades; y proporcionar capacitación adecuada al personal del sector Salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

Estos contenidos esenciales mínimos han sido considerados en el análisis de la jurisprudencia recopilada en el presente trabajo cuando la argumentación jurisdiccional permitió concluir que eran recogidos por los magistrados, aunque de manera tácita, pues no existe referencia expresa a ellos en ninguna de las resoluciones.

ESTÁNDARES DE ATENCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

En el párrafo 12 de la Observación General 14 se han desarrollado los elementos esenciales y atributos interrelacionados del derecho a la salud cuya aplicación permite medir la forma y el nivel en el que se ejercita y cumple. Y es que resulta necesario traducir toda norma que contiene un derecho en un número limitado de atributos que faciliten la determinación de los indicadores apropiados para vigilar el ejercicio de ese derecho:[5]

5 Barahona-Riera, Rocío. *Derechos económicos, sociales y culturales: exigibilidad, niveles mínimos de cumplimiento e indicadores.* Documento de referencia. Santiago de Chile: CEPAL, 2006, p. 17.

a) *Disponibilidad*. Los Estados deben contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas, los cuales incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua potable y segura, y condiciones sanitarias adecuadas; hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud; personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.

b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. Este atributo presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- *No discriminación*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
- *Accesibilidad física*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y las poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH-sida. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua potable y segura y los servicios sanitarios adecuados, se encuentren a una distancia geográfica razonable, incluso en las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.
- *Accesibilidad económica (asequibilidad)*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos 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. La 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.
- *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. Con todo, el acceso a la información no debe

menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) *Aceptabilidad*. 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 de que se trate.
d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras condiciones, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua potable y segura, y condiciones sanitarias adecuadas.

Adicionalmente a los estándares señalados, consideramos relevante incluir la *continuidad del servicio* como otra dimensión del atributo de accesibilidad, la que debe garantizar que el acceso a los establecimientos, bienes y servicios no debe suspenderse para aquellas personas usuarias que vienen disfrutando de ellos por inconvenientes presupuestales, administrativos, de infraestructura o de cualquier otra índole, pues ello impactaría negativamente en su salud.

El análisis de la jurisprudencia en el presente trabajo se ha efectuado considerando dichos estándares de atención del derecho a la salud. Si bien la racionalidad de los jueces no se expresa en ningún caso en esos términos, hemos concluido que las proposiciones argumentativas sobre las cuales han construido sus decisiones a favor de la protección del derecho han priorizado alguno de estos componentes y, en esa medida, han sido analizadas.

ENFOQUE DE GÉNERO EN SALUD

La perspectiva de género en salud tiene como propósito visibilizar las problemáticas y necesidades específicas de mujeres y hombres, como grupos diferenciados en los distintos contextos socioeconómicos, y promover el uso de servicios y recursos de acuerdo con dichas particularidades, de modo que permitan eliminar cualquier tipo de discriminación contra las mujeres en la esfera de la protección a la salud, incluidos los derechos a la salud sexual y reproductiva.

Es útil describir los conceptos que esta perspectiva implica a fin de que se comprenda adecuadamente su utilización:

> *Género*. Es una construcción social y cultural basada en las diferencias sexuales, que organiza las relaciones sociales y define el comportamiento, las funciones, oportunidades y valoración de mujeres y varones en un grupo humano histórica y geográficamente determinado. Sus principales elementos son símbolos, mitos, normas, instituciones y organizaciones sociales, y la identidad individual y grupal.

El enfoque de género en salud permite reconocer que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud de hombres y mujeres,[6] mediante la socialización y las instituciones que generan comportamientos de riesgo y patrones de acceso y control de los recursos individuales y sociales para la salud diferenciados, desiguales y desventajosos para unos u otras. El propósito final de este enfoque es promover las mismas oportunidades para alcanzar el mayor bienestar posible y evitar disparidades innecesarias, evitables e injustas. El enfoque de género permite darse cuenta, por ejemplo, del desconocimiento de que las mujeres tienen una mayor necesidad de servicios de salud, derivada particularmente de su rol biológico en la reproducción, de su más alta morbilidad y de su mayor longevidad. Se estima que 34% de la carga de enfermedad se debe a problemas de salud reproductiva.[7] También posibilita visibilizar que más de 85% del cuidado de la salud ocurre fuera de los servicios institucionales y que esta atención es provista mayoritariamente por mujeres, en el hogar y en la comunidad, de manera gratuita, lo que finalmente favorece la subvaloración del trabajo femenino, así como menores ingresos para las mismas actividades.[8]

Para modificar esas inequidades de género que afectan la salud integral y el desarrollo humano de mujeres y varones, es importante promover el acceso y la utilización de servicios que aborden sus problemáticas específicas como grupos diferenciados, y en esa medida asignarles recursos de acuerdo con las necesidades particulares de salud de cada sexo y en cada contexto socioeconómico. Asimismo, ello implica exigir el aporte financiero por la prestación de los servicios en función de la capacidad de pago, distribuir justa y equitativamente las responsabilidades, poder y beneficios entre mujeres y varones en la atención formal e informal de salud prestada en los hogares, la comunidad y las instituciones del sistema de salud, y asegurar la participación equitativa de mujeres y

6 Observación 14, párrafo 20.
7 Gómez, Elsa. *Equidad, género y salud*. Washington, D. C.: OPS, 2001.
8 Ibídem.

varones en los procesos de diseño, implementación y evaluación de políticas, programas y servicios en salud.

En la Observación General 14 del Comité Monitor del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los estándares de atención de la salud incluyen la sensibilidad a los requisitos del género como una manifestación del elemento de aceptabilidad que comprende el derecho a la salud, aunque no basta con atender esta dimensión para detectar y evitar conductas discriminatorias o inequidades contra las mujeres en el ejercicio y goce de su derecho a la salud.

En el presente estudio se ha procurado, tomando en cuenta el enfoque de género, identificar en las sentencias pronunciamientos u omisiones que develen inequidad de género en la atención de la salud. Sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia recopilada es neutra en términos de este enfoque, ya que no versa sobre asuntos que planteen necesidades específicas de mujeres u hombres a los que se haya atendido o dejado de atender.

MARCO LEGAL NACIONAL

En las legislaciones nacionales, el derecho a la salud no tiene el rango constitucional de derecho fundamental, a pesar de que comprende otros derechos igualmente fundamentales como son el derecho a la vida, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad. Con excepción de Bolivia, el derecho a la salud se encuentra en la Constitución de los demás países dentro del capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, sujeto a la disponibilidad de recursos y a un cumplimiento «progresivo» que suele diluir las responsabilidades del Estado.

Muy probablemente esta sea la razón principal de que la protección jurídica del derecho a la salud brindada por los órganos de la administración de justicia haya sido, por lo general, objeto de amparo «indirecto», a través de interpretaciones extensivas y progresistas de aquellos derechos civiles que cuentan con herramientas efectivas de protección. La lógica judicial ha sido proteger el derecho a la salud siempre y cuando se presente en conexión con los derechos civiles, especialmente a la vida y a la integridad física.

El marco normativo nacional recopilado contiene una serie de normas que no son del mismo nivel jerárquico, pero ofrece una valiosa oportunidad para contar con información sobre la legislación en materia de salud de cada uno de los países estudiados. Debe mencionarse, además, que esta legislación versa sobre ámbitos y problemas de la salud que resultan neurálgicos en las sentencias analizadas, como son las normas sobre el sistema nacional de protección de la salud, el seguro social de salud, el VIH-sida y la salud sexual y reproductiva. Asimismo, ello podrá

servir de base para futuros estudios comparativos en la región y la adecuación a los compromisos internacionales a cargo de los Estados.

Después de una profunda investigación respecto de la jurisprudencia y los fallos nacionales sistematizados, hemos encontrado importantes hallazgos, que a la luz de los avances conceptuales y marcos normativos, permiten identificar pronunciamientos jurisdiccionales que han considerado:

a) El derecho a la salud como derecho humano fundamental, exigible y justiciable.
b) La existencia de núcleos mínimos y supuestos no negociables, exigibles y justiciables.
c) La protección del derecho a la salud sin necesidad de estar sujeto a la disponibilidad de recursos económicos.
d) La protección indirecta del derecho a la salud cuando se encuentra en conexión con otros derechos humanos, especialmente con el derecho a la vida, a la vida digna y a la integridad física.
e) La neutralidad del género en la mayoría de las sentencias analizadas.

OBJETIVOS

El estudio se planteó los siguientes objetivos generales:

a) Producir un documento que dé cuenta de los avances y nudos en términos de exigibilidad jurídica del derecho a la salud, en los cuatro países mencionados de la región andina, así como en el Sistema Interamericano, desde una perspectiva de género.
b) Identificar un conjunto de estrategias para mejorar las posibilidades de exigibilidad judicial y política del derecho a la salud.

METODOLOGÍA

Para realizar el presente trabajo, se seleccionó a los equipos nacionales conformados por las integrantes de los CLADEM de cada uno de los países cuya jurisprudencia sería analizada, así como a la persona que se encargaría de la coordinación regional, empezando por la elaboración del protocolo o guía metodológica y las matrices que contenían los supuestos de vulneración del derecho, los que después fueron validados por representantes del Observatorio del Derecho a la Salud del Consorcio de Investigación Económica y Social y de los CLADEM nacionales en talleres de trabajo llevados a cabo en Lima.

El Protocolo o Guía Metodológica señaló las pautas para el recojo de la información. Para ello se tuvo en consideración que las obligaciones estatales en relación con la salud pueden ser abordadas en tres niveles diferentes:[9]

- *Situación de salud.* Considera los avances y problemas en relación con la mortalidad, la enfermedad y la discapacidad, las variables demográficas, la salud reproductiva, etcétera. Los indicadores que dan cuenta de la situación de los grupos más vulnerables o discriminados, como las personas privadas de libertad, las personas que viven con VIH-sida, etcétera, así como la población en general, pueden estar contenidos en este nivel de análisis.
- *Sistema de salud.* Analiza tanto el acceso a los sistemas de salud que ofrecen prevención, curación, rehabilitación y acompañamiento a las personas y comunidades que tienen problemas de salud como la orientación de los recursos socioeconómicos, así como el desarrollo y la aplicación de las políticas y los programas públicos. El marco normativo que regula este acceso, así como la efectiva tutela de este derecho en los tribunales, pueden estar contenidos en este nivel.
- *Factores determinantes.* Incluyen el entorno político, social y ambiental que, finalmente, garantiza el ejercicio del derecho a la salud desde una perspectiva integral. Incluyen factores tales como el acceso a la educación, la protección contra la violencia, agua y saneamiento, peligros ambientales u ocupacionales, prácticas tradicionales nocivas y otros condicionantes que puedan impactar directa y negativamente en la salud. Estos temas pueden exceder lo que se denomina «derecho a la salud», dependiendo del marco conceptual del que se parta.

Atendiendo a estos niveles de análisis, el presente documento incluye estadísticas que dan cuenta de la situación de la salud en cada país, así como el marco constitucional correspondiente, para lo cual se han recogido estadísticas demográficas, de indicadores de estado de salud y de los factores determinantes de la salud y los marcos jurídicos pertinentes. Fue necesario priorizar datos que, en la medida de lo posible, hubieran sido identificados por los cuatro países.

Asimismo, tomando como base la Observación General 14 «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud», emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se identificaron los estándares de atención del

9 Este abordaje metodológico fue inicialmente sugerido por S. Gruskin y D. Tarantola. «Health and Human Rights». En R. Detels y R. Beaglehole (eds.). *Oxford Textbook on Public Health. Nueva York;* Oxford University Press, 2001, p. 21. En nuestro medio ha sido adoptado en el libro *Vínculos entre la salud pública y los derechos humanos.* Lima, CIES, 2004.

derecho a la salud y los supuestos de su vulneración, los que debían ser identificados durante la búsqueda de jurisprudencia: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (sistema de salud).

En nuestra selección de jurisprudencias, los factores no han sido abordados, por cuanto en esta ocasión hemos pretendido dirigir el análisis hacia sentencias que den luces sobre demandas relacionadas con el sistema de salud, con excepción de dos casos sobre medio ambiente, en los que el pronunciamiento de los jueces acoge conceptos de los núcleos mínimos que conforman el derecho a la salud.

OBJETO DE ESTUDIO

Los equipos nacionales revisaron la jurisprudencia emitida por las más altas cortes nacionales, esto es, los Tribunales Constitucionales, así como por las Cortes Supremas, en el período 1995-2005. Se seleccionaron los casos en los que se litigó sobre el derecho a la salud expresamente o cuando dicho derecho fue parte central del debate, sin discriminar si el derecho era reclamado al Estado (hospitales públicos, Seguro Social de Salud estatal) o a particulares (EPS, clínicas), de naturaleza constitucional (acciones de garantía) e incluso penal (negligencias médicas).

La selección de causas tramitadas ante los tribunales constitucionales y las Cortes Supremas fue una tarea bastante ardua por el número significativo de procesos constitucionales revisados y porque, en general, estos no se encuentran centralizados en archivos de fácil acceso.

En Bolivia se revisaron 83 expedientes referidos a amparos constitucionales y otros juicios sobre cuestiones de salud, que figuran como causas resueltas a partir de 1995 y hasta principios del 2006 inclusive. Se llegó a seleccionar y analizar únicamente nueve sentencias. En Colombia, de un universo de 325 fallos, correspondientes al período 1995-2006, se seleccionaron 87 causas, sobre las cuales se realizó una revisión temática, para llegar a un total de 22 jurisprudencias analizadas. En el Ecuador se pudo acceder a un archivo electrónico de todas las resoluciones emitidas desde 1997 hasta el 2004 por el Tribunal Constitucional —en el año 2005 no emitió jurisprudencia alguna, ya que permaneció inactivo— y en jurisdicción ordinaria solo se pudo contar con una sentencia de la Corte Suprema, por lo que tuvo que acudirse a otra más de la Corte Superior, lo que sumó en total 16 sentencias. En el Perú, fueron seleccionadas finalmente 11 sentencias, todas de la jurisdicción constitucional.

Para la selección de las sentencias, se dio prioridad a aquellas que contenían mayor desarrollo de sus fundamentos con prescindencia del sentido del fallo, dejando de lado aquellas en las cuales el tipo de caso, el tema debatido y/o los fundamentos del Tribunal fueran similares.

Respecto de la búsqueda de información jurisprudencial en el plano internacional, esta supuso la revisión de casos contra los cuatro Estados materia de estudio ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana. En esta última no se identificó ningún caso contra el Estado boliviano.

CONTENIDO DEL TRABAJO

El trabajo ha sido dividido en seis capítulos. Los cuatro primeros están dedicados a los informes nacionales en orden alfabético: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El quinto capítulo está referido a los litigios presentados ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cada uno de estos capítulos empieza por identificar algunos importantes indicadores de salud que nos ubican en el contexto social y que traducen la situación de salud de cada país. Luego se aborda el marco constitucional y legal del derecho a la salud, y se describen brevemente las acciones legales previstas para la protección de este derecho, dando cuenta con ello del sistema de salud en su dimensión normativa. En la misma sección nos ocupamos del análisis de los litigios seleccionados, empezando por la identificación de los y las demandantes, del tipo de acción legal, la descripción de los hechos, la argumentación de los demandantes, las alegaciones de la parte demandada y las consideraciones legales invocadas en las sentencias. Los casos merecen un análisis en el cual se precisan los avances conceptuales y los nudos para la protección efectiva del derecho. Se identifican elementos y conceptos de género en las sentencias donde este resulta pertinente. Los estándares internacionales de atención del derecho a la salud son también materia de identificación en las resoluciones judiciales, aun cuando los jueces no se hayan referido expresamente a aquellos, en lo que constituye, en rigor, un ejercicio de adecuación de la racionalidad jurídica a los elementos esenciales que definen el derecho a la salud, tarea que corrió a cargo de la coordinación regional del estudio. Se sigue este mismo esquema para conocer las respuestas del Sistema Interamericano de Justicia en los casos que han sido presentados ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El sexto y último capítulo, también desarrollado por la coordinación regional, está dirigido a presentar las conclusiones de la investigación, identificando sus hallazgos en cuanto a las respuestas jurisprudenciales de los tribunales de justicia de la región. Así, se recogen, en primer lugar, los avances conceptuales traducidos en las sentencias, los nudos u omisiones que parecen estar impidiendo la protección cabal del derecho a la salud y un análisis de aquellos casos en que el enfoque de género resulte pertinente. La identificación de los estándares de

atención del derecho a la salud, así como del contenido esencial mínimo de la obligación estatal respecto del derecho a la salud de las personas, es abordada también en este capítulo, que constituye uno de los esfuerzos principales del presente trabajo. Finalmente, en este capítulo se plantean las estrategias para mejorar las posibilidades de exigencia judicial y política del derecho a la salud. En cuanto a su exigencia judicial, proponemos estrategias legales argumentativas y procesales, todas ellas extraídas de los mismos fallos jurisprudenciales analizados. Respecto a la exigibilidad política, hemos considerado como tales acciones no judiciales y de impacto, como campañas públicas, propuestas de reformas legales, alianzas interinstitucionales, entre otras, dirigidas a obligar al Estado a cumplir con su responsabilidad de proteger el derecho a la salud de la población, especialmente de los sectores que más lo demanden.

Debemos un agradecimiento especial a los equipos de investigadoras. En Bolivia, a Janeth Nogales López, Soledad Delgado, Patricia Bráñez Cortez y María Guadalupe Pérez Cabrera. En el Ecuador, a Susy Garbay Mancheno, Azucena Soledispa Toro, Sara Mansilla Novella y Virginia Gómez de la Torre, como soporte médico. En el Perú, a Grecia Rojas Ortiz y Karim Flores Mego. En Colombia, a Rosalina Ochoa Díaz y Amanda Muñoz Moreno. Finalmente, a Janet Tello Gilardi, magistrada de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien ha tenido a su cargo la coordinación regional de la investigación con el apoyo invalorable de Mery Vargas Cuno.

Esperamos que este instrumento sea de utilidad tanto para los litigantes y la población en general como para los operadores de justicia. Los hallazgos doctrinarios y jurisprudenciales permitirán, por un lado, avanzar en las exigencias de judicialización y protección jurídica en cualquiera de las situaciones en las que se vulnere este derecho; y por otro lado, que los jueces y juezas cuenten con las herramientas para fundamentar mejor sus decisiones, ampliando el ámbito de protección de la salud de la población, interpretando y aplicando la ley de modo congruente con la no jerarquización de derechos, la integralidad e interdependencia conceptual de ellos, sin discriminación y con perspectiva de género cuando resulte pertinente. El incumplimiento o violación de cualquiera de los componentes mínimos integradores del derecho a la salud permite, sin lugar a dudas, su exigibilidad ante los tribunales de justicia nacionales, a efectos de obtener la protección jurídica directa e inmediata que requiere su naturaleza de derecho fundamental.

Capítulo 1
EL CASO DE BOLIVIA

1.1 SITUACIÓN DE LA SALUD EN BOLIVIA

1.1.1 Estadísticas generales

Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), las proyecciones para el año 2006 luego del censo del año 2001 estiman una población total de 9.427.218 habitantes. Las mujeres representan 50,16% y los hombres 49,84% de este total.

Para el año 2001, según el INE y de acuerdo con el índice de necesidades insatisfechas, 58,9% de la población boliviana se encuentra en situación de pobreza. En el área urbana, la población que se encuentra en este estado alcanza al 39%, y en el área rural, al 91%.[1]

1.1.2 Factores determinantes de la salud

EDUCACIÓN. 13,2% de la población es analfabeta. El analfabetismo masculino es de 6,94%, y el femenino, de 19,35%. El promedio de años de estudio es de siete, tanto para hombres como para mujeres.

SANEAMIENTO. Según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDSA) del año 2003, la cobertura de agua potable en el país llega a 73% de la población. Pero en el área rural solo 46% de las personas tienen acceso a este servicio. Según el Censo Nacional de Población y Vivienda del año 2001, 88% de la población que vive en áreas urbanas cuenta con agua potable, y 48% con servicio de alcantarillado. En el área rural, menos de la mitad de la población accede a agua inocua, mientras que solo 31% de las viviendas en el campo tienen alcantarillado.

---

1 Maldonado Canedo, Ana María. *Derechos humanos y políticas de salud en Bolivia. Capítulo boliviano de derechos humanos, democracia y desarrollo.* La Paz, 2005, p. 12.

VIVIENDA. 93% de los hogares rurales no tienen energía eléctrica o un tipo de combustible apropiado para cocinar y 83,8% de las viviendas tienen espacios insuficientes y están construidas con materiales inadecuados.[2]

VIOLENCIA. Según la ENDSA 2003, 64,1% de las mujeres han sufrido violencia por parte de su pareja y 13,2% ha sufrido violencia ejercida por otra persona diferente de su pareja. De la violencia sufrida por la pareja, 52,3% es violencia física y 15,2% es violencia sexual.

1.1.3 Estado de salud

La ENDSA 2003 señala que por cada 100.000 nacidos vivos, se producen 229 muertes de mujeres por razones de embarazo, parto o puerperio. En la *Encuesta post-censual sobre mortalidad materna* se establece que en el año 2003 fallecieron 650 mujeres por estas razones; es decir, 2 mujeres cada día. El riesgo de muerte materna en el área rural del país es 4,4 veces más alto que en el área urbana.

La tasa de mortalidad infantil es de 54 por 1.000 nacidos vivos antes de cumplir un año de edad, y 75 de cada 1.000 mueren antes de cumplir 5 años.[3] Cuatro de cada 10 niños sufren de enfermedades respiratorias agudas.

- NUTRICIÓN. Tres de cada 10 niños y niñas sufren de desnutrición crónica.
- VIH-SIDA. Fuentes del Ministerio de Salud señalan que desde 1984 hasta diciembre del 2005 se han registrado 1.786 casos seropositivos al VIH. Más de 53% de los casos notificados se encuentran en Santa Cruz, 21% en la ciudad de La Paz, 15% en la ciudad de Cochabamba y 11% de los casos están distribuidos entre los departamentos restantes. El grupo de edad más afectado es el que tiene entre 15 y 34 años, con 75% del total de casos. La relación hombre-mujer es de 2 a 1. En los últimos años se ha incrementado la prevalencia de mujeres, así como de personas heterosexuales.

1.1.4 Atención de la salud

GASTO EN SALUD. En el año 2000, el sector Salud tuvo un gasto de 484 millones de dólares, equivalente a 5,8 del producto interno bruto. La seguridad social fue responsable de 42% del gasto; el sector público, de 21%; los hogares, de 32%; los

2 Ministerio de Salud y Deportes. La Paz-Bolivia, 2004. Citado en Maldonado Canedo. *Op. cit.,* p. 12.

3 Paz Arauco y cols. «Niños, niñas y adolescentes en Bolivia: venciendo la carrera de obstáculos». *Revista Latinoamericana de Desarrollo Humano,* PNUD, La Paz, 2006.

seguros privados, de 3,4%; y las ONG, de 1,5%.[4] El gasto por persona en salud es de 176 dólares americanos al año.[5]

SISTEMA DE SALUD. El sistema de salud cuenta con tres subsistemas: público, privado y seguridad social. El Ministerio de Salud es el ente rector a nivel nacional. En cada departamento existe una dirección departamental de salud, denominada Servicio Departamental de Salud (SEDES), y en cada municipio, una Dirección Local de Salud (DILOS).

NÚMERO DE PROFESIONALES DE LA SALUD. Según el INE 2001, la cobertura de la población por personal de salud es la siguiente: por cada 1.000 habitantes hay 1,22% de médicos, 3,19% de enfermeras y 0,71% de odontólogos.

NÚMERO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD. El Ministerio de Salud y Deportes, en su *Informe sobre la situación de la salud 2003*, revela que existen 37 centros de salud del tercer nivel; de ellos, 29 son hospitales generales y 8, hospitales especializados. En el segundo nivel de atención de salud hay 24 hospitales de distritos, y en el tercer nivel, 132 centros de salud. La cantidad de camas en los centros de salud del tercer nivel asciende a 2.519, en el segundo nivel a 311 y en el tercer nivel a 125.

COBERTURA DEL SISTEMA DE SALUD. Hacia el año 2004, según UNICEF, 25% de la población boliviana no tenía acceso a servicios de salud. Según el Ministerio de Salud y Deportes, el sector público cubre a 35% de la población total, la seguridad social a 25%, las ONG a 10% y el sector privado a 5%.[6]

1.2 PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA JURÍDICO BOLIVIANO

1.2.1 Constitución Política de Bolivia

El derecho a la salud es considerado un derecho fundamental, tal como lo establece el artículo 7, inciso (a), de dicho cuerpo legal: «Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: a) A la vida, la salud y la seguridad». En el mismo artículo también se reconoce como derecho fundamental «k) A la seguridad social, en la forma determinada por esta Constitución y las leyes».

Asimismo, en el artículo 158 de la Constitución se establece:

4 Ministerio de Salud y Deportes. OPS-OMS. *Análisis del sector*. 2004.
5 Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre salud en el mundo 2006*. OPS.
6 Maldonado Canedo. *Op. cit.*, p. 22.

> 1. El Estado tiene la obligación de defender el capital humano protegiendo la salud de la población, asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas, propenderá asimismo al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar. 2. Los regímenes de seguridad social se inspirarán en los principios de universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad y eficacia, cubriendo las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, invalidez, muerte, paro forzoso, asignaciones familiares y vivienda de interés social.

1.2.2 Legislación sobre Seguro Social de Salud

Código de Seguridad Social (Ley 1956). Tiene como propósito regular la protección de la salud del capital humano del país, la continuidad de sus medios de subsistencia, la aplicación de medidas adecuadas para la rehabilitación de las personas inutilizadas y la concesión de los medios necesarios para el mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar. Establece la protección de los trabajadores y sus familiares en casos de enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, invalidez, vejez y muerte. Las asignaciones familiares comprenden el subsidio matrimonial, el subsidio de natalidad, el subsidio de lactancia, el subsidio familiar y el subsidio de sepelio.

En caso de enfermedad reconocida por los servicios médicos de la Caja Nacional de Salud, uno de los seguros de salud que más beneficiarios concentra en el país, el asegurado y los beneficiarios tienen derecho a las prestaciones en especie que dichos servicios consideren indispensables para la curación, es decir, a la necesaria asistencia médica y dental, general y especializada, quirúrgica y hospitalaria, así como al suministro de medicamentos que requiera el estado del enfermo.

Se reconoce como beneficiarios a los siguientes familiares a cargo del trabajador:

a) La esposa o la conviviente inscrita en los registros de la Caja, o el esposo.
b) Los hijos legítimos, los naturales reconocidos y los adoptivos, hasta los 16 años o 19 años si estudian en establecimientos autorizados por el Estado o sin límite de edad si son declarados inválidos por los servicios médicos de la Caja antes de cumplir las edades anteriormente indicadas.
c) El padre y la madre, siempre que no dispongan de rentas personales para su subsistencia.
d) Los hermanos, en las mismas condiciones de edad que los hijos, siempre que sean huérfanos o hijos de padres comprendidos en el inciso anterior, que no perciben rentas y que viven en el hogar del asegurado.

Ley General del Trabajo (D. S. 224). Instaura el Seguro Social Obligatorio para la protección del trabajador en los casos de riesgo profesional, a cargo del patrono. Abarcará también los casos de incapacidad, incluso aquellos que no se deriven del trabajo, en cuyo caso sus cargas recaerán sobre el Estado, los patronos y los asegurados. Se reconoce también el derecho de las mujeres embarazadas a descansar 30 días antes y 30 días después del alumbramiento, o hasta un tiempo mayor si como consecuencia del parto sobrevinieran casos de enfermedad.

Seguro Universal Materno Infantil-SUMI (Ley 2426). Seguro con carácter universal, integral y gratuito, para otorgar las prestaciones de salud en los niveles de atención del Sistema Nacional de Salud y del Sistema de Seguridad Social de Corto Plazo a las mujeres embarazadas desde el inicio de la gestación hasta los seis meses posteriores al parto, así como a los niños y niñas, desde su nacimiento hasta los 5 años de edad. Esta ley establece que las prestaciones del SUMI, cuando corresponda, se adecuarán y ejecutarán mediante la medicina tradicional boliviana, respetando los usos y costumbres de los pueblos indígenas, originarios y campesinos en su gran diversidad, lo que permitirá a las mujeres elegir la posición del parto y otras prácticas, haciendo adecuaciones culturales en los servicios de salud. El SUMI está planteado como una prioridad de la estrategia boliviana de reducción de la pobreza. Es responsabilidad del Ministerio de Salud y Prevención Social, como la autoridad nacional de salud, la reglamentación, regulación, coordinación, supervisión y control de la aplicación del SUMI en todos los niveles establecidos. Este seguro es de carácter obligatorio y coercitivo para todo el sistema nacional de salud, prefecturas, gobiernos municipales, el Sistema de Seguro Social de Corto Plazo y, sin excepción alguna, para todas las Cajas de Salud y aquellas instituciones sujetas a convenio.

Reglamento de prestaciones y gestión del Seguro Universal Materno-Infantil (D. S. 26874). Establece que las personas afiliadas al SUMI son todos los bolivianos y extranjeros, con visa de residencia en el país, y detalla los servicios que incluye: atención ambulatoria integral, hospitalización, servicios complementarios de diagnóstico y tratamientos médicos y quirúrgicos. Asimismo, provee de insumos, medicamentos esenciales y productos naturales tradicionales.

Reglamento del Seguro Médico Gratuito de Vejez (D. S. 25186). Señala que los beneficiarios de este seguro son los bolivianos de ambos sexos, que radican de manera permanente en el territorio nacional, que tengan 60 o más años de edad y no se encuentren asegurados en el sistema de seguro social obligatorio ni otro seguro de salud.

Ley de Regulación del Trabajo Asalariado del Hogar (Ley 2450). Establece que el trabajo asalariado del hogar está sujeto a afiliación a la Caja, para cuyos efectos se realizarán los aportes y descuentos correspondientes. La afiliación se efectuará

a partir de tres meses de trabajo, una vez que el empleado demuestre estabilidad en la fuente laboral.

1.2.3 Legislación relacionada con la salud sexual y reproductiva

Programa Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, 2004-2008. Orientaciones estratégicas. Establece, entre los servicios que deben brindarse, la prevención y consulta clínica de salud; el tratamiento médico y quirúrgico; la terapia física y la rehabilitación; los exámenes auxiliares; la vigilancia epidemiológica institucional; la atención del embarazo, el parto y el posparto, así como la del recién nacido, y las complicaciones que puedan sobrevenir de ello; el diagnóstico, control y tratamiento de infecciones de transmisión sexual y VIH-sida, cáncer de cuello uterino y condiciones médicas del embarazo; atención diferenciada de la salud del adolescente y de las condiciones de la violencia sexual y/o de género; amplia gama de servicios de anticoncepción.

Código de Seguridad Social (Ley 1956). Establece que la asegurada y la esposa o conviviente del asegurado tienen derecho, en los períodos de gestación, parto y puerperio, a la necesaria asistencia médica quirúrgica hospitalaria y al suministro de los medicamentos que requiera el estado de la paciente. Determina, asimismo, que la asistencia sanitaria procede a partir de la fecha de constatación del estado de gravidez por parte de los servicios médicos de la Caja, hasta un máximo de seis semanas después del parto. Y en caso de aborto provocado sin prescripción médica, procede solamente el derecho a las prestaciones sanitarias indispensables.

1.2.4 Acciones legales para proteger el derecho a la salud

Los órganos a los que los ciudadanos se pueden dirigir en caso de vulneración del derecho a la salud son el Colegio de Médicos, y si no se obtiene respuesta, el Ministerio de Salud. En última instancia, cabe recurrir a la vía judicial.

Procesos de garantías constitucionales. Procesos de hábeas corpus y amparo constitucional. La acción se interpone ante la Corte de Justicia, y en provincias, en Juzgados de Partido en lo Civil. Debe ser admitida en 24 horas y en esta admisión se señala audiencia en las siguientes 24 horas, la cual debe ser notificada. Llevada a cabo la audiencia, y luego de darse el fallo, se remite el proceso al Tribunal Constitucional para su revisión, que debe producirse en el plazo de 30 días; es decir, el proceso debería tener una duración de alrededor de 35 días hasta obtenerse un fallo definitivo.

En términos reales, el auto de admisión tarda un lapso que va de 48 a 72 horas. La revisión en el tribunal tarda como mínimo 30 días y como máximo 60 días.

1.3 LITIGIOS RESUELTOS ANTE LAS ALTAS CORTES BOLIVIANAS

1.3.1 Solicitan declaración de inconstitucionalidad de norma discriminatoria por razón de género para acceder a la seguridad social

Sentencia del Tribunal Constitucional

> *Tipo de acción:* Recurso de inconstitucionalidad
> *Demandante:* Ana María Romero de Campero, defensora del Pueblo
> *Demandado:* Carlos Diego Mesa Gisbert, vicepresidente de la República y presidente del Congreso
> *Número de expediente:* 2002-05784-11-RDI

HECHOS

A finales del año 2002, la defensora del Pueblo demandó ante el Tribunal Constitucional de la Nación la inconstitucionalidad de los incisos (a) y (c) del artículo 14 del Código de Seguridad Social, por infringir los artículos 6.I y 194 de la Constitución Política del Estado.

El artículo 6 de la Constitución boliviana señala en su primer parágrafo: «Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera». El artículo 194 establece la igualdad jurídica de los cónyuges.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La defensora del Pueblo señaló que el artículo 14 del Código de Seguridad Social creaba una situación de desigualdad jurídica irrazonable, pues ahí no aparecía la razonabilidad de la discriminación positiva o inversa para las personas o grupos sociales que se hallen en desventaja respecto del acceso a sus derechos que prevé la doctrina constitucional. El artículo 14 del Código de Seguridad Social, cuyos incisos (a) y (c) fueron demandados de inconstitucionalidad, textualmente disponía:

> Artículo 14. En caso de enfermedad, reconocida por los servicios médicos de la Caja, el asegurado y los beneficiarios tienen derecho a las prestaciones en especie que dichos servicios consideren indispensables para la curación, o sea la necesaria

asistencia médica y dental, general y especializada, quirúrgica, hospitalaria y al suministro de medicamentos que requiera el estado del enfermo.

Son beneficiarios los siguientes familiares a cargo del trabajador:

a) La esposa, o la conviviente inscrita en los registros de la Caja o el esposo inválido reconocido por los servicios médicos de la misma;
b) Los hijos legítimos, los naturales reconocidos y los adoptivos, hasta los 16 años, o 19 años si estudian en establecimientos autorizados por el Estado, o sin límite de edad si son declarados inválidos por los servicios médicos de la Caja antes de cumplir las edades anteriormente citadas;
c) El padre inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja y la madre, siempre que no dispongan de rentas personales para su subsistencia;
d) Los hermanos, en las mismas condiciones de edad que los hijos siempre que sean huérfanos o hijos de padres comprendidos en el inciso anterior, que no perciban rentas y que vivan en el hogar del asegurado.

La defensora del Pueblo observó que los incisos (a) y (c) creaban una situación de desigualdad jurídica irrazonable —esto es, arbitraria— entre la esposa beneficiaria y el esposo beneficiario, entre el varón y la mujer.

Argumentos del demandado

La defensa de los incisos observados en el Código de Seguridad Social, realizada por el vicepresidente de la República y presidente nato del Congreso, señaló que estos respondían a la época en que se dictó el Código de Seguridad Social, en la que la realidad social era diferente de la actual. En aquella época, fue necesario adoptar medidas de protección de la mujer, ya que el proveedor del hogar, en ese tiempo, era sobre todo el varón, y la esposa se encontraba en una situación de inferioridad de condiciones en lo que respecta a la educación, a la economía y al trabajo que le estaba permitido realizar.

Por eso, los incisos descritos tienen una clara actitud protectiva hacia la mujer, sea como esposa o conviviente o como madre del asegurado, al exigirle requisitos mínimos para ser considerada beneficiaria, al contrario de lo que sucede con el esposo o padre, a quienes adicionalmente se les exige ser declarados inválidos por la propia Caja.

Argumentos del Tribunal Constitucional

El Tribunal admitió que esa discriminación entre sexos era justificada y razonable para ese tiempo, pero que ya no cabe en la actualidad, pues «ahora debe primar el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución, tanto para el varón como para la mujer».

Asimismo, admitió que la normativa observada desconocía el primer parágrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Estado (CPE), que consagra el derecho a la igualdad, y establecía una desigualdad de trato para los cónyuges beneficiarios en razón de su sexo: determinaba un trato preferencial respecto de la mujer, pues solo le exigía su inscripción en los registros de la Caja, mientras que al esposo le exigía una declaración de invalidez, sin que existiera para ello justificación legal y razonable, menos proporcional, «pues la finalidad última es proteger la salud y la vida del cónyuge beneficiario, y para ello, sea varón o mujer, tiene que exigírsele los mismos requisitos para ser atendido en la Caja, lo contrario implica una actitud discriminatoria en razón del sexo, prohibida por el primer parágrafo del artículo 6 de la CPE, al margen que desconoce también la igualdad de los derechos y las obligaciones de los cónyuges emergentes del matrimonio establecida por el artículo 194 de la CPE», explicó en su fallo el Tribunal Constitucional. Aplicó el mismo razonamiento al inciso (c), demandado como inconstitucional, porque «también hace una distinción entre el padre y la madre del asegurado […] siendo evidente que existe también en ese caso un trato diferente en razón al sexo, discriminatorio y en desmedro del varón, sin que exista ninguna justificación legal válida para su implementación, poniendo en situación de inferioridad al padre con relación a la madre en el ejercicio de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida, que deben ser reconocidos a todas las personas por igual».

SENTENCIA

Mediante Sentencia 0062/2003, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la frase contenida en el artículo 14 del Código de Seguridad Social, incisos (a) y (c): «inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja».

1.3.2 Solicitan declaración de inconstitucionalidad de norma discriminatoria por razón de género para acceder a la seguridad social

Tipo de acción: Recurso directo de inconstitucionalidad
Demandante: Waldo Albarracín, defensor del Pueblo
Demandado: Evo Morales Aima, presidente constitucional de la República, a nombre de los órganos ejecutivos que generaron las normas impugnadas
Número de expediente: 2005-13025-27-RDI

HECHOS

El defensor del Pueblo demandó la inconstitucionalidad del artículo 34, en sus incisos (a) y (c), del Decreto Supremo 5315, del 30 de setiembre de 1959, y del

Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, aprobado mediante Resolución Administrativa 048-2004, de 6 de setiembre del 2004, emitida por el Instituto Nacional de Seguros de Salud (INASES), por ser contrarios a los artículos 6.I, 8 inciso (a), 96.1, 193, 194 y 228 de la Constitución Política del Estado.

ARGUMENTOS DEL DEMANDANTE

El Código de Seguridad Social y su reglamento establecían desigualdad en el trato para los cónyuges beneficiarios en razón de su sexo y vulneraban el derecho constitucional a la igualdad entre sexos. Por una parte, determinaban un trato preferencial a la mujer, pues solo le exigían su inscripción en los registros de la Caja, mientras que al esposo le exigían ser declarado «inválido reconocido por los servicios de la Caja» para acogerse a la seguridad social. Idéntico razonamiento sobre la afiliación del esposo se mantenía en lo que concernía a la afiliación del padre en el inciso (c) del artículo 34 del Reglamento al Código de Seguridad Social. Ahí también se exigía que el padre fuera declarado inválido para poder ser beneficiario. Ello implicaba una trasgresión al derecho a la igualdad.

El inciso (c) del artículo 34 del Reglamento al Código de Seguridad Social contenía una segunda parte sobre la afiliación de la madre del trabajador o de la trabajadora. El requisito para la afiliación era que la madre fuera viuda, divorciada o soltera, o que su esposo no percibiera ningún ingreso, y que viviera en el hogar del asegurado y a sus expensas. En contraste, el artículo referido no contemplaba otro requisito para la afiliación de la madre sino únicamente que no percibiera rentas.

Como antecedente, el Decreto Supremo 5315, del 30 de setiembre de 1959 (Reglamento del Código de Seguridad Social) establecía en su artículo 34:

> Art. 34. Son beneficiarios, exclusivamente, los siguientes familiares a cargo del trabajador:
> a) La esposa o la conviviente inscrita en los registros de la Caja que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas, o el esposo inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la misma.
> […]
> c) El padre inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la Caja y la madre viuda, divorciada o soltera o cuyo esposo no perciba ningún ingreso y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas;

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El reglamento aprobado por el INASES mediante Resolución Administrativa 048/2004 dispuso la obligación del asegurado de presentar ciertos documentos, que se

entiende serían exigibles tanto a hombres como a mujeres. Sin embargo, en la lectura de la norma se evidenciaba que la asegurada, esposa o hija, debía presentar una solicitud pidiendo la incorporación de su esposo, padre o conviviente en calidad de beneficiario, lo que no se exigía a un hombre asegurado para afiliar a su esposa, madre o conviviente. Asimismo, debía presentar una declaración jurada del esposo, conviviente o padre, que debía indicar que no tenía actividad laboral ni renta personal, y que vivía a expensas de la asegurada, lo cual tampoco se exigía al hombre asegurado para asegurar a su esposa, conviviente o madre. Aquí se evidenciaba la desigualdad de requisitos entre la asegurada y el asegurado, así como el desconocimiento del deber que tiene todo funcionario de cumplir la Constitución Política del Estado y las leyes.

El INASES, de acuerdo con su facultad de normar y fiscalizar a las instancias gestoras de salud, y bajo el supuesto afán de cumplir la sentencia constitucional 0062/2003, procedió a reglamentar el procedimiento y requisitos de afiliación de esposos y padres, basándose en el Decreto Supremo 5315, contrario al Código de Seguridad Social y, por tanto, a la Constitución Política del Estado.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

Evo Morales Aima, a nombre de los órganos que generaron las normas impugnadas, expresó que, en su gestión presidencial, uno de los objetivos del Poder Ejecutivo es impulsar políticas de seguridad social que alcancen al grueso de la población boliviana. Por lo tanto, mostró su acuerdo con el defensor del Pueblo para pedir la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, que dificultan la mejor aplicación de las políticas sociales y la mayor inserción de habitantes al sistema de seguridad social.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional señaló que al haberse declarado inconstitucional la frase «inválido reconocido por los servicios de la Caja» en el artículo 34 del Código de Seguridad Social, mediante la sentencia constitucional 0062/2003, no podía mantenerse la misma norma en el texto del artículo 34, inciso (a) del Reglamento del Código de Seguridad Social.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estableció que el Decreto Supremo 5315 —Reglamento del Código de Seguridad Social— contrarió lo dispuesto por una ley (Código de Seguridad Social), vulneró la norma prevista en el artículo 228 de la Constitución Política del Estado en cuanto al principio de jerarquía normativa, y conculcó el principio de reserva legal y el mandato contenido en el artículo 96.1 (a) de la Constitución, puesto que el Poder Ejecutivo expidió ese Decreto Supremo contrariando lo establecido por la ley.

En cuanto al Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, el Tribunal Constitucional señaló que los documentos consignados son los que ordinariamente se deben presentar para la afiliación de cualquier beneficiario; la solicitud expresa del asegurado o la asegurada para la incorporación de su cónyuge o conviviente no implica desconocimiento alguno de ninguna de las normas constitucionales invocadas como lesionadas por el recurrente, puesto que no conculca el derecho a la igualdad; es, simplemente, un pedido que tendrá que efectuar el asegurado o la asegurada sin intervención de otra persona.

En cambio, el requisito relativo a la declaración jurada del esposo, conviviente o padre, en el sentido de que no tiene actividad laboral ni renta personal y, por tanto, vive a expensas de la asegurada, constituye una clara conculcación del derecho a la igualdad, ya que no se exige ese requisito para la afiliación de la esposa, conviviente o madre; también vulnera el principio de jerarquía normativa y el principio de reserva legal, pues no se encuentra definido en el Código de Seguridad Social ni en su reglamento; el Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres es un instrumento de menor jerarquía que la Ley y el Decreto Supremo.

Por un lado, el Decreto Supremo 5315 transgredía el principio de reserva legal al disponer que se podrá asegurar a la esposa o conviviente inscrita en la Caja que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas o al esposo inválido reconocido por la comisión de prestaciones; este era también un requisito para asegurar al padre. La madre podrá ser asegurada si es viuda, divorciada o soltera, o si su esposo no percibe ingreso alguno, y siempre que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas. El Decreto Supremo 5315 vulneraba la jerarquía normativa que proclama el artículo 228 de la Constitución Política del Estado cuando determinaba requisitos para la afiliación de familiares como beneficiarios del titular de un seguro distintos de los señalados en el artículo 14 del Código de Seguridad Social.

SENTENCIA

Mediante sentencia constitucional 0019/2006, el Tribunal Constitucional declaró el 5 de abril del 2006 la inconstitucionalidad de:

a) Las frases «que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas» e «inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la misma», del artículo 34 inciso a) del Decreto Supremo 5315, del 30 de setiembre de 1959 (Reglamento del Código de Seguridad Social).
b) Las frases «inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la Caja» y «viuda, divorciada o soltera o cuyo esposo no perciba ningún ingreso y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas» del artículo 34 inciso (c), del Decreto Supremo 5315, del 30 de setiembre de 1959 (Reglamento del Código de Seguridad Social).

c) El requisito de presentar «Declaración jurada del esposo, conviviente o padre, en el sentido de que no tiene actividad laboral, renta personal y por ende vive a expensas de la asegurada», contenido en el último punto relativo a los documentos que deben ser presentados por el asegurado o la asegurada, del Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres aprobado por Resolución Administrativa 048-2004, del 6 de setiembre.

1.3.3 Discriminación de persona que vive con VIH-sida

Tipo de acción: Recurso de amparo constitucional
Demandante: Ana Marconi
Demandada: Mónica Rivero Contreras, gerente del House Inn Apart Hotel
Número de expediente: 2005-12102-25-RAC

HECHOS

En febrero del 2005, Mónica Rivero Contreras, gerente del House Inn Apart Hotel, en Santa Cruz de la Sierra, despidió a la camarera Ana Marconi arguyendo crisis económica y en virtud de que la Caja Nacional de Salud no había reconocido las bajas médicas de Marconi correspondientes a los meses de enero y febrero del 2005. Marconi trabajó en el hotel desde el 13 de marzo del 2000 hasta el 18 de febrero del 2005 y fue despedida precisamente cuando se encontraba con baja médica; le suspendieron, además, el seguro durante ese tiempo. La gerente del hotel ordenó la cancelación de sus beneficios sociales, que ascendían a la suma de ochocientos dólares.

Marconi recurrió a la Dirección Departamental del Trabajo solicitando que se la restituyera en sus labores. La gerencia del hotel le negó la solicitud arguyendo que sus servicios significaban un riesgo para los huéspedes, pues podía contagiarlos con el VIH, infección que Marconi padecía y que la gerente había «descubierto» después de proceder a su despido.

Un informe firmado por el inspector de la Dirección Departamental del Trabajo señalaba que en la vía conciliatoria, el 17 de junio del 2005 se reunieron la trabajadora despedida y la gerente del hotel. La primera indicaba que fue despedida por razones discriminatorias y la segunda que el retiro se había debido a una reestructuración. En una segunda audiencia, el abogado de la gerencia manifestó que el despido se debió a reestructuración y «que [a Marconi] se le cancelaron todos los beneficios sociales y que no podían tenerla trabajando por su enfermedad y que era un riesgo de contagio y que si alguien tiene que darle trabajo es el

Estado». Luego de sus intentos de restitución, la trabajadora interpuso un amparo constitucional para ser reincorporada.

Argumentos de la demandante

Marconi arguyó que con el despido se atentó contra sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y al trabajo —consagrados en los artículos 7 incisos (a), (d) y (k) de la Constitución Política del Estado (CPE)—, contra su derecho a la confidencialidad y privacidad —contenido en el artículo 18 del Código Civil, el artículo 5 del Pacto de San José de Costa Rica y los artículos 41 y 42 de la Resolución Ministerial 0711 del 27 de noviembre del 2002—. También argumentó que con el despido se conculcó la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer», que el Estado ha ratificado e incorporado como Ley de la República.

Argumentos de la demandada

La gerente del hotel informó en su descargo que la demandante podía haber llevado el caso a la vía ordinaria porque el Ministerio del Trabajo declaró el problema como «contencioso». La empleada tuvo consecutivas bajas médicas desde el mes de octubre; la última se cumplió supuestamente el 31 de diciembre, momento en que también se produjo otra baja médica por maternidad de otra de las camareras. Ante esta situación, Rivero vio la necesidad de una reestructuración del personal y entregó a Marconi su carta de despido el 31 de diciembre del 2004. La recurrente se presentó para «readecuarse» a su fuente laboral, portando una carta del médico de la Caja Nacional en la que señalaba que se la podía habilitar para un trabajo en el que no estuviera en contacto con humedad, polvo ni tóxicos, lo cual sorprendió porque, justamente, ella trabajaba en dichas circunstancias. La gerente habló con el médico que atendió a Marconi, quien le informó que la trabajadora había contraído el VIH. La gerente recalcó que se enteró de la infección de la trabajadora después de su retiro. Finalmente, arguyó que el amparo —según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— debe ser interpuesto en el plazo de seis meses, pero que el amparo de la trabajadora excedió ese plazo y ya se había desnaturalizado la esencia de esta acción tutelar en virtud del principio de inmediatez.

Argumentos del Tribunal Constitucional

El Tribunal consideró, ateniéndose a la sentencia constitucional 0026/2003-R, que el sida, causado por la infección del VIH, es «una enfermedad hasta ahora incurable, progresiva y mortal […] que acarrea el deterioro paulatino e inexorable del organismo que la sufre, sin que hasta el momento exista un remedio que

garantice la eliminación del mal en sí mismo. […] Es considerada una enfermedad "catastrófica" por las consecuencias personales, familiares y económicas que lleva consigo, por el menoscabo irreparable en la salud, los problemas psicológicos del paciente, el quebranto en sus relaciones laborales, sociales y familiares y el elevadísimo costo del tratamiento». Comparó también la jurisprudencia y la doctrina constitucional recordando la Sentencia T-505 del Tribunal Constitucional de Colombia, del 28 de agosto de 1992, donde se puntualiza que «el sida constituye un mal de inconmensurables proporciones que amenaza la existencia misma del género humano, frente al cual el derecho no debe permanecer impasible, sino ofrecer fórmulas de solución. La dimensión creciente de la amenaza para la salud pública que representa el sida está dada por su carácter de enfermedad epidemiológica, mortal y sin tratamiento curativo».

La misma sentencia señala, en cuanto a los derechos y deberes de las personas infectadas por el VIH o con sida, lo siguiente: «el infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad. En particular, el Estado debe evitar toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la provisión de servicios, en el empleo y en su libertad de locomoción. Los derechos a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la salud, entre otros, pueden ser objeto de vulneración o amenaza por parte de las autoridades o de los particulares, en muchos casos, como consecuencia exclusiva del temor que despierta el sida. Esta reacción negativa debe ser contrarrestada con una eficaz acción estatal tendiente a suscitar la comprensión y la solidaridad, evitando la expansión de la enfermedad».

El Tribunal Constitucional recordó también las disposiciones existentes para la prevención y vigilancia del VIH-sida en nuestra legislación: la Resolución Ministerial 0711, emitida el 27 de noviembre del 2002, para la prevención y vigilancia del VIH-sida en Bolivia, señala en su artículo 1 que sus disposiciones alcanzan a todas las instituciones públicas y privadas que realizan atención preventiva, integral y de vigilancia del VIH y del sida; en su artículo 21 señala que «la prevención y vigilancia del VIH/SIDA debe ser apoyada por todas las instancias, organizaciones, instituciones y sectores con carácter público y/o privado».

A partir de los lineamientos jurisprudenciales y de la normativa nacional, el Tribunal estableció que las personas enfermas con sida gozan de iguales derechos que las demás, que no pueden ser discriminadas en la provisión de servicios, empleo, trabajo y salud, y que merecen, además, atención especial del programa a cargo del Ministerio de Salud.

SENTENCIA

Mediante sentencia 0401/2006-R, del 27 de abril del 2006, el Tribunal Constitucional consideró que el retiro de la recurrente de su puesto de trabajo significaba no solo la privación de los recursos económicos, sino sobre todo de la seguridad social, la atención médica inmediata y continua, así como de una alimentación adecuada, y dada la gravedad de la enfermedad que sufría, ello era un atentando contra su salud y, por tanto, contra su vida. El despido significó un acto discriminatorio, que atentó contra la salud y la vida de la recurrente; se produjo en razón del padecimiento por el que atravesaba la empleada, pero el empleador no tomó en cuenta que la transmisión del VIH se produce de tres formas, y que correspondía, conforme recomendó el médico, que se la reubicase en otras labores, pues era imperativo para que la recurrente pudiera conservar su vida contar con los servicios médicos necesarios, que se efectivizan como consecuencia de una relación laboral. «De ahí que en el caso específico, lo que se está protegiendo es el derecho a la vida y a la salud, ligado el derecho al trabajo», señaló el Tribunal, y explicó, además, que en el momento en que «la enfermedad le acarree una incapacidad que le impida continuar con sus labores cotidianas, previa evaluación del médico tratante, la actora puede tramitar la pensión de invalidez» y que también podía beneficiarse de los programas de VIH-sida del Ministerio de Salud. En cuanto a la vía contenciosa del conflicto laboral, aclaró que, dada la naturaleza de inmediata y urgente protección de la cuestión planteada, correspondía hacer abstracción del principio de subsidiariedad, brindando protección inmediata a través del amparo constitucional.

1.3.4 Denuncian retención de paciente en establecimiento de salud para forzar pago del tratamiento médico

Tipo de acción: Recurso de hábeas corpus
Demandante: Benigno Tórrez Llanos, en representación de su hija Ana Laura Tórrez Colque
Demandado: Germán Hoyos Delfín, director del Hospital Regional San Juan de Dios
Número de expediente: 2006-13347-27-RHC de Tarija

HECHOS

El 19 de enero del 2006 un camión cargado de pasajeros se precipitó a un barranco en el lugar conocido como Cieneguillas, cercano a la localidad de Camargo (Chuquisaca). Murieron 39 personas y 6 quedaron heridas de gravedad. Entre estas últimas se encontraba Ana Laura Tórrez Colque, quien fue internada de emergencia en el Hospital Regional San Juan de Dios de la ciudad de Tarija, en la unidad de

terapia intensiva, con traumatismo encéfalo-craneal grave y policontusión. El 30 de enero del 2006 fue transferida a la sala de cirugía de mujeres con diagnóstico de bronconeumonía, hundimiento de cráneo, traumatismo encéfalo-craneal grave, infarto cerebral y fractura de pelvis. El 2 de febrero del 2006 se emitió el aviso de alta de la paciente —que quedó en estado vegetativo—, además del cobro por concepto de uso de oxígeno y ocho jeringas, que ascendía a 604 bolivianos (aproximadamente 80 dólares estadounidenses).

Por no haber pagado el total de la deuda, el hospital, no obstante haber dado de alta a la enferma para que se la llevaran sus parientes, no permitió su salida. Finalmente, los familiares pagaron una suma rebajada por acuerdo con la trabajadora social del hospital, pero el padre de la accidentada denunció al hospital en recurso de hábeas corpus por vulnerar el derecho a la libertad de locomoción de su hija.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal recordó la jurisprudencia que establece que cuando un centro hospitalario del Estado, con la finalidad de obtener el pago del tratamiento, mantiene privado de su libertad física al paciente, se lesiona el derecho a la libertad individual y de locomoción, por lo que corresponde otorgar la tutela que brinda el artículo 18 de la Constitución Política del Estado, destinado a proteger a toda persona que se creyera ilegalmente restringida o suprimida de su derecho de locomoción a consecuencia de actos de los funcionarios públicos.

Sin embargo, el recurrente, según el Tribunal Constitucional, no probó los extremos denunciados: que su hija, no obstante haber sido dada de alta, estuvo retenida en el hospital hasta que cancelara el monto de la atención médica recibida, y aprobó la resolución pronunciada por la sala penal de la Corte Superior de Tarija.

SENTENCIA

Mediante sentencia 0224/2006, del 13 de marzo del 2006, el Tribunal Constitucional señaló que no podía otorgar la tutela cuando ya había desaparecido la retención indebida, la que no había sido demostrada, pese a los argumentos del padre.

1.3.5 Denuncian retención de paciente en establecimiento de salud para forzar pago del tratamiento médico

Tipo de acción: Recurso de hábeas corpus
Demandante: Virginia Apaza de Sánchez, a nombre de su tía Guadalupe Apaza Paci

Demandado: Wálter Antezana Carrión, director del hospital Viedma, de la ciudad de Cochabamba
Número de expediente: 2005-12328-25-RHC de Cochabamba

HECHOS

El 8 de julio del 2005, Guadalupe Apaza Paci, mujer de habla aimara y de avanzada edad, fue sometida a una intervención quirúrgica en el Hospital Clínico Viedma de Cochabamba, donde se le amputó una pierna. El 8 de agosto del 2005, el médico que la operó consignó en su historia clínica su alta hospitalaria, recomendándole que volviera a control por consulta externa en una semana. Sin embargo, la paciente continuó internada luego de la orden de alta, sin constar en su historia clínica motivo alguno para ello. Su sobrina, Virginia Apaza de Sánchez, presentó un recurso de hábeas corpus demandando que el hospital había vulnerado el derecho de libertad personal y de locomoción de su tía, pues estaba detenida ilegalmente en el hospital por no haber cancelado la cuenta de la atención médica, que ascendía a 7.994,10 bolivianos (aproximadamente, 1.100 dólares estadounidenses).

ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE

En el recurso, la demandante denunció que intentó sacar a su tía del hospital no solo por el alta médica sino por «los malos tratos dados tanto a su representada como a ella cuando va de visita», pero que el personal de ese nosocomio, por órdenes del director, no permitió la salida hasta que cancelara la totalidad de la cuenta adeudada. La retenían como garantía de pago, denunció, y se quejó de que «una persona no puede ser tratada como una cosa, como un objeto de prenda y más los de la tercera edad, quienes por esa calidad deben gozar más bien de privilegios».

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El recurrido director del hospital Viedma, Wálter Antezana Carrión, dijo que el recurso carecía de fundamento, ya que la tía continuaba hospitalizada y bajo cuidados intensivos. Dijo que la paciente estuvo pocas horas con alta médica, que su salud decayó y debió estar bajo atención del hospital; pidió que el tribunal de hábeas corpus se trasladara al nosocomio para constatar el estado de la paciente, quien se negaba «a que la colaboren o ayuden hablando sólo en su idioma original». Dijo también que la sobrina en ningún momento llenó el formulario de salida de la paciente ni tramitó rebaja de la deuda.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal recordó la jurisprudencia de las sentencias constitucionales 101/2002-R, 113/2002-R, 297/2002-R, 855/2002-R, 1074/2002-R y 1127/2002-R respecto de

la protección que brinda el artículo 18 de la Constitución Política del Estado, y que en la sentencia constitucional 1304/2002-R, con referencia a los directores o autoridades responsables de centros hospitalarios estatales, no existe disposición alguna que los faculte a retener a un paciente que no cubre los gastos que demandaron su curación.

Recordó, al contrario, que existen normas expresas que prohíben la detención o la privación de la libertad física por obligaciones patrimoniales, tales como los artículos 7.7. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6 de la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales (LAPACOP) y 1466 del Código Civil.

SENTENCIA

Mediante sentencia constitucional 0054/2006-R, del 18 de enero del 2006, el Tribunal aprobó la resolución pronunciada por la sala penal tercera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba y estableció la libertad inmediata de la paciente, puesto que el hospital transgredía sus derechos fundamentales, pero no falló sobre la obligación de pago de los familiares, que debía solucionarse sin vulnerar los derechos de las personas.

1.3.6 Denuncian retención de paciente en establecimiento de salud para forzar pago del tratamiento médico

Tipo de acción: Recurso de hábeas corpus
Demandante: Cintia Filomena Almanza Espinoza, en representación de su hija menor de edad
Demandado: Wálter Antezana, director del Hospital Clínico Viedma
Número de expediente: 2005-12041-25-RHC del distrito de Cochabamba

HECHOS

El 5 de mayo del 2005, en el camino antiguo a la ciudad de Santa Cruz, Cintia Filomena Almanza Espinoza sufrió un accidente automovilístico junto con su esposo e hijos. Sus dos hijos menores fallecieron; su esposo y su hija fueron internados en el Hospital Clínico Viedma y ella en el Hospital Harry Williams.

Su hija Rosely Pérez Almanza fue dada de alta el 23 de junio del 2005, pero los funcionarios del hospital, por instrucciones de su director, no le permitieron salir hasta que pagara la suma de 24.463 bolivianos (alrededor de 3.400 dólares estadounidenses). La madre pidió saber el porqué del monto, pero la administración no le dio detalle y la derivó a la visitadora social. A esta, la madre le explicó

que además de los gastos que estaba efectuando para la curación de su esposo y la suya, también había tenido que afrontar los gastos por los entierros de sus hijos y todas las vicisitudes de la tragedia familiar. La visitadora social le hizo una rebaja de 20%, pero su hija continuó retenida.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE

Cintia Filomena Almanza Espinoza planteó que el hospital —organismo de servicio público— retenía indebidamente a su hija. Además, la recurrente señaló que ella y su esposo, después de que fueron dados de alta, iban casi todos los días a visitar a su hija, pero los funcionarios del hospital los trataban mal y la visitadora social jamás les informó sobre las formas de pago y las posibles rebajas.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El director del hospital no asistió a la audiencia del tribunal de hábeas corpus, sino su asesor legal, quien señaló que la recurrente equivocó el camino al presentar el hábeas corpus sin antes conversar con los representantes del hospital para tramitar rebajas o condonaciones. Señaló también que en el hospital no se admiten prendas ni retenciones, «peor aun de personas», y que más bien se les pide que se acojan a las diferentes formas de pago, «y para ello se requiere garantía real». Añadió también que los familiares de la menor internada la habían abandonado y hacía varios días que no la iban a visitar, por lo que no se habían podido conciliar cuentas.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional señaló: «En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna disposición que faculte a [los directores o autoridades responsables de centros hospitalarios estatales] a retener a un paciente por no cubrir los gastos que ha demandado su curación». La sentencia señala también que el ilegal comportamiento había sido reiterado en la autoridad recurrida (el director del hospital Viedma), según lo establecen las sentencias constitucionales 716/2002-R, 1199/2002-R, 1305/2002-R y 0823/2003-R, y que él había desconocido el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA

Mediante sentencia 1641/2005-R, del 16 de diciembre del 2005, el Tribunal aprobó la resolución del primer tribunal de hábeas corpus, destacando que los personeros del hospital Viedma vulneraron los derechos de la menor a la libertad física y a la libertad de locomoción, consagrados en los artículos 6.II y 7, inciso (g) de la Constitución, así como la norma prevista por el artículo 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe la detención por deudas; y de igual forma, infringieron el artículo 6 de la LAPACOP, que impone que las obligaciones

de orden patrimonial deben hacerse efectivas únicamente a través de la afectación del patrimonio de los obligados, pero bajo ninguna justificación puede recaer el incumplimiento de dichas obligaciones sobre la libertad física y de locomoción. El Tribunal recalcó que hay muchas sentencias en el Tribunal Constitucional que dejan línea jurisprudencial firme en ese sentido.

1.3.7 Solicitan continuidad de prestación de servicios de salud para persona adulta mayor. Denuncian negligencia médica que ocasionó aborto culposo

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Waldo Albarracín, defensor del Pueblo, en representación de Alejandro Cuba Plaza
Demandados: Fernando Antezana Araníbar y otros
Número de expediente: 2004-09190-19-RAC

HECHOS

En mayo del 2004, Waldo Albarracín, defensor del Pueblo, demandó a Fernando Antezana Araníbar, ministro de Salud y Deportes; Carmen Ovando Polo, directora del Hospital de Clínicas; Víctor Barrios, director del Hospital Obrero; Fernando Aguirre, José Carlos Romero, Milán Ugrinovic, René Córdova, Aydeé Vásquez y Jorge Palacios, presidente, secretario y vocales de la Comisión Nacional de Prestaciones de la Caja Nacional de Salud, respectivamente, por haber vulnerado los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad jurídica y a la seguridad social de su defendido Alejandro Cuba Plaza.

El seguro médico gratuito de vejez de la Caja Nacional de Salud le diagnosticó a Cuba Plaza insuficiencia renal crónica terminal. Fue intervenido en febrero del 2003 en el Hospital Obrero 1 de La Paz, para luego recibir sesiones de hemodiálisis en su unidad especializada. Hasta ese momento, él había cumplido ya las 52 semanas de atención médica para enfermos terminales previstas por los artículos 16 y 17 del Código de Seguridad Social.

El 12 de abril del 2004 la Comisión Nacional de Prestaciones de la Caja Nacional de Salud ordenó al director del Hospital Obrero transferir al anciano a los servicios especializados del Ministerio de Salud y Previsión Social, de conformidad con lo previsto por el artículo 11 del Decreto Ley 14643 y la Resolución Ministerial 0030/2004, del 4 de febrero.

El paciente fue transferido al servicio de hemodiálisis del Hospital de Clínicas, pero luego de una última sesión el 28 de abril del 2004, la Caja Nacional de Salud le negó futuras atenciones.

El 6 de mayo del 2004 el enfermo se apersonó al Hospital de Clínicas y su directora le negó la posibilidad de atenderlo, pues decía que no contaba con la capacidad suficiente para practicar el tratamiento. Le dijo que se había descompuesto una máquina y existían otros pacientes perjudicados. Esa interrupción motivó que el anciano ingresara en estado urémico descompensado; por su situación económica, no podía acceder a hemodiálisis en algún hospital privado ni cubrir los costos de los medicamentos.

Al emitir la nota del 12 de abril del 2004, la Comisión Nacional de Prestaciones de la Caja Nacional de Salud se amparó en la Resolución Ministerial 0030/2004.

ARGUMENTOS DEL DEMANDANTE

El defensor del Pueblo observó que si bien esta resolución faculta la transferencia de pacientes de la Caja Nacional de Salud al Ministerio de Salud y Deportes, debía asegurar la continuidad y efectividad de los servicios de hemodiálisis del paciente, lo que no ocurrió en el caso analizado. Al deshacerse la Caja de la atención del enfermo, no consideró la imposibilidad del Ministerio de Salud y Deportes de prestar una atención continuada y efectiva al paciente. De ese modo, le negó el derecho a la vida. Albarracín también señaló la responsabilidad del Ministerio de Salud y Deportes al emitir la resolución 0030/2004 y no dar cumplimiento a las obligaciones de conducta y de resultado en ella previstas. Por último, señaló que la situación del enfermo era crítica y que precisaba inmediato restablecimiento de atención médica bajo la cobertura del seguro de la Caja Nacional de Salud, pues los servicios especializados del Ministerio de Salud y Deportes no podían brindar una efectiva y continuada atención.

ARGUMENTOS DE LOS DEMANDADOS

El representante del ministro de Salud y Deportes dijo que la Resolución Ministerial del 12 de mayo del 2004 cautelaba la vida humana y no vulneró el artículo 7, incisos (a) y (k) de la Constitución Política del Estado. El director general del Hospital Obrero 1 afirmó que la responsabilidad de las sesiones de hemodiálisis correspondía a SEDES La Paz. Por su parte, la directora del Hospital de Clínicas señaló que cuando el enfermo se apersonó al hospital, se le informó que era imposible darle la atención médica porque el equipo de hemodiálisis estaba en mal estado, y que por esa razón debía recurrir a la Caja Nacional de Salud para que, por medio del Hospital Obrero, se le brindara ese tratamiento, en observancia de la Resolución Ministerial 0030/2004, que dispone que la transferencia de pacientes debe ser paulatina y asegurar la prestación efectiva de la atención médica.

Añadió que el tratamiento de hemodiálisis requiere un equipo especializado, de modo que el mal estado de uno de sus equipos no era una simple justificación

técnica sino una causa justa y real; en consecuencia, no incurrió en la violación de ningún derecho o garantía constitucional ni violó las normas del Código de Seguridad Social.

Los miembros de la Comisión Nacional de Prestaciones recordaron que ante constantes recursos de amparo constitucional interpuestos por el defensor del Pueblo, el Ministerio de Salud y Previsión Social emitió la Resolución Ministerial 0578 del 1.º de noviembre del 2000, que autorizó a la Caja Nacional de Salud para prestar los servicios de hemodiálisis a sus asegurados activos y pasivos que hubieran cumplido con 52 semanas de atención, cuyos costos serían absorbidos por el Ministerio de Salud y Previsión Social.

Sin embargo, cuando la Caja Nacional de Salud solicitó la conciliación de pago de esas atenciones, el Ministerio abrogó esa resolución por la Resolución Ministerial 0013 del 6 de enero del 2003, bajo el argumento de que no existía disponibilidad presupuestaria destinada al pago de esos servicios, y de ese modo desamparó a los pacientes que requerían esos servicios. Además, dijeron, el Ministerio de Salud, por Resolución 0010/03, de 17 de enero del 2003, dispuso la transferencia a título gratuito de equipos de hemodiálisis a otros hospitales, cuando estos podían pasar al Hospital de Clínicas. Por ello, el Ministerio no puede alegar falta de capacidad para el tratamiento de estos pacientes, ya que puede disponer su atención en aquellos hospitales que se beneficiaron con las transferencias.

Los miembros de la Comisión Nacional de Prestaciones recordaron que ante amenazas de los pacientes, el Ministerio de Salud emitió la Resolución Ministerial 0030/2004, admitiendo nuevamente la transferencia paulatina a ese Ministerio de asegurados y beneficiarios que hubiesen cumplido con las 52 semanas de atención médica en la Caja Nacional de Salud, con lo cual aseguraba la prestación efectiva de las sesiones de hemodiálisis. Al amparo de esa resolución, ya se había transferido a siete pacientes, entre ellos al demandante, «quienes actualmente están siendo atendidos en el Hospital de Clínicas de La Paz, entidad que aceptando la transferencia se niega a otorgar el respectivo tratamiento», dijeron.

Finalmente, dijeron que la Caja Nacional de Salud tampoco tiene la capacidad para seguir atendiendo a pacientes que cumplieron con la atención de 52 semanas, y realiza esfuerzos para hacerlo incluso improvisando horarios inadecuados.

Argumentos del Tribunal Constitucional

Mediante sentencia constitucional 1294/2004-R, de agosto del 2004, el Tribunal consideró en revisión que la atención de asegurados con enfermedades crónicas, en su primera fase, se encuentra a cargo de la Caja Nacional de Salud, dentro de los períodos establecidos por el artículo 16 del Código de Seguridad Social, 39 y 40 de su reglamento, y que corresponde al Ministerio de Salud y Previsión Social

la continuación del tratamiento conforme lo dispone el artículo 11 del Decreto Ley 14643. Señaló que de esas disposiciones se infiere que el tratamiento de los enfermos crónicos supone una atención que debe prestarse en forma inmediata y continua, que no debe ser interrumpida por trámites y resoluciones administrativas «que en definitiva determinan únicamente la transferencia de responsabilidad sobre el suministro y costo del tratamiento, que pasa de una entidad a otra del Estado, como es la Caja Nacional de Salud al Ministerio de Salud y Previsión Social, responsable de la protección de la salud de las personas».

Al no haber implementado los centros apropiados para prestar atención hospitalaria, médica y farmacéutica a los enfermos crónicos ni asumido el costo de dichos tratamientos en su defecto, y al pretender eludir tal responsabilidad, el Ministerio de Salud incurrió en una omisión indebida que atenta contra los derechos fundamentales a la vida y a la salud del paciente, consagrados en la Constitución, señaló el Tribunal. Y con relación a la actuación del ministro de Salud recurrido, el Tribunal señaló que si bien autorizó a la Caja Nacional de Salud para prestar el servicio de hemodiálisis a favor de los asegurados y beneficiarios que hubieran cumplido 52 semanas de atención médica hasta el 1.º de febrero del 2004, esa determinación debió ser acompañada de acciones prácticas.

SENTENCIA

El Tribunal Constitucional aprobó la resolución de amparo concedida por la Sala Civil Tercera de la Corte Superior de La Paz y dispuso que la Caja Nacional de Salud, mediante el Hospital Obrero 1, continuara prestando la atención que necesitaba Alejandro Cuba Plaza, pero que los costos debían ser asumidos por el Ministerio de Salud, pues era esta instancia la que se debía hacer cargo del tratamiento.

1.3.8 Denuncian a personal de salud por la muerte de paciente

Tipo de acción: Homicidio simple
Instancia: Corte Suprema de Justicia
Demandantes: Máximo Montaño Zambrana y otros
Demandados: Edgar Puch Heredia y Arturo Meneses Álvarez
Número de expediente: 199806-Sala Penal-1-351

HECHOS

El sargento Armando David Montaño Aráoz, paciente del médico Edgar Puch, fue internado en el Hospital General de Oruro para ser intervenido quirúrgicamente por una «hernia discal L4-L5» el 15 de febrero de 1984, pero no se llegó a la cirugía

pues inmediatamente después de ser anestesiado se produjo en su organismo un «shock anafiláctico» que le produjo un paro cardíaco y colapso cardiocirculatorio. Estuvo en estado de coma por tres días y finalmente murió el 18 de febrero.

El 25 de febrero de 1984, Máximo Montaño Z., padre del sargento, formuló denuncia contra Óscar Alarcón, Edgar Puch y otros por el delito de homicidio que posiblemente se suscitó por suministro de dosis excesiva de penthotal a su hijo y pidió levantar diligencias de policía judicial para que se remitieran al Ministerio Público.

Las diligencias evidenciaron que el paciente no fue intervenido quirúrgicamente, pero sí fue anestesiado por el médico Arturo Meneses Álvarez. La autopsia de ley estableció como diagnóstico presuntivo de muerte «pneumotórax bilateral, paro cardiorrespiratorio (se presume estallido de pulmón izquierdo)». Las investigaciones establecieron que los medicamentos utilizados «pudieron ser» rohypnol, 1 mg; penthotal sódico, 400 mg; alloferine, thalamonal, 3 mL; atropina, etcétera.

Argumentos de los demandantes

Los familiares del sargento Armando David Montaño Aráoz consideraron que las complicaciones en la preparación de la anestesia para su operación y la muerte posterior demuestran la culpa de los médicos que lo atendieron.

Máximo Montaño Zambrana, Francisca Aráoz de Montaño y otros pidieron juzgar a los médicos Arturo Meneses (anestesista), Óscar Alarcón (jefe médico), Edgar Puch (neurocirujano), Óscar Ayala (médico ayudante) y Martha Pinto Bravo (enfermera instrumentista) por cometer el delito de homicidio simple contra el sargento Armando David Montaño Aráoz en enero de 1984.

Argumentos de los demandados

Arturo Meneses Álvarez dijo que nadie ocasionó la muerte de Montaño sino que este falleció como consecuencia secundaria de una reacción anafiláctica a los anestésicos que se le suministraron durante una intervención quirúrgica. Edgar Puch Heredia arguyó la misma causa.

Argumentos del juez instructor y de la Corte Superior

El juez instructor de la causa dictó sobreseimiento definitivo a favor de Óscar Ayala López, Óscar Alarcón, Martha Pinto y Edgar Puch Heredia, por no existir contra ellos ningún indicio de culpabilidad, y sobreseimiento provisional a favor de Arturo Meneses Álvarez, porque los indicios acumulados no bastaban para presumir su culpabilidad. En consulta, la Corte Superior aprobó el sobreseimiento definitivo a favor de Martha Pinto Bravo, por falta de indicios de culpabilidad, pero revocó los sobreseimientos definitivos de Óscar Ayala López y Óscar Alarcón

Rojas por sobreseimientos provisionales. Determinó procesamiento en instancia para Arturo Meneses Álvarez y Edgar Puch Heredia por existir suficientes indicios de culpabilidad en la comisión del hecho.

La acción fue seguida en el juzgado de partido primero en lo penal. El juez consideró que los médicos no presentaron pruebas que demostraran que actuaron con alta responsabilidad, más aún si no se trataba de una operación de emergencia. «Cuando se practicó la administración de anestesia general, sin especificar nombres y cantidades de las diferentes drogas, se habría ingresado a un acto de improvisación, trabajo simplemente mecánico, no se hizo un chequeo previo del estado de salud del paciente, justamente para evitar cualquier reacción negativa». El juez consideró que el anestesista obró mecánica e improvisadamente con el paciente al no haber ordenado exámenes previos. Consideró que no se trataba de homicidio simple por cuanto no existía intención de matar, premeditación ni dolo, sino que se trataba de homicidio culposo. El juez condenó al médico anestesista a una condena de año y seis meses de cárcel, y al médico neurocirujano a un año de reclusión, más costas, daños civiles a favor de la parte civil y del Estado.

Argumentos de la segunda instancia

Los encausados apelaron ante la Corte Superior de Cochabamba, que se hizo cargo del caso por excusa de los vocales de la Corte de Oruro; esta consideró que los médicos incriminados tenían vasta experiencia y no podían argüir que la alergia desencadenó la muerte, «si en la práctica médica existe un procedimiento médico sencillo denominado "inmunorreacción cutánea", que consiste en administrar subcutáneamente una milésima de anestesia; si la zona se amorata e hincha, importa reacción negativa». Concluyó que hubo falta de previsión en los médicos incriminados respecto de los imponderables que culminaron con la muerte del paciente, lo cual configuró una negligencia punible, porque dicha conducta se adecúa a los presupuestos del artículo 10, última parte del Código de Ética Médica, que señala: «todo médico será responsable de los daños causados por negligencia, impericia, ignorancia y abandono inexcusable». Por todo ello, la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cochabamba confirmó la sentencia.

Argumentos de la Corte Suprema

En recurso de casación, la Corte Suprema dispuso la extinción de la acción penal y el correspondiente archivo de obrados por muerte del procesado Arturo Meneses Álvarez. En cuanto a la acción cometida por Edgar Puch Heredia, consideró que este adoptó «medidas razonables y prudentes […]. En consecuencia, la conducta del procesado Edgar Puch está exenta de culpabilidad más aún si no llegó a iniciarse el acto quirúrgico, debido al "choque anafiláctico anestésico con

pneumotórax y enfisema subcutáneo generalizado" que presentó el paciente en la sala de quirófano como reacción a los 350 miligramos de penthotal que recibió vía anestesia, que finalmente desencadenó la muerte de Armando Montaño, no obstante los esfuerzos realizados».

La Sala Penal de la Corte Suprema consideró que contra Edgar Puch Heredia solo existía prueba semiplena, pues no participó en la intervención quirúrgica, ya que esta no llegó a realizarse. Lo declaró absuelto de pena y culpa, «puesto que ante la duda razonable, es preferible absolver al culpable que condenar al inocente».

1.3.9 Denuncian negligencia médica que ocasionó aborto culposo

Tipo de acción: Aborto culposo
Instancia: Corte Suprema de Justicia
Demandante: Ministerio Público
Demandados: Celso Gutiérrez Dávalos, Juan Ugarte Arce y Deysi Maldonado Vega
Número de auto supremo: 67, marzo del 2005

HECHOS

La causa del proceso fue la práctica de la médica Deysi Maldonado Vega, al atender a la paciente Emilene Ortega Tordoya. Maldonado ejercía funciones de médico residente en la especialidad de Ginecología en el Hospital General de la ciudad de Oruro. En ese centro fue internada la segunda para dar a luz al hijo que gestaba. Conforme a los datos del proceso, la acusación del Ministerio Público y la propia declaración de la imputada, se evidencia que, de haberse practicado inmediatamente la intervención cesárea, se hubiese evitado la muerte del feto en el claustro materno, pues la paciente llegó al hospital con una boleta de valoración médica previa otorgada por el Centro de Investigación, Educación y Servicios (CIES), en la que ya se advertía que la cirugía cesárea era inminente. Pese a esta advertencia, se mantuvo a la paciente desde la fecha de su internamiento (21 de junio del 2002, hora: 10:55) hasta el día siguiente (hora: 7:30) sin practicarle la cirugía advertida.

ARGUMENTOS DEL DEMANDANTE

La médica es culpable del delito de aborto culposo por haber sido causante de la muerte del feto en el seno materno, pues la negligencia, falta de previsión o descuido de la imputada determinaron la muerte del feto en el claustro materno de la paciente Emilene Ortega Tordoya, según señala el artículo 268 del Código Penal. La médica no podía eximirse de su responsabilidad de atender a la paciente al ampararse en su condición de médico residente en formación, «pues ello no

significa que, al poseer controles superiores, pretenda deslindar las obligaciones inherentes a su condición».

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

Deysi Maldonado efectuó una relación de las atribuciones que poseía en su condición de residente médica, y que como médica en formación no podía decidir o resolver sobre la emergencia presentada por la paciente Emilene Ortega Tordoya.

ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA

La juez de sentencia penal 2 de Oruro pronunció sentencia condenatoria contra Celso Gutiérrez Dávalos, declarándolo autor del delito de aborto culposo, cuya pena fue prestación de trabajo de tres meses; contra Deysi Maldonado Vega, condenándola a sufrir la pena de prestación de trabajo de un mes, y absolvió de pena y culpa a Juan Ugarte Arce porque el Ministerio Público le retiró acusación. Maldonado Vega planteó recurso de apelación restringida contra el fallo de primera instancia. El tribunal de alzada lo declaró improcedente y confirmó la sentencia.

Deysi Maldonado recurrió en casación señalando que el tribunal de alzada violó disposiciones legales sustantivas y adjetivas al no realizar un análisis crítico y analítico de los defectos de la sentencia.

ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPREMA

La sala penal segunda de la Corte Suprema de Justicia declaró infundado el recurso de apelación de la sentencia que la condenó a sufrir la pena de prestación de trabajo de un mes. Sin embargo, la ministra Rosario Canedo Justiniano tuvo un voto disidente, pues consideró que Maldonado, en su condición de médica residente, estaba sujeta a las disposiciones del Reglamento Nacional de Integración Docente Asistencial e Investigación y del Sistema Boliviano de Residencia Médica; se hallaba sujeta a las órdenes del médico de guardia; no podía tomar ninguna decisión sobre la operación de cesárea; no se comprobó la negligencia o impericia por parte suya, pues al momento en que realizó la última revisión a la paciente Emilene Ortega, el feto estaba vivo; que su conducta no fue negligente ni imprudente, ni existió falta de previsión en sus funciones debido a que no podía tomar ninguna decisión.

1.4 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA BOLIVIANA

1.4.1 Avances y nudos conceptuales

- El Tribunal Constitucional establece reiteradamente que cuando un centro hospitalario del Estado, con la finalidad de obtener el pago del tratamiento,

mantiene privado de su libertad física al paciente, lesiona el derecho a la libertad individual y de locomoción. Amparándose en normas expresas que prohíben la detención o la privación de la libertad física por obligaciones patrimoniales (artículos 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el Tribunal boliviano señala reiteradamente que la retención del paciente en el establecimiento de salud es una vulneración de derechos constitucionales (expedientes 2006-13347-27-RHC, 2005-12328-25-RHC y 2005-12041-25-RHC). Incluso, frente a la conducta reiterada del director del establecimiento, el Tribunal dispuso remitir los antecedentes al Ministerio Público para la calificación de su responsabilidad civil.

- Constituye deber estatal la implementación de establecimientos de salud apropiados para prestar atención hospitalaria, médica y farmacéutica a los enfermos crónicos. Por ello, el Estado debe asumir los costos de los tratamientos cuando otra entidad no presta servicios (expediente 2004-09190-19-RAC).
- Las autoridades deben proteger a las personas con VIH-sida, garantizar sus derechos humanos y respetar su dignidad. Entre tales deberes estatales se incluye el de garantizar que no sean privadas de un puesto de trabajo en razón de que ello las priva de seguridad social, atención médica inmediata y continua, así como alimentación adecuada; por tanto, se atentaría contra su salud y su vida. De ese modo, un litigio de naturaleza laboral (expediente 2005-12102-25-RAC) es atendido por el Tribunal Constitucional como uno que involucra el derecho a la vida y a la salud, dada la naturaleza de inmediata y urgente protección de la cuestión planteada. De ahí que los magistrados constitucionales hicieran abstracción del principio de subsidiariedad y brindaran protección inmediata al afectado a través del amparo constitucional.
- En los casos de negligencia médica (expediente 199806-Sala Penal 1-351, auto supremo 67), la sentencia, o bien resulta absolutoria o bien, siendo condenatoria, es irrisoria. En uno de los casos, el principal acusado fallece luego de un largo período de judicialización, y en el otro, la condena es de un mes de trabajo. Para los demandantes resultó bastante difícil denunciar como posible autor de negligencia médica al médico que no ejerció el control como jefe sobre la acción de sus colegas que intervinieron al paciente. La ausencia de una figura penal que tipifique expresamente el delito de negligencia médica estaría dificultando la investigación y sanción adecuadas de este tipo de casos.

1.4.2 Avances respecto de la equidad de género

- Consideramos que existe un asunto relevante desde el enfoque de género cuando el Tribunal Constitucional deja de lado la actitud protectiva y la

concepción de inferioridad de las mujeres, que antes se justificaba por la restricción real en el ejercicio de sus derechos a la educación, al trabajo o a participar en la actividad económica, y consagra la igualdad entre varones y mujeres en el acceso a la seguridad social (expediente 2002-05784-11-RD).

- Del mismo modo, el Tribunal boliviano utiliza el enfoque de género para hacerlo funcionar a favor del hombre, en tanto presenta a este desprovisto de su calidad de proveedor natural, reconociendo como posibilidad su situación de dependencia económica en relación con su esposa, conviviente o madre (expediente 2005-13025-27-RDI).

1.5 ANÁLISIS SEGÚN ESTÁNDARES DE ATENCIÓN DE LA SALUD

1.5.1 Accesibilidad

El Tribunal Constitucional estableció en la resolución del expediente 2002-05784-11-RD que la normatividad del Código de Seguridad Social, al exigir solo al hombre —esposo o padre— una declaración de invalidez para acceder a los servicios médicos de la Caja de Seguridad Social, desconoce el derecho a la igualdad de trato para los beneficiarios en razón de su sexo, pues determina un trato preferencial respecto a la mujer sin que exista para ello una justificación legal razonable. Ello implica una actitud discriminatoria prohibida por la Constitución. El estándar destacado en el presente caso por el Tribunal es la *accesibilidad* en su dimensión de *no discriminación*, porque enfatiza que los servicios de salud deben ser accesibles para la población de hecho y de derecho, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos, en este caso, por razón de sexo.

Al pronunciarse sobre el caso tramitado con expediente 2005-13025-27-RDI, el Tribunal Constitucional siguió en la misma línea que en el descrito anteriormente, por cuanto se apartó de la visión protectiva de la mujer en el acceso a la seguridad social, permitiendo que los varones en situación de desamparo puedan acceder en condiciones de igualdad a los servicios de salud como beneficiarios de la titular del seguro médico. El *acceso a los servicios sin discriminación* es el elemento de atención del derecho a la salud que aborda esta jurisprudencia constitucional, pues señala que el requisito exigido al varón de presentar una declaración jurada señalando que vive a expensas de la asegurada es una conculcación del derecho a la igualdad, al ser un requisito no exigido para la afiliación de la mujer.

En la resolución del expediente 2005-12102-25-RAC, a pesar de referirse a un caso laboral de despido en circunstancias en que la trabajadora se encontraba de licencia por enfermedad, es el Tribunal Constitucional el que establece

la vinculación del derecho al trabajo con los derechos humanos a la salud y a la vida, por tratarse de una persona que padece VIH-sida, razón por la cual considera el despido como un acto discriminatorio.

Las personas que viven con VIH-sida, señala el Tribunal, gozan de iguales derechos que las demás, y no pueden ser discriminadas en la provisión de servicios, empleo y salud. Las autoridades están en la obligación de darles protección especial para garantizar sus derechos humanos y su dignidad. Indica, asimismo, que el despido de la recurrente significa no solo privación de los recursos económicos sino, sobre todo, de la seguridad social, la atención médica inmediata y continua, así como la alimentación adecuada, dada la gravedad de la enfermedad que sufría.

Por todo lo anterior, consideramos que el Tribunal está recogiendo el estándar de *accesibilidad* en su dimensión de *no discriminación*, pues este exige a los Estados que los servicios de salud sean accesibles a los sectores de la población en condición de vulnerabilidad y marginación. Adicionalmente, cabe señalar que con esta argumentación el Tribunal está acogiendo el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud,* para que las personas vulnerables o marginadas, como son las personas que viven con VIH-sida, tengan acceso a los servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria.

Reiterada jurisprudencia establece que cuando un centro hospitalario del Estado, con la finalidad de obtener el pago del tratamiento médico, mantiene privado de su libertad física al paciente, está lesionando su derecho a la libertad individual y de locomoción. Es el caso de los procesos tramitados a través de los expedientes 2006-13347-27-RHC, 2005-12328-25-RHC y 2005-12041-25-RHC.

En las sentencias analizadas, que tienen como personas perjudicadas a mujeres víctimas de accidentes o sometidas a la amputación de un miembro, la conducta de los demandados incidió negativamente en la recuperación de la salud y contravino la *ética médica*, que es condición del estándar de *aceptabilidad* del servicio. Este estándar exige que los servicios estén concebidos para mejorar el estado de salud de las personas y no, por ejemplo, como una actividad médica lucrativa.

También se encuentra involucrado en estos casos el estándar de *accesibilidad económica*, que exige que el pago por los servicios de la atención de la salud no se constituya en una carga desproporcionada sobre los hogares más pobres.

La *continuidad* en el *acceso* a los servicios médicos es el núcleo de protección del derecho a la salud que el Tribunal concede en la resolución del caso tramitado con expediente 2004-09190-19-RAC. Según la legislación vigente, después de 52 semanas de atención médica al asegurado, corresponde su transferencia a los servicios especializados del Ministerio de Salud y Previsión Social. En esta demanda, un asegurado que sufre de insuficiencia renal terminal, beneficiario del

seguro gratuito de vejez de la Caja Nacional de Salud, reclama la continuidad del servicio de hemodiálisis ante la negativa del ministerio referido, que alegaba el mal estado de los equipos.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional señala que el tratamiento de los enfermos crónicos deber ser brindado en forma inmediata y continua, que no debe ser interrumpido por trámites y resoluciones administrativas que solo trasladan la responsabilidad sobre el suministro y costo de tratamiento de una entidad del Estado a otra. Por eso, el Tribunal considera que el Ministerio de Salud y Previsión Social ha incurrido en una omisión indebida, que atenta contra los derechos a la vida y a la salud, al no haber implementado los centros apropiados para prestar atención hospitalaria, médica y farmacéutica a los enfermos crónicos, y al no haber asumido el costo de los tratamientos en su defecto, así como al pretender eludir su responsabilidad alegando el desperfecto de los equipos médicos. Ordena, entonces, la continuación del servicio a cargo de la Caja Nacional de Salud, y que los costos de la atención los asuma el Ministerio de Salud y Previsión Social.

1.5.2 Calidad

En el caso tramitado con expediente 199806-SALA PENAL 1-351, se encuentra involucrado el estándar de *calidad* de la atención de salud. Versa sobre la acusación a profesionales de la salud por la comisión de delito de homicidio simple en agravio de un paciente, debido a complicaciones en la aplicación de la anestesia para una intervención quirúrgica, lo que le ocasionó la muerte.

La Corte Suprema, en recurso de casación, dispuso la extinción de la acción penal respecto al médico anestesiólogo a causa de su fallecimiento, y respecto al médico neurocirujano señaló que solo existía prueba semiplena y que ante la duda razonable, era preferible absolver al culpable que condenar al inocente.

Esta decisión dejó de lado la decisión de los jueces de la instancia inferior, que había determinado que al no haberse realizado los exámenes previos a la cirugía, los médicos obraron mecánica e improvisadamente, no pudiendo, por tanto, argüir que el fallecimiento se produjo únicamente a consecuencia del *shock* anafiláctico, sino que, por el contrario, pudieron determinar la reacción alérgica a través de un procedimiento médico denominado «inmunorreacción cutánea». Por ello, los encontró responsables de negligencia punible y les impuso una sentencia condenatoria.

En este fallo, se debate, pues, la falta de calidad en la atención del paciente y en la provisión de los servicios de salud desde el punto de vista científico y médico.

No obstante, la máxima instancia judicial, que es la Corte Suprema, limitó en este caso el acceso a la justicia, al dejar impune un hecho de negligencia médica que vulneró el derecho a la salud y que trajo como consecuencia la pérdida de la vida del paciente.

Mediante Auto Supremo 67, la Corte Suprema falló respecto de una acusación por aborto culposo a una médica residente que no procedió a la intervención cesárea oportuna de la madre gestante, lo que produjo la muerte del feto. Con tal resolución, la máxima instancia confirmó la sentencia apelada, que declaró autora del delito a la acusada. En este caso, el Tribunal entiende que son solo argumentos de defensa las razones con las cuales la médica residente pretendía justificar su omisión, esto es, que no contaba con la autorización administrativa correspondiente por ser una profesional en formación sin poder de decisión sobre la emergencia presentada. El Tribunal Supremo adoptó, pues, el estándar de calidad en este caso, pues consideraba exigible que la médica residente proveyese un servicio de salud apropiado desde el punto de vista científico y médico.

Capítulo 2
EL CASO DE COLOMBIA

2.1 SITUACIÓN DE LA SALUD EN COLOMBIA

2.1.1 Estadísticas generales

Según los resultados del último censo (2005), la población es de 41.242.948 habitantes; 53% corresponde a mujeres y 47% a hombres.

Según el Departamento Nacional de Planeación, el año 2005, 49,2% de la población colombiana vivía en condiciones de pobreza, 3,5% menos que en el año 2004, mientras que 17,4% se encontraba en condiciones de indigencia. Las zonas rurales concentran la mayor cantidad de población en situación de pobreza (68,2%) y de indigencia (27,5%), frente a las zonas urbanas, que concentran 42,3% y 10,2%, respectivamente.[1]

2.1.2 Factores determinantes de la salud

EDUCACIÓN. La tasa de analfabetismo para el año 2006 es de 7,5%.[2] La tasa de deserción escolar actualmente llega a 8% en zonas urbanas y a 30,5% en zonas rurales.[3] Respecto a cobertura educativa, para el año 2000 era de 83,7% en educación primaria, y en secundaria de 62,7%. Se produjo una baja sensible en la educación superior, con 15,2% para el mismo año.[4]

---

1 Véase <www.presidencia.gov.co/sne/2006/enero/18/presentaci%F3ncifraspobreza2005.pdf>, p. 8.

2 Periódico *La Vanguardia.es*, 17 de octubre del 2006.

3 Procuraduría General de la Nación. «En el Día del Niño, prioridad a políticas públicas de la infancia». *Boletín* 27, Bogotá, 29 de abril del 2005.

4 Tomado de <www.compartamos.org/images/dynamic/articles/176/Educaci%C3%B3n.pdf>. Estudio «Compartamos con Colombia 2002».

SANEAMIENTO. El 16,7% de la población colombiana está afectada por falta de agua potable y saneamiento ambiental. Este porcentaje invisibiliza desigualdades extremas, pues hay departamentos más afectados (Chocó con 54%, Córdoba con 43% y Caquetá con 43,1%) que otros (Bogotá con 98,1% y Atlántico con 97%).[5] De los 13,6 millones de personas que habitan en zonas rurales, 5,4 millones no cuentan con sistemas de abastecimiento de agua y 8,2 millones carecen de unidades sanitarias o alcantarillado. Solo 1,5 millones de personas tienen acceso a agua tratada.[6]

VIVIENDA. Respecto a las condiciones de vivienda, hacia el año 2005, 97% de la población tenía acceso a energía eléctrica y 80% contaba con servicio de recolección de basura, mientras que 11% la quemaba, 5% la enterraba y 2% la lanzaba al río.

EMPLEO. Según la ficha técnica de atención humanitaria en Colombia elaborada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la tasa de desempleo para el 2005 era de 15,5%. El informe alterno de seguimiento del cumplimiento de los Objetivos del Milenio 2005 señala que al comienzo de la década, el desempleo era inferior a 8%, en el 2000 llegó a 20,5% y actualmente se mantiene alrededor de 14%. Es más alta la tasa de desempleo para los deciles más pobres de la población (entre 20% y 30%). El empleo informal urbano pasó de 53% entre 1993-1996 a 60% en el 2003. Los más altos niveles de desempleo siguen afectando mayoritariamente a las mujeres (7,1% más mujeres desempleadas que hombres para el año 2004).

VIOLENCIA. En el año 2004 se realizaron 59.770 dictámenes por violencia intrafamiliar, de los cuales 62% correspondieron a violencia conyugal. Del total de personas afectadas, 92% eran mujeres. Respecto a la violencia sexual, se reportan 17.912 dictámenes médico-legales, de los cuales 84% correspondieron al género femenino, siendo el grupo de edad más afectado el que se encuentra entre los 5 y los 14 años (47%).[7]

DISCAPACIDAD. Los resultados del censo 2005 señalan que 6,4% de la población colombiana presenta algún tipo de discapacidad. La tasa de prevalencia es mayor para los hombres (6,6%) que para las mujeres (6,2%).

---

5 Luz Stella Álvarez. «La situación de salud de la población colombiana. Análisis desde la perspectiva de la equidad». Citado en *El derecho humano al agua potable.* Defensoría del Pueblo. Serie Estudios Especiales DESC. Bogotá, 2005, p. 27.

6 Procuraduría General de la Nación. Doc. cit.

7 Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. *Datos para la vida.* Bogotá, 2004.

2.1.3 Estado de salud

TASA DE MORTALIDAD MATERNA. Según la Procuraduría General de la Nación, por cada 100 mil nacimientos, en promedio mueren 99 madres. En departamentos muy pobres, aislados geográficamente y víctimas del conflicto armado, el indicador sube a 330 muertes de mujeres por cada 100 mil partos.[8]

La tasa de mortalidad infantil es de 19 por 1.000 para el quinquenio 2000-2005. En la zona urbana es de 17 por 1.000, y en la zona rural, de 24 por 1.000.[9]

NUTRICIÓN. Para el año 2000, 13,5% de los menores de 5 años presentaron desnutrición crónica y baja talla para la edad; 28% de ellos con riesgo de llegar a ser desnutridos graves, especialmente los menores de 12 a 24 meses, quienes pueden quedar lesionados de por vida por incapacidad para el aprendizaje y el desarrollo normal.[10]

VIH-SIDA. El total de casos notificados por infección de VIH-sida a nivel nacional desde 1983 hasta el 31 de diciembre del 2005 fue de 46.809 casos.[11] Para el mismo período, 79,14% de los casos se presentaron en hombres y 19,74% en mujeres. La notificación de casos tiene un subregistro de 32,53% para el período 1983-2005. Del total de casos en los que hay registro de la información, 40,34% corresponde al grupo de edad de 25 a 43 años, seguido por el grupo de 45 a 59 años, con 10,51%.

2.1.4 Atención de la salud

GASTO EN SALUD. Entre 1990 y el 2004, el gasto público social como proporción del producto interno bruto (PIB) aumentó de 3,7% a 8,1%.[12] De acuerdo con el informe del Consejo Nacional de Política Económica y Social (COMPES) del 2002,[13] la salud ha aumentado su participación dentro del total del gasto social,

8 Procuraduría General de la Nación. Doc. cit.
9 Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Profamilia. 2005.
10 Procuraduría General de la Nación. Doc. cit.
11 *Infección por VIH y sida en Colombia. Estado del arte 2000-2005.* Capítulo II. Situación Epidemiológica, pp. 44 y 48. Disponible en <www.onusida.org.co/Publicaciones>.
12 Tomado de Objetivos de Desarrollo del Milenio. *Informe de seguimiento de la sociedad civil colombiana 2005. Nuevo desarrollo para superar la pobreza y lograr la redistribución del ingreso y la riqueza.* Disponible en <www.whiteband.org/national/col/informe_alterno_odm_colombia2005>.
13 Encuesta Nacional de Demografía y Salud. Profamilia. 2005.

con relación al PIB, pasando de una participación de 1,4% en 1995 a 2,0 en el año 2002, sobre un total de gasto social de 8,5%.

SISTEMA DE SALUD. El ente rector de la salud en Colombia es el Consejo Nacional de Salud, adscrito al Ministerio de Protección Social. Opera a través de dos regímenes de afiliación: el régimen contributivo, al cual pertenecen las personas con vinculación laboral, tanto en el sector público como en el privado, los pensionados, los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias; y el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país y que por eso requiere un mayor aporte estatal. El régimen contributivo se ejecuta a través del Plan Obligatorio de Salud (POS), que comprende los mínimos a los cuales pueden acceder el afiliado y sus beneficiarios, y se cumple a través de entidades prestadoras de salud (EPS),[14] que pueden ser públicas o privadas. Aunque tiene carácter oficial, el Instituto de Seguros Sociales asume las mismas prestaciones que las EPS particulares. Para la afiliación al régimen subsidiado, se crearon las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS).[15]

NÚMERO DE PROFESIONALES DE LA SALUD. Según la Superintendencia de Salud Nacional, para el año 2000, el número de médicos por cada 10.000 habitantes era 9,4; de enfermeras, 5,7; y de odontólogos, 8,0.[16]

COBERTURA DEL SISTEMA DE SALUD. Para el 2004, la población afiliada a la seguridad social en salud era 67,8%, equivalente a 30.752.550 personas. Sobre este porcentaje, 33,8% estaba afiliado al régimen contributivo y 34% al subsidiado, con una población total en el país de 45.395.260, lo que indica que para ese año, 14.576.709 personas podrían no estar afiliadas al sistema general de seguridad social en salud.[17]

---

14 En Colombia, las EPS pueden ser de carácter público o privado. Son responsables de la afiliación y registro de los y las afiliadas, así como del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). Además, deben velar por la calidad de los servicios que se prestan a los usuarios. Su función básica es organizar y garantizar la prestación del Plan de Salud Obligatorio para los afiliados y girar la diferencia entre los ingresos por cotizaciones y el valor de las Unidades de Pago por Capacitación (UPC) al FOSYGA.

15 Las ARS son las que se encargan de garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), el cual es financiado por el Estado y por 1% de los aportes mensuales que los trabajadores hacen a la salud dentro del régimen contributivo. Las ARS no recaudan cotizaciones. Para recibir el pago por sus afiliados, deben hacer contratos con las autoridades locales (alcaldías).

16 Superintendencia Nacional de Salud. *El talento humano en salud*. Segunda edición actualizada Bogotá, 1998.

17 Informe Anual del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud al Congreso de la Re-

La salud de las personas privadas de la libertad es responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) a través de un régimen especial. De las 171 cárceles, 46 (con una población de 5.032 internos) no cuentan con servicio médico y 111 (con una población de 13.843 internos) no tienen servicio odontológico. Según el perfil epidemiológico de la población carcelaria, las enfermedades infecciosas y parasitarias ocupan el primer lugar en el ámbito nacional, convirtiéndose en la causa de morbilidad más importante de la población.[18] Para el año 1999, según la División de Salud del INPEC, de la población de internos, 93.84% eran hombres y 6.15% mujeres.[19]

2.2 PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

2.2.1 Constitución Política de Colombia

La Constitución Política de 1991 establece una amplia gama de derechos humanos; entre ellos, dentro del capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la salud, en el 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 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 la de su comunidad.

---

pública, tomando datos de la página web <www.presidencia.gov.co>. Sistema de metas presidenciales. Cumplimiento de metas para el 2004.

18 *Informe preliminar sobre la situación de las personas privadas de la libertad y el VIH-sida en Colombia*. Liga Colombiana de Lucha contra el Sida. 2001. Tomado de <www.laccaso.org/pdfs/prisioncol/pdf>.

19 Tomado de <www.onusida.org.co/v6.htm>.

2.2.2 Legislación sobre Sistema Nacional de Protección de la salud

RESOLUCIÓN 412 DEL 2000. Emitida por el Ministerio de Salud. Establece las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento, y se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana, así como la atención de enfermedades de interés para la salud pública. Establece las actividades, procedimientos e intervenciones, entre otros, para los programas de vacunación, salud bucal, atención del parto, atención del recién nacido y planificación familiar para hombres y mujeres. En cuanto a detección temprana, establece las actividades, procedimientos e intervenciones en los casos de alteraciones del crecimiento y desarrollo en niños y niñas menores de 10 años; alteraciones del desarrollo del joven o de la joven (10 a 29 años); alteraciones del embarazo; alteraciones del adulto o adulta (mayor de 45 años); la detección temprana del cáncer de cuello uterino; del cáncer de seno y de las alteraciones de la agudeza visual. De igual manera, adopta guías de atención sobre salud para las enfermedades consideradas de interés para la salud pública, tales como enfermedades de transmisión sexual (infección gonocócica, sífilis, VIH-sida); niños y niñas y mujeres maltratadas; lesiones preneoplásicas de cuello uterino, entre otras. Finalmente, establece cuáles son las entidades encargadas de prestar los servicios de acuerdo con las guías de atención acogidas por esta resolución.

RESOLUCIÓN 1895 DEL 2001. Emitida por el Ministerio de Salud (ahora de Protección Social), por la cual se adopta la codificación de morbilidad, la clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud en Colombia.

DECRETO 2309 DEL 2002. Define el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema de Seguridad Social en Salud. Define el servicio de atención en salud «como el conjunto de servicios que se prestan al usuario en el marco de los procesos propios del aseguramiento, así como de las actividades, procedimientos e intervenciones asistenciales en las fases de promoción y prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se prestan a toda la población». En cuanto a la calidad de la atención, señala que consiste en «la provisión de servicios accesibles y equitativos, con un nivel profesional óptimo, que tiene en cuenta los recursos disponibles y logra la adhesión y satisfacción del usuario». Asimismo, establece como características del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la atención en Salud las siguientes:

- *Accesibilidad*. Posibilidad del usuario de utilizar los servicios de salud que le garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- *Oportunidad*. Posibilidad del usuario de obtener los servicios que requiere sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud.

- *Seguridad*. Es 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.

Por otra parte, establece los componentes del sistema de garantías de calidad y las responsabilidades del órgano rector de la política (Ministerio de Protección Social), así como del ente encargado de la vigilancia del sector (Superintendencia de Salud).

ACUERDO 144 DEL 2005. Crea el sistema de salud mental en Bogotá, conformado por el conjunto de instituciones públicas y privadas y redes sociales de apoyo, cuyo fin será determinar las políticas públicas, los planes, programas y proyectos que tengan como objetivo la prevención, promoción de la salud, atención, habilitación, rehabilitación, educación y orientación de la salud mental en el distrito capital.

2.2.3 Legislación sobre el Seguro Social de Salud

LEY 100 DE 1993. Mediante esta ley se crea el Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social, buscando acceso universal a la salud y la seguridad social. Establece un sistema de afiliación contributiva y otro subsidiado. Al régimen contributivo pertenecen las personas con vinculación laboral, tanto en el sector público como en el privado, los pensionados o pensionistas, los trabajadores independientes con capacidad de pago y sus familias. Al régimen subsidiado se afilia la población más pobre del país. El régimen contributivo el servicio de salud puede ser prestado por entes particulares, denominados entidades promotoras de salud (EPS), incluido el Instituto de Seguros Sociales, que aunque tiene carácter oficial, en sus características asume las mismas prestaciones que las EPS particulares, a través del Plan Obligatorio de Salud (POS),[20] que contempla la atención integral de los

20 Es el conjunto básico de servicios de atención en el campo de la salud a que tiene derecho todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para tal efecto (art. 7 del Decreto 806/98). El art. 162 de la Ley 100 señala que este plan permitirá la atención integral de las familias, de la maternidad y enfermedad general, en

afiliados y suministra medicamentos esenciales en su denominación genérica, definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (Decreto 806 de 1998, artículo 7). El sistema permite a las EPS privadas la adopción de planes complementarios y la medicina prepagada, planes que se comportan como un seguro privado ligado a la capacidad de pago. Es de libre elección del usuario y está sujeto a la competencia entre oferentes por el precio de las pólizas.

Por otro lado, el POS tendrá cobertura familiar y son beneficiarios: el o la cónyuge o compañero o compañera permanente del afiliado cuando la unión sea superior a dos años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que formen parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de este; los hijos mayores de 18 años con discapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de este.

El Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social) tiene facultad para definir el Plan de Atención Básica (PAB) que complemente las acciones previstas en el POS y las acciones de saneamiento ambiental, dirigidas a personas que requieren servicios asociados a la salud, como información pública, educación y fomento de la salud, consumo de alcohol, tabaco y sustancias psicoactivas, complementación nutricional y planificación familiar y prevención de ITS.

El no pago de la cotización en el sistema contributivo es causal de suspensión de la afiliación al sistema general de seguridad social de salud y exime de la obligación de suministrar el servicio de salud.

Resolución 5261 de 1994. Emitida por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social), por medio de la cual se regula todo lo relacionado con el POS. Determina las intervenciones, actividades y procedimientos del régimen, señala los procedimientos y enfermedades cuyo tratamiento no se cubre; resaltan los tratamientos de infertilidad y de salud mental, excepto cuando es de emergencia en este último caso.

Resolución 4288 de 1996. Define el Plan de Atención Básica (PAB) del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), cuyas características son la *gratuidad*: es financiado con recursos públicos; el carácter *estatal;* la *obligatoriedad*: el Estado garantiza la prestación de las acciones del PAB a toda la población como

las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

un derecho, en forma independiente de su estado de afiliación o vinculación al SGSSS; la *territorialidad*: el ámbito de acción del PAB está definido por la división político-administrativa del país, su principal escenario de acción, el municipio o el distrito, en su caso; y la *complementariedad*: sus acciones se complementan con las de los otros planes de atención en salud del Régimen de Beneficios del SGSSS y las de salud pública que adelantan los sectores ambiental, educativo, laboral y productivo, entre otros.

Este plan establece como actividades principales las de promoción de la salud (integrar las acciones que realizan la población, los servicios de salud, las autoridades sanitarias y los sectores sociales y productivos con el objeto de garantizar, más allá de la ausencia de la enfermedad, mejores condiciones de salud físicas, psíquicas y sociales para los individuos y las colectividades), prevención de la enfermedad (evitar el daño en la salud o que la enfermedad aparezca, se prolongue, ocasione daños mayores o genere secuelas evitables), y vigilancia de la salud pública y control de factores de riesgo (identificar, hacer seguimiento y control de los principales factores de riesgo biológicos, del comportamiento y del ambiente, así como observar y analizar los eventos relacionados con la salud que ellos ocasionan).

DECRETO 806 DE 1998. Reglamenta el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica. Establece el reglamento de la seguridad social en salud en todo el territorio nacional, como un servicio publico esencial y como servicio de interés público a cargo de particulares o del propio Estado, de acuerdo con el tipo de participantes del sistema, la afiliación al régimen de seguridad social en salud y los derechos de los afiliados. Garantiza el acceso a los servicios de salud y regula el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados y afiliadas como servicio publico esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica, derivada de la incapacidad temporal por enfermedad general o maternidad, dependiendo del tipo de participación en el sistema, sea como afiliado cotizante, afiliado beneficiario, afiliado subsidiado o vinculado al servicio general de Seguridad Social en Salud, a través de cinco tipos de planes establecidos:

- *Plan de Atención Básica en Salud*. De carácter obligatorio y gratuito, dirigido a todos los habitantes del territorio nacional, prestado directamente por el Estado o a sus entidades territoriales o por particulares en contrato con el Estado. Esta categoría corresponde a aquellas personas que por falta de capacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tendrán derecho a los servicios de atención en salud.
- *Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (POS)*. Rige la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud cuando dicha vinculación se hace a través del pago de una cotización

individual y familiar o un aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador.

- *Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POSS).* Subsidiado por recursos provenientes del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). Rige la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad.
- Atención de accidentes de tránsito y eventos catastróficos.
- Atención inicial de urgencias.

DECRETO 047 DEL 2000. Establece la obligación de los miembros de una misma familia de estar afiliados en una misma entidad prestadora de salud, aun cuando lo hagan en calidad de cotizantes y no de beneficiarios. También establece las condiciones para las afiliaciones de personas independientes, siempre que lo hagan cotizando sobre el valor real de sus ingresos. Por otra parte, establece las condiciones para acceder a los diferentes servicios que se prestan sobre la base del número de cotizaciones realizadas, como las licencias por maternidad (si se ha cotizado durante todo el proceso de gestación). Establece, además, los períodos mínimos de cotización para los diferentes servicios y las causales de retiro del sistema, entre las cuales está la mora en el pago de los aportes.

LEY 691 DEL 2001. Reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud, haciendo énfasis en la obligación del Estado de crear un rubro presupuestal obligatorio destinado a cubrir la alimentación de mujeres indígenas gestantes, y niños y niñas menores de 5 años.

LEY 776 DEL 2002. Dicta normas sobre organización, administración y prestaciones del sistema general de riesgos profesionales. Establece el derecho que tiene todo afiliado que sufra un accidente o una enfermedad profesional que lo incapacite, invalide o muera, a recibir los servicios asistenciales y el reconocimiento de prestaciones económicas por incapacidad temporal, permanente o invalidez, y a ejercer el control de los agentes de riesgo ocupacional. En caso de muerte, las prestaciones económicas a que haya lugar se otorgan a la familia, según la ley.

DECRETO 1703 DEL 2002. Adopta medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Establece los requisitos de afiliación para el grupo familiar, las obligaciones de los afiliados, las responsabilidades y obligaciones de las entidades prestadoras de salud, la posibilidad de afiliación de miembros adicionales de la familia que cumplan determinadas condiciones y requisitos, las causales de suspensión de la afiliación y desafiliación, entre otros.

ACUERDO 71 DEL 2002, DEL CONCEJO DE BOGOTÁ. Contiene normas sobre subsidios parciales para la afiliación al régimen subsidiado de salud en Bogotá D. C. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Bogotá D. C. la Secretaría de Salud Distrital podrá afiliar al régimen subsidiado de salud a los trabajadores independientes clasificados en los niveles III y IV del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), que tengan ingresos inferiores a dos salarios mínimos mensuales y residan permanentemente en la ciudad, financiando su aseguramiento y el de su núcleo familiar con recursos distritales.

RESOLUCIÓN 1618 DEL 2004. Emitida por el Ministerio de Cultura. Dispone la afiliación del artista al Régimen General de Seguridad Social en Salud. Para efectos de la afiliación, artista es el creador o gestor cultural que, a través de su actividad laboral principal, crea, recrea o impulsa manifestaciones simbólicas que son socializadas ante el público.

CIRCULAR 00006 DEL 2005. Emitida por el Ministerio de Protección Social. Reglamenta la afiliación de la población indígena al régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud.[21] Establece la garantía de la participación de los pueblos indígenas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Su afiliación se efectuará al Régimen Subsidiado, salvo las excepciones contenidas en el artículo 5 de la Ley 691 del 2001, a las cuales se les debe dar estricto cumplimiento y que se señalan a continuación: a) que esté vinculado mediante contrato de trabajo; b) que sea servidor público; c) que goce de pensión de jubilación.

2.2.4 Legislación relacionada con el VIH-sida

LEY 972 DEL 2005. Incluye normas para mejorar la atención del Estado a la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente VIH-sida. Declara de interés y prioridad nacional la atención integral estatal a la lucha contra el VIH y el sida, garantizando el suministro de medicamentos reactivos y dispositivos médicos autorizados para el diagnóstico y tratamiento de dichas enfermedades.

DECRETO 1543 DE 1997. Reglamenta el manejo de la infección por el VIH, el sida y otras ITS, con el propósito de evitar la discriminación de la población infectada por este virus, así como de garantizar a estas personas, sus hijos y demás familiares el acceso a cualquier actividad laboral o su permanencia en ella. Establece, en particular, que los servidores públicos y los trabajadores privados no están obligados

21 Secretaría de Salud de Bogotá. *Boletín Jurídico* 44, marzo del 2005.

a informar a sus empleadores de su condición de infectados por el VIH, y que si deciden voluntariamente comunicar su estado de salud a su empleador, este deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo con su capacidad, para que en caso necesario sean reubicados conservando su condición laboral. Garantiza, además, que el hecho de que una persona esté infectada con el VIH o haya desarrollado alguna enfermedad asociada al sida no será causal de despido sin perjuicio de que, conforme al vínculo laboral, se apliquen las disposiciones respectivas relacionadas con el reconocimiento de la pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral.

ACUERDO 143 DEL 2005. Contiene disposiciones para el manejo del VIH y el sida en Bogotá D. C. El Concejo Distrital fija disposiciones para el manejo de la infección por VIH-sida en el Distrito Capital, habiendo creado para ello la Red VIH-Sida Distrital para la atención, tratamiento y rehabilitación o readaptación social de los pacientes afectados con el virus referido, que estará conformada por los hospitales de tercer nivel de atención. Crea, asimismo, el Comité Distrital de Promoción y Prevención de las Enfermedades de Transmisión Sexual y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida del orden distrital, que tiene el carácter de órgano de planificación, coordinación y asesoría de la administración distrital.

2.2.5 Legislación relacionada con la salud sexual y reproductiva

LEY 100 DE 1993. En cuanto a atención materno-infantil consagra que, además del Plan Obligatorio de Salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Dispone también que el Gobierno Nacional organice un programa especial de información y educación de la mujer en aspectos de salud integral y educación sexual en las zonas menos desarrolladas del país, con prioridad en el área rural y entre las adolescentes.

2.2.6 Acciones legales para proteger el derecho a la salud

ACCIÓN DE TUTELA. Interpuesta en la jurisdicción constitucional, con la Corte Constitucional a la cabeza, como garante de la Constitución Política. Conoce de las acciones públicas de inconstitucionalidad y de las acciones de tutela en instancia de revisión.

Las acciones públicas de inconstitucionalidad pueden ser ejercidas por cualquier ciudadano o ciudadana que considere que una norma de inferior categoría es contraria a la Constitución. Por lo tanto, no requiere que dicho ciudadano

demuestre un perjuicio directo. Esta Corte también revisa la constitucionalidad de las leyes promulgadas por el Congreso y de los decretos dictados por el gobierno en el ejercicio de facultades extraordinarias.

La acción de tutela, como un mecanismo creado por la Constitución de 1991 para la salvaguarda de los derechos fundamentales, contempla un procedimiento sumario, y es competente para su conocimiento cualquier juez con jurisdicción en el territorio de los hechos. De igual manera, puede ser interpuesta por cualquier persona, de modo oral o escrito. Es un mecanismo subsidiario, en tanto procede siempre que no existan otros mecanismos eficaces para la protección de los derechos, o existiéndolos, se requiera como mecanismo transitorio, para evitar un daño irremediable. La tutela procede contra acciones u omisiones de entidades estatales o públicas o que administren servicios públicos, y contra particulares cuando la víctima se hallare en condiciones de subordinación o indefensión frente al particular. Las decisiones de los jueces de tutela cuentan con dos instancias.

Adicionalmente, la Corte Constitucional puede revisar de manera aleatoria las tutelas falladas en primera o segunda instancia, para confirmarlas o revocarlas y dictar una sentencia definitiva. Las decisiones de las acciones de tutela son de carácter obligatorio solo para las partes.

De conformidad con el Decreto 2591 de 1991, que reglamenta el procedimiento de la acción de tutela, el plazo en que se tramitan estas acciones en primera instancia es de 10 días hábiles a partir de la solicitud; en segunda instancia, de 20 días hábiles contados a partir de la presentación de la impugnación; y de tres meses más en los casos en que el fallo sea escogido por la corte para revisión. En este último caso, si la Corte no ha excluido de revisión un fallo, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que fueron recibidos los expedientes, deberá revisarlo dentro de los tres meses siguientes (artículo 33 del Decreto 2591/91).

El plazo real, de manera general, coincide con el formal, dado que su incumplimiento es causal de mala conducta sancionable con destitución del funcionario que no acate los términos.

2.3 LITIGIOS RESUELTOS ANTE LAS ALTAS CORTES COLOMBIANAS

2.3.1 Solicitan declaración de inconstitucionalidad de normas que penalizan el aborto

Sentencia de la Corte Constitucional
Tipo de acción: Demanda de inconstitucionalidad
Demandantes: ciudadano y ciudadanas Mónica Roa, Pablo Jaramillo, Marcela Abadía, Juana Dávila y Laura Porras
Número de expediente: C-355 del 2006

HECHOS

Los accionantes interponen ante la Corte Constitucional Colombiana demanda de inconstitucionalidad de los artículos 122, 123, 124 y 32 num. 7 de la Ley 599 del 2000 (Código Penal):

> *Artículo 122.* Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.
>
> *Artículo 123.* Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.
>
> *Artículo 124.* Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.
>
> *Parágrafo.* En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.
>
> *Artículo 32.* Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:
>
> 1. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

ARGUMENTOS DEL Y LAS DEMANDANTES

La demandante Mónica Roa argumenta que la prohibición del aborto vulnera la dignidad, la autonomía reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad, establecidos en el preámbulo y en los artículos 1, 16 y 42 de la Constitución Política. Igualmente, considera vulnerados el derecho a la igualdad y a la libre determinación. En el derecho a la libertad, autonomía y libre desarrollo señala que los asuntos que solo atañen a la persona deben ser decididos únicamente por ella. Por tanto, la decisión de interrumpir un embarazo es asunto que solo le concierne a quien decide sobre su propio cuerpo. Asimismo, señala que se vulnera el principio de proporcionalidad, pues la penalización absoluta del aborto obliga a la mujer a soportar la responsabilidad de un embarazo no deseado, el que algunas

veces pone en riesgo su salud y su vida, lo que desborda las obligaciones que deben soportar los ciudadanos libres, autónomos y dignos en un Estado social de Derecho. Señala también que no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación al derecho de estar libre de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, y la vida física, la integridad personal y la salud de la mujer pueden verse seriamente afectadas por un aborto mal practicado y en condiciones de clandestinidad. Para el caso de la violencia sexual, la mujer que causa su aborto obra en legítima defensa; por tanto, negarle esa posibilidad es imponerle una carga excesiva. Invoca también el bloque de constitucionalidad, argumentando que en diferentes instrumentos internacionales y en las recomendaciones de instancias internacionales de derechos humanos, al Estado colombiano se le ha instado a que se creen las condiciones para garantizar a las mujeres su derecho a tomar decisiones sobre su cuerpo y sobre su capacidad reproductiva.

El demandante Pablo Jaramillo argumenta que la prohibición del aborto vulnera el derecho a la vida, a la salud y a la integridad de la mujer, y en casos de embarazo con peligro inminente para la madre, la ley no puede despersonalizar a la madre hasta el punto de preferir la vida del *nasciturus* en perjuicio directo de otra. Por otra parte, el obligar a la mujer a mantener un embarazo producto de un delito sexual viola su dignidad, retirando todo el valor que para ella puede tener su condición de madre y volviéndola un «vientre sin conciencia».

Las demandantes Marcela Abadía, Juana Dávila y Laura Porras argumentan que las normas demandadas violan el derecho a la vida de las mujeres, el derecho a la no discriminación y a la igualdad, porque prohíben ciertos procedimientos médicos que solo se aplican a las mujeres; discriminan a la mujeres de bajos ingresos, pues son las que, en su mayoría, optan por abortos clandestinos en condiciones sépticas inferiores a las que pueden acceder las mujeres que poseen recursos económicos suficientes para costear un procedimiento en las mejores condiciones médicas; y porque la población más vulnerable y discriminada a causa de la ilegalidad del aborto es la de mujeres jóvenes y niñas. En general, argumentan la necesidad de despenalizar totalmente el aborto.

Argumentos de la Corte Constitucional

La Corte hace una reseña histórica de la protección legal del derecho a la vida, ya que a pesar de su relevancia constitucional, la vida no tiene el carácter de un valor o derecho absoluto, sino que debe ponderarse junto con los otros valores, principios y derechos constitucionales. Considera la Corte que el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el «deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal

calidad titular del derecho a la vida». La corte puntualiza que «la jurisprudencia de manera reiterada ha sostenido que la penalización de conductas solamente debe operar como última ratio, cuando las demás medidas no resultan efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico».

Considera la Corte que la penalización del aborto en los casos en que se vulnera la dignidad y autonomía de la mujer afecta gravemente los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante, por lo que debe considerarse que la interrupción del aborto en estos casos no es constitutiva del delito de aborto, ya que la prevalente protección absoluta de la vida del *nasciturus* supone un desconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, así como una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

Manifiesta que en los casos en que el embarazo sea producto de una conducta constitutiva de delito, se requiere que la conducta punible haya sido denunciada ante las autoridades competentes y al respecto expone:

> El estado no puede obligar a un particular, en este caso a la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos, en beneficio de terceros o del interés general, máxime cuando existe el deber constitucional de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de su propia salud tanto física como mental.
>
> La regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos significa:
>
> la anulación de los derechos fundamentales de la mujer y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación carente de derechos o de intereses constitucionales relevantes que ameriten protección, así, esta debe ser una hipótesis bajo la cual debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, ya que el embarazo no es producto de una relación libre y consentida, sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto de derechos.

Considera la Corte que dentro de la no penalización del aborto se debe dar cabida al embarazo producto del incesto, por cuanto esta es una conducta también punible que compromete muchas veces la voluntad y el consentimiento de la mujer.

En los casos en estudio, basta con que se presente certificado de un médico y/o denuncia penal debidamente presentada, según el caso, para que ni la mujer ni el médico que practica el aborto puedan ser objeto de acción penal, en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 de la Constitución Nacional.

Igualmente, la Corte refiere que estos casos tienen carácter autónomo e independiente; por tanto, no se podrá exigir para el caso de la violación o el incesto que, además, la vida de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable.

En cuanto a la objeción de conciencia, la Corte manifiesta que esta no es un derecho del cual sean titulares las personas jurídicas y el Estado sino solamente las personas naturales, por lo cual las clínicas, hospitales, centros de salud o de cualquier forma que se les denomine no pueden presentar objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando la paciente reúna las condiciones exigidas para tal fin; y en los casos de los médicos que aleguen objeción de conciencia por convicciones religiosas debidamente fundamentadas, la paciente se remitirá de manera inmediata a otro médico que realice el procedimiento.

Por los anteriores argumentos, la Corte consideró necesario proferir una sentencia de inexequibilidad condicionada mediante la cual considera que no se incurre en delito de aborto en las hipótesis a las que se ha hecho mención y no en la totalidad del artículo 122, con el fin de no dejar desprotegida la vida; se impide, de esta forma, que la debida protección de la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada.

SENTENCIA

Por los anteriores argumentos, la Corte Constitucional declara exequible el artículo 32 numeral 7 de la Ley 599 del 2000; declara exequible el artículo 122 de la Ley 599 del 2000, en el entendido de que no se incurre en delito de aborto cuando, con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: «1. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer certificada por un médico; 2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y 3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, de acto sexual a acceso carnal sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto». Declaró inexequible la expresión «o en mujer menor de catorce años», contenida en el artículo 123 de la Ley 599 del 2000. Declaró inexequible el artículo 124 de la Ley 599 del 2000.

2.3.2 Solicitan acceso gratuito a vacuna contra la meningitis

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela

Demandantes: 417 padres de familia en representación de sus hijos e hijas menores de edad
Demandados: Ministerio de Salud y Alcaldía de Santa Fe de Bogota, D. C.-Secretaría Distrital de Salud
Número de sentencia: SU-225 de 1998

HECHOS

Los demandantes solicitan el suministro gratuito de la vacuna contra el virus que produce la meningitis. Los menores de edad son hijos e hijas de madres cabeza de familia y de trabajadores del sector informal que carecen de los recursos suficientes para sufragar la atención de salud que requieren sus hijos e hijas y, además, no se encontraban vinculados a ninguna institución del servicio público de seguridad social.

ARGUMENTOS DE LOS DEMANDADOS

El Ministerio de Salud rechazó las pretensiones de los accionantes, argumentando que esta era una competencia de las autoridades sectoriales; en este caso, de la Secretaría de Salud de Bogotá; que la vacuna contra la meningitis no estaba «incluida dentro del esquema único de vacunación para Colombia»; y que esta se suministra de manera gratuita por el Ministerio solo en aquellos sectores de alto riesgo epidemiológico; y que en los demás casos, se obtiene a través de las EPS con algún costo para las familias.

Por su parte, la Secretaría de Salud de Bogotá, manifestó que este tipo de vacuna no se encuentra en el plan de vacunación nacional y que no dispone del presupuesto necesario para el suministro gratuito; que sin embargo, teniendo en cuenta la importancia de ella para la protección de la salud infantil, la entidad estaba adelantando gestiones para su aplicación a niños y niñas menores de un año. Asimismo, la Cruz Roja Colombiana y otra entidad hospitalaria manifestaron tener a disposición del público el medicamento pagando un valor por dosis.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

Haciendo uso del recurso de revisión, la Corte Constitucional precisó que el derecho a la salud de los niños y las niñas, como derecho fundamental, no puede desconocer el principio que faculta a las autoridades políticas para organizar y distribuir los recursos; por lo tanto, el juez constitucional no puede ordenar la atención en salud de un niño o niña desconociendo la legislación vigente, en la que se han establecido cargas y beneficios del sistema. Sin embargo, el principio democrático no puede ser excusa para desconocer los casos en que el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental. Igualmente, la Corte

precisó que los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido: por un lado, se componen de un núcleo esencial mínimo no negociable que otorga derechos subjetivos exigibles directamente mediante la acción de tutela y, por otro lado, contiene una zona complementaria definida por los órganos políticos considerando la disponibilidad de recursos y las prioridades políticas coyunturales.

Teniendo en cuenta el núcleo esencial de los derechos —no negociable políticamente, ya que busca la satisfacción de las necesidades básicas del titular de cada derecho—, el Estado debe garantizar este núcleo esencial aunque no exista reglamentación alguna, en los casos en que la familia del niño o niña no se encuentre en capacidad económica de hacerlo. En el estudio del caso, las características de la enfermedad ponían en gran peligro la integridad de los niños y niñas, y sus familiares no tenían la capacidad económica para sufragar los gastos de la vacuna, lo que evidenciaba que el Estado no había enfrentado dicho problema buscando una pronta solución.

SENTENCIA

La Corte amparó el derecho de los niños y las niñas.

2.3.3 No entrega de medicamentos a asegurado por encontrarse excluido del POS

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Iván Vélez
Demandada: EPS SANITAS S. A.
Número de sentencia: T- 482 del 2005

HECHOS

Al accionante, debido a dos infartos y a la tensión arterial que padece, el médico de la entidad le ordenó tratamiento crónico para lograr la estabilidad coronaria, consistente en el suministro de los medicamentos carvedilol 12,5 mg y valsartán 80 mg, los cuales le fueron suspendidos por la entidad demandada, al haberse informado que ellos se encontraban excluidos del POS.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

La entidad demandada dio respuesta a la acción, señalando que los medicamentos prescritos al paciente no se encuentran incluidos en el Acuerdo 228 del 2002, que

actualiza el manual de medicamentos del POS; que, igualmente, el comité técnico científico de la entidad realizó el estudio del caso y no aprobó la entrega de los medicamentos y se opone a la acción de tutela aduciendo que no es la idónea, por cuanto la normatividad vigente establece el mecanismo mediante el cual los pacientes pueden obtener la cobertura de los medicamentos no incluidos en el POS.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En revisión eventual[22] de los fallos de tutela, señala que los servicios de salud se convierten en un derecho y un servicio público que debe ser regulado por la ley. Por tanto, ni la ciencia médica ni mucho menos el legislador pueden limitar su actuación a lo meramente disponible. Señala que unos y otros deben procurar, por todos los medios posibles, la atención necesaria para aliviar o curar al paciente, ya que actitudes contrarias amenazan la salud y la vida, con la consiguiente vulneración del derecho a la igualdad, entendida como la protección que se debe a las personas que se encuentran en debilidad manifiesta.

2.3.4 Solicitan medidas para resolver problemas de saneamiento básico y degradación ambiental

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandantes: Francisco Antonio Escobar Silebi y otros
Demandados: Alcalde de la ciudad, gerente de la Compañía del Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta S. A. E. S. P.; empresas de servicios públicos domiciliarios de aseo; director de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena
Número de sentencia: SU-442 de 1997[23]

HECHOS

Los demandantes promovieron acción de tutela ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, en defensa de los derechos fundamentales a la

22 La revisión eventual hace referencia a que no todas las sentencias son revisadas, pues de conformidad con el art. 33 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, la Corte Constitucional podrá seleccionar sin motivación alguna y según su criterio las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas.

23 SU: Sentencia de unificación de criterio de la Corte Constitucional. Para este caso, se acumularon varias demandas por hechos similares en la misma ciudad.

salubridad pública y al medio ambiente sano, que según ellos fueron vulnerados por las autoridades distritales de Santa Marta.

Argumentos de los demandantes

Los demandantes formularon una serie de inquietudes acerca de los vertimientos de las aguas residuales del sistema de alcantarillado de la ciudad y del manejo y tratamiento de los desechos sólidos o basuras, inquietudes que no fueron atendidas en la debida forma, «maniobrando las respuestas de un modo artificioso», por parte de la demandada, que adujo que no había respuesta frente a la solicitud de algunas regiones, y que la cobertura del acueducto y alcantarillado presenta deficiencias de calidad en el suministro del agua y cobertura de la red de alcantarillado, sin señalar si hay tratamiento de aguas residuales en los vertimientos.

De igual manera, manifiestan los accionantes «que durante cuatro años de seguimiento que incluyen desde 1992 hasta 1995, se encuentra que las enteritis y otras enfermedades diarreicas ocuparon la quinta causa de morbilidad en consulta externa entre 183 motivos de consulta». Y «que las enfermedades de la piel y del tejido celular subcutáneo ocuparon la novena causa de morbilidad en consulta externa, dejando entrever que los problemas de saneamiento básico y de degradación ambiental de la ciudad y de sus bahías influyen directamente sobre la salud y la calidad de vida de los habitantes y transeúntes de Santa Marta».

Señalan que consideran vulnerados los derechos a la vida, a la familia, a la salud y a la seguridad social por la indebida prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y recolección de basuras.

Argumentos de los demandados

Al contestar la tutela, los demandados señalan que las partes bajas de los ríos Manzanares y Gaira, la bahía de Santa Marta y el balneario de El Rodadero presentan el vertimiento directo de aguas residuales, y que se ha logrado la implementación de sistemas de tratamiento de aguas; reconocen que el servicio de acueducto no se presta en condiciones de eficiencia. De igual manera, argumentan que «debido al crecimiento desordenado en el sector turístico de El Rodadero […] se presenta insuficiencia en las redes existentes, generando continuos y frecuentes rebosamientos y desbordamientos de aguas negras».

Añaden que para resolver el problema se está planteando la construcción de un emisario submarino, para lo cual se adelantan consultas con expertos extranjeros.

Argumentos de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, al revisar de manera aleatoria este fallo, señala que no obstante que la tutela ha sido consagrada para proteger los derechos constitucionales

fundamentales de carácter individual, es procedente intentarla cuando se trata de la presunta vulneración o amenaza de un derecho relativo al ambiente sano, pues en estos casos, en presencia de la conexidad con los derechos colectivos y fundamentales vulnerados, prevalece la acción de tutela sobre las acciones populares, convirtiéndose así en el instrumento judicial adecuado para el amparo oportuno de los derechos amenazados.

La Corte concibe el derecho a un ambiente sano «como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social», por lo cual sostiene que es un «derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana y que en determinados casos, conlleva al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud».

De igual manera, la Corte ordena la práctica de pruebas relacionadas con testimonios, inspección judicial y pruebas de laboratorio, con el fin de verificar la efectiva vulneración de derechos a la salud en conexidad con la vida, como consecuencia de la contaminación del ambiente.

SENTENCIA

Como consecuencia de esta valoración, la Corte Constitucional decide tutelar los derechos a la vida, al ambiente sano y a la salud de los demandantes, amenazados por las acciones y omisiones en que han incurrido las autoridades administrativas del distrito de Santa Marta, y ordena a los demandados la adopción de un Plan de Ordenamiento de los Usos del Suelo, mayor control en la expedición de licencias de construcción, la adopción de medidas preventivas para el manejo de la basura y realizar las apropiaciones presupuestales a que haya lugar por parte de cada una de las entidades comprometidas. De igual manera, ordena poner en funcionamiento un sistema de bombeo de las aguas residuales de la ciudad y diseñar los planes requeridos para la adopción de un sistema de pretratamiento de esta agua, con el fin de disminuir la carga contaminante.

2.3.5 Protección del derecho a la salud emocional

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Padre de niño de 5 años
Demandada: Profesora del niño
Número de sentencia: T-293 de 1998

Hechos

El padre interpone una acción de tutela en contra de la profesora de su hijo con el fin de tutelar su derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, afectados como consecuencia de que la profesora demandada obligó al niño a subirse en una silla y mostrar sus genitales frente a sus compañeros de clase, y que como consecuencia de este hecho, su hijo se niega a volver a la escuela, por el temor de afrontar el ridículo.

Argumentos de la demandada

La demandada indicó que la circunstancia que dio origen a su actuación tuvo fundamento en el hecho de que el menor, en la hora del recreo, se encontraba en el baño bajándose los pantalones en frente de otros niños, porque, al parecer, tenía una molestia en sus genitales. Una de las niñas pequeñas manifestó su rechazo por tal hecho, expresando que eso era «sucio y cochino». Por este motivo, la profesora decidió pedir al niño que mostrará sus genitales delante de los demás menores, para darle naturalidad a lo sucedido, y enseñarles que el cuerpo humano no es causa de vergüenza.

Argumentos jurídicos de las instancias

En primera instancia, el juez promiscuo de un municipio de Colombia negó el amparo solicitado, por considerar que el daño ya había sido consumado, razón por la cual señaló que la tutela era improcedente. Indicó que la educación sexual es importante en la formación del ser humano, por lo cual debe dársele un tratamiento adecuado y proporcionado, teniendo en cuenta la edad, espiritualidad y el contexto sociocultural en el que se desarrollan los educandos, para evitar traumatismos como los causados al niño. Agregó que «el comportamiento observado por la demandada fue agresivo y dañino para el niño, por lo que no puede considerarse como una actitud pedagógica», por lo que le ordenó «abstenerse de repetir actos similares» y compulsó copias del fallo a la Junta de Escalafón Docente, Seccional Nariño, y a la Coordinación de la Fiscalía Local, con el fin de que se investigue la posible comisión de un hecho punible.

El fallo fue impugnado por las partes, alegando la demandada que «suministrar una explicación apropiada y oportuna sobre el cuerpo humano, es la actitud adecuada, científica y libre de malicia que deben asumir los educadores actualmente, concepto avalado por varios profesores, apoyados en los métodos educativos». El demandante acompañó un concepto psicológico sobre la situación emocional del niño, después de ocurrido el incidente, el cual señala que «se percibe anímicamente intranquilo. Su motivación hacia la escuela es bastante baja. Se rehúsa a regresar a allí». En este informe, la psicóloga recomienda someter al niño a terapia

psicológica y asesoría dirigida a los padres, para que realicen un manejo adecuado del problema.

El juzgado del circuito, en segunda instancia, confirmó el fallo, con los mismos argumentos de la primera instancia; es decir, que el hecho ya había sido consumado.

Argumentos de la Corte Constitucional

En uso de la competencia de revisión, la Corte analiza en primer lugar si le asiste razón al juez de la instancia al considerar que el daño estaba consumado y, por tanto, no procedía la tutela. Señala que aunque el daño se consumó, se vulneraron los derechos a la dignidad humana, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y la educación, situación que se sigue presentando dadas las consecuencias que dicho actuar ha tenido, como es la afectación psicológica del niño y la desmotivación a continuar estudiando. Con el hecho, la profesora, incurrió en «una intromisión en la intimidad del niño, causándole un daño emocional, afectando el respeto que tiene de sí mismo y de su propio cuerpo, y la imagen que los demás tienen de él». Se le limitó, también, su autonomía. Por tanto, la Corte consideró que para superar este daño emocional se requería ayuda especializada.

Por otra parte, la Corte se pronuncia en su análisis sobre la educación sexual en los colegios del país, estableciendo que ella corresponde, en primer lugar, a los padres, con el apoyo del sector educativo. Cita el artículo 67 de la Constitución, que hace mención de la educación como un derecho y un servicio publico que tiene función social. Asimismo, contempla que corresponde al Estado ejercer la suprema inspección y vigilancia en esta materia.

La Corte pone énfasis en el hecho de que la relación profesor-alumno no debe limitarse a un simple intercambio de conocimientos sino que toca aspectos más cercanos a uno mismo, su propio cuerpo, y la manera como es percibido por uno y por los demás, y resalta la obligatoriedad legal de impartir educación sexual en todos los establecimientos educativos del país y en todos los niveles de educación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 115 de 1993.

Sentencia

Por lo anterior, la Corte concede la tutela para proteger los derechos fundamentales del niño, considerando que los hechos que motivaron la tutela afectaron no solo al menor objeto de la protección sino a algunos de sus compañeros, también de corta edad, pues un tema educativo incorrectamente suministrado afecta a todo un grupo, por lo que ordenó la intervención del Ministerio de Educación, mandando que desplazara, al menos, a un experto, durante un período razonable, para que de

manera pedagógica, y con la colaboración de un psicólogo, lograra el retorno del menor a la escuela. Procurarán que este hecho se produzca en un ambiente que permita reconstruir los derechos vulnerados del menor, y que ayude a los demás alumnos a entender lo sucedido; es decir que se garantice, a través de una labor pedagógica, aminorar los efectos producidos en la escuela por una explicación inapropiada de educación sexual.

2.3.6 Asegurado solicita atención integral de cáncer para su madre en su ciudad de origen

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Luis Enrique Hernández Durán, en representación de su madre
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Número de sentencia: T-021 del 2003

HECHOS

El demandante interpuso acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, en razón de que el instituto demandado no ha autorizado, en la ciudad de Neiva, una serie de atenciones médicas que su madre requiere con urgencia. A la paciente le fue diagnosticado un cáncer de seno y en otras partes del cuerpo, lo que le ocasionaba intenso dolor, razón por la cual la entidad Instituto de Seguros Sociales EPS, a la cual estaba afiliada, la remitió a la Liga de Lucha contra el Cáncer, para la práctica de quimioterapias. En esta entidad le ordenaron la práctica de exámenes, al igual que una cirugía, solicitada por una entidad hospitalaria de su ciudad de origen, exámenes que no se le pudieron practicar en razón de que el contrato de la EPS con dichas entidades no estaba vigente en ese momento. Con posterioridad, la señora fue remitida a la ciudad de Bogotá para que se le realizara tratamiento de radioterapia, el cual tampoco se le pudo efectuar porque los costos de la estadía de la paciente en la capital eran muy onerosos y la familia no los podía sufragar, puesto que la paciente debía estar todo el tiempo con acompañante. El accionante solicita que se ordene al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Huila, le brinde a su madre, en la ciudad de Neiva, todos los servicios que pueda requerir con ocasión de su enfermedad, a través de la Liga de Lucha contra el Cáncer de esa ciudad. Durante el trámite de la acción de tutela, la paciente falleció.

Argumentos del demandado

La entidad demandada no se pronunció frente a la tutela.

Argumentos jurídicos de las instancias

El juez de instancia (menores) negó la tutela porque consideró que la paciente había recibido el servicio de atención en salud por parte del seguro social, que su tratamiento y los requerimientos interinstitucionales se habían modificado de acuerdo con los cambios que había presentado la enfermedad, lo cual no podía entenderse como una dilación injustificada en el servicio, por cuanto todo tratamiento implica el agotamiento de etapas de acuerdo con la evolución y gravedad del paciente.

Por lo anterior, el juez consideró que la EPS no había incumplido con sus obligaciones para con la paciente, dado que ella fue atendida y remitida a la capital para que fuera tratada por la entidad que podía prestarle el servicio especializado de atención. El fallo de primera instancia fue impugnado y la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Neiva lo conoció en segunda instancia y confirmó el fallo recurrido, considerando que la demandada le había prestado a la paciente la atención que esta requería, y que la remisión de la paciente a la capital había sido una solución inmediata al caso de la accionante.

Argumentos de la Corte Constitucional

La Corte, en ejercicio de su competencia para conocer a través de la revisión eventual fallos de instancia, enfatizó que «si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar este último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad. […]. La atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental».

La Corte sostiene que el derecho a la vida digna no está directamente relacionado con la idea de peligro de muerte sino con la posibilidad de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud del paciente, cuando se afecte la calidad de vida de las personas con el fin de garantizar una existencia digna, por lo que la sala considera que de no haber fallecido la paciente, la tutela habría prosperado, ya que en su caso está demostrado que se presentó violación de los derechos a la seguridad social. Por fallecimiento de la paciente, la Sala confirmó el fallo de segunda instancia ante la imposibilidad jurídica de protección de los derechos fundamentales de la paciente, compulsando copias ante la Superintendencia

Nacional de Salud, ente encargado de la vigilancia y el control de las entidades prestadoras de salud, para la correspondiente investigación de la EPS por demora y negligencia.

2.3.7 Asegurado solicita cobertura de un examen de diagnóstico no cubierto por el POS

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Afiliado al ISS
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Número de sentencia: T-110 del 2004

HECHOS
Al actor se le practicó una intervención quirúrgica por fisura esfínter-anal, sin que se le hubiera formulado antibiótico, y presentó complicaciones por absceso y fístula perineal con drenaje permanente. Esta situación dificultó el trabajo del paciente, dado que debe permanecer la mayor parte del tiempo sentado. Visto por un segundo médico, este le diagnosticó cirugía correctiva, para lo cual requiere una manometría anal rectal diagnóstica. La entidad demandada niega la autorización del examen por estar fuera del POS. El accionante solicita a la EPS la autorización para la práctica del examen, toda vez que la complicación fue causada por el médico cirujano de esa institución.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO
El Instituto de Seguros Sociales EPS de Medellín, a través de su representante legal, manifestó que de la solicitud corrió traslado a la Central de Autorizaciones, para el trámite de autorización, el cual podía tardar de tres a cinco días hábiles.

ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LAS INSTANCIAS
El juez de primera instancia concedió la tutela y ordenó al Instituto de Seguros Sociales EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, le informara al afiliado el nombre de la entidad que le practicaría el examen que requería, dado que la situación que aquejaba al accionante no había sido superada.

El Instituto de Seguros Sociales EPS impugnó el fallo aduciendo que el examen ordenado al demandante no se encuentra en el POS y que, por consiguiente, no está obligado ni contractual ni legalmente a suministrarlo; que en caso de falta de

recursos económicos del paciente para asumir su costo, la carga pasa al Estado, y que en el evento de tener que cubrir el costo la EPS, se disponga que puede cobrarle con posterioridad al FOSYGA.

El Tribunal Superior, que conoció el caso en segunda instancia, revocó la providencia impugnada, y consideró que el juez constitucional, antes de aplicar las normas que regulan la materia, debe verificar si el paciente cuenta con capacidad de pago para asumir el costo del medicamento o tratamiento formulado. Agregó que para el caso en estudio, el afiliado tiene una capacidad económica estable, toda vez que el formulario de pago muestra dicha situación y que él no alegó ni demostró carencia de recursos económicos para financiar el servicio.

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Al revisar la sentencia, la Corte considera que se debe distinguir entre los servicios médicos excluidos del POS y los exámenes de diagnóstico excluidos del POS. Enfatiza, al respecto, que en el primer caso la jurisprudencia ha sido reiterativa en tutelar el derecho cuando la ausencia de tratamiento o medicamento genera amenaza o vulneración de los derechos fundamentales a la vida y la integridad personal del afiliado, cuando el medicamento o tratamiento prescrito no puede ser reemplazado y cuando el usuario o usuaria no tenga capacidad económica para pagar el costo del tratamiento o medicamento y estos hayan sido ordenados por un profesional de la salud adscrito a la entidad prestadora de salud donde se encuentra afiliado el paciente.

En cuanto a los exámenes de diagnóstico excluidos del POS, precisa que, teniendo en cuenta que el diagnóstico es «el acto de conocer la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas o signos», el derecho a la salud incluye el derecho al diagnóstico cuando está en peligro la vida en condiciones dignas, pues la no realización de un examen de diagnóstico no permite detectar con mayor precisión la enfermedad de un paciente, para poder determinar el tratamiento correspondiente.

En tal caso, no puede tenerse como excusa válida para la no realización de los exámenes de diagnóstico la afirmación de que el paciente no se encuentra en estado de gravedad, ya que se estaría desconociendo uno de los fines de la medicina, como es la prevención del agravamiento de las enfermedades, máxime cuando existe relación de causalidad entre el examen de diagnóstico y la situación originada en una cirugía o tratamiento realizado por la propia entidad de salud que se niega a autorizar el examen por estar fuera del POS. Revoca el fallo de segunda instancia y concede la tutela.

2.3.8 Solicita mantenimiento de cobertura de seguro a beneficiaria adicional con discapacidad mental

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Judith Urrego Arango, afiliada a EPS
Demandada: EPS Fundación Médico Preventiva
Número de sentencia: T-845 del 2003

HECHOS

La demandante, Judith Urrego Arango, en su calidad de educadora, solicita la tutela de los derechos de su hermana discapacitada, para que se mantenga su vinculación como beneficiaria adicional de la EPS, por cuanto desde hace 30 años ella es quien se ocupa de su manutención. En setiembre del 2002, la anterior EPS (Cajanal) dejó de prestar el servicio de salud al magisterio, y sus afiliados fueron trasladados a otra EPS, donde retiraron del servicio de salud a la hermana de la afiliada, sin que mediara comunicación alguna que así se lo informara. Ella solo se enteró cuando requirió los servicios médicos para su hermana y estos le fueron negados. La actora señala que desde que inició su afiliación a la Caja Nacional de Previsión, su hermana ha sido beneficiaria en los servicios de salud, y para tal efecto ella siempre ha cancelado el valor correspondiente adicional, en forma anticipada, como lo dispone la ley. Solicita al juez de tutela que proteja el derecho a la vida y el acceso a la salud de su hermana, y que se ordene a la EPS nueva vincularla en calidad de beneficiaria adicional.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

El representante de la entidad demandada, la Fundación Médico Preventiva, se opone a la acción de tutela aduciendo que la señora Ana Cecilia Urrego, hermana de la accionante, no se encuentra inscrita en la base de datos de la fundación, debido a que fue desafiliada por la anterior EPS, ya que solo esta podía determinar qué personas ingresan o salen del programa; agrega que la usuaria nació con el síndrome de Down y sufre una cardiopatía congénita, que fue desafiliada de Cajanal EPS, empresa de la que era beneficiaria afiliada por un pago adicional. Añade que Cajanal le informó a la usuaria sobre la desafiliación de su hermana, debido a que el régimen de excepción no contemplaba la afiliación de beneficiarios. Considera que por ser el derecho a la salud en conexidad con la vida un derecho fundamental, la responsabilidad de su protección es del Estado, cuando existe amenaza o peligro de vulneración, a través de la afiliación al régimen subsidiado de seguridad social, régimen que la demandada no otorga por no tener autorización

del Estado para hacerlo, por lo que considera que la conducta asumida por la Fundación es legítima.

ARGUMENTOS DE LAS INSTANCIAS

El juez (municipal) de primera instancia rechaza la tutela, por considerar que la EPS del magisterio no está obligada a afiliar a personas adicionales, por ser un régimen excepcional contemplado en la misma ley. Señala que el sistema de seguridad social establece el plan subsidiado de salud para aquellas personas que por alguna razón no pueden pertenecer al régimen contributivo, y que le corresponde a la actora acudir al SISBEN para la afiliación de su hermana. Además, es obligación encuestarla y prestarle los servicios asistenciales que requiera, sin importar el estrato al que pertenezca.

Por impugnación, el fallador de segunda instancia (Penal del Circuito) confirmó la sentencia inicial, acogiendo los argumentos expuestos por el juez municipal. Consideró que no existe, por parte de la Fundación Médica Preventiva, obligación de atender el servicio básico en salud de Ana Cecilia Urrego Arango, por ser una entidad de derecho privado.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A través de la revisión eventual, la Corte Constitucional revoca el fallo de instancias y concede la tutela, señalando que quienes pertenecen al régimen contributivo de seguridad social consagrado en la Ley 100 de 1993 tienen derecho a incluir a su grupo familiar a miembros adicionales, mediante el pago adicional correspondiente, pues así lo consagra la ley. Sin embargo, y teniendo en cuenta que el magisterio pertenece a un régimen de seguridad social de excepción,[24] en el

24 Artículo 14 del Decreto 1317 del 2002. *Régimen de excepción*. Las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios. Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligada a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al FOSYGA. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción. Si el cónyuge, compañero o compañera permanente del cotizante al régimen de excepción tiene relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización sobre tales ingresos directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA. Los servicios asistenciales les serán prestados exclusivamente a través del régimen de excepción. Si el régimen de excepción no contempla la posibilidad de afiliar a cotizantes distintos de

cual no se permiten afiliaciones adicionales, la Corte considera que al analizar «la desafiliación intempestiva al sistema de protección social en salud afectó a una persona discapacitada, a quien se dejó desprovista de la atención médica periódica que requiere, y, ni siquiera fue informada de que se encontraba en esta situación». Por tanto, para el caso concreto, pone énfasis en que «se violó así el derecho a la igualdad y se amenazó la salud de la hermana de la demandante, en conexidad con la vida, […] al no informar y no prever esta clase de situaciones». De igual manera, la Corte sostiene que «el Fondo del Magisterio desconoció que la afiliación adicional no era nueva, sino que su titular llevaba algunos años gozando de los servicios médicos, al pagar la cuota adicional correspondiente». Y agrega que «mediante la desafiliación automática se rompió, además, el principio de confianza legítima de la demandante y su hermana en la entidad responsable de la prestación del servicio de salud».

2.3.9 Mujer privada de libertad solicita suspensión de reclusión prevista en la ley

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Mujer detenida con siete meses de embarazo
Demandado: Establecimiento peniteniario
Número de sentencia: T-437 de 1993

HECHOS

Mujer que con cinco meses de embarazo fue capturada y detenida preventivamente, acusada de colaborar con la guerrilla. Al cumplir los siete meses de embarazo, solicitó a la fiscalía concederle el amparo que le otorgaba el Código de Procedimiento Penal, artículo 407,[25] relacionado con la suspensión de la privación de la libertad. Ante la demora de la respuesta y la inminencia del parto, la detenida interpuso acción de tutela invocando violación del derecho a la igualdad.

---

los de su propio régimen, el cónyuge del cotizante del régimen de excepción deberá permanecer obligatoriamente en el régimen contributivo y los beneficiarios quedarán cubiertos por el régimen de excepción. Si el régimen de excepción no prevé la cobertura del grupo familiar, el cónyuge cotizante con sus beneficiarios permanecerán en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

25 Art. 407 del C. de Procedimiento Penal anterior (Decreto 2700/91). La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes: «2. Cuando a la sindicada le falten menos de dos meses para el parto o si no han transcurrido seis meses desde la fecha en que dio a luz […]. En estos casos, el funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital, en el lugar de trabajo o de estudio».

ARGUMENTOS DE LAS INSTANCIAS

En primera instancia, el Tribunal Superior de Valledupar negó la tutela, fallo que no fue impugnado dentro del término legal. Sin embargo, el tribunal ordenó que se le diera protección especial, por lo que la Dirección de Fiscalías ordenó la detención hospitalaria. El Tribunal argumenta que la ley que otorga la detención domiciliaria no estaba vigente para la época en que se produjeron los hechos, pero en cambio sí la detención hospitalaria para este tipo de delitos.

La Defensoría del Pueblo solicita que la Corte Constitucional aclare el alcance del derecho de la mujer embarazada y madre, detenida en establecimiento penitenciario, frente a la facultad punitiva del Estado; que determine si hay violación del derecho a la igualdad por existir beneficios distintos, frente a la misma condición de embarazo, ante procedimientos penales diversos; y que precise a quién le corresponde asumir los costos de la detención hospitalaria y qué tipo de instituciones pueden ser obligadas a abrigar a la mujer en esas condiciones.

Como consecuencia, solicita a la Corte Constitucional revisar de manera excepcional el expediente y pronunciarse sobre los derechos amenazados y vulnerados.

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte confirma el fallo de primera instancia, pero reconoce que para proteger el derecho a la salud, la madre y su hija debieron haber permanecido más tiempo en el hospital a cargo del Estado, como lo había ordenado el tribunal. Argumenta que el retardo por parte de la Fiscalía en la resolución de la solicitud de la actora violó el derecho al debido proceso, pero no el derecho a la igualdad, por cuanto la existencia de una norma especial en materia de jurisdicción regional, en la que no se permite la suspensión de detención preventiva sino la detención hospitalaria, hace que la actuación del funcionario de instancia, al preferir la norma especial sobre la general, no haya violado el derecho a la igualdad de la mujer.

2.3.10 Padre solicita continuidad del seguro social de salud para su hija y cobertura para su nieta

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Padre de Doris Fabiola Reinoso
Demandada: Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL
Sentencia: SU 1167 del 2001[26]

26 Sentencia Unificadora de Jurisprudencia. Competencia de la Corte Constitucional en casos de tutela, constituyéndose en un referente para que todas las decisiones de los

HECHOS

Mujer mayor de edad, que padece de esquizofrenia paranoide, es beneficiaria en salud de la empresa Colombiana de Petróleos, en calidad de hija de un pensionado de dicha empresa y de quien depende económicamente, en razón de su enfermedad. Como consecuencia de relaciones sexuales no consentidas por parte de Doris Reinoso, nació una niña. Debido a este nacimiento, le fue suspendido el servicio de asistencia médica a la beneficiaria, argumentándose: «Al tener Doris Fabiola un hijo, es de suponer que deja de existir la dependencia económica que llevaba, por estar alguien diferente a su padre viendo de sus gastos, ya que partimos de la base que ha formado una familia con el padre del niño». El pensionado le comunicó a la demandada que la hija no había conformado familia alguna y que, además, desconocían quien era el padre de la niña. Ante la negativa de restituir el servicio de salud a Fabiola, el padre de esta interpuso una acción para tutelar sus derechos a la vida y a la salud, pues, por su enfermedad, su estabilidad y salud dependen del continuo suministro de medicamentos. Asimismo, considera contrario a la Carta que se hubiera excluido a la nieta.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

A través de su representante legal, la empresa contestó oponiéndose a las pretensiones, argumentando que el padre de Doris Fabiola Reinoso es pensionado y que está afiliado al seguro social, por lo que ella estaría amparada por dicha entidad como beneficiaria mientras dure su invalidez, por lo que el padre debió incluirla dentro del grupo familiar. En relación con la desvinculación de Doris Fabiola, la empresa demandada sostiene que en ningún momento fue informada de los hechos supuestamente trágicos sobre los cuales ella quedó en embarazo, «por lo cual no teníamos por qué modificar nuestra idea acerca de su situación y era común pensar que con el nacimiento de su hija, ésta se encontraba dependiendo del padre de la neonata. Para lo cual, tal como lo establece la ley, los servicios médicos, quedarían a cargo de este último».

Asimismo, señala que en aras de la protección de los recursos públicos y el deber de «evitar gastos injustificados que afecten el equilibrio financiero que cobija a la empresa», no existe norma alguna que indique que se deben prestar los servicios de salud a los nietos de los jubilados de ECOPETROL y concluye que no existe «claridad sobre la dependencia económica» de Doris Fabiola Reinoso.

---

jueces inferiores se profieran en el sentido indicado (Doctrina Constitucional). Tomado de Observatorio de Asuntos de Género. *La Corte Constitucional frente a los derechos de la mujer*. Bogotá, 2006, p. 10.

Argumentos de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional,[27] en ejercicio de la competencia para la revisión eventual de fallos de tutela de primera o segunda instancia, señala que «las razones aducidas por la demandada resultan contrarias a la Constitución, pues tienen como fundamento una actitud discriminatoria frente a la mujer», al considerar que la procreación necesariamente conlleva a la conformación de una familia con el padre del neonato, razón por la cual ordena a la demandada restituir a la hija del accionante el derecho a la salud y los beneficios que ello representa. La postura de la Corte se centra en la restricción inconstitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues la amenaza de perder los beneficios de salud reduce las opciones reales para realizar un proyecto de vida. Señala que «no existe razón alguna para suponer independencia económica por el mero hecho del matrimonio, lo que de suyo implica que la maternidad tampoco la genera». Por tanto, concluye que «las razones para la suspensión del servicio, implican una violación a la igualdad y una restricción de la autonomía personal».

Sin embargo, no extiende tales derechos a la hija recién nacida, por considerar que el derecho de la beneficiaria es producto de una convención colectiva y, por lo tanto, no extensible a otros miembros de la familia no contemplados en dicha convención. Al respecto, mediante salvamento de voto parcial, se señaló que «dado que la obligación de atención a la nieta del demandante está radicada en cabeza de la Nación, la carga ha debido imponerse a la demandada únicamente con carácter precario, pues no tiene por propósito relevar a la responsable de la misma. Por lo tanto, se debió ordenar a la demandada que atendiera a la nieta del demandante hasta que se resolviera de manera definitiva ante las autoridades judiciales, cuál ha de ser la entidad nacional encargada de asumir la protección de la menor».[28]

2.3.11 Asegurada solicita continuidad del seguro de salud suspendido por la empresa empleadora por problemas administrativos

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Dora Lozano, afiliada al ISS
Demandado: Instituto de Seguros Sociales EPS
Número de sentencia: T-157 de 1995

27 T-393/97. T-1642/00.

28 Salvamento parcial de voto al fallo S. U.1167/01. M. P. Eduardo Montealegre.

HECHOS

La señora Dora Lozano, mediante acción de tutela, demanda al Instituto de Seguros Sociales argumentando que ha venido cotizando desde hace 32 años y que se encuentra en riesgo su salud en conexidad con el derecho a la vida, ya que sufre de hipertensión moderada que requiere ser controlada periódicamente mediante el suministro de un medicamento diario. Sostiene que la empresa para la cual trabaja entró en concordato preventivo potestativo[29] desde hace cinco meses, tiempo desde el cual dejó de aportar a la seguridad social en salud, tanto para ella como para las otras obreras que laboran en la empresa (150 en total). Señala que esta situación la afecta económicamente, pues debe solventar con sus propios recursos, de los cuales carece, sus medicamentos y la atención médica de su hipertensión.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

La entidad demandada señala que la empresa empleadora dejó de pagar al seguro las cuotas de salud correspondientes a sus empleados, entre estas las de la demandante, por lo cual suspendió el servicio, y que no obstante, «sólo cuando se trate de casos de emergencia o de accidentes de trabajo, el ISS concederá durante el período de mora, los servicios de salud causados durante dicho período». La demandada señala que, en este último caso, el patrón deberá reembolsarle el valor de las tarifas del ISS, junto con los intereses corrientes bancarios causados desde que se concedió la prestación hasta la fecha en que, mediante resolución, se ordene su reembolso.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante la revisión aleatoria, reitera que el derecho a la salud es fundamental en tanto está en riesgo un derecho fundamental como la vida. De igual manera, analiza las pruebas aportadas y verifica que, en efecto, la accionante requiere control periódico de su hipertensión y consumir un medicamento diariamente. Señala:

> La efectividad del derecho a la seguridad social no sólo corresponde al trabajador, sino también al empleador quien tiene la obligación de afiliar a sus empleados al sistema de seguridad social y de cancelar en forma oportuna y cumplida los respectivos aportes.

29 Es un figura jurídica consagrada en la ley comercial, que implica que ante la suspensión o el riesgo de suspender el pago corriente de las obligaciones mercantiles, permite al comerciante solicitar que se le admita la celebración de un convenio de pago con los acreedores, bajo determinadas condiciones (art. 1910 C. de Comercio).

De igual manera, reconoce que aun en estados excepcionales, como lo es el concordato, la ley prevé los mecanismos para que la entidad empleadora garantice los derechos de sus trabajadores y trabajadoras, los cuales deben cubrirse como gastos administrativos de acuerdo con la ley especial. Analiza la figura del concordato preventivo, el cual tiene como fin conservarse como empresa o recuperarse, y esto físicamente no lo puede hacer si no garantiza el cumplimiento de los servicios públicos a su cargo, como es la seguridad social de sus trabajadoras y trabajadores; por lo tanto, no le está permitido suspender los pagos, pues el concordato no la releva de tales obligaciones. Por tanto, revoca el fallo de instancia y, en cambio, ordena a la entidad prestadora de salud que en el término de 48 horas restablezca los servicios médicos de la accionante, con el fin de que pueda acceder a los tratamientos y medicamentos para la enfermedad que padece.

2.3.12 Solicita continuidad de atención médica con posterioridad al término del vínculo laboral

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Javier Vélez, afiliado a EPS
Demandada: EPS y empresa administradora de riesgos profesionales (ARP)
Número de sentencia: T-451 de 1998

HECHOS

El señor Javier Vélez demanda a una entidad prestadora de salud (EPS) privada y a la empresa administradora de riesgos profesionales (ARP) para que cubran el tratamiento y los medicamentos requeridos como consecuencia de un accidente de tránsito que sufrió mientras estaba al servicio de una empresa de cementos, y que posteriormente se agravó con otro accidente, surgido como secuela del anterior, por pérdida de conocimiento.

Posteriormente, y como consecuencia de las secuelas en su salud, la empresa de cementos decidió despedirlo con las indemnizaciones de ley. El accionante demanda a la EPS y a la ARP tutelar su derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, a fin de continuar con su tratamiento médico y tener acceso a los medicamentos requeridos como consecuencia de los accidentes.

El accionante argumenta que padece una serie de enfermedades que, para mantenerse estables, requieren atención médica periódica y la prescripción de un medicamento diario, o de lo contrario su vida y su integridad personal corren peligro inminente. Alega que en el servicio de salud obligatorio no existen las

preexistencias, que las entidades tuteladas lo atendieron durante varios años a sabiendas de su enfermedad, y que recién ahora manifiestan que no son ellas las llamados a cubrir la contingencia, dejándolo desprotegido.

ARGUMENTOS DE LAS DEMANDADAS

Las entidades de salud demandadas sostienen que la inexistencia de vínculo laboral con la empresa y, por ende, la falta de pago de las cuotas de salud las eximen de continuar manteniendo el servicio de salud y tratamiento que durante la vigencia del contrato laboral habían prestado al accionante. Sostienen que se trata de un problema laboral entre la empleadora y el accionante, que es susceptible de revocación por la vía laboral y que en ningún caso las vincula.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, a través de la eventual revisión del fallo, ratificó que se está ante un problema laboral susceptible de ser tramitado por la vía ordinaria; no obstante, ordena al Estado que garantice al demandante el tratamiento y los medicamentos necesarios para atender su salud durante el tiempo que permanezca en litigio el derecho.

2.3.13 Asegurada solicita intervención quirúrgica excluida del POS

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Afiliada a EPS
Demandada: SaludCoop EPS
Número de sentencia: T- 264 del 2003

HECHOS

Una mujer que padece de obesidad grave o mórbida, hipotiroidismo, hipertensión arterial y otras patologías requiere para su mejoría, según lo prescrito por el especialista tratante, una cirugía bariátrica, procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

El gerente regional Cundinamarca de SaludCoop EPS solicitó denegar la acción de tutela interpuesta por considerarla improcedente, argumentando que existen otros medios de defensa a través de la jurisdicción ordinaria laboral. Añadió que no existe relación directa y estricta entre el tratamiento médico dejado de suministrar

y la integridad física de la demandante, puesto que se trata de una cirugía que no es de carácter vital y, por ende, no es indispensable para su subsistencia, y que, además, es una intervención de carácter experimental, excluida del Plan Obligatorio. Concluye que, por tanto, esta obligación es del Estado a través del Ministerio de Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).[30]

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, en uso de su competencia de eventual revisión de los fallos por tutela, precisa que por tratarse de la protección de los derechos humanos fundamentales de las personas, su competencia le permite incluso expedir fallos ultra y extrapetita; es decir, cuando de los hechos se deduce que, además de los derechos vulnerados invocados por la accionante, se evidencia la vulneración de otros que el fallador no puede desconocer. En este sentido, a pesar de que un tratamiento quirúrgico no esté contemplado dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS), la Corte ordena realizarlo, bajo ciertas condiciones, con el sustento jurídico de que su no realización pone en riesgo la vida de la paciente.

La Corte Constitucional ha dicho que el derecho a la salud es «la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento».[31] Y concluye que «las normas que regulan el acceso al servicio a la salud, esto es la Ley 100 de 1993 y sus preceptos reglamentarios no pueden desconocer los derechos constitucionales fundamentales de las personas, lo cual ocurre cuando las empresas promotoras de salud, aplicando de manera estricta dicha normatividad, niegan la autorización de un procedimiento quirúrgico u omiten el suministro de medicamentos o elementos necesarios para mantener la vida, la integridad personal o un

30 El FOSYGA está adscrito al Ministerio de la Protección Social y se maneja a través de encargo fiduciario. Está compuesto por cuatro subcuentas: la de compensación, que se financia con recursos de la cotización de los afiliados al régimen contributivo; la de promoción de la salud, que se financia con un porcentaje de los recursos de la cotización de los afiliados al régimen contributivo y que destina los recursos a actividades de educación, información y fomento de la salud y prevención; la de eventos catastróficos y accidentes de tránsito, que se financia con un porcentaje del pago de la prima del seguro obligatorio de accidentes de tránsito y financia la atención en salud a las víctimas de accidentes de tránsito, acciones terroristas o catástrofes naturales; y finalmente, la de solidaridad, que cofinancia, con las entidades territoriales, la afiliación al régimen subsidiado de la población de bajos recursos.

31 Corte Constitucional. Sentencia T-597/93 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Citada en T-264/03.

mejor funcionamiento del organismo, con el argumento de que no se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud».

Sostiene también:

> Frente a tales situaciones, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática y reiterada, en el sentido de que procede la inaplicación de la reglamentación que excluye dichos beneficios, cuando se cumplan las siguientes condiciones:[32]
>
> 1st. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado.[33]
>
> 2nd. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
>
> 3rd. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios, medicina prepagada, etcétera).
>
> 4th. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.

2.3.14 Asegurada solicita servicios de salud que el seguro le niega por no contar con los especialistas requeridos

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Alba Milagros Zúñiga
Demandado: Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN) Medellín
Número de sentencia: T-581 del 2005

32 Corte Constitucional. Sentencias C-112/98, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-370, 385 y 419 de 1998 M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-236, 283, 286 y 328 de 1998 M. P. Fabio Morón Díaz; T-560/98 M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-406/01 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

33 Sentencia SU-111/97 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

HECHOS

La señora Alba Milagros Zúñiga se encuentra vinculada al Sistema General de Seguridad Social de salud por intermedio del SISBEN de Medellín. El 24 de setiembre del 2004 acudió a su médico tratante por presentar dolor en la rodilla izquierda y este la remitió al especialista en ortopedia. El ortopedista consideró que debía ser examinada por un reumatólogo y, además, ordenó 10 sesiones de fisioterapia. Posteriormente, solicitó la autorización del servicio a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, pero el servicio fue negado con el argumento de que no existían contratos con estos especialistas.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En ejercicio de la facultad de revisión, la Corte Constitucional sostiene:

> Las normas consagradas en la Constitución, en especial las que hacen referencia a los derechos fundamentales, no son conceptos aislados, por lo que es necesario observarlas y aplicarlas en su conjunto para así proteger eficazmente los derechos de los seres humanos. Por tanto, resulta palmario que el derecho fundamental a la vida debe ser armónicamente interpretado con el derecho a la dignidad humana.[34]

En reiterada jurisprudencia, ha definido el derecho a la salud de la siguiente manera:

> aquella facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.[35]

De igual manera, la Corte establece[36] que el derecho a la salud no solamente incluye el derecho a reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el derecho al diagnóstico; es decir, la seguridad de que si los facultativos así lo requieren, ordenen y practiquen de manera oportuna y completa los exámenes y pruebas que se prescriban.[37]

---

34 En el mismo sentido, véase la sentencia T-682 del 2004, M. P. Jaime Araujo Rentería.

35 Sentencia T-597 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

36 Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-849 del 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-264 del 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; y T-682 del 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería, entre muchas otras.

37 Sentencia T-256 del 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

En cuanto a la obligatoriedad de la continuidad del servicio, en este fallo se citan anteriores pronunciamientos, en los cuales reiteran que los inconvenientes de carácter presupuestal de las entidades presupuestales son de carácter interno y que de ninguna manera pueden afectar la salud de sus beneficiarios:

> Los beneficiarios del sistema de salud, ha dicho la Corte, no deben padecer los inconvenientes de carácter presupuestal que atraviesan las entidades encargadas de prestar el servicio. Los pacientes no pueden ver obstaculizado o impedido su tratamiento médico, por razón de los trámites internos adelantados por las entidades de salud.[38] Es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad.[39]

2.3.15 Asegurada solicita cirugía de prótesis total de cadera programada pero en lista de espera

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Mujer de 63 años afiliada al ISS
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Número de sentencia: T 548/2000

HECHOS

Luego de que la afiliada se sometiera a seis intervenciones quirúrgicas, el médico tratante consideró que se le debía colocar una prótesis total en la cadera del lado izquierdo, pues se encuentra en silla de ruedas, entre otras razones por las múltiples operaciones y precaria situación en que quedó sumida. La accionante presentó un derecho de petición directamente al presidente del ISS pidiendo se le diera cita para la atención médica. Su solicitud fue remitida al gerente del ISS Seccional Santander, quien respondió autorizando la atención del caso, por lo que la remitió al centro de autorizaciones. El médico tratante recomendó cirugía una vez que se descartara la existencia de infección por examen de patología intrahospitalaria, pero no se le practicó la cirugía. Ana María Estrada presentó la acción de tutela, correspondiendo tramitarla al Tribunal Administrativo de Santander.

38 Cfr. sentencia T-428 de 1998.
39 Cfr. sentencias T-428 de 1998, T-059 de 1997 y T-109/99.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El gerente del Instituto de Seguros Sociales, seccional Santander, al responder la tutela de primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Santander, manifestó que la beneficiaria tenía una osteomielitis, y el diagnóstico médico recomendó la programación de una cirugía de prótesis total de la cadera del lado izquierdo, la cual fue programada, y dado que no revestía carácter de urgencia, quedó en lista de espera.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, al revisar el fallo, sostuvo que la tutela no solo perseguía *curar* sino, además, el restablecimiento de la salud, entendido este como el «conjunto de procedimientos para TRATAR una enfermedad o afección». Y citando la doctrina constitucional ante casos similares, señala que «aunque no se puede garantizar un total restablecimiento, es factible obtener mejoría del paciente mediante la terapia y los controles regulares».[40] Concluye que «la institución de seguridad social del Estado está en la obligación de prestar el servicio requerido en orden a lograr la recuperación de la salud y el mejoramiento en la calidad de vida de la persona».[41] Deja claro que «las entidades de previsión social, no están autorizadas para interrumpir un tratamiento médico o quirúrgico a quien esté derivando o recibiendo de él evidentes progresos en su salud. Es decir, que dichas entidades están en la obligación de suministrar la atención requerida si es factible para el paciente obtener una mejoría o progreso en su salud mediante terapias, controles regulares, intervenciones quirúrgicas, etc., logrando con ello mantener una mejor calidad de vida».[42] Por tanto, tutela los derechos de la accionante, por considerar que la demora en el tratamiento y la falta de atención afectan derechos fundamentales.

2.3.16 Asegurado solicita que EPS cubra audífonos que no están incluidos en el POS

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Rafael Melo
Demandada: SANITAS EPS
Número de sentencia: T-380/02

40 T-067/94, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
41 T-430/94, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.
42 Ibídem.

HECHOS

El accionante requería audífonos para superar sus problemas de audición y la entidad SANITAS EPS se negó a entregárselos, manifestando que este servicio no estaba incluido dentro de los autorizados por el POS. El paciente carece de los recursos suficientes para su compra, por lo que solicita, a través de la acción de tutela, se ordene a SANITAS EPS el cubrimiento total de los audífonos que necesita, así como de todos los servicios médicos que pueda requerir para recuperar su salud.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

SANITAS EPS, en escrito dirigido al Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá, solicitó negar la protección solicitada por el accionante, pues consideró que el paciente debe financiar directamente los audífonos porque estos corresponden a servicios adicionales no incluidos en el POS. Agregó que es el Estado, a través del Ministerio de Salud, y no las EPS, el que debe asumir directamente los tratamientos y medicamentos excluidos del plan, una vez que el afiliado compruebe la falta de capacidad de pago para financiar el procedimiento médico y los medicamentos requeridos.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional conoció el caso en ejercicio de la facultad de revisión eventual de las acciones de tutela, y revocó el fallo de la instancia por considerar que si bien el sistema de seguridad social excluye y limita algunos servicios, tratamientos y medicamentos, estas limitaciones y exclusiones en ningún caso pueden ir en contra de la vida, la integridad o la calidad de vida digna de una persona, máxime si se trata de una persona mayor, pues es inadmisible considerar que la falta de audífonos constituye una molestia menor que solo afecta la salud óptima; por el contrario, en atención a la protección constitucional a la tercera edad, los audífonos constituyen un elemento indispensable para asegurar una calidad de vida digna. Reitera[43] fallos anteriores, que señalaban que si bien la falta de audífonos no pone en riesgo la vida, el uso de estos sí está encaminado a «lograr un adecuado desenvolvimiento personal, la integración social que pretende la Carta, y el mecanismo necesario para realizar sus actividades normales como ciudadano […] en especial para una persona de la tercera edad que debido a su condición física y mental requiere de todo el apoyo que pueda serle brindado para continuar con una calidad de vida digna e idónea, dada su evidente debilidad».

43 T-839 del 2000.

2.3.17 Compañero permanente de asegurado solicita su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de conviviente

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: César Augusto Medina Lopera
Demandada: COMFENALCO EPS
Número de sentencia: SU 623 del 2001

HECHOS

El señor César Augusto Medina Lopera interpuso una acción de tutela en contra de COMFENALCO EPS, reclamando la tutela de sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, ya que la entidad le negó su vinculación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud, en su calidad de compañero permanente de John Jairo Castaño Suescún, cotizante de la mencionada EPS. Indica que si bien anexó los documentos exigidos por dicha entidad para tal fin, incluida la declaración notarial juramentada con dos testigos en la que consta que convive con el señor Castaño Suescún desde noviembre de 1994, el 15 de enero del 2000 la entidad demandada le comunicó que su solicitud de afiliación había sido negada. El afiliado solicitó que le informaran por escrito los motivos de esta negativa. La entidad respondió que de acuerdo con la Constitución y la ley, la unión marital de hecho solo se puede predicar para las uniones formadas entre personas heterosexuales y, en consecuencia, el derecho de afiliación a servicios de salud como beneficiarios de compañeros permanentes no puede extenderse a uniones entre homosexuales.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

La Caja de Compensación Familiar (COMFENALCO) Antioquia se opone al amparo de tutela argumentando que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor y que, por el contrario, ha actuado en el marco legal establecido, dado que las normas que regulan la materia establecen qué personas pueden ser beneficiarias de un afiliado al Régimen Contributivo, y lo relacionado con la cobertura familiar del Plan Obligatorio de Salud en beneficio del grupo familiar del afiliado cotizante: «a falta de cónyuge, la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años», por lo que la accionada considera que de acuerdo con la normatividad vigente, no se puede aceptar como unión marital de hecho la relación existente entre el afiliado cotizante y su pareja homosexual, ya que esta calidad solo se puede atribuir a las uniones heterosexuales.

Argumentos de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, en ejercicio de su facultad de revisión eventual de los fallos de tutela, conoció el caso y confirmó lo resuelto por el juez de instancia, considerando que este, al resolver la acción interpuesta, se limitó a tener en cuenta las reglas normativas desarrolladas por el legislador en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes regulados por el Estado en cuanto a salud, con inclusión de los principios de eficacia, universalidad y solidaridad. Agrega la corte que se debe tener en cuenta la diferencia entre el concepto constitucional de familia y el de una relación homosexual permanente, partiendo de la base de que en nuestra sociedad existen diferentes tipos de relación que comparten muchos aspectos que caracterizan a las relaciones familiares, tales como comunidad de vida y unión de lazos afectivos o sexuales, sin que ello signifique que por esta razón tengan que recibir prestaciones sociales de parte del Estado, como sería el derecho a obtener la vinculación como beneficiario del régimen contributivo de seguridad social en salud, materia del caso que nos ocupa, para beneficiar a ciertas personas dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud; como tampoco hay desconocimiento ni segregación de las personas que deciden optar por cualquier tipo de relación afectiva o de convivencia, ni impedimentos para el libre desarrollo de la personalidad.

Añadió que teniendo en cuenta el criterio de familia como base para inscribir a los beneficiarios del afiliado principal dentro del régimen contributivo, no se está contradiciendo el principio de universalidad ni se está excluyendo a las personas con fundamento en su orientación sexual, por cuanto existen diversas formas de incorporarse al sistema sin atención a la orientación sexual de la persona, como sería la vinculación al régimen contributivo como trabajador independiente, vinculado al régimen subsidiario o asistencia pública.

De ahí que la sala considere que no hubo discriminación al negar el acceso al régimen contributivo en salud al compañero homosexual del afiliado, por cuanto dicho mecanismo de afiliación conlleva la noción de familia, la cual no puede ser desconocida.

En cuanto a la gradualidad en la universalidad, consideró la Corte que dicho principio está fundado en criterios de razonabilidad estrechamente ligados con las limitaciones financieras del sistema, lo que no permite que todas las personas accedan inicialmente a los mismos servicios prestados y a cubrimiento idéntico de garantías y prestaciones; esto no quiere decir que se excluya a nadie del sistema de seguridad social ni implica discriminación alguna de unos grupos de población.

Salvamento de voto

El fallo precedente tuvo salvamento de voto de cuatro magistrados (de nueve), quienes consideraron que la entidad accionada, al fundamentar la negación de

la afiliación, empleó un criterio sospechoso, ya que si bien es cierto que la Constitución no se refiere expresamente a la orientación sexual, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que la orientación sexual es un criterio de diferenciación que está prohibido; es decir, no puede servir como razón para excluir a las personas del acceso a beneficios y para someterlas a cargas a las cuales no está expuesto otro individuo, tal y como alega el accionante que sucede en este caso. Así, la posición tomada por la sala en este fallo abandona la posición que tradicionalmente ha mantenido la jurisprudencia, de ser sensible a los derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos defendiendo ampliamente su alcance.

La Corte no considera que el principio democrático pueda, en verdad, avalar un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría. El principio de igualdad (Constitución Política, artículo 13) se opone, de manera radical, a que, a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios, fóbicos o no, y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales no otorgan validez a las leyes que los convierten en objeto de escarnio público. Referirse a los homosexuales con calificativos como «desviado», «raro», «anormal» o, como lo hace el juez de instancia, «irregular», no se compadece con el principio de igualdad ni con el deber de tratar a todas las personas con la misma dignidad, uno de los pilares de un Estado Social de Derecho.

El juez debe ser, obviamente, imparcial, y asegurar a los asociados que no se tomarán las decisiones a partir de prejuicios reprochables constitucionalmente. Debe reconocer la diferencia, en el sentido de tolerar a los diferentes sin imponerles cargas o marginarlos del amparo jurídico. En la Carta de 1991, reconocer la diferencia implica ir más allá de la tolerancia: comprende proteger a los que son distintos, garantizarles sus derechos y tratarlos con igual dignidad y consideración.

2.3.18 Solicita continuidad de la prestación del servicios de salud en EPS pese a no haber cotizado el período suficiente

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Bertha Zapata, en representación de su hija menor de edad
Demandado: Cafesalud EPS
Número de sentencia: T-1202 del 2004

HECHOS

La señora Bertha Zapata busca tutelar el derecho a la salud de su hija de 11 años afiliada al Régimen Contributivo en Cafesalud EPS. Señala que la niña ha ingresado en cuatro oportunidades a la institución por el servicio de urgencias, debido a la gravedad de su sintomatología y precario estado general de salud. Añade que la niña es beneficiaria de su padre, Pablo Vanegas, quien desempeña el cargo de operario agrícola en una empresa y a la fecha de la tutela había cotizado 61 semanas al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Indica que Cafesalud EPS no suministra adecuadamente a la niña el tratamiento que requiere (quimioterapia) para controlar el cáncer que la aqueja.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

La directora regional de la entidad se opone a la procedencia del amparo constitucional requerido a favor de la niña, toda vez que no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados, ya que a través de una orden de tutela se le impuso la prestación sin condicionamientos que retrasen, entre otros, el tratamiento de quimioterapia y hospitalización que busca controlar la leucemia que afecta el estado de salud de la niña, por lo que considera que se acude a la presente acción buscando la exoneración del pago de las sumas que viene cobrando la EPS como contraprestación por los servicios que presta a la menor.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, al revisar el fallo de la instancia, señaló que «en el ejercicio de ponderar los derechos a la salud y a la vida de un paciente menor de edad que no cuenta con el mínimo de semanas cotizadas frente al interés económico propio de la EPS, impera la garantía de la continuidad de la prestación del servicio requerido» y concluye que «las Entidades Promotoras y Administradoras de Salud y ARS están obligadas a prestar el servicio requerido por el afiliado que incumple el ordenamiento que rige el Sistema General de Seguridad Social en Salud,[44] ya que aquellas tienen el deber ineludible de contribuir al cumplimiento de los fines propios del Estado, como es el de

44 El interés económico de las Empresas Promotoras de Salud debe ser protegido cuando mediante fallo de tutela se ordena la prestación de un servicio de salud excluido por el literal del artículo 61 del Decreto 806 de 1998, toda vez que en la relación contractual Estado-EPS se está en la obligación de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si esta se altera, dando lugar al deber de la administración de reembolsar aquellos dineros asumidos por la EPS en cumplimiento de un fallo de tutela.

garantizar a sus asociados la vida en condiciones dignas y justas (Preámbulo y artículo 11 de la Constitución Política)».[45]

SENTENCIA

Para el caso concreto, la Corte concede el amparo transitorio para garantizar, por el tiempo que sea necesario, el suministro del tratamiento de la leucemia linfoide aguda en estricto cumplimiento de la prescripción que los médicos tratantes adscritos ordenen a la niña. Asimismo, señala que el procedimiento que se ha debido realizar es la acción de desacato y no nuevamente la tutela, por lo que a pesar del amparo transitorio que otorga la Corte, la accionante deberá, en todo caso, iniciar el desacato a la sentencia inicial que ordenó brindar el tratamiento a la niña, y ordena la colaboración y el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, a fin de que ella acceda en condiciones de igualdad a la justicia constitucional.

2.3.19 Madres comunitarias afiliadas al seguro social solicitan el pago de la licencia por maternidad

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandantes: Mujeres que prestan servicios como madres comunitarias del Programa de Hogares de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)
Demandado: ICBF
Número de sentencia: 668 del 2000

HECHOS

Mujeres que prestan sus servicios como madres comunitarias del Programa de Hogares de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y que, con esa calidad, fueron afiliadas al sistema general de seguridad social en salud a través de los seguros sociales. Interponen acciones de tutela de manera individual y en diferentes momentos, argumentando violación de los derechos de la mujer, a la seguridad social y a la salud por parte de los seguros sociales, por no habérseles reconocido y mucho menos ordenado el pago de la licencia de maternidad a que creen tener derecho. Afirman que se dedican exclusivamente al cuidado de los niños de un hogar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y solo reciben una pequeña retribución económica que soluciona en parte sus

45 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-259, T-525 y 606 de 1999.

necesidades básicas, pero no las de sus familias, razón por la cual necesitan con urgencia el pago de la licencia de maternidad.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

En cada una de las instancias, el coordinador de Incapacidades de los seguros sociales, al contestar las demandas, manifiesta que de conformidad con el artículo 80 del Decreto 806 de 1998, no es procedente el pago de las incapacidades de maternidad a las madres comunitarias a partir del 5 de mayo de 1998, fecha desde la cual el ICBF dejó de pagar las correspondientes cotizaciones.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte, en su eventual revisión, hace un análisis de las normas relacionadas con las madres comunitarias y su servicio al cuidado de los niños y las niñas, estableciendo que no existe vínculo laboral, pues la misma ley señala que estas madres se vinculan a través de las asociaciones de padres y no del ICBF. De igual manera, señala que su trabajo es voluntario y comunitario, sin remuneración, ya que el incentivo es un bono por cada niño o niña matriculado, dinero que se destina al mantenimiento del inmueble y a la adquisición de materiales didácticos. Cita las diferentes normas relacionadas con el tema y concluye que estas mujeres no tienen derecho a la licencia de maternidad por parte del seguro social, pues esta entidad está amparada en una norma legal en la cual se establece que si hay mora en el pago de las cotizaciones, no hay lugar a la prestación del servicio ni a reconocimientos económicos dentro del sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, la Corte confirma una de las tutelas relacionadas con este tema, en la cual una madre comunitaria con cáncer de cerviz obtiene la cirugía ordenada por el médico, por considerar que el derecho a la salud, aunque es de carácter prestacional, estaba para el caso analizado en conexión directa con el derecho a la vida. Las demás tutelas también fueron confirmadas, pero como habían sido negadas en primera instancia, ello significó que no se les concediera a las madres comunitarias el derecho de reconocimiento por licencia de maternidad.

2.3.20 Mujer de escasos recursos solicita la exoneración del pago de la cirugía que requiere

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Albenis Perdomo
Demandado: Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN)
Número de sentencia: T-564 del 2004

Hechos

A una señora de escasos recursos económicos que es beneficiaria del Sisben[46] le fue ordenada la práctica de una cirugía. La demandante solicita que se le exonere del pago del porcentaje que le corresponde, por cuanto es madre cabeza de familia y no cuenta con recursos ni siquiera para alimentar a sus hijos. La Secretaría de Salud le informa que el gobierno solo cubre 90% del valor de la cirugía y que ella debe pagar el 10% restante, pues se encuentra clasificada en el nivel socio económico 2. Entre tanto, la Alcaldía Municipal de Neiva la tiene vinculada a un nivel de pobreza 1, en el cual deberá sufragar solamente 5% del valor total del procedimiento.

Argumentos del demandado

La Secretaría de Salud Departamental informó que, efectivamente, «la demandante pertenece a la población pobre y vulnerable donde reporta el puntaje 42 que la clasifica en el nivel socioeconómico 2». Añade que la paciente recibió atención médica en un hospital de nivel II y III, donde se le diagnosticó colelitiasis y se estableció la necesidad de practicarle una colecistectomía. La demandada informó que la demandante solicitó el cubrimiento del valor total del porcentaje (10%), que de acuerdo con la norma que regula la materia, la usuaria debe cubrir para acceder al tratamiento, a lo cual aquella le aclaró que la participación del Estado es solamente de 90% para la atención del servicio de salud. Por esta razón considera haber actuado de conformidad con sus competencias y no haber violado ningún derecho fundamental de la beneficiaria, y entiende que la actora debe solicitar reubicación en su nivel de clasificación.

La Alcaldía Municipal, la otra entidad accionada, solicita se la exonere de toda responsabilidad y explica que, revisada su base de datos, encontró que la accionante se encuentra vinculada con un puntaje de 36, que corresponde a un nivel de pobreza 1, en el que el copago que debe efectuar la usuaria por el tratamiento será de 5% del valor total de la atención.

Argumentos de la Corte Constitucional

La Corte entra a determinar si les asiste razón a las entidades demandadas cuando afirman que no están obligadas a cubrir el valor total de la cirugía programada. En reiteradas oportunidades, el alto tribunal ha manifestado que «en casos de

46 El Sisben es el principal instrumento con el que cuentan las autoridades de las entidades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado. Sirve para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana, que son financiados, principalmente, con los recursos provenientes de las transferencias intergubernamentales.

gravedad y urgencia comprobadas no existe norma legal que ampare la negativa en la prestación de servicios de salud *(sentencia SU 480 de 1997)*», ya que se debe aplicar, en estos casos, lo establecido en la Constitución por encima de cualquier otra norma legal, contractual o reglamentaria.

Las diversas situaciones que han sido analizadas por las distintas Salas de Revisión de la Corte permiten concluir que las entidades promotoras de salud —en el caso de los afiliados al régimen contributivo— y las administradoras del régimen subsidiado —en el caso de quienes carecen de recursos económicos—, lejos de cumplir la tarea para la cual fueron creadas, dilatan la prestación del servicio de salud y, en lugar de su eficiencia, parece que propenden a la diversidad de trámites y excusas, lo que hace que estos servicios sean en muchas ocasiones inalcanzables o, finalmente, innecesarios.

Por su parte, el SISBEN se creó con el fin de permitir que la población más pobre y vulnerable pudiera contar con la prestación de los servicios médicos, adquiriendo especial importancia dentro de este régimen las madres cabeza de familia.

Sin embargo, para la Corte, el sistema de selección de beneficiarios del régimen subsidiado padece muchas deficiencias, por lo que enfatiza lo siguiente: «la regulación del SISBEN es ineficiente y contraria al orden público de la salud, y la hacen dar lugar a violaciones sistemáticas del derecho a la igualdad, pues no permite recolectar los datos relevantes para diferenciar a las personas que están expuestas al riesgo de sufrir una u otra enfermedad de las que han sido efectivamente contagiadas o contraído la enfermedad por otra vía; no posibilita distinguir entre las personas que sufren un padecimiento, a las afectadas de manera temporal de las enfermas crónicas, permanentes y terminales»; de esa manera, el funcionario encargado de decidir a quiénes se otorgará la calidad de beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud no puede —aunque quiera hacerlo— promover «las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» ni adoptar «medidas a favor de grupos discriminados o marginados». Por otra parte, la Corte considera que este sistema hace nugatorio el derecho de defensa de quienes resultan discriminados o pertenecen a uno de los grupos que lo vienen siendo, pues para cambiar su calificación «sólo les permite solicitar una nueva aplicación de los mismos formularios, que no puede arrojar resultados distintos a los originales hasta que el daño sea irremediable» (Sentencia T-177 de marzo 18 de 1999).

El caso en estudio es un ejemplo de la situación expuesta por la Corte, puesto que para la Secretaría de Salud Departamental, «la demandante pertenece a la población pobre y vulnerable, donde reporta *el puntaje 42 que la clasifica en el nivel socio económico 2*»; por tanto, debe cubrir 10% de la cirugía programada, mientras que, según la Alcaldía Municipal de Neiva, «la señora Albenis Perdomo

se encuentra vinculada con 36 puntos *correspondientes a un nivel de pobreza 1*», y debe cubrir 5% del valor total de la atención que necesite. Se concede la tutela, concluyendo que la supuesta beneficiaria no tiene por qué cubrir un porcentaje que ni siquiera es claro para quien se lo exige.

2.3.21 Solicitan continuidad de la atención médica y tratamiento para VIH-sida en el seguro social luego de la ruptura de vínculo laboral

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandantes: Alonso Muñoz Ceballos
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Número de sentencia: T-484 de 1992

HECHOS

El señor Alonso Muñoz Ceballos instauró acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales para que se le siguieran prestando los servicios médicos de que venía disfrutando, por cuanto el médico laboral de la entidad accionada le manifestó que solamente se le otorgaría prórroga en la atención durante los 30 días posteriores a la fecha de haber dejado de laborar, plazo que, posteriormente, fue ampliado a 180 días. El demandante solicita que se defina su situación en cuanto al derecho que tiene de ser protegido en su salud, toda vez que él aduce que la enfermedad la contrajo estando amparado por el Instituto de Seguros Sociales.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, al revisar el fallo, confirmó de manera parcial lo resuelto por el juez de instancia, considerando que la decisión resulta acertada en cuanto garantiza el derecho a la salud para el accionante, al ordenar la protección como mecanismo transitorio, mientras la autoridad administrativa declara la posibilidad de que siga disfrutando del derecho.

De igual manera, precisa la Corte que en los casos en los que se busca proteger el derecho a la salud, el interesado o interesada puede reclamarlo, en forma gratuita, de cualquier institución de asistencia pública donde se presten tales servicios, en virtud del deber general del Estado de garantizar la salud a las personas que padezcan este tipo de enfermedades. Sin embargo, aclara que aunque el Instituto de Seguros Sociales es solo una institución de seguridad social sometida a reglamentaciones y procedimientos legales, y que no es una institución de asistencia pública abierta, cuando se trata de la protección de un indiscutible derecho fundamental, la Corte puede ordenar a esa entidad que defina en concreto

los derechos médicos asistenciales y hospitalarios que pudieren corresponderle al actor. Para el caso particular, ordenó al Instituto que en el término de 15 días hábiles a partir de notificada la decisión, defina en concreto quién debe garantizar el derecho a la salud del accionante, y que mientras tanto continúe prestándolo.

2.3.22 Falta de entrega de medicamentos a los beneficiarios del sistema de seguro social de salud aduciendo que excede la cobertura

Sentencia del Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de tutela
Demandante: Mujer afiliada a BONSALUD S. A. EPS
Demandada: BONSALUD S. A. EPS
Número de sentencia: 1630 de 1995

HECHOS

La accionante instauró tutela contra la empresa BONSALUD de la ciudad de Pereira aduciendo violación al derecho a la salud porque padecía una enfermedad progresiva y degenerativa (artritis reumatoidea crónica) que la discapacitó para el ejercicio de sus funciones. Por consiguiente, recibe una pensión mínima con la cual debe colaborar en el sostenimiento de su familia, ya que esta es escasa de recursos económicos. Estuvo afiliada a CACERIS, que cubría todas sus necesidades en materia de salud, sin costo alguno para ella. Al vincularse a BONSALUD, que es la empresa a la que actualmente está afiliada, no se le suministra la droga salazopyrin, imprescindible para el tratamiento de su enfermedad, razón por la que debe comprarla y pagar un porcentaje por el resto de medicamentos que recibe y por otros servicios de salud, por considerar la entidad que la droga no estaba contemplada dentro de los parámetros de la Ley 100. La accionante tiene que caminar apoyada en una muleta, pues sus pies, sus rodillas y sus manos están deformadas; y el médico tratante le recomendó que el medicamento en mención no fuera reemplazado, porque ya la habían tratado con otros analgésicos sin tener resultados favorables para su salud.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

BONSALUD S. A. EPS impugnó el fallo aduciendo que su comportamiento está ajustado a las normas que establecen la manera conveniente para el suministro de medicamentos, y que si de manera voluntaria adoptara una actitud discrecional en esa función, separándose del manual oficial de medicamentos —Decreto 1938 de 1994—, violaría de manera flagrante los parámetros que por delegación están estipulados en la Ley 100 de 1993; que la peticionaria goza de los servicios a

sistenciales cuando los requiera, dadas las condiciones inherentes a la enfermedad que padece; que la determinación de no suministrar la droga de ninguna manera vulnera el derecho que le asiste de acceder a los servicios de salud, sino que se obró de acuerdo con una restricción que así lo ordena.

ARGUMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional, en revisión eventual de los fallos de tutela, señala que esta acción procede contra las entidades particulares cuando prestan un servicio público; por consiguiente, considera un contrasentido que se garantice constitucionalmente un derecho y que, en forma simultánea, se permita que en casos específicos no contemplados expresamente por la ley se anule el cometido de la tutela instituida para hacerlo eficaz, pues de ser así, se quebrantaría la razón de ser de la seguridad social en su acepción universal de procurar a las personas el sosiego proveniente de la esperanza fundada de que su calidad de vida no sufrirá mengua considerable por el acaecer de una contingencia.

Que si bien es cierto que el artículo 45 del Decreto 1938 de 1994 no incluye al salazopyrin en el listado de drogas genéricas y, por ello, en principio, BONSALUD no está en obligación de suministrarla a sus afiliados de acuerdo con lo prescrito por el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, ante situaciones excepcionales se impone que la protección constitucional a la salud prevalezca y no quede simplemente escrita sino que adquiera su cabal eficacia, porque están en peligro la salud y la vida de la afiliada a la seguridad social. Por esta razón, se consideró imperioso el amparo constitucional y legal, en forma tal que se garantice el derrotero de lograr una «calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1, Ley 100 de 1993).

Respecto a la existencia de reglamentación de la entrega de medicamentos, la Corte concluyó que al no existir genéricos para aliviar enfermedades como la de la accionante, y ser la medicina que se le viene suministrando por la entidad promotora de salud la única idónea para tratar la grave enfermedad de base y evitar el daño irreparable que supondría la suspensión de la entrega gratuita de dicho medicamento, se impone la cabal protección constitucional a los derechos fundamentales de la seguridad social, de la salud y de la vida. Por consiguiente, confirmó la sentencia.

2.4. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

2.4.1 Avances conceptuales

Respecto del contenido del derecho a la salud, el Tribunal ha señalado que los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un núcleo esencial mínimo

no negociable y exigible y, además, un contenido sujeto a la disponibilidad de recursos y proridades políticas coyunturales.

Ha señalado también que aun cuando el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, sí puede ser protegido y adquirir carácter de fundamental por conexidad con el derecho a la vida, y que el derecho a la vida digna no implica solo la protección frente al peligro de muerte sino la recuperación y el mejoramiento de las condiciones de salud cuando se afecte la calidad de vida.

En cuanto al alcance de la protección del derecho, el Tribunal ha señalado reiteradamente que en casos de gravedad y urgencia comprobadas, no existe norma legal que ampare la negativa a la prestación de servicios de salud.

En el marco de la seguridad social, la Corte ha desarrollado los alcances del derecho a la salud, extendiéndolo incluso más allá de lo establecido en el Plan Obligatorio de Salud al incluir prestaciones no contempladas, pero que deben ser brindadas por las EPS ante determinadas situaciones. Así, la jurisprudencia ha reiterado la tutela del derecho cuando:

- La ausencia de tratamiento o medicamento amenaza o vulnera derechos fundamentales como la vida y la integridad del afiliado. La Corte precisa que es parte del derecho a la salud cuando esta ausencia pone en riesgo la vida digna, no siendo necesario que el paciente se encuentre en estado de gravedad, pues se trata de prevenir el agravamiento de la enfermedad (es el caso de la cirugía bariátrica, los audífonos o la prótesis).
- El medicamento o tratamiento no puede ser reemplazado.
- El usuario no puede pagar el tratamiento.
- El medicamento o tratamiento ha sido ordenado por un profesional adscrito a la prestadora de salud.

Entre las obligaciones ineludibles de las entidades estatales y particulares prestadoras de servicios de salud, el tribunal ha señalado la garantía de continuidad de estos servicios, de modo que los inconvenientes de carácter presupuestal, administrativo y de infraestructura no deben afectar a los pacientes.

Respecto de las demandas planteadas por ex trabajadores que solicitaban cobertura de salud pues sus dolencias se produjeron cuando se hallaban laborando, aun cuando el Tribunal Constitucional considera esta una cuestión de índole laboral y señala que el seguro social de salud no es una institución de asistencia pública abierta, sí protege el derecho, pues está involucrado un derecho fundamental (por conexidad con el derecho fundamental a la vida), y ordena que se brinde el tratamiento provisionalmente hasta la definición del litigio de índole laboral.

El acceso a tratamientos retrovirales para personas que viven con VIH-sida o la aplicación de tratamientos médicos adecuados y oportunos para la enfermedad

ha sido objeto de consideraciones por parte de las Cortes Constitucionales ante casos particulares, en los que han mantenido la doctrina de la conexidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, y por ello, por considerar que siempre está en peligro la vida de las personas, las Cortes tutelan los derechos reclamados y ordenan la realización de los tratamientos y la entrega de medicamentos.

En el marco de la seguridad social, y respecto a la labor de las EPS, el Tribunal ha señalado que estas tienen el deber de prestar el servicio al afiliado aun cuando este no cumpla con cotizar, pues ineludiblemente deben contribuir al cumplimiento de los fines propios del Estado, como es garantizar la vida en condiciones dignas y justas.

La acción de tutela, prevista para proteger derechos constitucionales de carácter individual, procede también cuando se trata de la vulneración de un derecho relativo al ambiente sano, porque existe conexidad entre los derechos colectivos y los individuales. Por tanto, prevalece la acción de tutela sobre las acciones populares, y se convierte en instrumento judicial adecuado para el amparo oportuno de los derechos amenazados. El Tribunal concibe que la vulneración del derecho a un ambiente sano conlleva, en determinados casos, el quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida y, por el principio de conexidad, la salud.

2.4.2 Nudos

En el mismo marco de la seguridad social, el Tribunal ha señalado que si se trata de prestaciones económicas como el pago de la licencia de maternidad, la mora en las cotizaciones sí legitima que no se otorguen tales prestaciones.

2.4.3 Respecto del enfoque de género

Los casos que revelan discriminación de género no recibieron un tratamiento uniforme del Tribunal Constitucional. Así, en un caso, este señaló que se ha incurrido en tal discriminación al considerar que la procreación conduce necesariamente a que la gestante conforme una familia con el padre del neonato. Señaló el Tribunal que la suspensión del servicio de salud a la hija de un asegurado, fundamentada en esa presunción, implica violación del derecho a la igualdad y restricción de la autonomía personal, al reducir las opciones de la gestante para realizar su proyecto de vida ante la amenaza de perder los beneficios de salud. Pero en otros casos, la invisibilización de la inequidad de género se evidencia claramente cuando en ningún razonamiento de la parte demandante o del Tribunal Constitucional se

enuncia la desventaja de las mujeres para acceder a los servicios de salud por no participar, en la mayoría de los casos, de una actividad productiva que les permita hacer contribuciones a un sistema de salud. El trabajo exclusivamente reproductivo o la precariedad en el mercado laboral son condicionamientos sociales funcionales a la inequidad de género en perjuicio de las mujeres. Ello sucede cuando no se concibe la labor de las madres comunitarias del Programa de Hogares de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como una actividad laboral que merece los beneficios correspondientes, entre estos, la prestación económica de la licencia por maternidad. Al negárseles este derecho, se legitima la precarización de su situación laboral, que reproduce precisamente su rol reproductivo en la sociedad.

En el único caso de discriminación por orientación sexual, al argumentar la Corte Constitucional que el concepto constitucional de familia no permite inscribir a la pareja homosexual como beneficiario del asegurado legitima una diferenciación proscrita desde la perspectiva de los derechos humanos. No obstante, cuatro magistrados salvaron su voto señalando que la orientación sexual es un criterio de diferenciación prohibido y que no es razón para excluir del acceso a beneficios o prever cargas a las que no está expuesto otro individuo.

2.5 ANÁLISIS SEGÚN ESTÁNDARES DE ATENCIÓN DE LA SALUD

2.5.1 Disponibilidad

La *disponibilidad* supone que el Estado debe contar con un número suficiente de servicios de salud. En el caso resuelto mediante sentencia T-264 del 2003, el Tribunal señala que un determinado servicio (cirugía bariátrica) debe estar disponible para la actora cuando su vida, integridad personal o un mejor funcionamiento de su organismo están involucrados. En este sentido, a pesar de que un tratamiento quirúrgico no está contemplado dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS), la Corte ordenó realizarlo, bajo ciertas condiciones, con el sustento jurídico de que su no realización ponía en riesgo la vida de la paciente. Sucede que la jurisprudencia colombiana ha construido un conjunto de supuestos en los que, pese a los preceptos reglamentarios, el seguro social de salud está obligado a brindar el servicio requerido por los asegurados cuando se trata de derechos fundamentales de las personas.

El caso resuelto mediante sentencia T-581 del 2005 recoge claramente el estándar de *disponibilidad*. En efecto, frente a la situación de una asegurada que no logra acceder a los servicios de reumatología y fisioterapia porque la Dirección

Seccional no tiene contrato con estos especialistas, el Tribunal señala, tal como en anteriores pronunciamientos, que los inconvenientes de carácter presupuestal de las entidades de ninguna manera pueden afectar la salud de sus beneficiarios, por lo que es obligación primordial, tanto de las entidades estatales como de las particulares, que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizando su continuidad y, en este caso, su disponibilidad. Adicionalmente, la Corte Constitucional sostiene que el derecho fundamental a la vida debe ser interpretado armónicamente con el derecho a la dignidad humana, pues ello se deriva de una interpretación sistemática y no aislada de las normas constitucionales. Al garantizar la disponibilidad de servicios requeridos por los asegurados, aun cuando ellos no contrarresten un riesgo para la vida, pero sí para la vida digna, el Tribunal aplica tal interpretación.

En la resolución de sentencia 1630 de 1995, el Tribunal aplica el mismo estándar: *disponibilidad*. En el caso, la accionante demanda a una EPS que se niega a suministrarle el medicamento necesario para enfrentar una enfermedad progresiva y degenerativa como es la artritis reumatoidea crónica. El Tribunal señaló que si bien el medicamento en cuestión no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud, ante situaciones excepcionales debe prevalecer la protección del derecho constitucional a la salud. El presente caso se ajusta a uno de los supuestos construidos como excepción por la Corte y, por tanto, debe estar disponible para esta asegurada.

2.5.2 Accesibilidad

La *accesibilidad*, en la modalidad de *asequibilidad*, es, creemos, el estándar valorado principalmente en la sentencia SU-225 de 1998. En este caso, 417 padres de familia, en representación de sus hijos e hijas menores de edad, solicitaron el suministro gratuito de la vacuna contra el virus que produce la meningitis. La razón que esgrimían es que eran madres cabeza de familia y trabajadores del sector informal que carecían de los recursos suficientes para sufragar la atención de salud que sus hijos requerían. Frente a esa situación, la Corte Constitucional consideró que si la familia del niño o niña no se encuentra en capacidad económica de hacerlo, el Estado está obligado a solucionar tal situación. La accesibilidad económica es condición fundamental del derecho a la salud y, en este caso, la Corte está protegiendo el derecho ciudadano de que la atención de su salud esté a su alcance, más aún si se trata de un grupo poblacional desfavorecido. Según este estándar, la atención de la salud no debe significar una carga desproporcionada sobre los hogares más pobres. Adicionalmente, cabe relevar que la provisión de

inmunización contra las principales enfermedades infecciosas de una comunidad es una *obligación estatal de prioridad comparable al contenido esencial mínimo del derecho a la salud*, según los estándares internacionales señalados en la Observación 14 del Comité de Derechos Humanos. La precisión de la Corte de que el derecho a la salud de los niños y a encontrarse libres del riesgo de contraer una enfermedad que haga peligrar su integridad es núcleo esencial de este derecho prestacional coincide, precisamente, con este estándar internacional.

La *accesibilidad,* en su modalidad de *no discriminación*, es el estándar tutelado por la Corte Constitucional frente al caso de un asegurado que requiere tratamiento crónico para lograr la estabilidad coronaria a través del suministro de medicamentos que le fueron suspendidos por encontrarse excluidos del POS. A partir de la premisa de que los servicios de salud constituyen un derecho y un servicio público que debe ser regulado por la ley, señala el Tribunal en la sentencia T-482 del 2005 que el legislador no puede limitar su actuación a lo meramente disponible, sino que debe procurar por todos los medios posibles la atención requerida por los usuarios, ya que actitudes contrarias amenazan la salud y la vida, con la consiguiente vulneración del derecho a la igualdad, entendido como la protección que se debe a las personas que se encuentran en debilidad manifiesta.

También observamos la *accesibilidad,* en su modalidad de *no discriminación,* en la sentencia T-845 del 2003, frente a la solicitud de una asegurada para que la EPS mantenga la vinculación de su hermana con discapacidad en calidad de beneficiaria adicional. La Corte señaló que la desafiliación intempestiva al sistema de protección social en salud, sin haber informado a la perjudicada, vulneró su derecho a la igualdad y amenazó su salud. En efecto, al no haber informado oportuna y adecuadamente que el magisterio pertenece a un régimen de seguridad social de excepción que no permite afiliaciones adicionales, se hizo inaccesible la atención de la salud de la hermana, que, además, por su discapacidad, pertenece a un grupo vulnerable de la sociedad.

Un caso que coloca en debate el estándar de *no discriminación* en la *accesibilidad* es el resuelto mediante sentencia SU 623 del 2001. En él, frente al pedido de una persona de afiliación al sistema de seguridad social como compañero permanente de un cotizante de la EPS, la Corte, tras argumentar que no incurre en discriminación, desestimó la demanda del accionante. La principal consideración del Tribunal fue el concepto constitucional de familia, al señalar que es diferente de una relación homosexual permanente, y aun cuando compartan muchas características, esta última no tiene el derecho a recibir prestaciones sociales por parte del Estado, como es la vinculación como beneficiario del régimen contributivo de seguridad social en salud. Señalando que el peticionante puede acceder al seguro social en salud a través de otras vías, como trabajador independiente, o al

régimen subsidiado, o a la asistencia pública, y que su decisión está amparada en el principio de gradualidad en la universalidad de los derechos, por el que no se puede cubrir con idénticas garantías a todas las personas, el Tribunal considera que no está implicada aquí ninguna discriminación. No obstante, el salvamento de voto de cuatro magistrados considera que el fallo es cuando menos sospechoso, pues la orientación sexual es un criterio de diferenciación prohibido y no puede fundamentar exclusiones para el acceso de las personas a beneficios o para imponerles cargas solo a ellas, y que el principio de igualdad, uno de los pilares del Estado social de Derecho y la democracia, obliga a tratar a todas las personas con la misma dignidad, lo que no parece haber ocurrido en este caso.

El estándar de *accesibilidad,* en su dimensión de *no discriminación*, es debatido por la Corte Constitucional en la demanda resuelta a través de la sentencia T-564 del 2004. En el caso de una mujer de escasos recursos económicos beneficiaria del seguro subsidiado, a la que la Secretaría de Salud le pide cubrir 10% del valor total de la cirugía que requiere y la Alcaldía Municipal de Neiva 5%, por haberla clasificado en otro nivel socioeconómico, la Corte reitera, en primer lugar, que en casos de gravedad y urgencia comprobadas no existe norma legal que ampare la negativa en la prestación de servicios de salud, pues prima lo establecido en la Constitución por encima de cualquier otra norma. La Corte señala que el SISBEN no está cumpliendo su objetivo de brindar servicios médicos a la población más pobre y vulnerable, en particular a las madres cabeza de familia, lo que ocasiona violaciones al derecho a la igualdad, pues su regulación ineficiente no permite promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva ni adoptar medidas a favor de grupos sociales discriminados o marginados. Por ello, el Tribunal ampara la demanda y señala que la peticionaria no debe pagar porcentaje alguno para acceder al servicio quirúrgico. Adicionalmente, cabe señalar que con esta argumentación el Tribunal está acogiendo el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* a que las poblaciones vulnerables o marginadas tengan acceso a los servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria.

Un siguiente caso, resuelto mediante sentencia T-293 de 1998, pone de relieve la importancia del *acceso a información* adecuada relacionada con la salud, sin menoscabo de la confidencialidad de los datos personales. En el presente caso, un padre interpone una acción de tutela contra la profesora de su hijo, quien al hacer que el niño expusiera sus genitales frente a sus compañeros de clase, afectó su derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, y ocasionó que el alumno se negara a volver a la escuela por el temor de afrontar el ridículo. La Corte señala que la educación sexual es un derecho y un servicio público y, por lo tanto, existe obligación legal de impartirla en todos los establecimientos del país y en todos los niveles de educación, con el consiguiente deber estatal de ejercer

inspección y vigilancia en esta materia. Por eso, considera que el suministro incorrecto de esta información al alumnado afectó los derechos del niño en particular y de sus compañeros de clase también. En función de ello ordena que, a través de una labor pedagógica, un experto procure revertir la situación.

La *continuidad* también es el estándar acogido en la sentencia T-157 de 1995, al señalar que el empleador no puede privar del seguro social de salud a sus trabajadores a causa de un trámite administrativo en beneficio de la empresa. Tras verificar que la trabajadora demandante requiere control periódico de su hipertensión y un medicamento diario, ordenó que la EPS restableciera los servicios médicos para ella. Sin embargo, la tutela no alcanzó a las demás trabajadoras de la empresa afectadas con la suspensión del servicio, lo que indica que ellas tendrían que tutelar sus derechos de manera individual.

La sentencia T-451 de 1998, aun cuando señala que el Estado tiene la obligación de garantizar al demandante el tratamiento y los medicamentos necesarios para atender su salud durante el tiempo que permanezca en litigio su derecho, finalmente resuelve que es en la vía laboral y no en la constitucional donde se debe tramitar la demanda. Es el caso de un demandante que como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido mientras estaba al servicio de una empresa, requiere, para mantenerse estable, atención médica periódica y un medicamento diario, pero el despido del que fue objeto como consecuencia de su estado de salud genera la suspensión de la prestación del servicio de salud que venía recibiendo. El estándar de *accesibilidad,* en su dimensión de *continuidad*, podría haber sido recogido por el Tribunal si hubiera mantenido el servicio a favor del accionante hasta que el litigio fuera resuelto en la vía laboral, tal como lo ha planteado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Ecuatoriano.

En la sentencia T-1202 del 2004, la Corte argumenta a favor del estándar de *accesibilidad*, en particular respecto de su *continuidad*. En efecto, ante la situación de una niña que requiere un tratamiento oncológico pero cuyo padre no cuenta con el mínimo de semanas cotizadas al seguro social, la Corte señala que, frente al interés económico de la EPS, debe imperar la garantía de la continuidad de la prestación del servicio de salud y, por ello, concede el amparo transitorio por el tiempo que sea necesario para el suministro del tratamiento. La Corte agrega, además, que al seguro contributivo y al subsidiado les alcanza el deber de contribuir a garantizar la vida de sus afiliados en condiciones dignas y justas.

En el caso de las mujeres que prestan servicios como madres comunitarias del Programa de Hogares de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la Corte afirma, en primer lugar, que no existe vínculo laboral entre las madres comunitarias y el ICBF, y que su trabajo es voluntario y comunitario, sin remuneración. Respecto de su petición de acceder al pago de la licencia por

maternidad, entiende que la mora en las cotizaciones autoriza a dejar de brindar la prestación de salud y los reconocimientos económicos del sistema de seguridad social en salud. Solo en el supuesto de una intervención quirúrgica por cáncer de cerviz, el Tribunal ampara la prestación de salud para una madre comunitaria, pese a la mora en las cotizaciones, por hallarse involucrada una situación de salud en conexión directa con el derecho a la vida. En este último caso, el Tribunal acoge el estándar de *accesibilidad* en el aspecto de su *continuidad,* pese a presentarse una situación que, según las normas, habilitaría la suspensión del servicio. Observamos, que el Tribunal ordena la continuidad del servicio de salud en estricto, mas no de aquellas otras prestaciones derivadas del seguro social en salud, en es caso, pecuniarias.

2.5.3 Aceptabilidad

En la sentencia del expediente C-355 del 2006, la Corte colombiana expresa un conjunto de argumentos orientados a despenalizar el aborto en tres supuestos. Consideramos que, entre las principales consideraciones, están aquellas que demuestran una sensibilidad a los requisitos del género, por lo que estamos ante el estándar de *aceptabilidad*.

En efecto, la Corte considera que plantear la prevalencia de la protección absoluta de la vida del feto implica un desconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, ponderación con la que no está de acuerdo. Asimismo, señala que en el caso del embarazo producto de una violación o incesto, no es posible obligar a la mujer a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general, sobre todo si existe el deber constitucional de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de su propia salud, tanto física como mental. En general, considera la Corte que una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, así como el desconocimiento de su dignidad y de su carácter de sujeto de derechos. Por todo ello, la Corte considera que no se incurre en delito de aborto en las tres hipótesis, impidiendo, de esta forma, que la debida protección de la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada. La Corte pondera, pues, los intereses y derechos de las mujeres con embarazos no deseados y, para tutelar su dignidad humana, los considera prevalentes en tres supuestos específicos.

El estándar de *aceptabilidad,* traducido en la atención de la salud con respeto de la ética médica y concebido para mejorar el estado de salud de las personas, es

abordado por el Tribunal en la sentencia T-110 del 2004. Es el caso de un asegurado al que se le practicó una intervención quirúrgica que presentó complicaciones que no le permiten desarrollarse en condiciones de normalidad, y que reclama que la EPS cubra un examen diagnóstico previo a una cirugía correctiva. La EPS se niega argumentando que dicho examen no está cubierto por el POS. En esta situación, el Tribunal señala que el derecho a la salud incluye el derecho al diagnóstico, pues este permite detectar con precisión la enfermedad para determinar el tratamiento correspondiente que posibilite una vida en condiciones dignas. Señala, además, que uno de los fines de la medicina es prevenir el agravamiento de enfermedades (y no solo la atención para el restablecimiento), más aún en este caso, en el que existe relación de causalidad entre el examen de diagnóstico y la situación originada en una cirugía realizada por la propia entidad de salud.

Un caso adverso al estándar de *aceptabilidad* es el fallado por la Corte mediante sentencia T-437 de 1993. Se trata de una mujer detenida en un establecimiento penitenciario que solicita detención domiciliaria por encontrarse en el séptimo mes de gestación, tal como lo prevé la legislación pertinente. La *sensibilidad a los requisitos del género* no fue atendida por el Tribunal, pues privilegió la normatividad procesal penal frente a las necesidades especiales de una mujer en estado de gravidez. En efecto, las normas procesales, como consecuencia del conflicto armado interno, son más gravosas para las personas acusadas de cometer atentados contra el Estado, lo que, en el presente caso, pone en condiciones de desigualdad a la mujer, pues solo sobre ella recae un embarazo. De este modo, también se habría dejado de lado una obligación estatal que constituye *contenido esencial mínimo del Derecho,* como es la garantía del acceso a servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria para una persona en situación de vulnerabilidad, como aquella que se encuentra privada de su libertad.

La *sensibilidad a los requisitos del género* fue acogida por el Tribunal Constitucional en la sentencia SU 1167 del 2001, al señalar que la empleadora tuvo una actitud discriminatoria frente a la mujer al considerar que la procreación necesariamente conduce a la conformación de una familia con el padre del neonato. Ni el matrimonio ni la maternidad implican independencia económica, y al suponerlo, se produce una violación del derecho a la igualdad. Con ello, señala la Corte, se restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal cuando se amenaza a la mujer con privarle de los beneficios de salud y reducir, así, sus opciones de proyecto de vida. Por ello, ordena la *continuidad* del servicio de atención de esta mujer como beneficiaria de su padre. Pero respecto de la nieta, señala que no le alcanza el beneficio. Es importante, no obstante, señalar que la maternidad sí implica la conformación de una familia, constituida en este caso por la madre y el bebé.

Una resolución similar emitió la Corte en el caso resuelto mediante sentencia T-380/02. En este caso, ante la solicitud de un asegurado de acceder a unos audífonos para superar su problema de audición por carecer de los medios económicos para adquirirlos, solicita a la EPS que se los proporcione, pese a estar dicho instrumento excluido del Plan de Salud (POS). La Corte acude nuevamente el argumento de la calidad de la vida digna al asegurar que los audífonos constituyen un elemento indispensable para garantizarla, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una persona mayor, lo que hace aún más exigible su derecho en este caso, según la Corte. Observamos, pues, que es principalmente el estándar de *aceptabilidad,* en particular la *sensibilidad a los requisitos del ciclo de vida*, el que está siendo aplicado por el Tribunal.

2.5.4 Calidad

La *calidad* de los servicios de salubridad pública es protegida en la sentencia del Tribunal SU-442 de 1997, que resuelve una acción contra las autoridades del distrito de Santa María. En esta causa, los demandantes señalan deficiencias de calidad en el suministro del agua y cobertura de la red de alcantarillado, así como en el manejo de los desechos sólidos y el tratamiento de aguas residuales en los vertimientos, lo que habría incrementado la incidencia de enfermedades gastrointestinales y dermatológicas. El Tribunal, por su parte, ordena a los demandados el desarrollo de un conjunto de acciones orientadas a optimizar la calidad de los servicios involucrados: adopción de un plan de ordenamiento de los usos del suelo, adopción de medidas preventivas para el manejo de la basura, poner en funcionamiento un sistema de bombeo de aguas residuales, el diseño de planes de un sistema de pretratamiento de aguas para disminuir la carga contaminante. El *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* que demanda a los Estados asegurar a las personas acceso al servicio de alcantarillado también está presente en esta sentencia como obligación inmediata que la Corte ordena cumplir a las autoridades involucradas.

Capítulo 3
EL CASO DEL ECUADOR

3.1 SITUACIÓN DE LA SALUD EN EL ECUADOR

3.1.1 Estadísticas generales

Según el último censo de población (2001), el Ecuador tiene una población de alrededor de 13 millones de habitantes, de los cuales un poco más de 50% son mujeres.

La pobreza ha ido creciendo en los últimos años. Para el año 2000, la situación de pobreza alcanzó a 71% de la población, y la pobreza extrema a 31%. En 1990, el 20% más pobre de la población recibía 4,6% de los ingresos, y en el 2000, menos de 2,5%, en tanto que el 20% más rico incrementó su participación en los ingresos de 52% a 61%.[1]

3.1.2 Factores determinantes de la salud

EDUCACIÓN. El analfabetismo en personas mayores de 15 años llega a 8% en el caso de los varones y a 12% en el de las mujeres;[2] 30% de indígenas son personas analfabetas, frente a 10% de las personas hispanohablantes.[3] La cobertura del sistema educativo (primaria y secundaria) es similar a la de hace 10 años,[4] 90% en el nivel primario y 50% en el secundario.[5] El déficit de acceso a la educación secundaria

1 Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales y otros. *Cartillas sobre migración* 1, 2002.

2 Rosa María Torres, doc. cit.

3 Organización Panamericana de la Salud. *Perfil del sistema de servicios de salud en el Ecuador.* 2001, p. 5.

4 Consejo del Observatorio Ciudadano de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. *Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en el Ecuador.* Quito: Unicef, 2003, p. 104.

5 Consejo del Observatorio Ciudadano de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. *Op. cit.*, p. 138.

afecta particularmente a la población rural.[6] Para el 2003, 400 mil niños y niñas de 5 a 14 años de edad no se matricularon en la educación básica obligatoria.[7] La deserción escolar se da en mayor grado en el sector rural, donde 6 de cada 10 niños y niñas abandonan sus estudios.[8] Se ha establecido que una de cada tres mujeres entre 15 y 17 años no estudiaba y se dedicaba a labores domésticas.[9] Una de las principales causas de la deserción es el embarazo adolescente: en el 2001, 118.264 adolescentes tuvieron un hijo o hija, y 25% de ellas dejaron de estudiar por el embarazo.[10]

SANEAMIENTO. De la población nacional, 67% cuenta con servicio de agua potable. Se estima que de este porcentaje, 51% recibe un servicio deficiente, debido a las bajas presiones, la discontinuidad, la mala calidad del agua, la mala operación y mantenimiento de los sistemas. En la zona rural, se estima que apenas 10,42% de la población cuenta con abastecimiento de agua potable.[11] La red pública de agua abastece en mayor proporción a la zona urbana (83,7%) que a la zona rural (39,9%). Lo mismo ocurre con las otras formas de provisión como son los pozos, los ríos, las acequias y los carros repartidores. La red de alcantarillado beneficia a 57% de la población, que se distribuye en 46% en la zona urbana y 11% en la rural.[12]

VIVIENDA. Según el último censo (2001), el déficit de vivienda es de 18,2%. Los hogares que disponen de vivienda propia representan a nivel nacional 67,2%, y 18% de la población habita en viviendas con características físicas inadecuadas.

---

6 *Segundo y tercer informes oficiales consolidados de la Aplicación de la Convención sobre los derechos del niño en el Ecuador, período 1993-2002*. En 1999, la proporción de jóvenes del campo matriculados en la secundaria era menos de la mitad (32%) que entre aquellos de las ciudades (67%). Uno de cada 10 habitantes del campo ecuatoriano pertenece a un hogar indígena en el cual se habla quichua o shuar. En 1999, 21% de los jóvenes indígenas asistían al colegio.

7 Consejo del Observatorio Ciudadano de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. *Op. cit.*, p. 104.

8 Consejo del Observatorio Ciudadano de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. *Op. cit.*, p. 105.

9 Consejo del Observatorio Ciudadano de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. *Op. cit.*, p. 142.

10 CLADEM Ecuador. *Informe alternativo de derechos económicos, sociales y culturales de los DESC*. Quito, 2003.

11 Ministerio de Salud Pública-Proyecto de Modernización de los Servicios de Salud. *Situación de salud del Ecuador*. Quito, 2006, p. 20.

12 José Avilés. *Perfil de la salud Ambiental de la niñez en el Ecuador*. Disponible en <www.cepis.ops_oms.org>, 2005, p. 5.

EMPLEO. En el país, la tasa de desempleo alcanza 8,5% y de las personas desempleadas 5,4% son hombres y 12,8% mujeres.

VIOLENCIA. Según la Encuesta Demográfica y de Salud Materna e Infantil (2006), todas las mujeres en edad reproductiva entrevistadas reconocieron haber sufrido algún tipo de violencia; 38% declararon ser objeto de violencia psicológica, 33% de violencia psicológica y sexual, 16% de violencia sexual, 9% de violencia física, 2% de violencia psicológica, física y sexual, y 2% de violencia psicológica y física. Igualmente, todas reconocieron algún tipo de afección a su salud física (heridas, moretones, cefaleas, dolores de cuerpo, sangrados vaginales) y mental (miedo, ansiedad, angustia, depresión e intentos de suicidio).[13]

DISCAPACIDAD. Según el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), 12,14% de la población adolece de algún tipo de discapacidad. En esta población, 64% presenta deficiencias estructurales, 29% deficiencias funcionales y 7% deficiencias mixtas. Las enfermedades hereditarias y adquiridas, los problemas al momento del parto, las infecciones y la mala práctica médica son la principal causa de limitaciones en la población menor de 5 años y de discapacidad en la de más de 5 años. Una proporción de 4,8% de la población mayor de 5 años tiene limitación grave en la actividad y un nivel de funcionamiento muy restringido. De total de personas con discapacidad, 51,6% son mujeres y 48,4% hombres. Las condiciones negativas de salud como causa de discapacidad afectan más a la población femenina entre 20 y 64 años de edad, en un 53%, mientras que en ese mismo rango de edad, los accidentes afectan más a la población masculina, en 19%.[14]

3.1.3 Estado de salud

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) estima que el riesgo de morir de las mujeres ecuatorianas por causas relacionadas con el embarazo, el parto y posparto cada año es el doble del promedio de las latinoamericanas.[15] Según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), de 1994 a 1998 se observa un descenso en la tasa de mortalidad materna a nivel nacional, de 86,8 a 55,4 defunciones

13 CEPAR-José Ordóñez. *Violencia contra la mujer. Resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Materno e Infantil.* Quito, 2006.

14 Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS). «Ecuador: La discapacidad en cifras», 2004. Disponible en <www.conadis.gov.ec>.

15 Organización Panamericana de la Salud. Plan Nacional para la Reducción de Muerte Materna. Citado en Ministerio de Salud Pública-Proyecto de Modernización de los Servicios de Salud. *Op. cit.,* p. 34.

por 100 mil nacidos vivos, pero desde 1999 hasta el 2000 ascendió de 68,5 a 114,7 por 100 mil nacidos vivos, fenómeno que se atribuye, entre otros factores, a la grave crisis económica de finales de la década de 1990. En el 2003 la tasa era de 53,5 defunciones por 100 mil nacidos vivos.[16] La Encuesta Demográfica y de Salud Materno Infantil (ENDEMAIN) del 2004[17] detecta un predominio de muertes maternas de mujeres que residen en las áreas rurales de mayor pobreza.

La tasa de mortalidad infantil equivale a 34 muertes anuales de niños y niñas por cada mil nacidos vivos. Además de la desnutrición, las mayores causas de la mortalidad infantil son los trastornos relacionados con duración corta de la gestación y bajo peso al nacer, neumonía, sepsis bacteriana, dificultades respiratorias, gastroenteritis, hipoxia intrauterina, malformaciones del corazón, síndrome de aspiración neonatal y bronquitis aguda.[18] En el caso de niños y niñas de 1 a 4 años, la neumonía es la principal causa de mortalidad, seguida de enfermedades infecciosas intestinales, ahogamientos, sumergimientos, desnutrición y anemias nutricionales, entre otras; mientras que en la población de niños y niñas entre 5 y 14 años, los accidentes de transporte terrestre constituyen la primera causa de mortalidad y se verifica un mayor porcentaje de muertes en varones que en mujeres.[19]

Nutrición. El 45% de niños y niñas menores de 5 años sufren desnutrición, de ellos y ellas 30% sufren desnutrición crónica y 15% desnutrición global.[20] La desnutrición grave constituye una de las diez principales causas de mortalidad de niños y niñas menores de un año.[21]

VIH-sida. A fines del año 2005, el Ministerio de Salud reportaba 7.769 casos acumulados de VIH-sida (4.306 VIH y 3.463 sida). Para ese mismo año, la proporción de personas que vivían con el virus era de dos hombres por cada mujer.[22] Las cifras estimadas revelan que alrededor de 40 mil personas en el país están viviendo con VIH-sida.[23] El Programa Nacional del Sida del Ministerio de Salud

16 Ministerio de Salud Pública-Proyecto de Modernización de los Servicios de Salud. *Op. cit.*, p. 35 y sgtes.

17 Centro de Estudios de Población y Desarrollo Social (CEPAR). *Encuesta Demográfica y de Salud Materno Infantil*, *ENDEMAIN-IV Ecuador*. Informe Preliminar. Quito, 2004.

18 Centro de Estudios de Población y Desarrollo Social-CEPAR. *Op. cit.*, p. 9.

19 Ministerio de Salud Pública-Proyecto de Modernización de los Servicios de Salud. *Op. cit.*, p. 30 y sgtes.

20 Ministerio de Salud Pública-Proyecto de Modernización de los Servicios de Salud. *Op. cit.*, p. 7.

21 Ministerio de Salud Pública-Proyecto de Modernización de los Servicios de Salud. *Op. cit.,* p. 30 y sgtes.

22 Véase <http://www.undp.org.ec/VIH_SIDA/agenda.htm>.

23 Edgar Carrasco y Orlando Montoya. *La epidemia del VIH/SIDA y los derechos humanos en la Comunidad Andina de Naciones*. Disponible en <www.uasb.edu.ec/padh/revista9/articulos/carrasco%20montoya.htm>.

Pública brinda atención médica a 1.639 personas, pero la falta de operatividad y la ineficiencia en el manejo de recursos han causado varios desabastecimientos y la ruptura del *stock* de antirretrovirales.[24] No existe un adecuado control del *stock*, y las previsiones se hacen trimestralmente en función de los pacientes que se están tratando y no de acuerdo con la proyección de nuevas admisiones.[25] No existe un sistema nacional de vigilancia epidemiológica, por eso se mantiene un enorme subregistro.[26]

3.1.4 Atención de la salud

GASTO SOCIAL DESTINADO A SALUD. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), para el 2004 el gasto social destinado a salud representó 6,5% del Producto Interno Bruto, cifra que comparada con el presupuesto del año 2003, significó una disminución.

SISTEMA DE SALUD. La prestación de servicios de salud del Sistema Nacional se ofrece mediante un *subsector público,* conformado por los servicios del Ministerio de Salud Pública, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, los institutos de seguridad de las Fuerzas Armadas y de la Policía, que dependen de los ministerios de Defensa y Gobierno, respectivamente; los servicios de salud de algunos municipios y los de la Junta de Beneficencia de Guayaquil, la Sociedad de Lucha contra el Cáncer y la Cruz Roja Ecuatoriana. Aunque los dos últimos son entes privados, actúan dentro del sector público y disponen de alrededor de 85% de los establecimientos de salud.[27] Forman parte de este subsector los servicios de salud municipal, que en los últimos años han ido avanzado en su organización, así como otros servicios que se ofrecen desde algunos ministerios y universidades que tienen, como parte de sus programas de acción social, servicios médicos, la mayoría de carácter ambulatorio y que representan menos de 1% del total.[28] El *subsector privado* está conformado por entidades privadas con fines de lucro como hospitales, clínicas, dispensarios, consultorios, farmacias, empresas de medicina prepagada; y por organizaciones sin fines de lucro, como organismos no gubernamentales, servicios

24 Datos tomados de la página web <http://www.coalicionecuatorianadepvvs.org/ec/>, visitada el sábado 5 de agosto del 2006.

25 Médicos Sin Fronteras-España. *Problemática del SIDA en el Ecuador.* Quito, 2003.

26 Médicos Sin Fronteras-España. *Op. cit.*

27 Organización Panamericana de la Salud. *Perfil del sistema de servicios de salud en el Ecuador.* Quito, 2001, p. 5.

28 Organización Panamericana de la Salud. *Op. cit.*, p. 8.

populares, asociaciones de servicio social, etcétera, las cuales representan 14,6% de los establecimientos de salud del país.

NÚMERO DE PROFESIONALES DE LA SALUD. Se estima que existe un promedio de 18,07 médicos y médicas por cada 10 mil habitantes, promedio que varía en las provincias donde hay centros universitarios formadores de médicos y médicas.[29]

NÚMERO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD. Según un estudio de la OPS,[30] el número de unidades de salud en el Ecuador es de 3.518. Este total comprende 2.827 unidades ambulatorias del sector público y 148 del sector privado. También comprende 176 unidades de internación del sector público y 367 del sector privado.

COBERTURA DE LOS SEGUROS DE SALUD. Se estima que alrededor de 30% de la población ecuatoriana no tiene una cobertura de servicios de salud. El gasto de bolsillo en salud del grupo de población con mayores ingresos es de menos de 10%, mientras que el grupo de población más pobre tiene un gasto en salud de 40% de sus ingresos.[31] Según la ENDEMAIN, 80,8% de la población no tiene ningún tipo de seguro médico. En la población asegurada, la mayor parte de la cobertura corresponde al sistema público, principalmente del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a las instituciones de seguridad social del Ejército y de la Policía, que en total cubren a menos de 20% de la población, en tanto que la cobertura de los servicios privados es de aproximadamente 3% de la población de ingresos medios y altos. El Seguro Social Campesino cubre a este sector de la población a nivel nacional, y según el Informe Mensual de Afiliaciones del Seguro Social Campesino, hasta el mes de diciembre del 2005, beneficia a 192.481 familias, lo que abarca a un total de 824.894 personas, de las cuales 507.723 corresponden a campesinos y campesinas de la sierra y 317.171 de la costa.

Según la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, en diciembre del año 2004[32] la población penitenciaria ascendía a 11.358 internos, de los cuales 10.229 son hombres y 1.129 mujeres.[33] Para atender a esta población, existen 51 médicos, 26 odontólogos, 51 psicólogos y 47 trabajadores sociales. El Programa de Salud de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social señala que en el año 2004 la

29 Organización Panamericana de la Salud. *Op. cit.*, p. 9.

30 Organización Panamericana de la Salud. *Op. cit.*

31 Ministerio de Salud Pública y Consejo Nacional de Salud. «Marco general de la reforma estructural de la salud en el Ecuador». Quito, 2002, p. 16.

32 Dirección Nacional de Rehabilitación Social. *Boletín estadístico 2004-2005, El sistema penitenciario en cifras.* Quito, 2005, pp. 2, 38 y 44.

33 Según datos de la Dirección de Planificación de la DNRS, aún no publicados a la fecha de presentación de esta investigación, en el mes de junio del 2006 esta población aumentó a 15.125 personas privadas de la libertad: 13.674 hombres y 1.451 mujeres.

mortalidad de las mujeres privadas de la libertad fue 0, mientras en el caso de los hombres se verificaron 32 muertes por enfermedades, 12 por heridas traumáticas y 2 por otras causas.

3.2 PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

3.2.1 Constitución Política del Ecuador

El derecho a la salud está reconocido en la Constitución en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 42, que dispone:

> El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia.

Pero en el capítulo de los derechos civiles se hace una referencia a este derecho en el artículo 23, numeral 20, que dice:

> Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas las siguientes: […] El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios.

Respecto a la política nacional de salud, dispone en su artículo 44:

> El Estado formulará la política nacional de salud y vigilará su aplicación; controlará el funcionamiento de las entidades del sector; reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley, e impulsará el avance científico-tecnológico en el área de la salud con sujeción a principios bioéticos.

En cuanto al seguro social, dispone en su artículo 57: «El seguro general obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, cesantía, vejez, invalidez, discapacidad y muerte». Y en el artículo 60 señala que el seguro social campesino «ofrecerá prestaciones de salud, y protección contra las continencias de invalidez, discapacidad, vejez y muerte».

3.2.2 Legislación sobre Sistema Nacional de Protección de la salud

CÓDIGO DE LA SALUD (R. O. 158, 2 de febrero de 1971). Regula los derechos, obligaciones y normas relativos a la protección, fomento, reparación y rehabilitación de la salud individual y colectiva. Contiene normas sobre Epidemiología y Medicina preventiva; medidas contra enfermedades no transmisibles, crónicas y degenerativas; atención médica; recuperación de la salud y rehabilitación del paciente; ejercicio de las profesiones médicas, afines y conexas; registro sanitario; alimentos, medicamentos, entre otras. Este código concede acción popular para la denuncia de cualquier infracción a sus disposiciones y en el juzgamiento de ellas no reconoce fuero de ninguna clase.

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (R. O. 670, 25 de noviembre del 2002). Tiene por objeto establecer los principios y normas generales para la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud que regirá en todo el territorio nacional. Esta ley dispone que la finalidad del Sistema Nacional de Salud es mejorar el nivel de salud y vida de la población ecuatoriana y hacer efectivo el ejercicio del derecho a la salud, a través de un plan integral de salud que comprenderá prestaciones personales de prevención, detección, diagnóstico, recuperación y rehabilitación de la salud; acciones de prevención y control de los riesgos y daños a la salud colectiva, especialmente relacionados con el ambiente natural y social; y acciones de promoción de la salud, destinadas a mantener y desarrollar estilos y condiciones de vida saludables, individuales y colectivas.

LEY DE DERECHOS Y AMPARO AL PACIENTE (R. O. 626, 3 de febrero de 1995). Garantiza el derecho de toda persona a ser atendida con dignidad en los servicios de salud, públicos o privados, y tratada con respeto, esmero y cortesía; a no ser discriminada por razones de sexo, raza, edad, religión o condición social y económica; a recibir información sobre el diagnóstico, tratamiento, riesgos y cuidados que debe tener acerca de su estado de salud, y a que el personal de salud maneje esta información en forma confidencial para terceros; a recibir atención prioritaria en situaciones de emergencia que pongan en riesgo su vida o integridad, durante su embarazo y parto o en situaciones de agresión material. De conformidad con esta ley, la negativa a prestar atención a pacientes en estado de emergencia es susceptible de indemnización de daños y perjuicios y, según el caso, de prisión de uno a seis años.

3.2.3 Legislación sobre Seguro Social de Salud

LEY DE SEGURO SOCIAL (Ley 2001-55. R. O. 465, del 30 de noviembre del 2001). Brinda protección a todas las personas que perciben ingresos por la ejecución

de una obra o la prestación de un servicio material o intelectual con relación laboral o sin ella; y a las personas que se dedican a la pesca artesanal, así como al habitante rural que labora habitualmente en el campo por cuenta propia y que no recibe remuneración de un empleador público o privado, que se encuentren afiliados o afiliadas al sistema. La protección que brinda el Seguro Social abarca enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez, muerte e invalidez, incluida discapacidad, y cesantía, según el caso.

3.2.4 Legislación relacionada con el VIH-sida

Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-sida (R. O. 58, 14 de abril del 2000). Señala que es de interés nacional la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y reconoce el derecho a la salud de toda persona infectada por VIH o que padece de sida, a recibir sin distinción o restricción alguna, la atención médica hospitalaria pública o privada que solicite. La negación o restricción de la atención acarrea responsabilidad civil. Asimismo, la ley garantiza que ninguna persona será discriminada a causa de estar afectada por el VIH-sida o fallecer por esta causa.

3.2.5 Legislación relacionada con la salud sexual y reproductiva

Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia (R. O. 523, del 9 de setiembre de 1994). Garantiza atención gratuita a todas las mujeres durante el embarazo, parto y posparto, lo que incluye medicinas, materiales, dotación de sangre, exámenes básicos de laboratorio y exámenes complementarios; atención en situaciones de emergencia durante estas etapas; detección oportuna del cáncer cérvico-uterino y métodos de planificación familiar, así como la atención de la salud de los recién nacidos y hasta los 5 años de edad, normales y con patología, control de crecimiento y desarrollo de enfermedades más frecuentes en esas edades.

Normas y procedimientos para la atención de la salud reproductiva del Ministerio de Salud Pública (Acuerdo Ministerial 00987, del 18 de noviembre de 1998). Son disposiciones de aplicación obligatoria en todas las unidades operativas del sector Salud tanto públicas como privadas. Comprenden la atención materna, perinatal, adolescencia, enfermedades de transmisión sexual, VIH-sida, bioseguridad, problemas de climaterio, infertilidad, violencia doméstica, cáncer ginecológico y planificación familiar.

3.2 6 Legislación penal

CÓDIGO PENAL (R. O. 147, del 22 de enero de 1971). Los casos de mala práctica médica son denunciados ante la justicia penal ecuatoriana al amparo de los artículos 456 y 457, correspondientes al capítulo de los delitos contra la vida, y en el art. 468 del capítulo de las lesiones, normativa que establece lo siguiente:

> Artículo 456.— Si las sustancias administradas voluntariamente, que pueden alterar gravemente la salud, han sido dadas sin intención de causar la muerte, pero la han producido, se reprimirá al culpado con reclusión menor de tres a seis años.
>
> Art. 457.— En la infracción mencionada en el artículo anterior, se presumirá la intención de dar la muerte si el que administró las sustancias nocivas es médico, farmacéutico o químico; o si posee conocimientos en dichas profesiones, aunque no tenga los títulos o diplomas para ejercerlas.
>
> Art. 468.— Será reprimido con prisión de uno a seis meses y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que hubiere causado a otro una enfermedad o incapacidad transitoria para el trabajo personal, administrándole voluntariamente sustancias que puedan alterar gravemente la salud.

3.2.7 Acciones legales para proteger el derecho a la salud

- Procesos de garantías constitucionales

Para exigir el cumplimiento del derecho humano a la salud, la Constitución prevé varios mecanismos, a los que se los conoce como garantías constitucionales, y son:

- *Hábeas corpus.* Protege a las personas frente a detenciones ilegales y arbitrarias, así como la integridad personal durante el proceso de detención.
- *Acción de amparo.* Protege todos los demás derechos garantizados en la Constitución Política. Tiene como objetivo cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad de la administración pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador, y que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable. También puede ser objeto de esta acción la no expedición de un

acto o la no ejecución de un hecho, si estas omisiones causaren o pudieran causar los efectos señalados. Se lo puede presentar contra particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. No son susceptibles de la acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

Puede conocer el caso cualquier juez en lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos, previo sorteo. También podrá interponerse ante juez o tribunal en lo penal, en días feriados, de vacancia judicial o fuera del horario de atención de los juzgados y tribunales.

Puede plantearla cualquier persona por sus propios derechos (o como representante legitimado de una colectividad) el Defensor del Pueblo, sus adjuntos y comisionados en los casos señalados por la Constitución y la Ley o cualquier persona natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente.

La acción de amparo constitucional, según el artículo 95 de la Constitución, debe tramitarse en forma preferente y sumaria. El mismo artículo establece que «el juez convocará de inmediato a las partes, para oírlas en audiencia pública dentro de las veinte y cuatro horas subsiguientes». De existir fundamento, en la misma providencia ordenará la suspensión de cualquier acción actual o inminente que afecte o amenace los derechos protegidos. Dentro de las 48 horas siguientes a la conclusión de la audiencia, el juez o tribunal resolverá concediendo o negando el amparo. De admitirlo, ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados, disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado; de negarse la acción, se revocarán las medidas preventivas que se hubieren adoptado. La resolución que concede el amparo será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria ante el Tribunal Constitucional, órgano ante el cual se interpondrá el recurso de apelación de la resolución si esta niega el amparo.

Para la apelación en caso de que se haya negado la acción de amparo, la Ley de Control Constitucional establece que este procedimiento debe hacerse antes de que la resolución se ejecute; es decir, dentro de los tres días posteriores a la notificación con la resolución.

A pesar de estas previsiones constitucionales y legales, en la práctica, una acción de amparo está lejos de cumplir con los plazos previstos y puede llegar a ser tramitada incluso en varios meses (entre dos y cinco meses), hasta arribar a una resolución definitiva.

- Queja ante la Defensoría del Pueblo

Es una garantía de carácter institucional que tiene como objetivo velar por la vigencia efectiva de los derechos humanos de las personas. La acción defensorial está destinada a defender y proteger un derecho humano vulnerado y obtener un pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo sobre el caso sometido a conocimiento.

La queja puede ser planteada por cualquier persona en forma individual o colectiva, por sí o por interpuesta persona, que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna. Las quejas podrán ser formuladas por escrito o verbalmente; son informales, gratuitas y no requieren el patrocinio de un profesional del Derecho; y contendrán la identificación del peticionario y la relación de los hechos. Las quejas verbales son reducidas a escrito y firmadas por quien las formule; si no sabe firmar, bastará la impresión de la huella digital y el número de cédula de ciudadanía o pasaporte. A falta de cédula de identidad, valdrá la de un testigo que declare conocer al actor. En caso de urgencia, se pueden admitir quejas formuladas por teléfono.

Presentada la queja, se la admitirá a trámite o rechazará en forma escrita y motivada. Admitida la queja, se procede a su inmediata investigación sumaria e informal y se notifica a los presuntos responsables de los hechos denunciados para que la contesten en un plazo de ocho días, prorrogables por ocho días más a petición fundamentada de parte; la falta de contestación será tomada como aceptación de la queja, lo cual no obsta su investigación. En los casos de quejas sobre hechos que afecten la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica, el defensor del Pueblo, una vez admitida la queja, ordenará las acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves. Comprobados los fundamentos de la queja, la Defensoría del Pueblo emite su pronunciamiento y ordena la adopción de medidas que el caso amerite. Ante los indicios o evidencias de delito, se remitirá la investigación al Ministerio Público. De la resolución emitida por los comisionados y comisionadas provinciales se puede interponer recurso de revisión en el plazo de ocho días de notificada a las partes.

Los criterios constantes en las resoluciones definitivas del defensor del Pueblo que causen estado constituyen doctrina para la defensa de los derechos humanos.

- Denuncia penal

Conocen de una denuncia penal: 1) el agente fiscal correspondiente; 2) el juez penal; y 3) el tribunal penal que dicta sentencia. En caso de apelación de la sentencia, conocerá una de las Salas de lo Penal de la Corte Superior del distrito, y en caso de casación, una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, en cada caso previo sorteo.

La denuncia puede ser planteada por cualquier persona que conociere que se ha cometido un delito de acción pública, como es el caso de los delitos contra la salud pública. De encontrarse elementos que permitan imputar la autoría o participación de una persona en la comisión de un delito, se iniciará la etapa de instrucción y, dependiendo del caso, se podrán solicitar al juez las medidas cautelares personales o reales sobre el imputado o imputada. Esta etapa no puede excederse del plazo de 90 días. Si los resultados de la instrucción ameritan llamar a juicio, el proceso pasa a uno de los Tribunales Penales del distrito, ante los cuales se realizará el juicio oral, luego de lo cual se dictará sentencia.

3.3 LITIGIOS RESUELTOS ANTE LAS ALTAS CORTES ECUATORIANAS

3.3.1 180 afiliados al IESS que viven con VIH-sida solicitan continuación de suministro de medicamentos

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Comisionado de la Defensoría del Pueblo de la Provincia del Guayas, a nombre de 180 afiliados al IESS que viven con VIH-sida
Demandados: Director regional 2 del IESS y director regional del Hospital del IESS
Número de resolución: 612-RA-00-LS-Primera Sala TC

HECHOS

El presidente de un grupo de 180 pacientes que viven con VIH-sida del Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) 2 solicita, en su nombre y en el de estos, la intervención del comisionado de la Defensoría del Pueblo del Guayas para que dicho hospital continúe suministrándoles los medicamentos específicos destinados a combatir su enfermedad; por cuanto el reglamento para la prescripción farmacológica en los centros médicos del IESS, emitido el 21 de junio de 1999, mediante resolución de la Comisión Interventora del IESS, establece que «se prohíbe sin excepción la prescripción de fármacos no incluidos en dicho cuadro», contrariando lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo del 9 de mayo de 1986, que contiene el reglamento para la aplicación del cuadro nacional de medicamentos básicos que, a su vez, dispone que «las autoridades de salud de los niveles tres y cuatro que se establecen en la desagregación del cuadro nacional de medicamentos básicos, podrán adquirir medicamentos que no estén en dicho cuadro debido a su uso restringido y manejo especializado y que están destinados a tratar casos especiales y a investigación científica», lo cual ha generado erróneas

interpretaciones, impidiendo que los enfermos con VIH reciban regularmente las medicinas que combatan su enfermedad. Ante este pedido, el comisionado de la Defensoría del Pueblo realiza algunas gestiones administrativas en el IESS a fin de que se respeten los derechos humanos y constitucionales de este grupo de enfermos de VIH-sida. Sin embargo, pese a haber transcurrido 30 días, estas personas no recibían ningún medicamento, por lo cual, mediante la acción de amparo, el comisionado de la Defensoría del Pueblo solicita se disponga, de manera inmediata e indefinida, la provisión, receta, suministro y entrega a todos los pacientes infectados con el VIH-sida de seis medicamentos específicos para tratar esta enfermedad y que se arbitren de manera urgente acciones administrativas y económicas para la compra de los referidos medicamentos.

Argumentos de los demandados

Los demandados señalan que, además de los pacientes reclamantes, cada día se incrementan nuevos pacientes con graves afectaciones y cuya vida también se encuentra en peligro, y que por una deuda que el gobierno tiene con la institución no se puede atender a los pacientes. Añaden que se encuentran insistiendo ante la máxima autoridad del IESS para que se busque el financiamiento, ya que el presupuesto asignado por el Estado para el hospital Teodoro Maldonado Garbo es muy reducido. Indican, además, que el hospital en cuestión es el único del Estado que está prestando atención médica a los enfermos del sida, y que no existe un acto administrativo que haya causado perjuicio a los pacientes.

Argumentos del Tribunal Constitucional

Al momento de resolver, la Sala considera que la cuestión de fondo que plantea el accionante es qué norma jurídica está vigente, si aquella emanada mediante decreto ejecutivo o aquella dictada mediante resolución por la Comisión Interventora del IESS, así como si esta última afecta o no intereses subjetivos directos en contra del presidente del grupo de afiliados que viven con VIH-sida. La Sala concluye que la resolución dictada por la Comisión Interventora «es una norma erga omnes, esto es, objetiva y de carácter general, y que por tanto de modo alguno está afectando intereses de un individuo en sus derechos particulares de orden constitucional»; que el planteamiento no se ha realizado por la vía atinente y que por la vía de amparo no procede que la Sala se pronuncie sobre el pedido del accionante.

Sentencia

Se revoca la resolución subida en grado y se desecha la acción de amparo propuesta por improcedente.

3.3.2 Personas que viven con VIH-sida solicitan entrega completa de medicamentos

Tipo de acción: Recurso de amparo
Demandantes: Cuatro personas que viven con VIH-sida
Demandados: Ministro de Salud y directora del Programa Nacional de Sida-VIH-ITS
Número de resolución: 0749-2003-RA-Tercera Sala TC

HECHOS

Los demandantes son personas que viven con VIH-sida con prescripciones médicas de triple terapia antirretroviral. Sin estos medicamentos, el virus se multiplica, por lo que están en riesgo de muerte. Anteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había concedido a 153 personas que viven con VIH-sida medidas cautelares, y como consecuencia de ello, el Estado ecuatoriano comenzó a brindar servicios de salud en las unidades de atención y hospitales públicos; en tal virtud, los demandantes han acudido al Hospital Eugenio Espejo del Ministerio de Salud para recibir su tratamiento antirretroviral. Sin embargo, a partir de mayo del 2003, se suspendió uno de los medicamentos, y a partir del mes de setiembre se entregó solamente uno, lo cual los obliga a suspender toda la medicación por cuanto la dosis incompleta provoca resistencias en el organismo.

ARGUMENTOS DE LOS DEMANDANTES

Mediante este recurso, los accionantes solicitan que se disponga que inmediatamente se les proporcionen las medicinas de triple terapia antirretroviral, en las cantidades, dosis y frecuencia que constan en las prescripciones médicas, y que, además, se practiquen los exámenes de carga viral, Conteo CD4 y CD8 y genotipo y fenotipo, para actualizar sus prescripciones médicas.

ARGUMENTOS DE LOS DEMANDADOS

Se presenta una acción de amparo, que conoce la jueza décimo segunda de lo civil de Pichincha. El Ministerio de Salud alega que el amparo no reúne los requisitos del artículo 95 de la Constitución Política ni 46 de la Ley de Control Constitucional. Indica que el Ministerio ha brindado a los pacientes sin interrupción los tratamientos necesarios que existen a nivel nacional y que los accionantes constan como beneficiarios de la entrega de medicamentos en el Hospital Eugenio Espejo. Además, alegan que el Ministerio ha realizado contactos con casas farmacéuticas a fin de adquirir medicamentos. El Procurador General del Estado argumenta que el recurso es improcedente, ya que el Estado ha promovido la publicación de una ley,

de un reglamento y que ha atendido en forma inmediata los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, proporcionando tratamiento y medicación a las personas con VIH-sida.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sala establece que según el artículo 95 de la Constitución, con la acción de amparo, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional, y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. Añaden que el objeto de esta acción es la omisión en que incurre el Ministerio de Salud Pública, al haber dejado de suministrar las medicinas que requieren los enfermos de VIH-sida, y que el Estado ecuatoriano debe precautelar el derecho a la salud de las personas ecuatorianas, derecho consagrado en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948, así como en el Protocolo de San Salvador (artículo 10). Este derecho «otorga a los ciudadanos la facultad de demandar que el Estado no solo adopte las políticas, planes y programas en materia de salud general, tal como ocurre en el caso de enfermedades o epidemias, sino que se obligue a crear normativa, realizar investigaciones, establecer políticas públicas, creando las entidades pertinentes y ponerlas a disposición de la población». Señala que la Constitución Política de la República garantiza el derecho a la salud, su promoción y protección, y establece que los programas y acciones de salud pública serán gratuitos para todas las personas, por lo que por ningún motivo se negará la atención de emergencia en los establecimientos públicos y privados.

Por otra parte, se ha promulgado la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud,[34] y entre sus principios consta el de solidaridad para satisfacer las necesidades de salud de la población más vulnerable. Dentro de esta política de Estado se ha creado la Dirección Nacional del Programa Nacional de Sida-VIH-ITS, que tiene la obligación de suministrar las medicinas a todos los hospitales y centros de salud pública del Ecuador, y el Ministerio de Salud la obligación de adquirir la medicina para ser distribuida. Además, el Ecuador es suscriptor de la Declaración de Compromiso de Lucha contra el VIH–Sida, aprobada por la Asamblea General

34 Registro Oficial 670 del 25 de septiembre del 2002.

de Naciones Unidas en junio del 2001, y por la cual los Estados se comprometen a proporcionar tratamiento a todas las personas afectadas. La Sala indica que en este caso se configura una omisión por parte del Ministerio de Salud, al no haber dado solución inmediata, diligente y eficaz, lo cual ha lesionado gravemente la condición de vida de las personas enfermas de VIH-sida. Este hecho viola los derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales que forman parte de la legislación ecuatoriana, «como lo son los derechos sociales positivados, que constituyen normas inmediatamente exigibles, con pleno valor jurídico y que resultan vinculantes para los poderes públicos que tienen obligaciones como sujetos pasivos; derechos también aplicables por los Tribunales como éste, para los cuales la defensa de la persona humana es uno de los soportes básicos del desarrollo constitucional contemporáneo; más aún tratándose de este caso que se afecta el derecho a la vida y a la salud, que tiene conexidad el uno con el otro». El derecho a la salud es un derecho económico directamente exigible por parte de los accionantes.

SENTENCIA

Se concede la acción de amparo propuesta.

3.3.3 Pobladores solicitan acciones para detener los impactos de fumigaciones en zona fronteriza con Colombia

Tipo de acción: Acción de amparo constitucional
Demandantes: Cuatro mujeres por sus propios derechos, un representante de la Federación de Organizaciones Campesinas del Cordón Fronterizo Ecuatoriano de Sucumbíos y el representante de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador
Demandados: Ministerios de Salud, Medio Ambiente, Bienestar Social, Relaciones Exteriores, y Agricultura y Ganadería
Número de resolución: 371-2004-RA-Pleno del TC

HECHOS

Las y los accionantes alegan que el Estado colombiano viene realizando fumigaciones con glifosato en la zona de frontera, las que se extienden hasta la zona ecuatoriana, causando serios daños a la salud de las y los habitantes de la zona, así como al medio ambiente. Alegan que la Defensoría del Pueblo del Ecuador solicitó la realización de un estudio científico cuyos resultados evidencian que existe un daño genético en la población que vive en la zona afectada por las fumigaciones.

Frente a estos hechos, las y los accionantes presentan acción de amparo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que actúa en primera instancia, y solicitan que se lleven a cabo las acciones necesarias para lograr que las fumigaciones que se realizan en Colombia se hagan en una franja de 10 kilómetros medidos desde la línea de frontera hacia el interior de dicho país y que, además, los ministerios demandados desarrollen acciones de reparación y prevención.

ARGUMENTOS DE LOS DEMANDADOS

Los demandados alegan que no existen pruebas científicas contundentes que determinen que las fumigaciones con glifosato hayan causado daños en la salud de los y las habitantes de la zona de frontera ni en el medio ambiente.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sala considera que, conforme al artículo 95 de la Constitución, la acción de amparo que se tramitará en forma preferente y sumaria requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional, y que de modo inminente amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. Añade que el Congreso Nacional ya se ha pronunciado, citando a las diferentes misiones de verificación que han comprobado el impacto de las fumigaciones, incluido el estudio científico avalado por la Defensoría del Pueblo, que evidenció que existe daño en el material genético de la población que vive en la frontera y que ha estado expuesta a las fumigaciones, exhortando al presidente de la República que suscriba un acuerdo con el presidente de Colombia a fin de que en caso de que se continúe con las fumigaciones, estas se realicen dentro de territorio colombiano desde una distancia de 10 kilómetros desde la frontera con el Ecuador. Señala que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (Colombia), en resolución motivada, ha ordenado al Gobierno de Colombia, respecto a sus connacionales, el cese de las fumigaciones aéreas con el herbicida glifosato en todo el territorio nacional, mientras no se cumpla el Plan de Manejo Ambiental impuesto por el Ministerio del Ambiente. Esta resolución, además, exhorta al gobierno colombiano para que defina mecanismos de indemnización inmediata a las comunidades afectadas por las fumigaciones en el Putumayo, y se ordena que la Defensoría del Pueblo interponga acciones judiciales para la protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas de esa región. Indican que más allá de las acciones diplomáticas y las actuaciones del

Congreso Nacional, la Defensoría del Pueblo y las Comisiones Binacionales, el Estado ecuatoriano ha incurrido en acciones y omisiones que violan los derechos de las personas.

SENTENCIA

Se confirma la resolución del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ordena que se adopten de inmediato medidas conducentes a remediar los daños irrogados y a impedir que sigan causándose, para lo cual los ministerios demandados y los organismos competentes de la función ejecutiva ejecutarán las providencias tutelares y de reparación necesarias, ya que las acciones que hasta ese entonces se habían tomado no han solucionado de manera definitiva los gravísimos problemas denunciados.

3.3.4 Solicitan suspensión de registro sanitario de píldora de anticoncepción de emergencia

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Fernando Rosero
Demandados: Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez y ministro de Salud
Número de resolución: 0014-2005-RA-Tercera Sala TC

HECHOS

Fernando Rosero solicita la suspensión definitiva del otorgamiento del registro sanitario para la comercialización y expendio de la píldora de anticoncepción de emergencia conocida con el nombre de Postinor 2, por cuanto dice que al ser utilizada en los tres días siguientes de una relación sexual no protegida pone fin a un embarazo no deseado contra expresas disposiciones constitucionales y legales. Agrega que la utilización de dicha pastilla, al posibilitar el aborto de un óvulo fecundado, atenta contra los derechos a la seguridad jurídica, a la vida, el derecho de nacer, de crecer y de elegir y «socava los principios morales al facilitar la irresponsabilidad de un acto que debe ser producto del amor de la pareja y no producto de la ocasión y del momento».

ARGUMENTOS DE LOS DEMANDADOS

El director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez expresa que el registro sanitario de un producto es un acto final que pasa por la consideración de varios parámetros previos como son los documentos legales y técnicos revisados por diversos departamentos, que el Instituto Nacional

de Higiene Leopoldo Izquieta Pérez es un laboratorio referencial, y que el otorgamiento del certificado del registro sanitario obedece a requisitos previstos tanto en el Código de la Salud como en los reglamentos para medicamentos, sin que se haya violentado ninguno de esos trámites legales y técnicos, y que, además, se consideró la documentación enviada por el solicitante debidamente legalizada desde el exterior.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sala hace un análisis del informe del proceso del registro sanitario del producto Postinor 2 y se centra en el análisis farmacológico, del cual «rescata» los siguientes textos: «Contraindicado en el embarazo o cuando se supone su existencia». «Se trata de una nueva droga […] para ser utilizada como un agente anticonceptivo para después del coito, en situaciones de emergencia». «Su mecanismo de acción no se conoce y se piensa que el Levonorgestrel actúa evitando la ovulación y la fertilización, si la relación ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en que la posibilidad de fertilización es más elevada. También puede producir cambios endometriales que dificultan la implantación. No es eficaz iniciado el proceso de implantación».

La Sala invoca el artículo 49 de la Constitución Política, en el cual se establece que el Estado asegurará y garantizará el derecho a la vida desde su concepción, así como otras normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano que hacen referencia a la concepción para la protección de la niñez. Concluye que «al actuar el medicamento Postinor 2, en una de sus fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida el nuevo ser humano». Añade que ante la argumentación de grupos de mujeres, que intervinieron en el proceso como terceras perjudicadas, en el sentido de que la suspensión de la comercialización del producto Postinor 2 atentaría contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la Sala considera que «en este caso se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida, por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual».

Por otra parte, la Sala considera que la emisión del registro sanitario del producto Postinor 2 es ilegítimo «por no encontrarse debidamente fundamentado, ya que realizar un análisis técnico del producto no era suficiente, sino que se debía evaluar las posibles consecuencias y efectos, inclusive relacionándolo con la normativa imperante en el país, evaluación que se debió efectuar en el primer momento, esto es en el análisis técnico legal, y en consecuencia, se ha contravenido el ordenamiento jurídico vigente, específicamente el contenido en el Art. 49 de la Constitución Política del Estado que garantiza el derecho a la vida desde la

concepción». Además, la Sala deja expresa constancia de que «con fundamento en esta resolución, es obligación de las autoridades públicas, como parte del Estado, cuando se trate de asuntos de su competencia, pronunciarse sobre los efectos dañinos o no, según pueda ser su aplicación en cada caso concreto, de otros productos que han ingresado, ingresen o puedan ingresar al mercado para su libre comercialización, que contengan Levonorgestrel, que es el compuesto principal de la pastilla Postinor 2, medicamento que en este caso, por su contenido y forma de aplicación, produce la imposibilidad de implantación del cigoto, lo cual ha sido el fundamento de este fallo».

SENTENCIA

La Sala resuelve conceder la acción de amparo propuesta, suspendiendo definitivamente la inscripción del registro sanitario del producto Postinor 2.

3.3.5 Afiliado al IESS solicita continuidad de tratamiento de problema respiratorio de su cónyuge luego de una negligencia médica

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandantes: Iván Morales (comparece a nombre de su cónyuge)
Demandado: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
Número de resolución: 367-2000-RA-Primera Sala TC

HECHOS

Iván Morales alega que en función de un contrato colectivo, su cónyuge, al ser considerada carga familiar, es beneficiaria de las prestaciones sociales de que goza él como afiliado y trabajador del IESS. Ella ingresó al Hospital Carlos Andrade Marín, el 2 de julio del 1999, para ser atendida en un parto. Sin embargo, debido a una negligencia médica en el uso de la anestesia, su cónyuge ha quedado descerebrada y en estado vegetativo, situación que se ha visto agravada por un problema respiratorio, que le impide respirar si no es con la ayuda de un equipo médico especializado, pese a lo cual se le da el alta el primero de octubre de 1999. Los médicos del hospital le indican que debe buscar otro centro donde se pueda vigilar el problema respiratorio.

ARGUMENTOS DEL DEMANDANTE

El demandante presentó acción de amparo ante el juez décimo cuarto de lo penal de Pichincha, instancia en la cual las autoridades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y del Hospital alegan que la disposición de alta médica no es un acto administrativo y, por lo tanto, no cabe acción de amparo constitucional.

También afirman que para esa fecha la paciente estaba siendo atendida en el área de Neurología, y finalmente que el IESS está llamado a defender la salud de sus asegurados y que la cónyuge del demandante no es afiliada. Además, dicen que la mala práctica médica debe ser probada.

ARGUMENTACIÓN DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de resolver, la Sala considera que la acción de amparo prevista en el artículo 95 de la Constitución tutela los derechos, garantías y libertades de las personas, consagradas en el texto constitucional, contra actos u omisiones ilegítimas de autoridad pública que amenacen con causar un daño grave, y no solamente contra actos administrativos. Además, los actos y omisiones frente a los cuales se extiende la protección del amparo no son exclusivamente provenientes de autoridad pública sino también aquellos «que hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública». Añade la Sala que el artículo 36 del contrato colectivo al que se hace referencia en este caso señala que entre las prestaciones sociales que se deben a los trabajadores cubiertos por este, se encuentra la atención médica quirúrgica en el Hospital del IESS, beneficio que de acuerdo con el literal (d) del mismo artículo, se extiende a los o las cónyuges. Indica que el Tribunal no puede pronunciarse sobre la mala práctica médica ni establecer responsabilidades, pero estima que de los informes médicos se desprende que la complicación cardiorrespiratoria ocurrió en los momentos finales de la cesárea y, por lo tanto, sería ilegítimo dejar de atender a una paciente en las condiciones descritas. El dejar de atenderla vulneraría el derecho a la salud de la cónyuge del demandante y ocasionaría un daño grave.

SENTENCIA

Se revoca la resolución del juez de primera instancia y se acepta la acción de amparo. Se ordena al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que atienda a la cónyuge del peticionario, incluso en el evento de que el demandante deje de prestar sus servicios en la institución, pues así esta estipulado en el contrato colectivo de trabajo.

3.3.6 Maestra afiliada al IESS solicita hace más de nueve años una pensión de jubilación por invalidez

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Juana Enríquez (víctima)
Demandado: Director regional 7 del IESS de Loja
Número de resolución: 270-2001-RA-Segunda Sala TC

Hechos

Juana Enríquez es una maestra de escuela, de 40 años de edad y afiliada al IESS desde hace más de nueve años, que presentó su solicitud de jubilación provisional por invalidez en razón de que el médico neurólogo del Hospital Carlos Andrade Marín del IESS certificó que se encontraba incapacitada en un 75% con el siguiente diagnóstico: «1.—doble lesión vascular mitral con restenosis moderada e insuficiencia, post comisurotomía mitral con balón, 2.— Infarto cerebral del lóbulo temporal izquierdo», por lo que recomendó se tramite de inmediato la jubilación por invalidez en forma definitiva. Asimismo, el Departamento de Inspección y Calificación de Riesgos Profesionales emite su criterio concluyendo que la paciente «adolece de incapacidad definitiva para el trabajo», y que a partir de esa fecha no necesitaba más evaluación. Pese a estas pruebas, la Comisión de Prestaciones del IESS niega su derecho a la jubilación por invalidez aduciendo que no se han reunido los requisitos estipulados en el artículo 107 del Estatuto del IESS, resolución que apeló ante la Comisión Nacional de Apelaciones, instancia que, de conformidad con el artículo 110 del Estatuto del IESS, resuelve archivar el expediente de jubilación por invalidez y remitirlo al primer nivel, con lo cual, argumenta la actora, se dejó abierta la posibilidad de que vuelva a plantear su solicitud, como en efecto lo hizo. Sin embargo, no se quiso recibir su solicitud, aduciendo que no tenía derecho, lo cual, dice, viola la Ley del Seguro Social Obligatorio, razón por la cual presenta este recurso a fin que se reconozca su derecho a la jubilación.

Argumentos del demandado

El accionado, por su parte, argumenta que a quien se debió citar con esta acción es a la Comisión de Prestaciones de la Regional 1 del IESS, que tiene jurisdicción legal para ello; que en ningún momento se ha negado a recibir a la recurrente la nueva solicitud de jubilación por invalidez, que ese es un derecho de ella, estando por lo mismo listo para recibir dicha solicitud; finalmente, que no existe acto u omisión ilegítimos que causen daño a la actora.

Argumentos del Tribunal Constitucional

De la revisión del expediente y de toda la documentación adjunta, la Sala determina que, en efecto, la actora ingresó a laborar a órdenes de la Dirección Provincial de Educación desde el 19 de diciembre de 1991 y que el 17 de marzo de 1997 presentó su solicitud de jubilación por invalidez sobre la base de los informes médicos suscritos por cardiólogos del IESS. Recuerda lo dispuesto en el artículo 107 del Estatuto del IESS («El afiliado que se invalidare tendrá derecho a pensión de invalidez si tuviere acreditadas por lo menos 60 imposiciones mensuales») y que la invalidez que se hubiere producido antes de que se cumpla este requisito

no da derecho a pensión. Indica que el artículo 44 de la ley del Seguro Social Obligatorio establece que «los asegurados que se invalidaren y cumplieren el tiempo de imposiciones y más requisitos prescritos en el estatuto tendrán derecho a pensión de invalidez».

La Sala indica que la accionante aporta desde el primero de enero de 1992 y presenta su solicitud de jubilación por invalidez el 17 de marzo de 1997, lo cual contabiliza seis años y dos meses de aportaciones, por lo que habría sobrepasado las 60 imposiciones que exige el Estatuto del IESS, y que, además, hay constancia escrita de que la dolencia aparece desde el año 1993, esto es, después de que la actora ingresó a laborar. Señala que el artículo 100 del Estatuto del IESS al que recurre la Comisión Nacional de Apelaciones para remitir el proceso al inferior para su correspondiente archivo establece que «los asegurados que solicitaren pensión por invalidez o los que estuvieren en goce de la misma, deberán sujetarse a los reconocimientos y exámenes médicos que el IESS estimare convenientes y a los tratamientos que se les prescribiere. La resistencia a este requisito producirá el archivo del trámite o la suspensión del goce de la pensión». Sin embargo, agrega que la Comisión actuó apresuradamente al no percatarse de la serie de exámenes e informes médicos de distintos facultativos del IESS, que constan en el proceso, y que incluso la propia Comisión de Prestaciones reconoce la incapacidad para el trabajo de la recurrente.

La Sala puntualiza que el derecho a la seguridad no puede ser tratado a la ligera porque «constituye un derecho humano fundamental consignado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en nuestra Carta Política, que en el Art. 57 consagra a la Seguridad Social como un deber del Estado y derecho irrenunciable e imprescriptible de los trabajadores y sus familias, precepto que dispone que el seguro general obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, cesantía, vejez, invalidez, discapacidad y muerte», y que la «seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia para la atención de las necesidades individuales y colectivas, en procura del bien común». Añade que, en este caso, el acto de autoridad viola derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, que forman parte de nuestra legislación interna, por mandato del artículo 163 de la Carta Suprema, «como son los derechos sociales positivados, que constituyen normas inmediatamente aplicables, con pleno valor jurídico y que resultan vinculantes para los poderes públicos, que tienen obligaciones como sujetos pasivos y son controladas por Tribunales como éste, para los cuales la defensa de la integridad y la dignidad de la persona humana es uno de los soportes básicos del derecho constitucional contemporáneo; más aún, tratándose como en este caso, de una

maestra madre jefa de hogar, afectada gravemente en su salud y vida y que ha sumido a su familia en un cuadro económico angustiante y crítico».

SENTENCIA

Por lo expuesto, la Sala concluye que la actuación de la Comisión de Prestaciones del IESS y la Comisión Nacional de Apelaciones ha quebrantado el derecho fundamental a la vida y a la salud de la accionante, a la tranquilidad y sustento de la familia, así como a la seguridad jurídica, a un debido proceso y al derecho de petición, por lo que resuelve revocar la resolución venida en grado concediendo a la actora la acción de amparo planteada.

3.3.7 Afiliado al IESS solicita acceso a atención médica suspendida por supuesta afiliación fraudulenta

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Benjamín Bajaña
Demandados: Director regional 2 del IESS y director del Hospital Regional del IESS Teodoro Maldonado Garbo
Número de resolución: 153-2001-TP-Pleno del TC

HECHOS

Benjamín Bajaña es un afiliado al IESS por más de 10 años y presta sus servicios en funciones de confianza bajo relación de dependencia y a órdenes de su hermana. A raíz de que acudió por atención médica a uno de los hospitales del IESS, el jefe de Calificación de Derechos de dicho hospital solicitó se establezca la relación de dependencia entre él y su empleadora, luego de lo cual la Comisión Nacional de Prestaciones de la Regional 2 del IESS declaró su afiliación como fraudulenta «con el propósito exclusivo de recibir atención médica», resolución que, en segunda instancia, fue ratificada por la Comisión Nacional de Apelaciones, sin embargo, dice, de la fuerza probatoria de los documentos que él presentó dentro del trámite. Añade que su hermana, en calidad de empleadora, mantiene un juicio contencioso administrativo frente a esta resolución, y que pese a ello, en un primer momento se obstaculizó la atención médica y, posteriormente, hace unos cuatro meses, se le suspendió la atención médica en forma total, lo cual viola algunos artículos de la Constitución Política de la República, por lo que solicita se disponga el cese de esta ilegal medida.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional en pleno analiza que no consta en autos que los demandados hayan dictado alguna resolución encaminada a la suspensión temporal o

total de la atención médica del actor, ni tampoco que el actor haya presentado alguna solicitud tendiente a conseguir que se levante la orden de suspensión del servicio médico a su persona, «sin lo cual sería injurídico aseverar que existe omisión ilegítima de autoridad pública»; por el contrario, consta en el expediente que el presidente de la Comisión de Prestaciones dirige al director regional 2 del IESS un oficio mediante el cual le da a conocer que los «Acuerdos de la Comisión de Prestaciones y de la Comisión Nacional de Apelaciones quedan suspensos en sus efectos, hasta tanto el Tribunal resuelva en derecho en la correspondiente sentencia», y agrega que corresponde que se comunique este particular a la Subdirección Médico Social para los efectos respectivos, comunicación que tiene como antecedente la providencia sobre la base de la cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo acepta la demanda presentada por la empleadora del accionante.

SENTENCIA

El Tribunal Constitucional en pleno concluye que «ante la falta de acto u omisión ilegítimos proveniente de autoridad pública, se hace innecesario analizar otros elementos que son indispensables para la procedencia de la acción de amparo constitucional», por lo que resuelve revocar la resolución venida en grado, desechar la acción de amparo propuesta por el recurrente y dejar a salvo los derechos del recurrente para proponer las acciones que estime pertinentes en defensa de sus derechos que crea perjudicados.

3.3.8 Jubilado solicita atención médica en el extranjero frente a ineficacia de intervenciones en el país

Tipo de acción: Demanda de inconstitucionalidad
Demandante: Alfonso Quinga
Demandado: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
Número de resolución: 125-2001-Pleno del TC

HECHOS

Alfonso Quinga indica que es beneficiario de la jubilación por invalidez desde 1998; que al tener problemas de visión acudió al Hospital Carlos Andrade Marín del IESS, donde, en el año 1995, le diagnosticaron lesión expansiva sella y supra-sella ocasionada por un macrodema hipofisiario. En el año 1997 fue sometido a una intervención quirúrgica; sin lograr mejoría, ingresa nuevamente en 1999, cuando es sometido a un tratamiento de radioterapia sin resultados, por lo que se le practica otra cirugía. Ninguno de estos tratamientos le ha dado resultado, por lo que está a punto de perder la visión totalmente. En el 2001 el paciente

solicita que el IESS le cubra los gastos para viajar al exterior a buscar un remedio, amparado en una Resolución (752) del Consejo Superior[35] del IESS de 1991, que establecía que en el caso de que la persona asegurada o jubilada que sufra una enfermedad cuyo tratamiento no se le pueda dar en el IESS o dentro del país por falta de especialistas, equipos o instalaciones necesarios y deba ser tratada en el exterior, el director regional podía autorizar el viaje del paciente. No obstante, el director del Hospital Carlos Andrade Marín del IESS le contesta informándole que la Comisión Interventora ha dictado la Resolución 111011101-290 en octubre de 1998, que contiene el Reglamento para la Atención Médica en Unidades de Salud Ajenas al IESS, el que no contempla la atención en el exterior.

Argumentos del demandante

El demandante alega que la resolución de la Comisión Interventora viola el principio de intangibilidad de los derechos de los trabajadores (artículo 35, ordinal 3), así como el derecho a la salud (artículo 42), y el de protección a las personas con discapacidades (artículo 53).

Argumentos del demandado

Por su parte, el demandado sostiene que el accionante fue sometido a tres intervenciones quirúrgicas en las dependencias del IESS, y que posteriormente solicitó que se le cubrieran los gastos en el exterior, ya que en el país no había conseguido solución a su enfermedad, petición que hizo sobre la base de un reglamento que fue derogado dos años antes por la Comisión Interventora del IESS. Dicho reglamento concedía el beneficio solicitado en caso de que el tratamiento no pudiera proporcionarse en las unidades médicas del IESS o en cualquier otra del país, siempre y cuando este beneficio fuera autorizado por el director regional del IESS. En este caso, el paciente recibió tratamiento equiparable al existente en el exterior. Además, en tanto estuvo vigente dicho reglamento, el accionante no presentó ninguna solicitud para que se le reconociera el derecho que actualmente reclama, por lo que no puede invocar derecho adquirido.

Argumentos del Tribunal Constitucional

Para resolver, el pleno del Tribunal Constitucional establece que, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución, el Consejo Superior del IESS ha sido reemplazado temporalmente por la Comisión Interventora y, en función de la Ley del Seguro Social Obligatorio, esta Comisión,

35 La Constitución de 1998 establece, en la Disposición Transitoria Segunda, que el Consejo Superior del IESS será reemplazado por la Comisión Interventora en forma temporal.

al reemplazar al Consejo, tiene atribuciones de expedir y reformar estatutos, reglamentos, ordenanzas y resoluciones relativas al funcionamiento del IESS. Añade que la Resolución 752, expedida por el Consejo Superior del IESS, no consagra ningún derecho de los afiliados a ser atendidos en el exterior. Además, indica que dicha resolución establecía que solamente en casos que por su gravedad no pudieran ser atendidos dentro del país, el director regional del IESS podía autorizar el viaje de la persona afiliada, y que en este caso el afiliado ha recibido atención y tratamiento en el Hospital del IESS y no se le ha negado por falta de condiciones o profesionales. En todo caso, podía haber alegado la resolución mientras estuvo vigente. Indica que la presentación de enfermedad se encuentra cubierta conforme a las normas constitucionales y de la Ley del Seguro Social Obligatorio y sus estatutos, por lo que la Resolución 752 no atenta contra la intangibilidad de los derechos de los trabajadores ni contra el derecho a la salud ni contra las garantías de las personas con discapacidad.

SENTENCIA
Se niega la demanda de inconstitucionalidad presentada.

3.3.9 Profesora afiliada al IESS solicita cambio de lugar de trabajo para continuar tratamiento médico de rehabilitación

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: María Durán
Demandados: Ministro de Educación, director provincial de Educación del Azuay, presidente y miembros de la Comisión de Ingresos y Cambios de Nivel Medio de la Dirección Provincial de Educación del Azuay
Número de resolución: 782-2002-RA-Tercera Sala TC

HECHOS
María Durán es profesora-orientadora vocacional, afiliada al IESS, que labora en un colegio de una zona rural de la ciudad de Cuenca, quien alega que la Comisión de Ingresos y Cambios de Nivel Medio no atiende con rapidez la decisión de la Comisión Valuadora de Incapacidades del IESS, que dispuso el cambio de su actual lugar de trabajo a un establecimiento educativo cercano a la ciudad de Cuenca, a fin de que pudiera continuar con el tratamiento médico de rehabilitación recomendado por su médico tratante. En múltiples ocasiones, solicitó al director provincial del Azuay y a la presidenta de la Comisión de Ingresos y Cambios de Educación Media que autorizaran el cambio de su actual lugar de trabajo, sin que lo hayan hecho, en violación de los derechos a la salud y vida consagrados en la

Constitución Política de la República y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

ARGUMENTOS DE LOS DEMANDADOS

La parte demandada manifiesta que la Ley de Carrera Docente estipula que el servidor debe residir en el lugar en donde presta sus servicios y a pesar ello se le ha dado a la demandante el cambio a una parroquia cercana a la ciudad de Cuenca, lo cual le fue oportunamente comunicado, y que los cambios están regulados por las leyes y Reglamentos de Educación, y no por situaciones de tipo personal.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el momento de resolver, la Sala enfatiza que en el expediente consta el informe de la Comisión de Ingresos, Cambios y Promociones de Nivel Medio del Azuay mediante el cual se acuerda, atendiendo la solicitud de la demandante, cambiar su lugar de trabajo del colegio donde prestaba sus servicios a otro de una parroquia cercana a Cuenca, propuesta que no ha sido aceptada por la recurrente. Añade que se le cambió de sitio en la primera oportunidad que hubo una vacante para su área, cambio que no fue aceptado, prefiriendo esperar la accionante a que se presente una oportunidad más propicia, conforme lo certifica la secretaria de la Dirección Provincial del Azuay. Se debe tomar en cuenta que el colegio donde antes prestaba sus servicios la demandante está ubicado a 85 kilómetros de la ciudad de Cuenca, mientras que el colegio al cual fue reubicada se encuentra a 28 kilómetros; es decir, un lugar más cercano a la mencionada ciudad.

SENTENCIA

La Sala concluye que no se puede establecer en contra de las autoridades educativas demandadas la omisión ilegítima que se alega, por lo que resuelve confirmar la resolución venida en grado y negar la acción de amparo planteada.

3.3.10 Afiliado al IESS solicita continuación de tratamiento por insuficiencia renal suspendido por presunta afiliación fraudulenta

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Hugoberto Alberca (víctima)
Demandado: Director Nacional del IESS
Número de resolución: 380-2000-RA-Segunda Sala TC

HECHOS

Hugoberto Alberca es un afiliado al IESS que debido a una insuficiencia renal aguda fue internado para el respectivo tratamiento de diálisis, el que recibió hasta

el momento en que la División Nacional de Fiscalización y Recaudación Laboral fue a la empresa donde prestaba sus servicios a verificar la relación laboral, y frente a la información errónea de nuevos empleados de la empresa que aseguraron que él no trabajaba allí, resuelve declarar fraudulenta su afiliación, resolución que apeló, pero que la Comisión de Apelaciones del IESS posteriormente ratificó. El actor afirma que al quitársele la afiliación y obligarlo a cancelar los pagos correspondientes a su tratamiento médico, se le ha causado un grave perjuicio y se han violentado sus garantías constitucionales; entre ellas, el derecho a la defensa.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El accionado, por su parte, argumenta que las decisiones de la Comisión de Prestaciones como de la Comisión Nacional de Apelaciones tienen características propias de la función judicial y, por tanto, no son susceptibles de amparo. Añade que el recurrente ha tenido todo el tiempo para ejercer su defensa, pero no ha logrado desvanecer las acusaciones; que la resolución es legítima por cuanto es realizada por autoridad competente y de acuerdo con la ley, que no es grave porque el recurrente ha esperado casi dos años para acudir ante el juez, y no es irreparable por cuanto puede acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que es su juez natural.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sala enfatiza que si bien el artículo 295 del Estatuto del IESS dispone la libre apreciación de las pruebas que le fueren presentadas, tramitadas o recibidas ante sí o ante los funcionarios o personas particulares a quienes les comisionare el IESS, ello de ninguna manera da sustento para que se prive al accionante de su derecho a ser atendido en su salud. Sin adentrarse en la legalidad o no de la resolución adoptada por la Comisión de Prestaciones del IESS, la Sala se centra, más bien, en analizar si se han violentado derechos constitucionalmente reconocidos a favor de las personas. En ese sentido, puntualiza que no se debe confundir lo legal con lo legítimo, y que hay actos legales que si bien guardan armonía con la ley, en su letra y espíritu son ilegítimos porque contrarían a la justicia, equidad, moral, ética, razonabilidad, a los valores y principios inspiradores del orden jurídico y a la plena vigencia de los derechos humanos. Añade que en el presente caso, el acto de autoridad viola derechos consagrados en la Constitución Política y en instrumentos internacionales ratificados por el país que por mandato constitucional forman parte de la legislación interna, y que constituyen normas inmediatamente aplicables y vinculantes para los poderes públicos; «más aún tratándose de este caso, en que se afecta el derecho a la vida, a la salud, la seguridad social que tienen conexidad unos con otros». Señala que el derecho a la salud materia de este asunto está

consignado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que contempla el derecho a la preservación de la salud y el bienestar. De igual manera, en el Protocolo de San Salvador se contempla el derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel del bienestar físico, mental y social.

Asimismo, enfatiza que la Carta Política, en el artículo 55, establece que «la seguridad social será deber del Estado y derecho irrenunciable de todos sus habitantes. Se prestará con la participación de los sectores público y privado, de conformidad con la ley». Añade que el artículo 56 establece el sistema nacional de seguridad social, que se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia para la atención de las necesidades individuales y colectivas, en procura del bien común. Señala que el artículo 57 establece que el seguro social obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, cesantía, vejez, invalidez, discapacidad y muerte; y que dicha protección se extenderá progresivamente a toda la población, con o sin relación dependencia laboral, conforme lo permitan las condiciones generales del sistema.

Indica la Sala que en el presente caso, «el derecho a la salud es un derecho económico directamente exigible por el accionante, quien es el titular o sujeto activo de este derecho que lo ha ejercido plenamente, al haber recibido atención en el servicio médico del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que no podía interrumpírsele por atentar directamente a su derecho humano de vivir, vivir tal vez unos meses o años más, dado su insuficiencia renal aguda, circunstancias que no pueden ser soslayadas por el juez constitucional».

SENTENCIA

La Sala concluye que la actuación de la Comisión de Prestaciones del IESS ha quebrantado el derecho fundamental a la vida y a la salud del accionante, por lo que resuelve revocar la resolución venida en grado concediendo al actor la acción de amparo planteada.

3.3.11 Afiliado al IESS solicita continuación de tratamiento de hemodiálisis suspendido por presunta afiliación fraudulenta

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Ramón Mendoza
Demandados: Miembros de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS
Número de resolución: 718-2001-RA-Tercera Sala TC

HECHOS

Ramón Mendoza es un afiliado al IESS que recibía tratamiento de hemodiálisis tres veces por semana, en sesiones de tres a cuatro horas cada una, hasta que la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS, ratificando la decisión de la Comisión de Prestaciones, declaró que no existía relación de dependencia del actor con su empleadora y que su afiliación era fraudulenta pese a las pruebas que él presentó a su favor. El recurrente argumenta que con ese acto se pretende coartar sus derechos constitucionales a la vida, a la salud y a la seguridad social, ocasionándole un daño irreparable.

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sala hace un análisis de los documentos e informes que constan en el expediente y determina que la conclusión de inexistencia de relaciones laborales entre el demandante y su patrona «se ha efectuado sin fundamento real ni jurídico alguno, por lo tanto, de manera arbitraria»; que si las pruebas de que dispusieron los investigadores no les permitieron concluir fehacientemente en la existencia de la relación laboral, «por lo menos debió provocar en ellos una duda razonable», en aplicación del mandato constitucional que establece el principio «in dubio pro operario», por lo que se debió resolver en favor del trabajador, tomando en cuenta, además, que la privación de la asistencia médica al accionante provocará un desenlace fatal en su vida, conforme certifica el profesional médico de la unidad especializada.

La Sala añade que la Constitución Política, en el capítulo «De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en forma específica y amplia reconoce el derecho a la salud como derecho humano. Concretamente, en el artículo 42, garantiza su protección y promoción y, en especial, la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud, y considerando grupo vulnerable a aquellas personas que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y se encuentren en situación de riesgo actual. El artículo 47 de la Constitución determina, asimismo, el derecho a una atención prioritaria, preferente y especializada para aquellas personas, todo lo cual se orienta a garantizar el derecho a la vida, consagrado en el artículo 23 número 1 de la Constitución, «cuya protección debe ser absoluta, en tanto constituye calidad esencial e indispensable para la realización personal del ser humano, sin la cual ningún otro derecho podría ejercerse». Consecuentemente, al privar al accionante de la atención médica especializada que le es indispensable se viola su derecho a la salud y la vida. Agrega la Sala que es deber ineludible del Estado respetar y hacer respetar los derechos humanos, «objetivo en el cual no cabe la ponderación entre el derecho a la salud y la vida y un supuesto acto fraudulento no probado fehacientemente» y «que no hace falta

profundizar en el análisis para concluir que el acto impugnado causará daño grave, inminente, irreparable, pues condena al accionante no solo a sufrir un deterioro acelerado en sus condiciones de salud, sino a una muerte inevitable».

SENTENCIA

La Sala resuelve revocar la resolución de la jueza de instancia y conceder el amparo solicitado, dejando sin efecto la Resolución de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS. Por lo tanto, dispone que se continúe prestando la debida atención médica al accionante.

3.3.12 Afiliado al IESS solicita que se dote a la farmacia con los medicamentos requeridos por los afiliados

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Santiago Yépez
Demandados: Director de la Regional del IESS 8 y director del Hospital del IESS
Número de resolución: 037-2003-RA-Tercera Sala TC

HECHOS

Santiago Yépez, en su calidad de afiliado al IESS, acudió a la farmacia del hospital del IESS para adquirir un medicamento recetado por el médico; sin embargo, en dicha farmacia no le entregaron la medicación aduciendo que no la tenían. Indica el recurrente que por dos ocasiones más intentó adquirir la medicación recetada y obtuvo la misma respuesta. El demandante alega que este hecho viola el artículo 23, numeral 20, de la Constitución,[36] y que perjudica gravemente el derecho a la salud de las personas afiliadas al Seguro Social IESS, por lo que pide que se disponga a los funcionarios del IESS que asuman y desempeñen sus funciones públicas con responsabilidad y sentido humanitario, y se dote a la farmacia del IESS de los medicamentos que requieren los afiliados.

ARGUMENTOS DE LOS DEMANDADOS

La parte demandada alega que debió haberse demandado al director general del IESS, por lo que hay falta de legítimo contradictor. También afirma que el médico,

36 «El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios».

al otorgarle la receta, debió consultar a la farmacia del IESS para verificar la existencia del medicamento. Además, indica que el IESS goza de autonomía.

ARGUMENTO DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA
La jueza de primera instancia sostiene que en este caso no procede una acción de amparo.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Para resolver, se considera que la Constitución y la Ley de Control Constitucional prevén que la acción de amparo debe ser interpuesta contra acto u omisión ilegítimos de la administración, y que estas son declaraciones unilaterales de la voluntad de la autoridad pública en ejercicio de sus atribuciones legales que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas individuales de los administrados. Añade que el hecho objeto de esta acción de amparo debió ser reclamado ante las autoridades administrativas de las cuales emana el acto u omisión de autoridad pública que no se configura en este caso; que disponer el cumplimiento de las pretensiones demandadas por el actor, así como las sanciones que fueran del caso, es competencia del órgano de gobierno, la autoridad nominadora o los titulares del respectivo órgano de administración o gestión del IESS, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Seguro Social Obligatorio, sus estatutos y reglamentos.

SENTENCIA
Se niega la acción de amparo presentada.

3.3.13 Afiliado al IESS solicita continuación de tratamiento de hemodiálisis suspendido por presunta afiliación fraudulenta

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Tito Macay
Demandado: Director regional n.º 6 del IESS
Número de resolución: 0004-2004-RA-Segunda Sala TC

HECHOS
El señor Macay es un afiliado al IESS con problemas renales que recibía tratamiento de diálisis tres veces por semana y al que los funcionarios del IESS le suspendieron todo servicio médico, incluido el de diálisis, luego de que le informaron que investigaciones realizadas habían determinado la presunta inexistencia de la relación laboral con su patrono, así como la existencia de afiliación fraudulenta. El afiliado argumenta que el personal del IESS se ha excedido en sus atribuciones,

ha cometido actos ilegítimos y se ha arrogado funciones que solo les competen a los miembros de la Comisión Provincial de Prestaciones del IESS. Argumenta que se han infringido principios constitucionales al iniciarse investigaciones sin la participación de las partes involucradas y, como resultado de ello, declarar la inexistencia de vínculo laboral entre su patrono y su persona, y acusarlos de actos dolosos. Señala que la sola presunción equivocada de los funcionarios del IESS ocasiona un daño grave e inminente, al dejarlo sin el servicio médico permanente al que tiene derecho y necesidad, considerando su delicado estado de salud, por todo lo cual impugna los actos administrativos referidos en la demanda y solicita se los deje sin efecto.

Argumentos del demandado

El demandado, por su parte, afirma que en los archivos del IESS consta que el número patronal que ostenta la empresa patrona pertenece a otra persona y que se descubrió que en las planillas de aportes de esta persona se encontraba el nombre del demandante, ante lo cual el IESS envió a una funcionaria para que visitara a la empresa de dicha razón social, pero que la empresa estaba clausurada por el Servicio de Rentas Internas. Indica que en el supuesto de que exista relación laboral no se conoce cuál es el representante legal que asumirá la responsabilidad patronal generada por la atención médica del accionante y la preocupación surge por los ingentes gastos que ha demandado dicha atención, sin conocer quién los tiene que cubrir.

Argumento del fallo de primera instancia

El juez de instancia resuelve aceptar el amparo constitucional planteado, considerando que hasta el momento solo existe una presunción de fraudulencia y no una declaratoria de ella, y que el demandante tiene los derechos de afiliado aun cuando haya mora patronal.

Argumentos del Tribunal Constitucional

La Sala constata que en autos reposan documentos que determinan que el demandante trabaja para una empresa empleadora identificada con el mismo número patronal, aunque con dos denominaciones diferentes, y que del proceso consta que el funcionario responsable de controversia laboral había declarado que existe relación laboral entre el demandante y la empresa patrona, a la cual, incluso, se le glosó por mora en el pago de aportes.

La Sala añade que de autos también se observa que, en la misma fecha en que se dispone a la empresa que suministra el servicio de diálisis que suspenda la prestación de todo servicio médico al demandante, incluido el de diálisis, se le

comunica al patrono que se ha determinado la inexistencia de la relación laboral con el demandante y que se tramitará la declaratoria de afiliación fraudulenta, no obstante lo cual, se le «concede ocho días calendario para presentar los documentos de descargo que desvirtúen lo indicado», lo cual indica, dice la Sala, que antes de una declaratoria de afiliación fraudulenta y sin haber previamente permitido a los interesados actuar pruebas «se priva al demandante de un servicio que le es vital, convirtiendo presunciones en hechos ciertos». Todo ello «viola definitivamente el derecho a la defensa, a más de la evidente trasgresión a los deberes constitucionales que tiene el IESS, de conformidad con los artículos 24 numeral 10, 57 y 58 inciso segundo de la Constitución de la República».

Agrega la Sala que consta de autos que el patrono había pagado los aportes del demandante y que, aun si existiera mora patronal, eso no impide que el demandante pueda recibir las prestaciones de enfermedad que brinda el Seguro Social, conforme lo dispone el artículo 96 de la Ley de Seguridad Social, sin perjuicio de la responsabilidad patronal que, de existir, puede hacer efectiva el IESS a través de los mecanismos que le autoriza la ley.

Concluye que el acto de la autoridad demandada es ilegítimo y que en su expedición se han violado los artículos 23 numeral 20, 24 numeral 10, 42, 55, 56, 57 y 58 de la Constitución de la República; y que, por otra parte, ha ocasionado el daño grave e inminente de privar al demandante de las prestaciones del seguro social y, especialmente, de la atención médica que su estado de salud requiere.

SENTENCIA

Confirmar la resolución venida en grado y, por consiguiente, aceptar la demanda de amparo constitucional formulada por el demandante, a quien el IESS deberá seguir otorgando todas las prestaciones a que tiene derecho. Además, dispone que se remita copia de la resolución al Consejo Directivo del IESS a fin de que observe la conducta de los funcionarios que han participado en la emisión de los actos ilegítimos referidos en la resolución.

3.3.14 Profesora afiliada al IESS solicita cambio de lugar de trabajo para continuar tratamiento médico

Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Ruth Ortega
Demandados: Ministro de Educación, director provincial de Educación del Azuay y presidente de la Comisión Provincial de Defensa Profesional del Azuay
Número de resolución: 364-2002-RA-Tercera Sala TC

Hechos

Ruth Ortega es profesora afiliada al IESS que presta sus servicios en un colegio de un sector rural. El médico especialista del IESS le diagnostica «rinitis alérgica» y le recomienda mantener tratamiento continuo y evitar el ejercicio físico y ambientes contaminados con humo, polvo y frío. Sobre la base de este diagnóstico, la Comisión Valuadora de las Incapacidades del IESS le recomienda el cambio del lugar de trabajo a un sector no muy frío y cerca de su residencia, para que pueda continuar con el tratamiento, recomendación que es ratificada posteriormente tanto por el jefe del Departamento de Riesgos de Trabajo (encargado) como por el jefe de Recursos Humanos de la Dirección Provincial de Educación del Azuay. Sin embargo, la Comisión de Ingresos y Cambios Nivel Medio no da atención a estas disposiciones, con los consiguientes riesgos en la salud de la demandante.

Argumentos de la demandante

La demandante alega que esta omisión viola el derecho a la salud contemplado en el artículo 42 de la Constitución Política; el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el derecho a la vida, protegido por el numeral 1 del artículo 23; el derecho a la integridad personal y al trabajo, garantizados en el numeral 2 del artículo 23 y 35 de la Carta Magna.

Argumentos de los demandados

Los demandados, por su parte, niegan los fundamentos de la demanda porque dicen que no se han quebrantado normas legales ni constitucionales, ya que el Estado no garantiza a las personas sus caprichos e intereses personales, y que no existe violación del derecho a la salud, ya que la actora ha acudido de modo permanente al IESS a utilizar el servicio médico.

Argumento del fallo de primera instancia

El tribunal de instancia resuelve negar el amparo constitucional planteado.

Argumentos del Tribunal Constitucional

Al momento de resolver, la Sala verifica que en el expediente consta el acuerdo emitido por la Comisión Valuadora de las Incapacidades del IESS, mediante el cual se aprueba la solicitud presentada por la afiliada y, en atención al certificado del médico tratante y el informe del inspector de Riesgos del Trabajo, que también constan en autos, recomienda el cambio de lugar de trabajo de la afiliada a un sector no muy frío y cerca de su residencia para que pueda continuar con su tratamiento. La Sala valora el artículo 11 del Reglamento de Seguridad y Salud de los Trabajadores, que, por un lado, impone a los empleadores adoptar las

medidas necesarias para la prevención de riesgos que puedan afectar la salud y el bienestar de los trabajadores en los lugares de trabajo y, por otro, dispone que cuando un trabajador, como consecuencia del trabajo, sufre lesiones o puede contraer enfermedad profesional, dentro de la práctica de su actividad laboral ordinaria, según dictamen de la Comisión de Evaluaciones de Incapacidad del IESS o del facultativo del Ministerio de Trabajo, en el caso de los no afiliados, el patrono deberá ubicarlo en otra sección de la empresa, previo consentimiento del trabajador y sin menoscabo de su remuneración. Sobre la base del contenido de estas disposiciones y de los documentos referidos, la Sala encuentra que tal omisión es ilegítima y con ello las autoridades accionadas violan el derecho a la salud determinado en el artículo 42 de la Constitución Política, así como el derecho a la integridad personal, contenido en el numeral 2 del artículo 23. Ello, concluye, le ha ocasionado a la actora «un inminente daño, pues la coloca en un serio riesgo para su salud y hasta para su vida, a más de que se le impide desempeñar sus actividades en condiciones apropiadas a su condición».

SENTENCIA

Se resuelve revocar la decisión del tribunal de instancia y conceder el amparo constitucional solicitado.

3.3.15 Muerte por negligencia médica

Tipo de acción: Denuncia penal
Denunciantes: Familiares del que en vida fue Segundo Cartagena
Denunciados: Carlos Montenegro y Gonzalo Vinueza, médicos del Hospital Carlos Andrade Marín (IESS)
Número de juicio penal: 411-99-AD-Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia

HECHOS

El 22 de marzo de 1996, un paciente con fuertes dolores del vientre llega acompañado de su esposa al servicio de urgencias del hospital. El médico de turno le diagnostica estreñimiento y le receta un laxante. En la noche el paciente empeora y al día siguiente regresa al hospital. En el servicio de urgencias no es atendido inmediatamente, espera alrededor de una hora, cuando llega otro médico, quien no lo examina con cuidado y le manda a realizarse exámenes de sangre y radiografías. El paciente no llegó a realizarse dichas pruebas porque falleció. La autopsia del departamento de medicina legal de la Policía determinó que el paciente murió debido a una peritonitis por perforación apendicular.

Se realizó una auditoría interna en el hospital, que determinó que hubo impericia e irresponsabilidad. La familia no puso en conocimiento este caso ante al Tribunal de Honor del Colegio de Médicos, sino que inició directamente acciones judiciales.

Principales argumentos en las instancias judiciales

Los familiares iniciaron un juicio penal que fue conocido en primera instancia en el Juzgado de Quito de lo Penal, en donde se dictó auto de apertura a plenario por haber presunciones de responsabilidad contra los médicos acusados. Abierta la etapa plenaria,[37] conoció el caso el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, el cual impuso una pena de ocho días de prisión y cien sucres (cuatro dólares) de multa por delito de homicidio inintencional contemplado en el artículo 459 del Código Penal. Esta sanción fue observada por el fiscal subrogante, que consideró que el Tribunal actuó sobre base falsa cuando acogió como atenuantes solo los certificados de honorabilidad y los antecedentes penales.

Argumentos de los acusados

Los acusados presentaron un recurso de casación, lo que llevó el caso a última instancia. El caso fue conocido por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Los encausados alegan que hay vicios de procedimiento. Además, dicen que no se han comprobado los supuestos del delito por el cual se los acusa, pues «no es cierto que sea suficiente haber efectuado el mal descrito en el artículo 459 incluso por falta de previsión o de precaución referida para asumir, como lo han hecho los señores Miembros del Tribunal Penal, que se ha consumado el delito de homicidio inintencional que se nos imputa». Añaden que es «absolutamente imprescindible, que entre el acto y el resultado exista un acto causal, sin el cual es imposible siquiera concebir el mencionado delito».

Sentencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema establece en su sentencia que no hay violación de la ley, y que inclusive acogiendo la opinión del ministro fiscal subrogante, el Tribunal Penal debió aplicar también la norma prevista en el artículo 436 del Código Penal, que tipifica la conducta negligente de médicos al recetar, despachar o suministrar medicamentos que comprometen gravemente la salud, por falta de precaución o de cuidado, conducta que merece una pena de prisión de tres a cinco años cuando se produce la muerte de un paciente. Sin embargo, por lo previsto en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política («Al resolver la impugnación

37 *Etapa plenaria:* fase procesal prevista en el anterior Código de Procedimiento Penal en la cual se formulaban los cargos y defensas.

de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente»), se confirma la sanción impuesta por el Tribunal Penal. Esta sanción no se ejecutó por cuanto los acusados se encuentran prófugos.

3.3.16 Muerte por negligencia médica

Tipo de acción: Denuncia penal
Denunciantes: Familiares de la que en vida se llamó Susana Albán
Denunciados: Ramiro Montenegro y Fabián Espinoza, médicos del Hospital Metropolitano
Número de juicio penal: 38-99-Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito

HECHOS

Una joven de 20 años ingresa al Hospital Metropolitano el 13 de diciembre de 1987 y permanece en este centro hasta su fallecimiento el 18 del mismo mes y año. En este hospital el médico tratante, Ramiro Montenegro, le diagnosticó meningitis purulenta y se realizó un cultivo que determinó a qué antibióticos la paciente era resistente y otros a los cuales era sensible. Sin embargo, no se le administró ninguno de estos. Un médico residente, Fabián Espinoza, le inyectó morfina, lo cual le produjo convulsiones e inmediatamente la muerte. La familia, al enterarse de que en un caso de meningitis está contraindicada la morfina por causar la muerte, solicitó al hospital que se le entregase la historia clínica, así como el nombre del médico tratante que administró esa sustancia, pues hasta esa fecha solo conocía su apellido. El hospital se rehusó a proporcionar esa información.

La familia inició una acción civil por medio de la cual se consiguió que el Hospital depositara en un juzgado la información requerida, luego de tres años de sucedida la muerte. El caso es presentado ante el Tribunal de Honor del Colegio de Médicos varios años después de los hechos. Sin embargo, este Tribunal no estableció ninguna responsabilidad para el médico tratante ni para el residente. La familia inició una acción penal.

ARGUMENTOS EN LAS INSTANCIAS JUDICIALES

El fiscal quinto de lo penal de Pichincha emite un dictamen acusatorio en contra del médico tratante, Ramiro Montenegro, y el residente Fabián Espinoza, por el delito tipificado en el artículo 456 del Código Penal:

> [S]i las sustancias administradas voluntariamente, que pueden alterar gravemente la salud, han sido dadas sin intención de causar la muerte, pero la han producido, se reprimirá al culpado con reclusión menor de tres a seis años.

Comparece al juicio únicamente el médico tratante Ramiro Montenegro, quien a lo largo del proceso alega que la paciente llegó varios días después de haber presentado los síntomas de meningitis, y que de hecho fue atendida en su domicilio por otro médico que le recetó una dosis inadecuada de antibiótico, lo que pudo haber producido la resistencia de la bacteria. Alega, además, que él no recetó la morfina, pero que en todo caso la dosis administrada era muy baja como para producirle la muerte. En las declaraciones presumariales este médico insistía en indicar que no recordaba el nombre del médico residente que había administrado la morfina.

El juez quinto de lo penal de Pichincha, pese al dictamen acusatorio, dicta auto de sobreseimiento provisional de los sindicados y del proceso. Se fundamenta en las declaraciones del médico tratante Ramiro Montenegro, así como en las conclusiones a las que arriba el Tribunal de Honor del Colegio de Médicos, que libra de responsabilidad a los acusados. El auto de sobreseimiento se eleva a consulta a la Corte Superior.

La Corte Superior pide la opinión del ministro fiscal de Pichincha, quien en su dictamen considera que se ha establecido la existencia material de la infracción y hay suficientes presunciones de responsabilidad penal de los sindicados, por lo que opina que la Corte Superior debe revocar el auto de sobreseimiento.

ARGUMENTOS DE LA CORTE SUPERIOR

La Sexta Sala de la Corte Superior, en el año 1999, declara prescrita la acción en contra del médico tratante Ramiro Montenegro, ya que argumenta que la acusación fue interpuesta en marzo de 1995 y declara abierta la etapa de plenario contra el médico residente Fabián Espinoza, pero por encontrarse este prófugo, se suspende el proceso.

3.4 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

3.4.1 Comentarios generales

La abrumadora mayoría de los casos analizados corresponden a la jurisdicción constitucional; es decir, la vía utilizada y el órgano deliberante son diseñados para proteger derechos constitucionales. Los casos que han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional lo han sido principalmente por acciones de amparo constitucional, aunque también se han planteado demandas de inconstitucionalidad.

En el Tribunal Constitucional, ciertas salas (segunda y tercera sala) más que otras, tienden a proteger de manera más irrestricta el derecho a la salud.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, los casos llegan en menor número y versan sobre muerte por negligencia médica. En esta instancia, la reflexión jurídica se concentra en la culpa y el dolo como elementos que caracterizan a los delitos.

3.4.2 Avances conceptuales

El Tribunal Constitucional, en un caso (782-2002-RA), se inhibió de analizar la legalidad de una resolución que determina la no atención del servicio de salud y se centró directamente en el análisis del derecho constitucional y su vulneración frente al inminente riesgo para la salud y la vida del usuario. Argumentó que el derecho a la salud es derecho económico positivado inmediatamente aplicable, directamente exigible, con valor jurídico y vinculante para los poderes públicos. Esta concepción, presente en los miembros de algunas salas del Tribunal Constitucional, da cuenta de la vigencia de la doctrina internacional en estas jurisdicciones.

En los casos de negligencia médica tramitados ante la Corte Suprema, los fallos sí amparan las denuncias, aun cuando los peritos (tribunal de honor del Colegio Médico) señalen la ausencia de responsabilidad (Juicio Penal 38-99-Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, 411-99-AD-Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia).

3.4.3 Nudos

A lo largo de estos años, no se evidencia un desarrollo del contenido de la normativa constitucional a través de los fallos del Tribunal Constitucional. Si bien en algunas demandas se exige el cumplimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental, las resoluciones hacen muy poco análisis al respecto y la mayoría de ellas concentran su reflexión, más bien, en la pertinencia de las normas de procedimiento. En el único caso en que se menciona la «ponderación de derechos», es el que tiene Resolución 0014-2005-RA-Tercera Sala, sobre Postinor 2, píldora anticonceptiva de emergencia. No obstante, es una mera invocación, pues este método de interpretación constitucional implica que debe justificarse la restricción de un derecho desde el principio de proporcionalidad, lo que comprende, por lo menos, considerar los siguientes elementos: «a) adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; b) necesidad de la utilización de esos medios para el logro

del fin; c) proporcionalidad entre medios y fin».[38] Todos estos elementos están ausentes en la resolución.

Por lo general, el derecho a la salud es alegado conjuntamente con el derecho a la vida u otros derechos, lo cual niega la autonomía procesal y la aplicabilidad inmediata del derecho a la salud, a pesar de que es posible interponer la acción de amparo constitucional para proteger en forma específica el derecho a la salud.

Se han ventilado algunos casos de interrupción de atención médica a personas aseguradas por presunta afiliación fraudulenta. Ello evidencia el afán del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) de limitar al máximo la cobertura de su servicio. No se brindan alternativas de solución provisionales a las personas usuarias del servicio aun cuando ello signifique riesgo para la salud y la vida del afectado o afectada (Resolución 153-2001-TP-Pleno del TC, Resolución 380-2000-RA-Segunda Sala TC, Resolución 718-2001-RA-Tercera Sala TC).

Gran parte de los litigios analizados se producen en el marco de la seguridad social en salud. Los casos amparados en este marco corresponden a situaciones de peligro grave para la salud (complicación cardiorrespiratoria, insuficiencia renal) y los no amparados (cirugía ocular en el exterior, atención médica en general sin dolencia específica) precisamente a aquellos no considerados así, aunque sí para la calidad de vida.

En muy pocas resoluciones se hace referencia a la normatividad que, sobre el derecho a la salud, está consagrada en instrumentos internacionales. Se menciona la Declaración de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador (Resolución 0749-2003-RA-Tercera Sala TC), pero no el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer.

No se considera la obligatoriedad de implantar inmediatamente medidas para producir avances concretos en materia del derecho a la salud. Tampoco se observa la canalización de recursos y medios para ir mejorando la calidad y cobertura de salud.

Respecto a políticas para hacer accesibles los medicamentos a la población desfavorecida, la petición expresa de que se exhorte a los poderes públicos para la implementación de tales políticas no fue atendida por el Tribunal Constitucional, el que determinó que la petición debe dirigirse a las propias autoridades administrativas, desconociendo, así, la obligación del Estado en su conjunto de procurar la disponibilidad de los bienes y servicios de salud.

38 Judith Salgado. «Género y (des)protección de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana: El caso de la píldora anticonceptiva de emergencia». Documento inédito. Ponencia presentada en el Tercer Encuentro de la Sección de Estudios Ecuatorianos de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, LASA, Quito, 2006.

Aun cuando en los procesos por negligencia médica se sanciona finalmente a los procesados, las sanciones llegan a ser irrisorias, o prescriben o se suspenden, a causa de la normatividad procesal. Son sanciones finalmente ineficaces.

3.5 ANÁLISIS SEGÚN ESTÁNDARES DE ATENCIÓN DE LA SALUD

3.5.1 Disponibilidad

Uno los aspectos que debió abordar el Tribunal Constitucional ecuatoriano es el de la *disponibilidad* de bienes y servicios públicos de salud, entre los cuales están incluidos los medicamentos. El Tribunal se pronunció respecto al pedido de un afiliado del IESS de que frente al constante desabastecimiento del medicamento que requiere para atender su salud, el Tribunal disponga que los funcionarios del IESS desempeñen sus funciones con responsabilidad y sentido humanitario y doten a la farmacia del IESS de los medicamentos que requieren los afiliados. Mediante Resolución 037-2003-RA de la Tercera Sala, el tribunal consideró que en el caso no se configuró acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, y que la satisfacción de las pretensiones del actor es competencia de los órganos de gestión del IESS. Con ello, la corte, como parte del Estado ecuatoriano, obvió su deber de garantizar, dentro de sus facultades, el contenido esencial mínimo del derecho a la salud, de brindar medicamentos e implementar un plan de acción que aborde este grave problema de salud.

Para resolver, se considera que la Constitución y la Ley de Control Constitucional prevén que la acción de amparo debe ser interpuesta contra acto u omisión ilegítimos de la administración, y que estos son declaraciones unilaterales de la voluntad de la autoridad pública en ejercicio de sus atribuciones legales que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas individuales de los administrados; que el hecho objeto de esta acción de amparo debió ser reclamado ante las autoridades administrativas de las cuales emana el acto u omisión de autoridad pública que no se configura en este caso; que disponer el cumplimiento de las pretensiones demandadas por el actor, así como las sanciones que fueran del caso, es competencia del órgano de gobierno, la autoridad nominadora o los titulares del respectivo órgano de administración o gestión del IESS, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Seguro Social Obligatorio, sus estatutos y reglamentos. Adicionalmente, cabe señalar que con esta argumentación el Tribunal ha soslayado el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* a que las personas vulnerables o marginadas tengan acceso efectivo a los medicamentos esenciales.

En otro caso, resuelto mediante Resolución 125-2001 del Pleno del TC, se aborda también el estándar de *disponibilidad*. Es el caso de un jubilado por

invalidez que pese a repetidas intervenciones en el IESS, está a punto de perder la visión totalmente y solicita, en función de una resolución de 1991, que el IESS cubra sus gastos en el exterior para que sea tratado en el extranjero. El Tribunal señala que el afiliado ha recibido atención y tratamiento durante todos estos años y no se le ha negado por falta de condiciones. Desde su punto de vista, los servicios de salud para atender su dolencia han estado siempre disponibles para el asegurado. Señala, además, que la referida resolución que autorizaba viajes al extranjero solo procedía en casos que por su gravedad no pudieran ser atendidos dentro del país, y aparentemente este no era el caso.

3.5.2 Accesibilidad

En la jurisprudencia recabada, pueden identificarse dos sentencias que deberían vincularse con el estándar de atención de la salud referida a *accesibilidad*, específicamente en su dimensión de *no discriminación*. Se trata de aquellas referidas a la provisión de atención y medicamentos a uno de los grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad más acusada: las personas que viven con VIH-sida.

La Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH-Sida, aprobada por el Estado ecuatoriano mediante R. O. 58, el 14 de abril del 2000, señala que es de interés nacional la lucha contra el sida y reconoce el derecho a la salud de toda persona infectada por VIH o que padece de sida, a recibir sin distinción o restricción alguna la atención médica hospitalaria, pública o privada, que solicite. Señala incluso que la negación o restricción de la atención acarrea responsabilidad civil. Asimismo, la referida ley garantiza que ninguna persona será discriminada a causa de estar afectada por el VIH-sida.

En el ámbito internacional, esta problemática también reviste prioridad y es especialmente atendida por documentos tan importantes como los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

A través de la lectura de las dos sentencias, se observa, en primer lugar, un avance respecto a la atención de las cortes ecuatorianas, pues si bien la primera, que data del año 2000 (Resolución 612-RA-00-LS-Primera Sala TC), declara improcedente la solicitud de 180 pacientes del Hospital del IESS de que este continúe suministrándoles los medicamentos específicos destinados a combatir su enfermedad por cuestiones procedimentales (dilucidar la jerarquía de normas no compete a la acción de amparo, esa no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de una resolución de la Comisión Interventora del IESS), en el año 2003 la demanda es acogida por el Tribunal (Resolución 0749-2003-RA-Tercera Sala TC). En efecto, la solicitud de las cuatro personas que viven con VIH-sida de que se les proporcionen inmediatamente las medicinas en las cantidades, dosis y frecuencia que constan

en las prescripciones médicas y que, además, se practiquen los exámenes correspondientes para actualizar sus prescripciones médicas, es atendida por la Corte a través de la orden de continuar con la provisión de los insumos farmacológicos reclamados.

La segunda sentencia se funda en varios argumentos; uno de los principales es que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud consagra el principio de solidaridad «para satisfacer las necesidades de salud de la población más vulnerable». Las personas que viven con VIH-sida constituyen, sin duda alguna, uno de los sectores sociales de mayor vulnerabilidad en razón de la precaria situación de su salud, y es obligación de los Estados garantizarles los medios necesarios para atenderla. En la misma línea, el *contenido esencial mínimo* del derecho a la salud («asegurar el derecho de acceso a las instalaciones de salud, bienes y servicios desde una perspectiva no discriminatoria, especialmente para los grupos vulnerables o marginados») es asegurado en esta sentencia.

Además, la sentencia se apoya en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y la Declaración de Compromiso de Lucha contra el VIH–Sida, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en junio del 2001, así como en la Constitución, para establecer que el Estado ecuatoriano tiene obligaciones que cumplir, lo que hace exigible el derecho a la salud. De allí que finalmente establezca que es un derecho económico positivado inmediatamente aplicable, directamente exigible, con valor jurídico y vinculante para los poderes públicos. Y por eso encuentra responsabilidad en el Ministerio de Salud, al no haber dado solución inmediata, diligente y eficaz a la demanda y por haber lesionado con ello el derecho a la vida de las personas demandantes.

Como vimos, en la jurisprudencia recabada pueden identificarse dos sentencias que deberían vincularse con el estándar de atención de la salud referido a *accesibilidad*, en su dimensión de *no discriminación*. Se trata de aquellas referidas a la provisión de atención y medicamentos a las personas que viven con VIH-sida. En el mismo sentido, cabe señalar que en estos casos el Tribunal estaría acogiendo el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* a que las poblaciones vulnerables o marginadas tengan acceso a los servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria.

Los casos en que el Tribunal Constitucional se enfrenta a situaciones en las que se limitaría la *accesibilidad física* a los servicios de salud son resueltos de manera no uniforme. Así, respecto a una profesora afiliada al IESS que demanda a las autoridades de Educación porque no proceden con el cambio de lugar de trabajo que solicitó por padecer de «rinitis alérgica», el Tribunal, mediante Resolución 364-2002-RA de la Tercera Sala TC, señala que al existir legislación

que impone a los empleadores adoptar las medidas necesarias para la prevención de riesgos que puedan afectar la salud y el bienestar de los trabajadores en los lugares de trabajo, la omisión es ilegítima y viola el derecho a la salud y la integridad personal, colocándola en un serio riesgo hasta para su vida. Se observa, pues, que los magistrados constitucionales, en este caso, valoran el derecho de los trabajadores de laborar en un espacio que preserve su salud y su integridad.

Con referencia a este mismo estándar de *accesibilidad* física, falla en sentido contrario el Tribunal mediante Resolución 782-2002-RA de la Tercera Sala TC, que declara infundada la demanda de amparo interpuesta por una profesora de colegio rural que solicitó cambio de lugar de trabajo para poder continuar con su tratamiento por recomendación de la Comisión Valuadora de Incapacidades del IESS. El razonamiento del Tribunal es que se procedió al cambio de lugar de trabajo, pero la trabajadora no aceptó, prefiriendo esperar a que se presente una oportunidad más propicia. Por lo tanto, al no hallar que las autoridades educativas hayan incurrido en omisión ilegítima, niega el amparo. Habría que presumir que el cambio propuesto no satisfizo a la demandante y por eso se consideró no atendida su solicitud. El tribunal evalúa que sí se planteó un lugar más adecuado y, por lo tanto, no hubo omisión.

El estándar de *accesibilidad* puede estar referido a una dimensión que podríamos llamar de *continuidad* de la prestación del servicio. Ello se observa en aquellos casos en que los accionantes, siendo asegurados del sistema de salud, ven que la entidad prestadora busca excluirlos del sistema, en la generalidad de los casos alegando afiliación fraudulenta. Es el caso del afiliado al IESS que recibía tratamiento de hemodiálisis y cuya afiliación es declarada fraudulenta. La resolución 718-2001-RA de la Tercera Sala TC señala que debe garantizarse la protección y promoción del derecho a la salud, así como el *acceso permanente e ininterrumpido a servicios de salud*. A ese argumento agrega el estándar de accesibilidad en su dimensión de *no discriminación* cuando señala que se trata de una persona perteneciente a un grupo vulnerable porque adolece de una enfermedad catastrófica de alta complejidad y se encuentra en situación de riesgo actual, lo que le otorga el derecho a una atención prioritaria, preferente y especializada. Por todo ello, la declaración de afiliación fraudulenta constituye violación del derecho a la salud y la vida del accionante. Un supuesto similar es resuelto mediante Resolución 153-2001-TP del Pleno del TC, aunque en sentido contrario, pues declara infundada la acción de amparo. En ese caso, la Corte señaló que dado que no consta que la entidad demandada haya suspendido total o temporalmente la atención médica, debido a la declaración de afiliación fraudulenta, no se configura una omisión ilegítima de autoridad pública.

3.5.3 Aceptabilidad

Otro caso recabado es el de un afiliado al IESS que debido a una insuficiencia renal, fue internado para un tratamiento de diálisis, pero la declaración de afiliación fraudulenta pretende obligarlo a cancelar los pagos correspondientes a su tratamiento médico. La Resolución 380-2000-RA-Segunda Sala TC señala que tal decisión vulnera derechos consagrados en la Constitución Política y en instrumentos internacionales tales como el derecho a la vida, salud y seguridad social, los que tienen conexión unos con otros. De allí deriva el Tribunal que aun cuando la declaración de afiliación fraudulenta haya seguido las pautas de la ley, es un acto ilegítimo, porque contraría la justicia, la equidad, la moral, la ética, la razonabilidad, los valores y principios inspiradores del orden jurídico y la plena vigencia de los derechos humanos. Por tanto, la decisión ha quebrantado el derecho fundamental a la vida y a la salud del afiliado. La ilegitimidad de la acción administrativa, desde la perspectiva del Tribunal, soslaya el elemento de *aceptabilidad*, que debería ser parte de la atención de la salud.

Razonamiento similar se realiza en la Resolución 0004-2004-RA, de la Segunda Sala TC, que a partir de la evidencia de vulneración del derecho de defensa del afiliado en el proceso administrativo que declaró fraudulenta la afiliación, concluye que el acto de la autoridad demandada es ilegítimo y que, por otra parte, ocasiona un daño grave e inminente a la salud, al privar al demandante de la atención médica que su estado requiere.

Se observa, pues, que en casos extremos de afectación de la salud, como es el de las personas que requieren diálisis, la Corte ecuatoriana alega el derecho de los asegurados al acceso permanente al servicio, la no discriminación y la legitimidad como dimensiones de la salud que se violentan cuando se pretende suspender el servicio a los demandantes, y reconoce la lesión directa del derecho a la salud y la vida. Con ello, el Tribunal estaría acogiendo el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* de que las poblaciones vulnerables o marginadas tengan acceso a los servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria.

La *aceptabilidad* es un estándar que exige que los servicios de salud respeten, entre otros aspectos, la ética médica. El caso resuelto mediante Resolución 367-2000-RA de la Primera Sala del TC recoge este criterio, al fallar que es ilegítimo dejar de asistir a una paciente que sufre de una complicación ocurrida en los momentos finales de una intervención quirúrgica previa (cesárea) que el mismo establecimiento realizó y que ahora se niega a seguir atendiendo.

En efecto, el Tribunal argumenta que en razón de que de los informes médicos se desprende que la complicación cardiorrespiratoria tiene su origen en la intervención por cesárea, el Hospital de IESS actuaría de manera ilegítima al abandonar

la atención de esa mujer, que, además, se encuentra en estado vegetativo como consecuencia de una negligencia durante la cesárea. La ilegitimidad se predica de actos no necesariamente apartados de las normas sino de aquellos contrarios a la justicia, a la equidad.

La *sensibilidad a los requisitos del género* es una dimensión del estándar de *aceptabilidad* de atención del derecho a la salud que estaba involucrado en el caso concluido mediante Resolución 0014-2005-RA de la Tercera Sala TC. En efecto, frente a la petición del demandante de suspender definitivamente el otorgamiento del registro sanitario para la comercialización y expendio de la píldora de anticoncepción de emergencia conocida con el nombre de Postinor 2, por considerar el accionante que posibilita el aborto de un óvulo fecundado —atentando así contra los derechos a la seguridad jurídica, a la vida, el derecho de nacer, de crecer y de elegir—, el Tribunal se vio obligado a ponderar además la argumentación de grupos de mujeres que alegaron la violación de sus derechos sexuales y reproductivos con la suspensión de la comercialización del Postinor 2. Ante la disyuntiva, la Sala optó por dar prioridad al bien jurídico vida por sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y la libertad individual. Entre los argumentos para esa decisión, se señaló que ninguna persona puede disponer de su propia vida, y mal podría decidir sobre la vida del que está por nacer, y que sin el derecho efectivo a la vida no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales. En su balance, el Tribunal dejó de lado los derechos de las mujeres, negando así su importancia y dejando constancia de su escasa sensibilidad a las necesidades y derechos de las mujeres.

3.5.4 Calidad

El estándar de *calidad,* respecto de un factor determinante de la salud principalmente, está involucrado en el caso sobre demanda de amparo planteada por organizaciones campesinas del cordón fronterizo con Colombia y la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. Ellas solicitan que las fumigaciones que el Estado colombiano realiza en la zona de frontera se hagan en una franja de 10 kilómetros medidos desde la línea de frontera hacia el interior de dicho país y que, además, los ministerios de Salud, Medio Ambiente, Bienestar Social, Relaciones Exteriores y Agricultura y Ganadería desarrollen acciones de reparación y prevención en la zona.

El Tribunal señaló, en su Resolución 371-2004-RA-Pleno del TC, que comparte la convicción de que las fumigaciones han generado un daño en el material genético de la población que habita la zona y que pese a las acciones realizadas

por el Estado ecuatoriano, los problemas no se han solucionado de manera definitiva. Por ello, ratifica la necesidad de que de inmediato se adopten las medidas de protección y reparación de daños correspondientes.

El medio ambiente, como factor determinante de la salud, requiere un conjunto de políticas estatales que garanticen el ejercicio del derecho a la salud desde una perspectiva integral. El peligro ambiental está impactando negativamente en la salud de la población debido a que no se han adoptado las providencias apropiadas desde el punto de vista científico y médico que morigeren el peligro y atiendan la salud de la población afectada. El *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* que demanda a los Estados el asegurar a las personas acceso a medidas sanitarias también está contenido en esta sentencia como obligación inmediata que la Corte ordena cumplir a las autoridades involucradas.

Este estándar se plantea también en dos casos de negligencia médica tramitados ante la jurisdicción penal. El primero se refiere al caso de una joven a la que se administró morfina en un hospital, sustancia contraindicada para la meningitis purulenta que padecía y que le provocó la muerte. El Tribunal de Honor del Colegio de Médicos, varios años después de los hechos, no estableció ninguna responsabilidad para los médicos involucrados.

El segundo caso es el de un paciente al que no se logra diagnosticar la causa de sus fuertes dolores de vientre, no se lo examina con cuidado y luego fallece de peritonitis por perforación apendicular. La auditoría interna en el hospital determinó que hubo impericia e irresponsabilidad.

En el primer caso, la Sexta Sala de la Corte Superior, en Juicio Penal 38-99, declaró prescrita la acción en contra del médico tratante y abrió proceso contra el otro profesional, pero por encontrarse este prófugo se suspendió el proceso. Cabe mencionar que los hechos se produjeron en el año 1987 y la sentencia es de 1999.

En el segundo caso, la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema, en Juicio Penal 411-99-AD, estableció que debió sancionarse por conducta negligente y no homicidio culposo, lo que habría significado una sanción mayor, pero al estar impedido de resolver la impugnación empeorando la situación del recurrente, tuvo que confirmar la sentencia condenatoria, que finalmente no se ejecutó porque los acusados se encuentran prófugos. Los hechos se produjeron en 1996 y la sentencia data de 1999.

Se verifica en ambos casos que las cortes penales están convencidas de que el servicio brindado por los médicos fue negligente, no apropiados desde el punto de vista científico y médico, ni de buena calidad. No obstante, en ambos casos también se aprecia impunidad fáctica derivada de la fuga de los procesados o la prescripción de la causa por lo dilatado del proceso.

Capítulo 4
EL CASO DEL PERÚ

4.1 SITUACIÓN DE LA SALUD EN EL PERÚ

4.1.1 Estadísticas generales

Según los resultados del último censo (2005), la población en el Perú es de 27.219.264 habitantes. Las mujeres representan 50,1% de este total y los hombres, 49,9%.

Para el año 2004, 51,6% de la población se encuentra en situación de pobreza y 19,2% en pobreza extrema.[1] En las zonas rurales, la pobreza alcanza a más de las dos terceras partes de la población, y cerca de la mitad de ella vive en pobreza extrema,[2] con un ingreso promedio de 70 centavos de dólar diarios per cápita.[3]

4.1.2 Factores determinantes de la salud

EDUCACIÓN. El 13,13% de la población no sabe leer.[4] El analfabetismo masculino es de 6,1%, y el femenino, de 17,9%. En las zonas rurales, el analfabetismo masculino es de 12,8%, y el femenino llega a 37%.[5]

---

1 <http://www.mesadeconcertacion.org.pe>.

2 La pobreza extrema se refiere a la situación en que se encuentran aquellas personas que residen en hogares cuyo gasto total está por debajo del valor de una canasta básica de alimentos.

3 Instituto Nacional de Estadística e Informática. Encuesta Nacional de Hogares, ENAHO-IV Trimestre, 2001.

4 Instituto Nacional de Estadística e Informática. Encuesta de Población y Vivienda 2005.

5 Documento Balance del Plan de Igualdad de Oportunidades del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, 2004.

La cobertura educativa, en el año 2002, era de 90% para niños y niñas.[6] En las zonas urbanas alcanzaba 95,3%, y en las zonas rurales 68,6%. Existe una brecha focalizada en la población rural femenina de 12 a 16 años: 63,6% de cobertura educativa para las niñas y un 73,4% para los niños.[7]

Respecto a la deserción escolar, las niñas abandonan más el colegio durante los años de escolaridad primaria, y los niños presentan mayor deserción durante los años de educación secundaria. Las niñas de áreas rurales presentan la situación más crítica: una de cada tres que asiste a la escuela primaria la abandona sin haber aprendido a leer, 25% de las que estudian se retrasan o no logran culminar. Ellas alcanzan un promedio de 3,7 años de estudios, a diferencia de los varones —que llegan a 5,1— y de las mujeres de las ciudades —que alcanzan 8,3—, hecho que coloca a muchas en situación de analfabetismo funcional de nivel.[8] Entre los 12 y 17 años de edad, 25,6% de estas niñas no asiste más a la escuela[9]. Las que vuelven a la escuela lo hacen en condición de extraedad, hecho que representa a 56,5% de las mujeres a nivel nacional.

SANEAMIENTO. El 74,6% de la población nacional cuenta con servicio de agua potable y 57,1% con servicios de desagüe. En las zonas rurales, 38% de la población vive sin agua y 70% sin desagüe.[10] Según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) 2003-2004, 64,4% de hogares peruanos cuentan con acceso a la red pública de agua potable; el resto obtiene agua de los ríos, acequias o manantiales (18%), pozos (5,9%), pilón de uso público (4,1%), camiones cisterna u otro similar (3,5%), casa del vecino o de lluvias o de nieve derretida (4,1%). En el nivel urbano nacional la cobertura es de 81,1%, y en el rural, de 33,2% (red pública dentro o fuera de la vivienda).

VIVIENDA. Hacia el año 2003, el déficit de viviendas se estimaba en 1,2 millones de unidades, y se requería construir 300.000 nuevas unidades y modernizar 900.000.[11]

EMPLEO. En el período 2001-2004, el desempleo total se incrementó, el femenino más que el masculino: en el 2002 las mujeres desempleadas representaban 10,8%; en el 2003, 10,7%; y en el 2004, 11,2% para el primer trimestre.[12] 55,9% de la

6 Informe de la evaluación educativa.
7 Doc. cit., p. 80.
8 Doc. cit., p. 81.
9 Doc. cit., p. 213.
10 Resolución Defensorial 16-2005/DP. Lima, 26 del julio del 2005.
11 ONU. Miloon Kothari. *Informe del relator especial sobre una vivienda adecuada como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.* Perú, 3-15 de marzo del 2003.
12 *Panorama Laboral,* 2001, 2002, 2003, 2004. OIT.

población se desenvuelve en la economía informal de supervivencia (2003). Las mujeres, con 62,2% (2003), se concentran más en este sector,[13] como trabajadoras independientes y como trabajadoras domésticas.

VIOLENCIA. Según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) 2004-2005, 40,9% de las mujeres ha sufrido algún tipo de violencia física, y 9,4% violencia sexual. Para el año 2005, el Ministerio de Salud registró 124.281 consultas diagnosticadas como síndromes de maltrato. Los Centros de Emergencia Mujer (CEM) atendieron 28.671 casos en todo el país durante el 2005.[14] El Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público realizó 77.445 reconocimientos clínicos por casos de violencia familiar durante el 2003, lo que significa que se produjeron 212 casos de violencia doméstica al día.[15]

DISCAPACIDAD. La discapacidad afecta a 13,08% de la población peruana, aproximadamente 3.5 millones de personas. Menos de 5% de las personas con discapacidad en edad escolar acuden a la escuela; 81.19% nunca recibieron rehabilitación y solo 2,25% de las personas con discapacidad en edad de trabajar están adecuadamente empleadas.[16]

4.1.3 Estado de Salud

La tasa de mortalidad materna es de 185 por cien mil nacidos vivos, según la Encuesta Nacional de Salud del año 2000. La probabilidad de morir por causas relacionadas con la maternidad es dos veces mayor para las mujeres del área rural (448) que para las mujeres del área urbana (203). 15% de las muertes en mujeres por causas asociadas al embarazo, parto y puerperio son de adolescentes,[17] más del doble de la tasa de muerte materna de mujeres de 20 a 35 años.

La tasa de mortalidad infantil es de 43 por 1.000 nacidos vivos.

- *Nutrición*. 26% de los niños peruanos menores de 5 años sufren de desnutrición crónica. 11% de los niños menores de 5 años tienen deficiencia

13 Los hombres están presentes en este sector con 51,0, principalmente ligados a la microempresa.

14 Olga Bardales Mendoza. «Perfil de la violencia familiar y sexual. Resultados acumulados 2004-2005. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar». Presentación en PowerPoint. Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual-Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

15 Página web de la ONG Manuela Ramos.

16 «Manifiesto de Lima-Propuesta Política sobre Discapacidad en el Perú». Disponible en <www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/manifiesto_lima.htm>.

17 ENDES 2000.

subclínicas de vitamina A. 50% de los niños menores de 5 años y 69% de los niños menores de 2 años son anémicos.[18] La tasa de desnutrición crece fuertemente con la edad: 4% entre los 0 y los 6 meses, 11% entre los 6 y los 12 meses, 27% entre los 12 y los 36 meses, y más de 30% entre los 36 y los 60 meses de edad (ENDES 2000). 32% de mujeres en edad de procrear son anémicas.[19]

- *VIH-sida*. Para enero del 2006 se reportaron oficialmente 18.059 casos de sida y 24.449 casos de VIH.[20] Según la distribución por sexo, la relación hombre-mujer ha venido estrechándose: el año 1987 era de 27 varones por una mujer, en 1996 de 9 a 1, y el año 2002 la razón se estableció en 3 a 1, según la Oficina General de Epidemiología del Ministerio de Salud. Comparando los casos estimados y los registrados oficialmente, se observa un subregistro de más de 50%, y oficialmente se reconoce que existe un subregistro de casi 40%. 96% de los casos tuvieron como vía de transmisión la sexual. Lima presenta el mayor número de casos (8.599). Cerca de 40% de los casos de VIH-sida reportados corresponden a personas que tienen entre 14 y 25 años de edad.[21] Siguiendo la clasificación de la epidemia del Banco Mundial, el Perú presenta una epidemia concentrada: prevalencia de la infección por VIH en grupos con comportamientos de alto riesgo (hombres que tienen sexo con hombres, pacientes con infecciones de transmisión sexual) mayor de 5%.

Hasta el año 2004, 90% de las personas afectadas no tenían acceso a tratamiento. 10% estaban recibiendo tratamiento antirretroviral: 500 casos eran administrados por el Sistema de Seguridad Social, 200 eran proveídos por el sistema de salud de las Fuerzas Armadas y Policiales, y alrededor de 100 eran brindados por instituciones de la sociedad civil, principalmente líderes de grupos de ayuda mutua (GAM). Para julio del año 2005, 5.375 personas que viven con VIH-sida accedieron al tratamiento antirretroviral de gran actividad (TARGA). 67% de los beneficiarios son hombres y 33% mujeres. 93% de los tratamientos benefician a personas que tienen entre 20 y 59 años.[22]

18 ENDES 2001, p. 186.

19 ENDES 2001, p. 185.

20 Ministerio de Salud. OGE. *Boletín Epidemiológico*. Febrero del 2006. «Casos de SIDA según año de diagnóstico. Perú, 1983-2005».

21 Fuente: Oficina VIH-Sida del MINSA.

22 Ricardo Corcuera, Catalina Hidalgo y Alicia Quintana. *Exigibilidad del derecho a la salud. Acceso a atención, tratamiento e insumos en salud sexual y reproductiva y VIH-sida*. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social, 2006.

4.1.4 Atención de la salud

GASTO EN SALUD. El gasto total en salud fluctúa entre 4,6% y 4,8% del PBI, y se estima en alrededor de 2.523 millones de dólares. Solo 23% corresponde al gasto público (2,8% del PBI), y 39% es gasto de los hogares.[23]

SISTEMA DE SALUD. El Ministerio de Salud (MINSA) tiene la rectoría del sector Salud. El subsector público está conformado por el MINSA, la seguridad social y los servicios de la Sanidad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. El subsector privado, concentrado en las principales ciudades, está formado por clínicas, consultorios y establecimientos de ONG. Cada una de las instituciones del sector público atiende a determinados grupos sociales, y tiene facultad para formular su propia política. Cada una depende, además, de sectores estatales diferentes: la Sanidad de las Fuerzas Policiales, el Ministerio del Interior, la Sanidad de las Fuerzas Armadas, del Ministerio de Defensa; los servicios públicos, del Ministerio de Salud, y la seguridad social, del Ministerio de Trabajo.[24] A ello hay que agregar a los gobiernos regionales, que tendrán a su cargo los establecimientos del sector Salud de su región. Esta segmentación genera subsidios cruzados, incrementa la inequidad y no permite contar con un solo fondo público que haga posible la diversificación del riesgo y de esa forma ordenar la cobertura y ser menos onerosa para el tesoro público.[25]

NÚMERO DE PROFESIONALES DE LA SALUD. En el año 2002, el número de médicos era de 11 por 10.000 habitantes, 2,4% para las obstetrices, 1,2% para profesionales de Odontología y 8,1 para Enfermería.[26]

NÚMERO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD. Hacia el año 2002, la tasa de establecimientos de salud era de 3,1 por 10 mil habitantes, similar a la que había en 1996. 67,6% de los establecimientos son puestos de salud, encargados del primer nivel de atención,[27] 25% son centros de salud, que atienden problemas de salud de mayor complejidad y ofrecen servicios ambulatorios y atención de partos de bajo riesgo. 5,8% son hospitales, que prestan servicios ambulatorios, hospitalización, intervenciones quirúrgicas y otros servicios especializados. El fraccionamiento del

23 Pedro Francke, Juan Arroyo y Alfredo Guzmán. *Políticas de Salud 2006-2011*. Lima: CIES-ForoSalud, 2006, p. 24.

24 Pedro Francke, Juan Arroyo y Alfredo Guzmán. *Op. cit.*, p. 53.

25 Consorcio de Investigación Económica y Social. *Elecciones Perú 2006: Aportes al debate electoral*. Lima: CIES.

26 *Fuente:* MINSA-Oficina de Estadística e Informática.

27 Datos recogidos del sitio web del Ministerio de Salud: <www.minsa.gob.pe>, en agosto del 2006.

sistema público de salud ha generado duplicidad e irracionalidad en la construcción de la infraestructura de salud, más visible en el caso de los hospitales: el promedio de uso de las camas hospitalarias es solo de 50%. A excepción de los institutos especializados ubicados en Lima (alrededor de 90% de utilización de camas), los hospitales de la mayoría de las ciudades del país muestran valores entre 20% y 50%, Tanto en el caso del MINSA como en el de EsSalud, existen hospitales que tienen varios pabellones cerrados.[28] Por falta de adecuado mantenimiento, 80% de los 200 hospitales generales están a punto de colapsar por ser infraestructuras construidas hace 80 ó 100 años.

COBERTURA DEL SISTEMA DE SALUD. 25% de la población peruana, especialmente la más pobre y vulnerable, está excluida del sistema de seguro de salud.[29] El Seguro Social de Salud (EsSalud) cubre al 82% de los asegurados y los seguros privados al 18% restante. Hacia el año 2005, EsSalud cubría a 5,9 millones de personas,[30] 75% son trabajadores activos, 17% pensionistas, 5% asegurados subsidiados (seguro agrario,[31] seguro del pescador, trabajadores del hogar y otros) y el 3% son asegurados potestativos. El Seguro Integral de Salud del MINSA, para junio del año 2002, tenía 3 millones de afiliados; aproximadamente la mitad tiene menos de 17 años y 2 millones y medio eran gestantes, lo que indica cobertura de un número significativo de embarazos adolescentes.[32]

La población penal es de 26.394 internos a nivel nacional, 24.503 varones y 1.891 mujeres.[33] Tres de cada cinco internos han sido atendidos por lo menos una vez en el servicio de salud del establecimiento penal, seis de cada cien internos fueron atendidos por cirugía o traumatología, y uno de cada veinte por psiquiatría. Una de cada cinco internas pasaron por lo menos una vez por el servicio de ginecología u obstetricia.[34]

---

28 ForoSalud. *Hacia una reforma sanitaria por el derecho a la salud. II Conferencia Nacional de Salud*. Lima: ForoSalud, 2005, pp. 69-71.

29 Pedro Francke, Juan Arroyo y Alfredo Guzmán. *Op. cit.*, p. 24.

30 Gerencia de Servicios al Asegurado. *Memoria institucional 2005 de EsSalud*.

31 Según el informe de la gerencia de EsSalud, entre el 2001 y el 2004 la población afiliada al Seguro Social Agrario (SSA) creció en una media anual de 21%. Para el año 2004, el número de asegurados titulares fue de poco más de 118.000 trabajadores, cantidad que se eleva a 325 mil personas si se suman los derechohabientes (cónyuges e hijos). Quienes más se han beneficiado con el SSA han sido los exportadores agrícolas o la agroindustria de exportación no tradicional. Información tomada de la página web del Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES): <www.cepes.org.pe>, en agosto del 2006.

32 Metas del SIS. Citado por OPS. *Proyecciones de financiamiento de la atención de salud: Perú 2002-2006*. Lima: OPS, 2002. p. 7.

33 Para diciembre del año 2001.

34 Página web del Instituto Nacional Penitenciario (INPE): <www.inpe.go.pe>, en agosto del 2006.

4.2 PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

4.2.1 Constitución Política del Perú

La Constitución Política del Perú reconoce el derecho a la protección de la salud en su artículo 7, ubicado en el capítulo segundo, referente a los derechos sociales y económicos. El derecho a la salud no forma parte del título de derechos fundamentales. El referido artículo dispone:

> Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Respecto a la política nacional de salud, la Constitución señala que el Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación y es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora. Y en cuanto al seguro de salud, establece que el Estado garantiza el libre acceso a las prestaciones a través de entidades públicas, privadas o mixtas y supervisa su eficaz funcionamiento.

4.2.2 Legislación sobre sistema nacional de protección de la salud

Ley General de Salud (Ley 26842, del 20 de julio de 1997). Establece el derecho irrenunciable de toda persona a la protección de su salud, e incluye al concebido como sujeto de derecho en el campo de la salud. Señala también el deber estatal de promover el aseguramiento universal y progresivo de la población, intervenir en la provisión de servicios de atención medica con arreglo a principios de equidad, orientar el financiamiento estatal preferentemente a las acciones de salud pública, y subsidiar total o parcialmente la atención medica a las poblaciones de menores recursos. La ley reconoce, además, el derecho de toda persona a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención medico-quirúrgica de emergencia cuando la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o su salud. Esta ley reconoce, asimismo, el derecho de las personas al respeto a su personalidad, dignidad e intimidad, y el derecho a la información, incluida la referida a medidas y prácticas de salud reproductiva. En materia previsional, dispone que «[t]oda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud y a

elegir el sistema previsional de su preferencia». La norma corresponsabiliza a las personas junto con el Estado por el cuidado de su salud,[35] y no otorga el derecho al aseguramiento universal como responsabilidad que el Estado debe garantizar a su población, pues plantea el acceso progresivo.

Ley del Ministerio de Salud (Ley 27657, del 29 de enero del 2002). Señala que las finalidades del Minsa se realizan «con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte». Tiene, entre sus competencias, el «análisis, formación y evaluación de las políticas públicas de salud, la promoción de la cultura de salud, educación e información sanitaria a la población», el aseguramiento financiero para la atención de la salud individual y colectiva, y el aseguramiento financiero de la salud pública y la salud integral de todas las personas.

Reglamento de la Ley del Ministerio de Salud (D. S. 013-20202-SA, del 22 de noviembre del 2002). Establece como objetivos estratégicos el aseguramiento universal solidario de la población en salud a través del Seguro Social y del Seguro Integral de Salud, la reducción de la morbimortalidad infantil, materna y por enfermedades transmisibles, y la ampliación del acceso y uso racional de medicamentos.

Reglamento de Organización y Funciones de las Direcciones de Salud y de las Direcciones de la Red Salud. Señala como objetivo funcional del Minsa la protección de los niños desde el momento de su concepción, y menciona la obligación de «proteger la vida y la salud de todos los niños por nacer desde su concepción y registrarlos oficialmente como concebidos y sujetos de los derechos constitucionales».

4.2.3 Legislación sobre Seguro Social de Salud

Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (Ley 26790, del 17 de mayo de 1997). Sienta las bases de la estructura de seguridad social en salud y define un régimen dual: el régimen estatal y el régimen contributivo de la seguridad social: el primero está a cargo del Ministerio de Salud, tiene como objetivo principal otorgar atención integral a la población de escasos recursos y se financia mediante contribuciones del Tesoro Público; el segundo está constituido por el Seguro Social de Salud (EsSalud) y es complementado con la entidades prestadoras de salud (EPS). Esta ley permite que los trabajadores dependientes puedan escoger entre continuar con EsSalud o escoger una EPS.

35 Mario Ríos Barrientos. *Derecho humano a la salud: Marco constitucional y legal*. Lima: ForoSalud-CIES, 2003.

Reglamento de esta ley (D. S. 009-97-SA). Define como derechohabientes a los cónyuges y concubinos y a los hijos menores de edad e hijos mayores de edad incapacitados en forma permanente para el trabajo. Para ser considerado o considerada derechohabiente, la persona no debe ser afiliada regular. La persona que es cónyuge o concubina de un titular y que también está asegurada, pero no ha cumplido con sus aportes, no tendrá derecho de cobertura ni como titular ni como derechohabiente. Dispone también la posibilidad de inscribir a una gestante de hijo extramatrimonial a condición de que no sea afiliada regular y que la concepción se haya producido cuando el titular estaba afiliado. Las menores de edad en caso de embarazo, a pesar de estar protegidas por el seguro de sus padres, no pueden usar el seguro para el parto y posparto.

Ley de Creación del Seguro Social de Salud (EsSalud) (Ley 27056, del 30 de enero de 1999). Las prestaciones que otorga son de prevención, promoción y recuperación de la salud, maternidad, prestaciones de bienestar y promoción social, prestaciones económicas, así como programas de extensión social y planes de salud especiales a favor de la población no asegurada y de escasos recursos. Las prestaciones de prevención y promoción de la salud comprenden la educación para la salud, la evaluación y control de riesgos e inmunizaciones. Las prestaciones de recuperación de la salud comprenden la atención médica, medicinas e insumos médicos, prótesis y aparatos ortopédicos imprescindibles y servicios de rehabilitación. La prestación de maternidad consiste en el cuidado de la salud de la madre gestante y la atención del parto, extendiéndose al período de puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido (artículo 3). Es de carácter obligatorio para los afiliados regulares y los demás que señale la ley. Su financiamiento se realiza a través de las aportaciones de sus afiliados.

Reglamento de la Ley del Seguro Social de Salud (D. S. 002-99-TR, del 27 abril de 1999). Precisa que las coberturas para asegurados potestativos están sujetas al Plan de Beneficios elegido. Las poblaciones afectadas por siniestros o catástrofes, las personas con discapacidad física o mental, las que carecen de ingresos, las que sufren pena privativa de libertad, las que prestan servicios voluntarios no remunerados a favor de la comunidad, incluidos quienes integran organizaciones sociales que brindan apoyo a la población de escasos recursos, y las demás personas no aseguradas son beneficiarias de las prestaciones a través de los programas de proyección a la comunidad mediante la suscripción de convenios con los poderes públicos, organismos, instituciones y reparticiones del Estado.

Seguro Integral de Salud (SIS). Fue creado por la Ley del Ministerio de Salud (Ley 27657, del 29 de enero del 2002) como un organismo público descentralizado del Ministerio de Salud, cuya misión es administrar los fondos destinados al financiamiento de prestaciones de salud individual.

Reglamento de Organización y Funciones del SIS (D. S. 009-20202-SA). Establece que la visión del SIS es constituirse en «la institución que integra y contribuye al sistema de aseguramiento universal que garantice el ejercicio pleno del derecho a la salud». Entre sus objetivos destacan «construir un sistema de aseguramiento público sostenible que financie servicios de calidad para la mejora del estado de salud de las personas»; «promover el acceso con equidad de la población no asegurada a prestaciones de salud de calidad, dándole prioridad a los grupos vulnerables y en situación de pobreza y extrema pobreza»; «implementar políticas que generen una cultura de aseguramiento en la población».

Ampliación de Cobertura del SIS (Ley 27660 del 7 de febrero del 2002). Incorpora a las organizaciones sociales de base y a los wawa-wasis al Seguro Integral de Salud. Se considera mujeres de base a aquellas que prestan servicio no remunerado en forma directa y permanente en los Programas de Apoyo Alimentario. Asimismo, el D. S. 006-2006-SA amplía las prestaciones del SIS para la población de la Amazonía y altoandina dispersa y excluida; los agentes comunitarios de salud; las víctimas de violencia social, entre las que se encuentran las víctimas de la anticoncepción quirúrgica voluntaria y sus familiares directos; y las víctimas de la violencia del período que va de mayo de 1980 a noviembre del 2000. Además, contempla a adultos focalizados como lustradores de calzado, indultados inocentes y víctimas de violación de los derechos humanos contemplados en las recomendaciones del Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Derecho Especial de Cobertura por Desempleo (Decreto de Urgencia 008-2000). Señala que el mínimo de aportes exigido para tener derecho de atención de salud es de cinco meses dentro de los tres últimos años, y el período de latencia es de dos meses de derecho a cobertura por cada cinco meses de aportación, en caso de desempleo. Antes se establecía un «período de latencia» de entre 6 y 12 meses de duración, durante el cual los afiliados regulares y sus derechohabientes tenían derecho a las prestaciones, pero el acceso a este derecho de cobertura en caso de desempleo dependía de contar con un mínimo de treinta meses de aportación durante los 36 meses previos al cese. Este requisito no consideraba la existencia de labores de temporada del campo, donde las temporadas de cese son de seis meses.

Ley de Promoción al Sector Agrario (Ley 27360, del 30 de octubre del 2000). Reconoce el Seguro de Salud Agrario. Los trabajadores de la actividad agraria mantienen el Seguro de Salud. El aporte mensual al Seguro de Salud a cargo del empleador es de 4% de la remuneración mensual del trabajador, menor que el aporte de otros sectores. Existe derecho a las prestaciones del seguro social de salud si se cuenta con 3 meses de aportación consecutivos o con 4 no consecutivos

dentro de los 12 meses anteriores al mes en el que se inició la causal. En caso de accidente, basta que exista afiliación.

Ley de las Trabajadores del Hogar (Ley 27986 del 3 de junio del 2003). Establece que los trabajadores al servicio del hogar bajo relación de dependencia gozan de seguro obligatorio en cuanto concierne a todo tipo de prestaciones de salud.
Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (Ley 28015 del 3 de julio del 2003). Establece que los trabajadores y conductores de las microempresas comprendidas en la norma son asegurados regulares.[36]

4.2.4 Legislación relacionada con el VIH-sida

Ley Contrasida y su reglamento (Ley 26626 del 20 junio de 1996; D. S. 004-97-SA, del 18 de junio de 1997). Establecen el derecho de todas las personas con VIH-sida a la atención médica integral y la prestación provisional. Una ley posterior (Ley 28243, del 1.º de junio del 2004) amplía y modifica esta ley y declara de necesidad nacional e interés público la lucha contra el VIH-sida y las infecciones de transmisión sexual. Establece que las pruebas para el diagnóstico son voluntarias y se realizan previa consejería obligatoria. En el caso de madres gestantes, la prueba es obligatoria a fin de de proteger la vida y la salud del niño por nacer.

Guía Nacional de Atención Integral del Paciente con Infección VIH-Sida (R. M. 081-99-SA/DM, del 26 de febrero de 1999). Entre otros puntos, establece la evaluación y seguimiento del paciente infectado con VIH, desde exámenes físicos hasta exámenes de laboratorio, así como tratamiento antirretroviral.

Doctrina, normas y procedimientos para el control de las ETS y el sida en el Perú (R. M. 235-96-SA/DM, del 11 de abril de 1996). Plantea la atención integral en enfermedades de transmisión sexual (ETS) y VIH-sida, el diagnostico y consejería previa y posterior al test de VIH, así como la atención de personas portadoras de infección por VIH o con diagnóstico de sida. Señala que los pacientes con infección por VIH recibirán gratuitamente del Programa de Control de Enfermedades de transmisión Sexual (Procetss) tratamiento profiláctico con cotrimoxazol, y que todas las personas recientemente diagnosticadas con el VIH deberán ser evaluadas para decidir el inicio de profilaxis primaria gratuita con isoniazida.

36 La microempresa y pequeña empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios (art. 2).

Directiva sobre Profilaxis con Cotrimoxazol e Indicación de Recuento de Linfocitos CD4 en Pacientes VIH Positivos (008-98-Procetss). Precisa que el Procetss ofrece gratuitamente el recuento de linfocitos CD4+ a todos los pacientes adultos con infección por VIH que son evaluados en establecimientos del Ministerio de Salud. Señala también que la profilaxis con cotrimoxazol para pacientes con sida es gratuita.

Directiva Conjunta sobre Disminución de la Transmisión Vertical del VIH y Alimentación del Hijo de Madre que Vive con el VIH (001-99-CRED-Procetss). Precisa que el Ministerio de Salud proveerá tratamiento antiviral gratuito con Zidovudina (AZT) a la madre infectada y al recién nacido; además, proveerá lactancia artificial para estos niños hasta los seis meses de edad, para disminuir el riesgo de transmisión vertical.

Guía de Manejo del Niño Infectado por el Virus de Inmunodeficiencia Adquirida Humana (R. M. 619-99-SA/DM 999, del 17 de diciembre de 1999). Documento técnico normativo orientado a lograr la disminución de la transmisión del virus de la madre infectada a su hijo. Y la R. D. 265-2002-DGSP dispone el tratamiento antirretroviral en los niños infectados con el VIH (2002).

Ley que Exonera del Pago del Impuesto General a las Ventas y de los Derechos Arancelarios a los Medicamentos para Tratamiento Oncológico y VIH-Sida (Ley 27450, del 19 de mayo del 2001). Establece que no están gravados con el impuesto general a las ventas ni el impuesto selectivo al consumo la venta e importación de los medicamentos y/o insumos necesarios para la fabricación nacional de los equivalentes terapéuticos que se importan (mismo principio activo) para el tratamiento de enfermedades oncológicas y del VIH-sida.

Norma Técnica para el Tratamiento Antirretroviral de Gran Actividad-Targa en Adultos Infectados por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (R. M. 311-2005/Minsa, del 25 de abril del 2005).

4.2.5 Legislación relacionada con la salud sexual y reproductiva

Ley General de Salud 26842 (20 de julio de 1997). Otorga a las personas el derecho de elección de anticonceptivos, circunscribiendo la responsabilidad estatal en materia de salud reproductiva a este ámbito.

Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva (R. M. 668-2004/Minsa). Entre ellas destaca la *Guía para atención de casos en violencia sexual*. Esta guía establece las obligaciones de todos los servicios de salud en caso de violencia sexual: exámenes de laboratorio (tipificación de sangre,

serológicas para sífilis, hepatitis B y VIH, prueba de embarazo, entre otros), ofrecer y administrar anticoncepción oral de emergencia (AOE), así como proteger a la víctima contra las ITS.

Asimismo, se ha emitido un conjunto de normas técnicas y manuales dirigidos a orientar la atención en esta materia; así, se ha emitido la Norma Técnica de Planificación Familiar (R. M. 536-2005, del 18 de julio del 2005), la Norma Técnica para la Atención del Parto Vertical con Adecuación Intercultural (Resolución Ministerial 598-2005/MINSA), el *Manual de orientación/consejería en salud sexual y reproductiva,* entre otros.

4.2.6 Legislación penal

El Código Penal prevé el delito de homicidio culposo en los siguientes términos:

> El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas. […] La pena será no mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de seis años.

Esta es una norma invocada cuando la muerte se produce en el marco de una intervención médica.

4.2.7 Acciones legales para proteger el derecho a la salud

- Procesos de garantías constitucionales

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS. La acción de hábeas corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, como es el caso del derecho a la salud.

PROCESO DE AMPARO. La acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (artículo 37, inciso 24). Establece que procede el amparo en defensa del derecho a la salud.

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en la sentencia. No proceden en

el proceso de hábeas corpus. Los jueces deben tramitar con preferencia los procesos constitucionales. Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento.

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

Dentro de un plazo máximo de veinte días tratándose de las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto.

Estos procesos constitucionales garantizan la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresa la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.

La ley establece plazos relativamente cortos, por lo que de ninguna manera los hábeas corpus debieran demorar más de tres meses y los amparos más de seis. La realidad es otra: en promedio, los procesos de hábeas corpus demoran seis u ocho meses y los procesos de amparo dos años.

- Procesos en juzgados y cortes civiles

La justicia civil es ejercida por los jueces de paz, los jueces de paz letrados, los jueces civiles, los jueces de las cortes superiores y los de la Corte Suprema. Existe un conjunto de procesos que pueden ser usados en casos donde está involucrado el derecho a la salud. Pueden realizarse procesos de conocimiento para los casos de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual y no contractual. Los casos de interdicción civil se siguen a través de procesos sumarísimos.

Las sentencias de la Corte Suprema generan jurisprudencia y las de niveles inferiores de la administración de justicia solo valen entre las partes.

- Procesos en juzgados y cortes penales

Los procesos penales pueden ser por faltas o por delitos. Siguen el trámite de delitos el homicidio culposo, el aborto sin consentimiento, el aborto terapéutico, el aborto sentimental y eugenésico, las lesiones graves, las lesiones culposas, los

daños al concebido, la exposición a peligro o abandono de personas en peligro, la exposición o abandono peligrosos.

4.3 LITIGIOS RESUELTOS ANTE LAS ALTAS CORTES PERUANAS

4.3.1 Demandan inconstitucionalidad de la ley que retira la anticoncepción quirúrgica de la lista de métodos anticonceptivos excluidos

Tipo de acción: Demanda de inconstitucionalidad
Demandantes: Treinta congresistas de la República
Demandado: Congreso de la República
Número de expediente: 014-96-I/TC

HECHOS

El 10 de setiembre del 2005 se promulgó la Ley 26530 y se modificó el artículo VI del Título Preliminar del D. L. 346, Ley de Política Nacional de Población, que excluía como métodos de planificación familiar al aborto y a la esterilización quirúrgica, retirándose a esta última de los métodos excluidos.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La ley impugnada atenta contra el derecho a la integridad física establecido en el artículo 2, inciso (1) de la Constitución y el derecho a la libertad establecido en el artículo 2, inciso (24) de la Constitución.

Los congresistas demandantes señalan que la esterilización es una lesión a la integridad física, pues supone una intervención quirúrgica que elimina una función primordial del ser humano, como es la de procrear; provoca incapacidad fisiológica permanente y, en muchos casos, irreversible. La esterilización es en muchos casos irreversible, lo que no concuerda con la naturaleza temporal de los métodos anticonceptivos, por lo que no puede ser considerada como método anticonceptivo. Señalan que la libertad individual permite al ser humano planificar la familia y no tener hijos durante un tiempo, pero también optar en algún otro momento por procrearlos: «en esto consiste la libertad a la cual se refiere nuestra Carta Constitucional y los convenios y Pactos Internacionales que son ley en nuestro país». La esterilización significa abdicar de la libertad en lo que respecta a la procreación y también desconoce el derecho de la especie humana a perpetuarse.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El Congreso cumplió con todos los procedimientos establecidos en el debate y aprobación de la ley; la Comisión de Salud, Población y Familia del Congreso contó

con la opinión calificada del Colegio Médico del Perú; y el Pleno aprobó el texto de la Ley por consenso, sobre todo por la incorporación de un párrafo «in fine», destinado a garantizar que la adopción de métodos de planificación familiar se base en el libre ejercicio de la voluntad, sin que medien estímulos ni recompensas.

Señala que el hombre es un ser libre en esencia y puede conformarse con su capacidad o rebelarse frente a ella, puede elegir un proyecto de vida dentro del bien común, ya sea por causas de orden sanitario (enfermedades congénitas) o de orden personal (planificación familiar). El uso de procedimientos quirúrgicos responde a exigencias y circunstancias de la vida real y permite ampliar los efectos de la Política Nacional de Población para lograr más elevados índices de desarrollo poblacional.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (VOTO EN MAYORÍA)

La sentencia establece que la norma referida no legaliza, expresamente, la esterilización quirúrgica como método de planificación familiar. El concepto de planificación familiar en el marco de referencia de la Ley de Política Nacional de Población (artículo 2 del Título I) debe ser entendido como un programa familiar, libremente acordado por la pareja, que tiene por objeto la libre determinación del número de sus hijos y asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos. Señala el Tribunal que la esterilización quirúrgica no es un método de planificación familiar porque impide la programación y el espaciamiento de los nacimientos, porque los hace imposibles, al privar —en muchos casos de modo irreversible— de la capacidad de procrear y, por tanto, de la de programar y/o espaciar los nacimientos. La Ley 26530, al eliminar la prohibición del método de esterilización, deja a criterio de la pareja el derecho de decidir, con entera libertad, respecto de la utilización de los demás métodos anticonceptivos; es decir, como medios destinados a programar el número de nacimientos y la forma de espaciarlos.

SENTENCIA

La sentencia 330 declara improcedente la demanda porque pretende la derogación de un dispositivo legal que no existe, dado que la ley impugnada no autoriza el uso de de la esterilización quirúrgica como método de planificación familiar. La esterilización quirúrgica es aceptable en circunstancias de orden médico o terapéutico, en cuyo caso las responsabilidades correspondientes —así como las atenuantes y las eximentes de antijuridicidad— quedan sujetas a los preceptos generales y especiales de nuestro ordenamiento jurídico.

VOTO DEL MAGISTRADO GARCÍA MARCELO

Parcialmente discordante con los fundamentos de la sentencia y concordante con la parte resolutiva de su fallo. Señala el magistrado que al suprimirse la

prohibición expresa de usar la esterilización como método de planificación familiar, se ha vuelto una conducta permitida, independientemente de que se encuentre o no formulada de manera expresa. En materia de derechos y libertades constitucionales, no rige el principio de que las personas solo se encuentran autorizadas a realizar aquellas conductas que «expresamente» la ley autoriza sino a la inversa: nadie está obligado a no hacer lo que la ley no prohíbe. Al permitirse la esterilización, se pretende que las parejas, en forma voluntaria y libre, decidan optar por tener el número de hijos que quisieran tener, mejorar las condiciones materiales de vida, personal y familiar. La libertad de elección de una técnica como la esterilización también supone la libertad de tomar una opción diametralmente contraria a la originalmente decidida, permitiéndose que el individuo pueda volver al estado anterior. Como eso no es posible luego de la esterilización, este medio resulta ser excesivamente desproporcionado y por ello inconstitucional.

Voto de la magistrada Delia Revoredo de Mur

El intérprete de una norma jurídica no debe privilegiar uno solo de los métodos interpretativos —en este caso, el del texto literal— y descartar los demás, entre estos, la *ratio legis* o intención del legislador y la finalidad de la norma. En el caso de la norma impugnada, la intención del legislador es clara: suprimir la prohibición de la esterilización como método de planificación familiar. Resulta obvio que la planificación familiar también incluye la posibilidad de optar por no tener ningún hijo o por no tener más hijos, y que no se refiere únicamente al caso de tener varios hijos espaciados debidamente. La primera decisión que plantea la planificación familiar es procrear o no procrear; y luego, la de seguir teniendo o dejar de tener más hijos. Dentro de esta óptica, la esterilización es un método de planificación familiar. Es deber del Estado proteger a la familia y crear el ambiente necesario para su cabal desarrollo y para el desarrollo de la sociedad, en todos sus niveles socioeconómicos. Existen familias que viven en extrema pobreza y que tienen hijos cuyas necesidades de alimentos, vivienda, educación y desarrollo personal no pueden atender. Eso lleva al deterioro de valores éticos y comportamientos antisociales que influyen negativamente en toda la sociedad peruana. Considerando que le resulta difícil al Estado procurar a cada uno de los individuos adultos que conforman la población indigente métodos anticonceptivos suficientes —distintos de la esterilización— para prevenir embarazos no deseados, y que aun cuando el Estado pudiera facilitar a cada persona el acceso oportuno, gratuito y permanente a otros métodos anticonceptivos, el bajo nivel de educación que tienen grandes sectores de la población peruana no garantizaría un control efectivo de los embarazos.

4.3.2 Acción de amparo sobre acceso a tratamiento del VIH-sida

Tipo de acción: Acción de amparo
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Azanca Alhelí Meza García
Demandado: Ministerio de Salud
Número de expediente: 2945-2003-AA/TC, Lima

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

La demandante solicita que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH-sida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 26626, la que deberá consistir en la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento, que deberá efectuarse a través del programa del Hospital Dos de Mayo, y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD-4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera. Asimismo, solicita al Estado que cumpla su obligación de atender la salud de la población en general, tal como se provee a los enfermos de tuberculosis, fiebre amarilla y otras enfermedades, en consonancia con el principio de respeto a la dignidad de la persona, a la protección de sus derechos a la vida y la salud, así como de su derecho a una atención médica integral para la enfermedad de VIH-sida.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO CONSTITUCIONAL

El Ministerio de Salud contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente porque no se ha constatado la violación o amenaza concreta de ningún derecho. Si bien los derechos consagrados en los artículos 1.º y 2.º, inciso 1, de la Constitución, referentes al respeto de la dignidad de la persona, así como a la vida e integridad física, constituyen derechos fundamentales de observancia obligatoria, ello no implica una obligación por parte del Estado de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a la demandante ni a otra persona, siendo la única excepción el caso de las madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Supremo 004-97-SA, Reglamento de la Ley 26626. Además, según los artículos 7 y 9 de la Constitución, 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.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La acción de amparo es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos establecidos en el artículo 24 de la Ley 23506 (Ley de Hábeas

Corpus y Amparo). El artículo 25 de la referida norma, en concordancia con la Constitución de 1993, precisa que no da lugar a la acción de amparo la exigencia de los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), porque necesitan la ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. El derecho a la salud no es parte de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución, sino que forma parte de los DESC, pero cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo. La exigencia del derecho a la salud pública permite al individuo lograr su plena autodeterminación y al Estado cumplir con sus fines sociales. Cuando se habla de exigencia, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución. Pero el derecho a la salud no es una norma programática sino un derecho concreto. Toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos, tomando como base el respeto a la dignidad de la persona. La ejecución presupuestal para fines sociales no es un gasto sino una inversión social.

Respecto de las personas con VIH-sida, el Tribunal señala que no tienen ningún estado de libertad o autonomía personal cuando les faltan recursos económicos para costear su tratamiento y sobrellevar las implicancias de esta enfermedad con dignidad. Ello deteriora su salud y pone en riesgo su vida, lo que de ninguna manera puede ser admitido desde el punto de vista constitucional.

En cuanto a la salud, la Corte establece que es un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, a desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida. El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, y debe adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

La inversión social en casos de VIH-sida no se restringe a la atención de la persona ya infectada, buscando paliar los efectos de la enfermedad, sino que se debe contar con un enfoque de prevención, mediante programas de educación sexual e información pública, tanto en la persona como en la sociedad. La Ley 28243 (Ley Contrasida) establece que la atención integral de salud es continua y permanente, e indica que la gratuidad es progresiva para el tratamiento antirretroviral, con prioridad en las personas en situación de vulnerabilidad y pobreza extrema. Es deber del Estado realizar medidas concretas para la satisfacción de estos derechos, sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas, como la ejecución del Plan de Lucha contra el Sida que impulsa el MINSA.

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 puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales. El principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Constitución no puede ser entendido con carácter indeterminado y servir de alegato ante la inacción del Estado. La progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado. Además, la demandante cuenta a su favor con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

SENTENCIA

Declara fundada la acción de amparo y ordena que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH-sida por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes. Además, exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el Sida. Finalmente, ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta al Tribunal, cada seis meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento de la recurrente.

4.3.3 Denuncian que el traslado de un centro penitenciario a otro pone en riesgo la salud y la vida de un interno

Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Hábeas corpus
Demandante: Carlos Aguirre Romero interpone acción a favor de José Tejada Ramírez

Demandado: Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE)
Número de expediente: 1074-98-HC/TC-Lima

HECHOS
El beneficiario del hábeas corpus está interno por presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas. Por su condición de ex oficial de la ex Policía Nacional de Investigaciones y en atención a su precario estado de salud, fue internado en el Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Ordinario Lurigancho. Sin mediar motivo alguno y debido a actitudes represivas de las autoridades penitenciarias, pese a encontrarse en tratamiento médico dentro de este establecimiento penitenciario, se procedió a trasladarlo arbitrariamente al Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Especial Miguel Castro Castro, lo que puso en grave riesgo su vida, dadas las características de este centro de reclusión.[37]

FUNDAMENTOS LEGALES DE LA DEMANDA
El demandante señala que se ha vulnerado el derecho constitucional que considera como derecho de los reclusos y sentenciados el ocupar establecimientos adecuados.

FUNDAMENTOS LEGALES DEL DEMANDADO
El director de Asesoría Jurídica del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) declara que el traslado se hizo por medidas de seguridad, observando las normas administrativas pertinentes y que el Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Especial Miguel Castro Castro tiene una clínica que cuenta con una sala de operaciones de cirugía mayor.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL
El Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penitenciario Cerrado de Régimen Ordinario Lurigancho, a raíz de la fuga de un interno, propuso como medida de seguridad a la Dirección General el traslado del beneficiario y de otros internos. En el caso de autos no se ha acreditado que el traslado haya puesto en riesgo la salud o la vida del beneficiario, ni que la dolencia que padece el interno exija su permanencia en el Establecimiento Penal Cerrado de Régimen Ordinario Lurigancho, ni que el establecimiento penitenciario al que ha sido trasladado no sea el adecuado para su reclusión.

37 En el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro se encuentran recluidos internos de alta peligrosidad condenados a penas altas. Antes de la construcción y funcionamiento del Penal de Piedras Gordas-Ancón, el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro era el único penal de máxima seguridad en el que se aplicaba un régimen cerrado.

El artículo 82 del Código de Ejecución Penal prevé la atención médica especializada fuera del establecimiento penitenciario, que se solicita ante el Consejo Técnico Penitenciario. El director del penal se encuentra facultado para autorizar directamente tal atención, en caso de emergencia. El Tribunal falla declarando infundada la acción de hábeas corpus.

4.3.4 Denuncian atentados contra la integridad física de una interna delicada de salud

Tipo de acción: Hábeas corpus
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Carmen Gamarra Huamán
Demandada: Directora del Penal de Mujeres Santa Mónica (Chorrillos)
Número de expediente: 753-2005-PJC/TC-Lima

HECHOS

La demandante se encuentra recluida en el penal Santa Mónica y sostiene que viene siendo objeto de atentados contra su integridad física, porque se ha dispuesto su aislamiento sin tenerse en cuenta su delicado estado de salud y no se le permite salir de su habitación. El Poder Judicial ha ordenado su atención en el Hospital Nacional Hipólito Unánue, pero la autoridad emplazada le ha denegado su traslado a dicho nosocomio. No se le hacen llegar sus medicamentos en forma oportuna, no obstante que estos han sido adquiridos con mucho sacrificio por su madre.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA

La recurrente no se encuentra aislada, sino ubicada en el anexo del servicio de salud debido a la recomendación de la jefatura del Área de Salud y al cuadro clínico que presenta (TBC-P-filtro cavitaria). No es cierto que no salga de su habitación, pues durante el día hace uso de los ambientes aledaños al ambiente donde pasa la noche. No es cierto que se haya incumplido el mandato judicial de enviarla al Hospital Nacional Hipólito Unánue. Previa evaluación de la Junta Médica de la Clínica del Penal, se trasladó a la interna al Hospital Hipólito Unánue, donde fue debidamente atendida y medicada, luego de lo cual retornó al penal. Además, no es cierto que se le haya negado la entrega de sus medicamentos, pues se registra en el libro de ingresos de medicamentos la oportuna entrega. A la demandante se la ayuda en la enfermedad que padece, pues, por intermedio del arzobispado del Callao, se le proporciona sobrealimentación diaria.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

La recurrente no se encuentra restringida en su desplazamiento dentro del penal y tiene acceso a otros ambientes, lo que es corroborado con su propio dicho. El estado de observación —y no de aislamiento— en el que se encuentra responde a su condición de salud, determinada de acuerdo con las recomendaciones de las autoridades de salud del establecimiento penal. En el proceso no se ha acreditado que se le haya denegado la atención médica, pues fue trasladada y atendida de acuerdo con la receta médica. Tampoco se ha probado la demora en la entrega de los medicamentos, pues en las copias del cuaderno de tópico consta que las citadas medicinas fueron entregadas a dicha dependencia del penal el 4 de noviembre del 2004 y recabadas al día siguiente. Tampoco hay evidencias de maltrato a la recurrente por parte de las autoridades del establecimiento penal, ya que dada su condición de salud, se le proporciona alimentación adicional a la ordinaria, la que es donada y canalizada por el arzobispado del Callao. La Corte declaró infundada la demanda porque de carece de sustentación en términos constitucionales.

4.3.5 Solicitan atención médica para interno de centro penitenciario con grave deterioro de su salud

Tipo de acción: Hábeas corpus
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Benedicta Taboada de Castro, a nombre de su cónyuge Demetrio Castro Motta
Demandados: Director del Establecimiento Penitenciario de Régimen Especial Miguel Castro Castro y jefe de su departamento médico
Número de expediente: 318-96-HC/TC–Lima

HECHOS

El beneficiario de la acción es un inculpado por delito de terrorismo. Existe una recomendación de la Junta Médica del penal para que sea conducido a un hospital en el que reciba tratamiento médico adecuado, lo que no ha sucedido. El beneficiario presenta grave deterioro de su salud y ha perdido cerca de treinta kilos de peso corporal, por lo que se solicita se disponga el traslado e internamiento inmediato en un hospital. Se alega vulneración del derecho a la vida y a la salud protegidos por la Constitución.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

Entre los derechos humanos se encuentran los derechos a la vida y a la salud, que están protegidos a través de tratados internacionales que obligan al Perú. El

artículo 12 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo señala enunciativamente los casos en que procede incoar la acción de hábeas corpus, sin que tal precepto constituya *numerus clausus*, por lo que cabe interponer dicha acción en defensa de los otros derechos reconocidos por la Constitución o por la ley.

El artículo 1.º del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo 654) reconoce a los internos los mismos derechos que al ciudadano en libertad, sin más limitación que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva.

Los elementales derechos a la vida y a la salud, por su naturaleza, están protegidos en casos de amenaza o violación por la acción fulminante y excepcional de la garantía constitucional del hábeas corpus, sin importar que el beneficiario tenga restringida su libertad individual. La restricción de libertad no limita el ejercicio de los derechos a la vida y a la salud, que son irrenunciables y deben ser protegidos. Las leyes exigen a los directores de los establecimientos penitenciarios, para casos de emergencia, tomar decisiones sobre la atención médica de las personas internas en ellos.

Los hechos expuestos en la demanda son dubitables, pero deben ser objeto de exhaustivo esclarecimiento, admitiéndose así a trámite la acción. Por ello, se ha incurrido en grave quebrantamiento de forma al rechazarse de plano la acción incoada, en perjuicio de los legítimos intereses de la demandante.

SENTENCIA

Declara nula la resolución recurrida y repone la causa al estado de ser admitida a trámite por la vulneración del derecho a la vida y la salud sobre la base de las normas existentes.

4.3.6 Denuncian vulneración del derecho a la seguridad social en salud por no reconocer las prestaciones de salud en forma integral durante el período de desempleo

Tipo de acción: Acción de amparo
Demandante: Jorge Carlos Castañeda Espinoza
Demandado: EsSalud
Número de expediente: 3208-2004-AA/TC-Huánuco

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante solicita que se declare inaplicable el artículo 37 del D. S. 009-97-SA, reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, porque vulnera su derecho a la seguridad social al no reconocerle las prestaciones de

salud en forma integral, durante el período de latencia por desempleo. Alega que el derecho especial de cobertura por desempleo, establecido por la Ley 26790, ha sido limitado por el reglamento al diferenciar la cobertura de las prestaciones en capas compleja y simple, recortando su derecho a la salud y el de sus derechohabientes al no poder acceder a todas las prestaciones de salud sin restricción alguna hasta octubre del 2004. La acción se interpone en marzo del 2004.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El demandado deduce excepción de caducidad, pues el plazo en el que el demandante tenía derecho a gozar de beneficios transcurrió y concluyó. Solicita que se declare improcedente la demanda, manifestando que no se ha afectado el derecho a la seguridad social del demandante, y que, por el contrario, mediante la Carta 770-SGR-GDHU-ESSALUD-2003, se procedió a reconocer el derecho especial de cobertura de desempleo que conforme a ley le asiste.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

El modelo de Estado configurado por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho, y fomenta valores como la igualdad y la solidaridad. Para este modelo de Estado, el ser humano requiere satisfacer necesidades derivadas de la posición o estatus económico social que ocupa. El Estado incumple la Constitución cuando se abstiene de materializar las obligaciones que frente a los derechos sociales, económicos y sociales le impone tal ordenamiento. La inconstitucionalidad, por ello, puede ser motivada tanto por acciones como por omisiones de los poderes públicos, y queda claro que en cualquiera de ambas hipótesis se impone el correctivo por medio del proceso constitucional.

El derecho a la salud es parte de los derechos sociales que son obligaciones que se imponen al Estado, y deben ser promovidos en condiciones materiales y fuentes de acceso. Comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento. Corresponde al Estado garantizar una progresiva protección de la salud, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de las instituciones prestadoras de servicios de salud, adoptando políticas, planes y programas en ese sentido. La salud es un derecho que el Estado debe promover y garantizar, y el Estado no debe desconocer de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de este, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, porque es inconstitucional.

La salud es un derecho constitucional indiscutible y, por tanto, deben promoverse desde el Estado condiciones que la garanticen de modo progresivo, y debe dispensárseles protección adecuada a quienes ya gocen de ese derecho. Cuando el artículo 7 de la Constitución hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona a alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, la persona tiene derecho a que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad, pues en una sociedad democrática y justa la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales.

Respecto del derecho especial de cobertura por desempleo, la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud incrementó la cobertura de las prestaciones de salud brindadas por el Seguro Social del Perú, y se estableció por primera vez, en favor de los afiliados regulares del Seguro Social del Perú, el derecho especial de cobertura por desempleo durante un período de latencia no menor de 6 meses ni mayor de 12, siempre que cuenten con un mínimo de treinta meses de aportación durante los tres años precedentes al cese. El Decreto de Urgencia 008-2000, del 24 de febrero del 2002, modifica los requisitos de acceso al Derecho Especial de Cobertura por Desempleo, con la finalidad de establecer un período de calificación mínimo, para que todos los trabajadores puedan gozar de las prestaciones de salud durante un período de latencia. El Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud señaló que la cobertura durante el período de latencia cubriría inicialmente todas las prestaciones de salud y, posteriormente, las incluidas en la capa compleja, que comprende el conjunto de intervenciones de salud de menor frecuencia y complejidad, así como las de maternidad. El reglamento, pues, se adecuó a la modificación del artículo 11 de la Ley 26790, reconociendo el derecho especial de cobertura por desempleo o suspensión perfecta de labores para los afiliados regulares que cuenten con un mínimo de cinco meses de aportaciones, precisando el tiempo y la forma en que los beneficiarios perciben las prestaciones de salud, sin que se devengue la obligación de efectuar aportes durante el período de latencia.

El Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social ha dividido el tiempo del período de latencia en dos etapas iguales de cobertura diferenciada. Las normas que regulan el derecho especial de cobertura por desempleo no vulneran el derecho fundamental a la salud ni trasgreden el marco legal en que se facultó su reglamentación, dado que se constata que las prestaciones de salud se han incrementado, ampliando su cobertura a nuevas contingencias (desempleo y suspensión perfecta de labores). Resulta evidente que el Estado viene adoptando

las medidas positivas adecuadas para procurar, en forma gradual y progresiva, una mayor cobertura de las prestaciones de salud que debe brindar a los ciudadanos. El Tribunal, por tanto, declara infundada la demanda, y exhorta a EsSalud y al Poder Ejecutivo para que con diligencia, según la capacidad económica del país, adopten las medidas necesarias para incrementar el período de cobertura integral de las prestaciones de salud durante el período de latencia que corresponda a los asegurados regulares.

4.3.7 Asegurada solicita continuación de tratamiento médico hospitalario para su hija hasta su rehabilitación

Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de amparo
Demandantes: Martha Rivera Lhoiry, en representación de su hija Martha Olinda Combe Rivera
Demandado: EsSalud
Número de expediente: 1956-2004-AA/TC-Lima

HECHOS

Martha Olinda Combe Rivera presenta un cuadro clínico de esquizofrenia paranoide crónica y secuela de accidente cerebro-vascular (hemiplejia), por más de treinta años, además de secuelas de accidente cerebro-vascular desde el año 1990, las que la tienen postrada en una silla de ruedas. La recurrente ha tomado conocimiento de que el médico encargado del tratamiento de su hija, en el Hospital Hermilio Valdizán, ha decidido darle de alta y enviarla a su domicilio, condicionando dicha decisión a la renuncia y entrega de la pensión a la que tiene derecho.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

La demandante solicita que se ponga fin a las amenazas y violaciones de los derechos constitucionales de su hija, a quien se pretende deshospitalizar por motivos de índole económico sin haberse logrado los propósitos de atención médica y rehabilitación. Manifiesta la recurrente que su hija tiene derecho, conforme a la Constitución Política del Estado, a recibir prestaciones de salud por parte del demandado, derecho que, por otra parte, fue debidamente adquirido al amparo del Decreto Ley 19990, teniendo a la fecha 26 años de asegurada. Por ello, su tratamiento no puede ni debe verse interrumpido, dada su condición de salud. EsSalud pretende sustraerse de sus obligaciones adoptando una medida evidentemente injusta, arbitraria, inhumana e ilegal.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El demandado señala que, no obstante encontrarse de alta desde febrero del 2001, la paciente no fue recogida por sus familiares, lo que implica sustracción de responsabilidad; que a raíz de ello, fue llevada el día 30 de abril del 2002 a su domicilio por una asistenta social y un oficial de la Policía Nacional, pero que tampoco pudo cumplirse con dejarla por no encontrarse persona alguna en dicho lugar.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En un proceso constitucional de tutela de derechos no puede concebirse a las exigencias formales como un elemento de oposición generalizada en el acceso a la tutela jurisdiccional en sede constitucional. En el caso tratado, si la persona en cuyo favor se interpone la demanda se encuentra físicamente imposibilitada de valerse por sí misma, debido a su estado de salud y a su condición de hospitalizada, no puede cuestionarse el hecho de que su señora madre la represente en un proceso eminentemente tutelar como es el caso, máxime si las normas procesales existentes no comportan una interpretación restrictiva de derechos procesales. Por eso considera que debe declararse la continuación del presente proceso.

El modelo de Estado configurado por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de Derecho, con una estructura sustentada en la consecución de objetivos antes que en una reserva de actuaciones. Lo que el poder tiene de abstención opera, en lo fundamental, respecto de los derechos individuales y políticos; en cambio, lo que tiene de dinámico se reconduce al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, y todo ello dentro de los imperativos expresamente reconocidos por la Constitución. La inconstitucionalidad, por tanto, puede ser motivada tanto por acciones como por omisiones de los poderes públicos, y queda claro que en cualquiera de ambas hipótesis, y dentro de lo ponderable de cada caso, se impone el correctivo por medio del proceso constitucional.

El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, acciones cuyo cumplimiento corresponde al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud. Para tal efecto, debe adoptar políticas, planes y programas. Los servicios de salud, por consiguiente, cobran vital importancia en una sociedad, pues de su existencia y funcionamiento depende no solo el logro de mejores niveles de vida para las personas que la integran, sino que incluso en

la eficiencia de su prestación se encuentran en juego la vida y la integridad de los pacientes.

Si el Estado cuenta con políticas, planes y programas para garantizar su correcto funcionamiento, el hecho de que quienes lo representan opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de este marco de protección pública, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede ser justificado. O la salud es un derecho constitucional indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos, o simplemente se trata de una opción de actuación discrecional y, como tal, prescindible de acuerdo con la óptima disponibilidad de recursos. Entre ambas alternativas, y por lo que ya se ha puntualizado, el Estado social solo puede ser compatible con la primera de las descritas.

En el presente caso, señala el Tribunal, existen algunas situaciones no suficientemente acreditadas. En la incertidumbre de poder delimitar con toda precisión la situación en que se encuentra la persona en cuyo favor se interpone la demanda, el Tribunal opta por un pronunciamiento favorable, solo en tanto se trata de un caso «especial», donde se encuentra comprometido un derecho tan importante como la protección integral a la salud y la necesidad de tutela inmediata que se genera respecto de ella. Este razonamiento, por otra parte, se sustenta en la idea de que en el proceso constitucional de tutela la carga de la prueba recae prioritariamente en la parte demandada (quien debe demostrar no ser la autora de las agresiones a los derechos o que estas no se han producido) antes que en la demandante (quien, en lo fundamental, debe describir las conductas consideradas trasgresoras).

El derecho a la salud es un derecho fundamental ligado estrechamente al derecho a la vida, asume características de urgencia o, cuando menos, necesidad, ya que la presencia de una enfermedad o anomalía en la salud puede conducir a la muerte o desmejorar la calidad de vida de la persona que la padece. Por lo mismo, y en el caso de que la salud corra algún riesgo, o se vea perturbada, se evidencia la necesidad de adoptar medidas adecuadas para su tratamiento, sea que estas supongan prevención, sea que impliquen neutralización de los males que se padece, o sea que representen medidas de restablecimiento o recuperación.

Aunque en las instrumentales acompañadas al expediente no aparecen documentos que demuestren fehacientemente cuál es el estado de salud mental en que se encuentra la persona en cuyo favor se interpone la demanda y que, por lo mismo, contradigan el informe médico y la epicrisis que fueron expedidos por la institución hospitalaria demandada, tampoco ha podido establecerse que estos últimos sean suficientemente concluyentes o determinantes como para dar

de alta a la paciente, debido fundamentalmente a lo escueto y sobre todo a lo contradictorio de su contenido.

La enfermedad de la paciente no solo tiene carácter crónico, sino que, por su condición y por la propia conducta que asume, ha derivado en múltiples hospitalizaciones a lo largo de los años que la viene padeciendo. El informe social puntualiza, que «la paciente vive sólo con su madre» y «que se encuentra en silla de ruedas» y los ingresos económicos percibidos no son altos. Se deja entrever que estos no alcanzarían para cubrir las necesidades elementales que pudiese presentar una paciente con una enfermedad de las características detalladas. Finalmente, entre las sugerencias y recomendaciones del informe médico, se subraya la «necesidad de cuidados de enfermería» y de «contar con un tratamiento permanente ambulatorio», lo que indica que se debe estar pendiente de la paciente. El Tribunal entiende que el hecho de que el hospital haya dado de alta a la paciente sin tomar en consideración que de sus propias conclusiones y sugerencias se desprende la necesidad de un tratamiento que, aunque tenga carácter ambulatorio, asume naturaleza permanente, demuestra contradicciones. EsSalud no ha considerado, para el Tribunal, los suficientes elementos y la debida ponderación de circunstancias para limitar las prestaciones de salud a las que la persona en cuyo favor se interpone la demanda tiene derecho.

En dicho contexto, queda claro que, efectivamente, se estaría atentando contra los derechos constitucionales invocados. El Tribunal estima que, aunque al adoptar la presente decisión lo hace privilegiando las dudas existentes en favor de la persona por cuyos derechos se reclama, ello se debe no solo a la importancia de los derechos eventualmente comprometidos, sino a la necesidad de viabilizar los roles del Estado social y democrático de Derecho, proclamado en más de una oportunidad en diversas de sus sentencias, y traducido en una lógica de permanente como razonable protección material, y no simplemente en un esfuerzo de prescripción formal o meramente legal. Por lo anterior, declaró fundada la demanda y ordenó que el Hospital Hermilio Valdizán continúe con la hospitalización de Martha Olinda Combe Rivera, mientras no se definiera, con toda claridad y precisión, que su estado de salud puede ser objeto de atención médica ambulatoria.

4.3.8 Ex trabajador solicita continuación en el programa de asistencia médica que el empleador ofreció cuando se acogió al retiro voluntario

Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de Amparo
Demandante: Víctor Raúl Herrera Callirgos

Demandado: Banco de la Nación
Número de expediente: 402-97-AA/TC-Callao

HECHOS
El demandante cesó del Banco de la Nación para acogerse al Programa de Retiro Voluntario con Incentivos. Afirma que el Banco ofreció seguir otorgándole asistencia médica con las mismas reglas existentes a la fecha de acogerse al retiro voluntario, pero él y su madre han sido retirados del Programa de Asistencia Médica.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA
El banco les niega a él y a su señora madre el derecho a asistencia médica desde el 2 de julio de 1991, poniendo en riesgo su salud y la de su madre en atención a que no goza de ningún tipo de seguridad asistencial. Como estaba seguro de contar con este sistema de asistencia, el demandante no cotizó al Seguro Social. Fundamenta su demanda en el derecho a la salud establecido por la Constitución Política.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL
Según la oferta de incentivos para el cese, se ofrece a los trabajadores que se acojan al Programa de Incentivos que continuarán en el Programa de Asistencia Médica de acuerdo con las normas establecidas. El motivo para el cese del servicio médico a favor del actor y su señora madre se sustenta en normas producidas después del cese, como se aprecia del documento presentado por el Banco de la Nación, en el que se verifica que recién tres meses y días después de haberse acordado la ruptura de la relación laboral para acogerse a los incentivos, se acordó aprobar las normas especiales para el uso del Programa de Asistencia Médica de los trabajadores que se acogieron al Programa de Renuncia Voluntaria con Incentivos. Esta norma establece, entre otras pautas, que continuará prestándose el servicio médico durante cinco años después del cese de aquellos trabajadores que han trabajado más de veinte años, como es el caso del actor. Considerando que esta norma es posterior a lo pactado, no puede tener efecto retroactivo para actos y hechos producidos con anterioridad.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo y ordenó la continuación de la prestación médica a favor del actor y su madre.

4.3.9 Asegurado solicita que el seguro social asuma los costos de su tratamiento en el extranjero

Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de amparo

Demandante: Juan Gilberto Tapia Toledo
Demandado: Instituto Peruano de Seguridad Social
Número de expediente: 773-97-AA/TC-Lima

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante solicita que se cumpla la Resolución 001-GH-GCPSS-IPSS-95 y se autorice la continuación de su tratamiento médico en el Centro Especializado Servimed de Cuba, y que el seguro social asuma los costos del tratamiento, pasajes y viáticos. Sostiene el asegurado que padece de retinitis pigmentosa y necesita continuar su asistencia médica en La Habana, Cuba. Señala como razón constitucional de su demanda los artículos 7, 10 y 11 de la Constitución Política del Estado.[38]

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

La Resolución 001-GH-GCPSS-IPSS-95 autorizó el tratamiento médico del demandante en el Centro Especializado Servimed de Cuba a fin de lograr exclusivamente la no progresión de la enfermedad que padece el asegurado. Por tanto, carece de relevancia sostener que la enfermedad es «incurable». De conformidad con los artículos 7, 10 y 11 de la Constitución Política, es atendible la pretensión del demandante porque existe el deber del seguro social de reponer las cosas al estado anterior de la suspensión del tratamiento médico que venía recibiendo el asegurado; es decir, continuar con el tratamiento pendiente, en su segunda y tercera sesión.

Declaró fundada la acción de amparo y ordenó al demandado que cumpla lo dispuesto por la Resolución 001-GH-GCPSS-IPSS-95, que dispone el tratamiento médico iniciado a favor del asegurado en el Centro Especializado Servimed de Cuba, y asuma los costos conforme a ley.

38 *Artículo 7:* Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad; *artículo 10:* El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida; *artículo 11:* El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento

4.3.10 Solicitan estrategia de salud pública de emergencia para la ciudad de La Oroya, cuyo aire se encuentra con exceso de contaminación

Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Demanda de cumplimiento
Demandantes: Pablo Miguel Fabián Martínez y otros
Demandado: Ministerio de Salud
Número de expediente: 2002-2006-PC/TC Lima

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Los demandantes solicitan que se diseñe e implemente una estrategia de salud pública de emergencia para la ciudad de La Oroya, de conformidad con lo establecido por los artículos 96, 97, 98, 99, 103, 104, 105, 106 y 123 de la Ley 26842 (Ley General de Salud) y que, por consiguiente, se adopten las siguientes medidas:

a) la recuperación de la salud de los afectados, mediante la protección de grupos vulnerables, la implementación de medidas de prevención del daño a la salud y que se vele por el cumplimiento y levantamiento de información sobre los riesgos a los cuales la población se encuentra expuesta;
b) la declaración del estado de alerta de la ciudad de La Oroya, conforme lo establecen los artículos 23 y 25 del Decreto Supremo 074-2001-PCM, Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire; y
c) el establecimiento de programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, de conformidad con lo estipulado por el artículo 15 del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire.

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El MINSA menciona que ha realizado estudios sobre el nivel de plomo en la población de La Oroya y suscrito un Convenio con la Empresa Doe Run-Perú (empresa minera).

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En un Estado democrático y social de Derecho, los derechos sociales (como el derecho a la salud) constituyen una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual que ellos, erigirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de manera tal que se pueda lograr el respeto de la dignidad humana. La protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación del Estado de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el

efectivo ejercicio de este derecho y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente de aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras.

En cuanto a la protección «indirecta» del derecho a la salud mediante el proceso de cumplimiento, cabe destacar que procederá siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente contenido en una norma legal o en un acto administrativo, mandato que precisamente se deberá encontrar en una relación indisoluble con la protección del referido derecho fundamental. El proceso de cumplimiento examina si el funcionario o autoridad pública ha omitido cumplir una actuación administrativa debida que es exigida por un mandato contenido en una ley o en un acto administrativo, o si este funcionario o autoridad pública ha omitido realizar un acto jurídico debido, ya sea que se trate de la expedición de resoluciones administrativas o del dictado de reglamentos, de manera conjunta o unilateral. El proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger la eficacia de las normas legales y los actos administrativos. Carecería de objeto si el cumplimiento de los mandatos se realizara de manera «aparente», «parcial» o «deficiente».

En el presente caso, desde el año 1999 la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), así como diferentes instituciones, acreditaron la existencia de exceso de contaminación en el aire de la ciudad de La Oroya, y que en el caso de contaminación por plomo en la sangre, especialmente en los niños, se sobrepasó el límite máximo establecido por la Organización Mundial de la Salud (10 µg/100 mL). Se llegó incluso a detectar (Informe de DIGESA de 1999) dos casos de niños en los que se sobrepasaba los 70 µg/100mL, 62 niños que registraban entre 44,1 y 62 µg/100 mL, y 234 que registraban entre 20,1 y 44 µg/100 mL, entre otros resultados, lo que exigía por parte del Ministerio de Salud, en su condición de ente rector del sector Salud, la adopción de inmediatas medidas de protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas que habitan en la ciudad, entre otras acciones.

Respecto de la primera pretensión de implementar una estrategia de salud pública de emergencia para La Oroya, el Ministerio de Salud ha adoptado determinadas medidas basadas en las normas del caso, pero su cumplimiento no ha sido eficaz, sino más bien parcial e incompleto, a pesar de que ha transcurrido en exceso un plazo razonable para que el Ministerio de Salud, en especial la DIGESA, cumpla eficazmente los mandatos contenidos en la Ley General de Salud y su Reglamento. Desde 1999, año en que se realizaron los primeros estudios que determinaron la existencia de contaminación con plomo en la sangre, han transcurrido más de siete años sin que el Ministerio de Salud implemente un

sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población afectada. No es válido sostener que la protección de este derecho fundamental, por su dimensión de derecho social, deba diferirse en el tiempo a la espera de determinadas políticas de Estado. Tal protección debe ser inmediata, pues la grave situación que atraviesan los niños y las mujeres gestantes contaminadas exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, dado que, en este caso, el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención.

En cuanto a la segunda pretensión, declarar en estado de alerta a la ciudad de La Oroya, el Ministerio de Salud no ha realizado, con la urgencia que el caso concreto exige, las acciones eficaces tendientes a efectuar esta declaración, pese a la evidente existencia de exceso de concentración de contaminantes del aire en la mencionada localidad, lo que incumple el mandato contenido en el artículo 23 del Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, así como el artículo 105 de la Ley General de Salud. El reglamento dispone que es el Ministerio de Salud la autoridad competente para declarar los estados de alerta, para lo cual debe verificar básicamente que «se exceda o se pronostique exceder severamente la concentración de contaminantes del aire», que es la autoridad competente para «establecer» y «verificar» el cumplimiento de las medidas inmediatas que deberán aplicarse y que una vez producido el estado de alerta, debe hacer de conocimiento público tal estado y activar las medidas previstas con el propósito de disminuir el riesgo a la salud.

Si bien el Ministerio de Salud ha realizado acciones y estudios, estos no han sido los pertinentes para solucionar la grave situación existente en La Oroya, pese a que transcurrieron dos años entre la emisión del Decreto Supremo 074-2001-PCM y la expedición del Decreto Supremo 009-2003-SA, Reglamento de los Niveles de Estados de Alerta Nacionales para Contaminantes del Aire. Desde la expedición de este reglamento han transcurrido dos años más para que el Consejo Nacional del Ambiente, en coordinación con la DIGESA, expida el Decreto del Consejo Directivo 015-2005-CONAM-CD, Directiva para la Aplicación del Reglamento de los Niveles de Estados de Alerta Nacionales para Contaminación del Aire.

Los niveles de contaminación por plomo y otros elementos químicos en la ciudad de La Oroya han sobrepasado estándares mínimos reconocidos internacionalmente, generando graves afectaciones de los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado de la población de esta ciudad, razón por la cual el emplazado Ministerio de Salud está en la obligación de realizar, urgentemente, las acciones pertinentes para la implementación de un sistema que permita la declaración del respectivo estado de alerta y, de este modo, atender la salud de la población afectada. Si bien el Ministerio de Salud y empresas privadas,

ante situaciones de grave alteración de la salud como la contaminación por plomo en la sangre, han firmado convenios, el Ministerio de Salud, dada su condición de ente rector del sector Salud, es el principal responsable de la recuperación inmediata de la salud de los pobladores afectados.

Respecto del examen de la tercera pretensión, establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la ciudad de La Oroya, el Tribunal señaló que el Ministerio de Salud ha omitido establecer «eficazmente» acciones destinadas a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental, incumpliendo el mandato contenido en el artículo 15 del D. S. 074-2001-PCM. Conforme se aprecia en el D. S. 074-2001-PCM, existen diferencias entre los denominados «estudios epidemiológicos» (artículo 14) y los «programas de vigilancia epidemiológica y ambiental» (artículo 15), pues estos últimos son estudios complementarios que debe realizar el Ministerio de Salud cuando lo justifique la diferencia existente entre los estándares nacionales de calidad ambiental del aire y los valores encontrados en una determinada zona, de modo tal que se puedan evitar riesgos para la respectiva población. Los demandados no han acreditado haber desarrollado programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la ciudad de La Oroya.

Sentencia del Tribunal

El Tribunal declaró fundada en parte la demanda de cumplimiento y ordenó que el Ministerio de Salud, en el plazo de 30 días, implementara un sistema de emergencia para atender la salud de la personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación. Asimismo, estableció que en el mismo plazo cumpla con realizar todas aquellas acciones tendientes a la expedición del diagnóstico de línea de base, conforme lo prescribe el Reglamento de Estándares Nacionales de Calidad Ambiental del Aire, para que, cuanto antes, puedan implementarse los planes de acción para el mejoramiento de la calidad del aire en la ciudad de La Oroya. También ordenó que, en un plazo de 30 días, cumpla con realizar todas las acciones tendientes a declarar el estado de alerta en la ciudad de La Oroya, y que se ordene a la Digesa que, en el plazo de 30 días, cumpla con realizar acciones tendientes a establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona que comprende a la ciudad de La Oroya. Finalmente, ordenó que pasados los plazos, se informe al Tribunal Constitucional respecto de las acciones tomadas para el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia.

Además, exhortó al Gobierno Regional de Junín, a la Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, al Ministerio de Energía y Minas, al Consejo Nacional del Ambiente y a empresas privadas como Doe Run Perú SRL, entre otras, que desarrollan

sus actividades mineras en la zona mencionada, a participar, urgentemente, en las acciones pertinentes que permitan proteger la salud de los pobladores de la referida localidad, así como la del medio ambiente en La Oroya, debiendo priorizarse, en todos los casos, el tratamiento de los niños y las mujeres gestantes.

4.3.11 Denuncian trato cruel, inhumano y degradante hacia internas de centro penitenciario

Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de hábeas corpus
Demandantes: Natalia Foronda Crespo y otras
Número de expediente: 2333-2004-HC/TC Callao

HECHOS
Las recurrentes interponen acción de hábeas corpus contra el ministro de Justicia, el presidente del Consejo Nacional Penitenciario del INPE, la directora del Establecimiento Penitenciario para Mujeres de Régimen Cerrado Ordinario de Chorrillos-Santa Mónica, entre otros, con el objeto de que cesen las conductas inconstitucionales cometidas contra ellas.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA
Las accionantes alegan la vulneración de su derecho a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes en el centro de reclusión carcelaria; a no ser violentadas para obtener declaraciones; a ser asistidas por un abogado defensor de su elección; a formular peticiones y reclamos ante la autoridad competente; a no ser sometidas a tratos inhumanos al ejecutar sanciones como aislamiento o calabozo; y a actuar conforme a los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación que debe cumplir toda pena.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL
El derecho a la integridad personal es un atributo indesligablemente vinculado con la dignidad de la persona y con los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar. El derecho a la integridad personal «tiene implicación con el derecho a la salud en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo así en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo».

La argumentación señala que el Tribunal Constitucional ya ha establecido jurisprudencialmente la protección del derecho a la integridad personal a través de la vía de la acción de hábeas corpus, en el expediente 590-2001-HC/TC, que señaló lo siguiente: «Siendo el objeto del presente proceso constitucional que el órgano jurisdiccional disponga que cesen las condiciones de reclusión ya expuestas, se está ante la pretensión del "hábeas corpus correctivo", que procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados». En la resolución del expediente 2663-2003-HC/TC, el Tribunal, específicamente en cuanto al hábeas corpus correctivo, estableció que dicha modalidad es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal y arbitrario respecto de las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de libertad.

El Tribunal añade que en lo que respecta a una de las recurrentes, resulta insuficiente la toma de declaraciones que se le efectuó, si lo que se alega es maltrato físico y psicológico, por el hecho de no haber recibido una atención médica oportuna a consecuencia de un accidente que sufrió y haberse impedido su tratamiento médico posterior. Resulta evidente la necesidad de que sea el personal médico el que determine el estado de salud de la agraviada y el tratamiento que debió corresponderle.

El Tribunal considera que la primera instancia no ha realizado una diligencia de constatación compatible con las características que impone el reclamo formulado y que ha optado por una fórmula inmediatista y poco razonada al establecer que el sistema penitenciario es deficiente en el país por razones económicas, pues aunque nadie discute ese hecho, carecen de sentido tales argumentos cuando lo que está de por medio es el trato digno de las reclusas que el Estado está obligado a garantizarles. Por lo anterior, y ante la necesidad de enmendar a la brevedad el vicio procesal que implicó la forma en que se llevó a cabo la diligencia de constatación, el Tribunal declaró nula la sentencia recurrida y repuso la causa con la finalidad de que el juez realizara nuevamente, y de manera inmediata, la diligencia de constatación.

4.4 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA

4.4.1 Avances conceptuales

El Tribunal Constitucional desarrolla importantes definiciones y contenidos del derecho a la salud:

- Considera que es un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, entendida esta como supervivencia y como calidad de vida.
- Señala que el carácter progresivo de un derecho social como la salud no autoriza a la inacción estatal, sino que obliga al Estado a actuar con plazos razonables para ejecutar políticas concretas y permanentes.
- Declara que este derecho deja de ser programático para convertirse en derecho concreto, exigible judicialmente, cuando su afectación posee gravedad y razonabilidad, se vincula o afecta a otros derechos, y si hay disponibilidad presupuestal del Estado. El caso de una afectación a la salud como el VIH-sida cumple con todas estas condiciones para ser amparado por la jurisdicción constitucional (expediente 2945-2003-AA/TC-Lima).

En el plano procesal, la jurisprudencia incluye el uso de criterios tales como que la duda favorece al demandante o la inversión de la carga de la prueba sobre la base de la enorme importancia del derecho a la salud (expediente 1956-2004-AA/TC–Lima).

En el ámbito procesal también, el Tribunal Constitucional determina que por la importancia del derecho a la salud, no cabe declarar ni improcedencia ni inadmisibilidad de las acciones dirigidas a protegerlo, pues existe una grave responsabilidad al no procesar estos casos (expediente 318-96-HC/TC–Lima).

La garantía de un medio ambiente sano es una forma de proteger el derecho a la salud dado que solo a través de ella se protege de afectaciones concretas el derecho a la salud de toda una población. En estos casos, el derecho es exigible y de ineludible atención, sobre todo porque afecta prioritariamente a pobladores en estado de vulnerabilidad como son los niños, las niñas, las mujeres gestantes y los adultos mayores. El Tribunal determinó que el Estado ha incumplido con su obligación de proteger la salud de la población por no haber adoptado las medidas correspondientes para atender el problema en un plazo más que suficiente. Ello supone una clara alusión al concepto de que el carácter progresivo del derecho a la salud no significa que esté sujeto a plazo indeterminado ni a la disponibilidad de recursos, y por eso ordena al Ejecutivo la adopción inmediata de medidas tendientes a proteger efectivamente el derecho a la salud de la población afectada.

El Tribunal habilita de manera consistente y explícita la vía del hábeas corpus para la protección del derecho a la salud, interpretando que este se encuentra comprendido entre los derechos conexos al derecho a la integridad personal que esta institución protege, lo que en términos procesales supone la ventaja de un

procesamiento más breve (expedientes 318-96-HC/TC–Lima, 2333-2004-HC/TC Callao).

4.4.2 Nudos

El rechazo final del que han sido objeto las acciones interpuestas por personas privadas de la libertad o incluso la determinación de anular el proceso y volver a investigar la denuncia da cuenta de la especial dificultad que tienen para hacer valer su pretensión y sobre la necesidad de que en tales circunstancias se planteen pruebas, medidas de protección y demás mecanismos de acción afirmativa basados en la acción tuitiva de los órganos jurisdiccionales (expedientes 1074-98-HC/TC-Lima, 753-2005-PJC/TC-Lima, 2333-2004-HC/TC Callao, 318-96-HC/TC-Lima).

El Tribunal exige al interno de un centro penitenciario la prueba de la lesión de su derecho a la salud sin considerar sus limitadas posibilidades de obtención de pruebas para sus alegatos: «no se ha acreditado que el traslado haya arriesgado la salud o la vida del interno», «no se ha acreditado que su dolencia exija su permanencia en un establecimiento penitenciario específico», «no se ha probado que el otro establecimiento sea inadecuado para su reclusión», «no se ha acreditado la demora en la entrega de medicamentos», «no se ha acreditado maltrato por parte de las autoridades», etcétera (expediente 1074-98-HC/TC-Lima). No obstante, en otro proceso constitucional de amparo, este mismo Tribunal establece que la carga de la prueba recae prioritariamente en la parte demandada, quien debe demostrar no ser la autora de las agresiones a los derechos o que estas no se han producido, antes que en la demandante, quien fundamentalmente debe describir las conductas consideradas trangresoras (expediente 1956-2004-AA/TC–Lima).

4.4.3 Respecto del enfoque de género

En materia de salud sexual y reproductiva, alegando una cuestión formal, no se declaró inconstitucional la anticoncepción quirúrgica voluntaria, pero el Tribunal dejó claramente sentado que considera que no es un método de planificación familiar y que solo es admisible por motivos terapéuticos o razones médicas. En voto discordante, se llega a decir incluso que la anticoncepción quirúrgica voluntaria debe ser provista por el Estado como estrategia en beneficio de la población indigente que deseando controlar su reproducción, no pueda manejar con eficacia los métodos temporales por su bajo nivel educativo (expediente 014-96-I/TC).

4.5 ANÁLISIS SEGÚN ESTÁNDARES DE ATENCIÓN DE LA SALUD

4.5.1 Disponibilidad

En el caso tramitado con expediente 3208-2004 AA/TC-Huánuco, el recurrente solicita que no se le aplique el Reglamento de Modernización de la Ley de Seguridad Social y que se le reconozcan prestaciones de salud en forma integral durante el período de latencia por desempleo; es decir, pide que el seguro social cubra las prestaciones de salud de manera integral mientras esté desempleado. Desde la perspectiva del Tribunal, las normas sobre derecho especial de cobertura por desempleo no vulneran el derecho a la salud porque significan una ampliación de cobertura respecto a la legislación precedente, y el Estado está adoptando medidas positivas en forma gradual y progresiva. De lo anterior se desprende que el Tribunal Constitucional está valorando la existencia o *disponibilidad* de una norma protectora del derecho a la salud. Aquí está presente, más que en otros casos, el tema del carácter progresivo del derecho a la salud.

4.5.2 Accesibilidad

Frente a la pretensión del deber estatal de brindar atención por VIH-sida a madres gestantes y niños y niñas, la Corte señala, en la resolución del expediente 2945-2003-AA/TC-Lima, que el derecho a la salud es fundamental si su desatención puede conducir a la muerte o a desmejorar la calidad de vida. El Estado debe proteger a todas las personas con VIH y no solo a los niños y niñas, del mismo modo que brinda tratamiento a las personas enfermas con tuberculosis, por ejemplo. Con ello, la Corte, creemos, pone de relieve el estándar de *accesibilidad* en su dimensión de *no discriminación*, pues señala que todas las personas con VIH tienen derecho a la atención de su salud de manera inmediata, por constituir un grupo vulnerable. Con esta argumentación, el Tribunal estaría acogiendo, además, el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* que indica que los grupos vulnerables o marginados accedan a los servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria.

El estándar de *accesibilidad,* en su dimensión de *no discriminación,* es el involucrado en el caso tramitado con expediente 1074-98-HC/TC-Lima, respecto de un interno del Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Ordinario Lurigancho, que alega que al ser trasladado a otro centro penitenciario de máxima seguridad, las autoridades penitenciarias ponen en riesgo su vida, por las características de ese centro de reclusión. No obstante, el Tribunal señala que no se ha

acreditado que el traslado arriesgue la salud o la vida del recluso y que, en todo caso, siempre existe el derecho a la atención médica especializada fuera del establecimiento penitenciario. Con ello, el tribunal señala el deber estatal de brindar las garantías necesarias a una persona que por hallarse privada de su libertad se encuentra en estado de vulnerabilidad.

La resolución del expediente 2333-2004-HC/TC-Callao establece el vínculo indesligable del derecho a la integridad personal con la dignidad humana y con los derechos a la vida y a la salud. A propósito de la denuncia de un grupo de internas de un centro penitenciario por atentados contra derechos constitucionales, el Tribunal ordena un nuevo proceso en la convicción de que la actuación judicial de la primera instancia fue deficiente. En particular, respecto de la situación de una de las recurrentes que alegó no haber recibido atención médica oportuna a consecuencia de un accidente que sufrió, y haberse impedido su tratamiento médico posterior, el Tribunal señaló el deber de los funcionarios judiciales de asegurarse de que la presunta agraviada recibiera el tratamiento que correspondía a su estado de salud, para lo que debió entrevistarse con el personal médico del centro penitenciario. Con ello, creemos, los magistrados constitucionales ponen de relieve el estándar de *accesibilidad* en su dimensión de *no discriminación*, pues se trata de un grupo en situación de vulnerabilidad.

En la resolución del expediente 753-2005-PJC/TC-Lima, que versa sobre las condiciones de reclusión de una interna penitenciaria, y la afectación de su derecho a la salud, el Tribunal se pronuncia sobre el deber estatal de brindar atención médica a la recurrente, y del análisis de los actuados, concluye que tal derecho no ha sido vulnerado, y que incluso se ha garantizado una alimentación adecuada al estado de salud de la interna. Por ello, desde el punto de vista del Tribunal, el estándar de *accesibilidad* no habría sido desatendido en este caso.

En general, en aquellos casos en que el Tribunal está consciente de la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad y, por consiguiente, del deber estatal de brindarles las garantías necesarias para asegurar su buen estado de salud, estaría acogiendo el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* a que las poblaciones vulnerables o marginadas tengan acceso a los servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria.

El estándar de *accesibilidad* es el valorado en la resolución del caso tramitado con expediente 1956-2004. En la causa referida a la solicitud de una asegurada para que no se deshospitalice a su hija, quien padece esquizofrenia paranoide crónica y hemiplejia, el Tribunal señala que existe la necesidad de viabilizar los roles del Estado social y democrático de Derecho, traducido en una lógica de permanente y razonable protección material y no simplemente en

una prescripción formal. Por ello, resuelve la continuación de la hospitalización mientras no se defina claramente que la paciente puede ser objeto de atención médica ambulatoria. La Corte se pronuncia de esta manera porque lo califica de «caso especial», en el cual la salud debe estar atendida por el servicio de salud de manera permanente, cuando están en juego la vida y la integridad. El estándar de *accesibilidad,* en este caso, aborda la dimensión de *continuidad* de prestación del servicio de salud.

En el análisis del caso tramitado con expediente 402-97, los jueces constitucionales garantizan el estándar de *accesibilidad,* en cuanto a la *continuidad* del servicio. Es el caso de un demandante cesante del Banco de la Nación, quien, junto con su madre, está cubierto por el programa de asistencia médica que su centro de trabajo le ofreció a la fecha de su retiro voluntario. El argumento principal del Tribunal es que la norma que restringe el período de prestación del servicio de salud es posterior, y no puede tener efectos retroactivos; por eso ordena la continuidad del servicio.

En la resolución del expediente 773-97, que versa sobre el caso de un asegurado que sufre retinitis pigmentosa, y solicita que se cumpla la resolución administrativa del IPSS mediante la cual se autoriza seguir el tratamiento médico en Cuba, el Tribunal Constitucional pone de relieve el estándar de *accesibilidad*. En efecto, los magistrados señalan que la no progresión de la enfermedad es suficiente argumento para amparar la *continuidad* del tratamiento que venía recibiendo el asegurado. Consideran que resulta irrelevante que la enfermedad sea incurable, pues de lo que se trata es de mejorar la salud, que en este caso se conecta con el derecho a la mejor calidad de vida posible.

4.5.3 Aceptabilidad

En sentencia que resuelve la causa tramitada con expediente 014-96-I/TC, la Corte peruana, aun cuando finalmente declara infundada la acción de inconstitucionalidad que reclamaba la anticoncepción quirúrgica voluntaria como método que atenta contra el derecho constitucional a la integridad física, muestra, desde nuestra perspectiva, una desconsideración del elemento de *aceptabilidad,* en particular, de la *sensibilidad al género*. En efecto, si bien dicha anticoncepción está prevista para mujeres y hombres, lo cierto es que son preponderantemente mujeres quienes acuden a ella. De allí que resulte relevante esta sentencia para la perspectiva de género, pues debate sobre un derecho que atañe fundamentalmente a las mujeres: la libertad de decidir sobre su capacidad reproductiva.

4.5.4 Calidad

Un caso de afectación del medio ambiente con incidencia directa en la salud de su población es el tramitado con expediente 2002-2006-PC/TC–Lima. En este proceso, pobladores de la ciudad de La Oroya solicitan que el Ministerio de Salud diseñe e implemente una «Estrategia de salud pública de emergencia» para su ciudad, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Salud, y que adopte medidas concretas dirigidas a asegurar la recuperación de la salud de los afectados, prevenir los daños a la salud y levantar información sobre los riesgos a los cuales la población se encuentra expuesta, entre otras acciones. El Tribunal Constitucional, luego de señalar que han transcurrido más de siete años sin que el Ministerio de Salud implemente un sistema de emergencia que proteja, recupere y rehabilite la salud de la población afectada, considera que la grave situación que atraviesan los niños y las mujeres gestantes exige del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, pues en este caso el derecho a la salud debe ser atendido ineludiblemente. Al reconocer que los niveles de contaminación por plomo y otros elementos químicos en la ciudad de La Oroya han sobrepasado estándares mínimos reconocidos internacionalmente y generado graves afectaciones de los derechos a la salud y a un medio ambiente equilibrado y adecuado, los magistrados constitucionales imponen al Ministerio de Salud la obligación de realizar, de manera urgente, las acciones pertinentes para atender la salud de la población afectada, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes. Con ello, la Corte recoge el estándar de *calidad*, en este caso de las acciones sanitarias para proteger y recuperar la salud de la población afectada por la contaminación, en vista de que las medidas adoptadas con anterioridad no tuvieron la eficacia suficiente para revertir la grave situación de salud de la población de La Oroya.

Asimismo, con esta resolución, el Tribunal estaría acogiendo el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud,* que demanda a los Estados implementar una estrategia para la salud pública y un plan de acción, basado en evidencia epidemiológica, que aborde los problemas de salud de la población de La Oroya.

Capítulo 5

LITIGIOS ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

5.1 LITIGIOS ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

De manera similar a lo ocurrido con los casos planteados ante los sistemas nacionales de administración de justicia, los cuatro países materia de la presente investigación han presentado peticiones ante el Sistema Interamericano, refiriéndose de manera directa o indirecta al derecho a la salud, esta vez apelando a los instrumentos internacionales de derechos humanos que lo protegen.

Como bien sabemos, la Convención Americana de Derechos Humanos instituye el Sistema de Justicia Interamericano en la región, estableciendo la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana como órganos ante los cuales se acude cuando no se logra el restablecimiento del derecho vulnerado en el plano nacional. Aun cuando este instrumento jurídico no reconoce el derecho a la salud de modo directo, el Protocolo Adicional a la Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresamente lo consagra en el artículo 10, en los términos y alcances detallados en la primera parte de este trabajo.

Sin embargo, en el Sistema Interamericano, el derecho a la salud solo puede ser amparado de manera indirecta, por las limitaciones que contiene el propio Protocolo de San Salvador, que en su artículo 19, numeral 6, establece la posibilidad de acudir a las instancias interamericanas de justicia a través de peticiones individuales solo en dos ámbitos: violación del derecho a la sindicalización y a la educación, previstos respectivamente en los artículos 8 (a) y 13.[1] En este sentido,

1 El artículo 19 (c) señala: «En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8º y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de

podemos afirmar que la exigibilidad del derecho a la salud no está garantizada en el sistema de justicia interamericano, desde el punto de vista procedimental, puesto que no existen mecanismos procesales para la judicialización del derecho a la salud de modo directo. Probablemente a ello se deba el escaso el número de litigios que se ha logrado reunir y la ausencia de una sentencia de estos órganos de justicia que aborde el derecho a la salud de manera directa.

5.1.1 Solicitan acceso a atención médica y tratamiento de personas que viven con VIH-sida en el Ecuador

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Petición de medidas cautelares
Peticionarios: Personas que viven con VIH-sida
Denunciado: Estado ecuatoriano
Fecha de resolución: 9 de julio del 2002

ARGUMENTOS DE LA PETICIÓN

Los peticionarios sostuvieron que los organismos sanitarios del Ecuador no les proporcionaron pruebas clínicas básicas para determinar el curso de su enfermedad y el tratamiento adecuado.

MEDIDA ADOPTADA POR LA CIDH

La Comisión otorgó medidas cautelares en favor de seis personas ecuatorianas portadoras del VIH-sida y solicitó al Estado ecuatoriano que proporcionara a los beneficiarios el examen y el tratamiento médico indispensables para su supervivencia.

Los peticionarios presentaron una segunda, una tercera y una cuarta solicitud de medidas cautelares, con lo cual, para el 12 de agosto del 2002, el total de personas amparadas con medidas cautelares ascendía a 54. Por esta razón, con cada solicitud, la Comisión amplió las medidas cautelares ordenadas inicialmente el 9 de julio del 2002.

El 26 de agosto del 2002 el Estado ecuatoriano señaló que «los seis portadores originales del VIH/SIDA estaban recibiendo asistencia médica y que el Ministerio de Salud había adquirido medicamentos para prevenir la transmisión materno infantil para 100 mujeres y para asistir a aproximadamente 120 personas con VIH».

---

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

Posteriormente, los peticionarios presentaron una quinta y una sexta solicitudes adicionales de medidas cautelares, con lo cual el número total de personas afectadas y objeto de medidas cautelares, para el 23 de setiembre del 2002, ascendió a 153.

El 15 de octubre del 2002 la Comisión celebró una audiencia sobre el tema a solicitud del Estado, audiencia en la cual los peticionarios informaron a la Comisión que, aproximadamente, 18 personas portadoras de VIH-sida habían fallecido para esa fecha.

5.1.2 Solicitan acceso a atención médica y tratamiento de persona que vive con VIH-sida en Colombia

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Petición de medidas cautelares
Peticionaria: Persona que vive con VIH-sida
Denunciado: Estado colombiano
Fecha de resolución: 2 de octubre del 2002

ARGUMENTOS DE LA PETICIÓN

El peticionario señala que vive solo y no recibe rentas de ningún tipo, que quedó desempleado y, por lo tanto, desvinculado del Seguro Social. En vista de que el Estado colombiano ofrece acceso al tratamiento de la enfermedad a través del Seguro Social, el beneficiario quedó automáticamente desafiliado del programa de VIH-sida al cual se encontraba vinculado desde noviembre de 1994 y que le proporcionaba tratamiento sobre la base de antirretrovirales AZT 3TCIDV.

MEDIDA ADOPTADA POR LA CIDH

La suspensión del tratamiento resulta fatal para la vida del accionante, de acuerdo con los estándares de la OPS, y por eso solicitó al Estado colombiano restablecer el suministro de tratamiento al beneficiario. En respuesta, el Estado adoptó las medidas necesarias para incluir al beneficiario en un programa ad hoc de acceso al tratamiento antirretroviral.

5.1.3 Solicitan acceso a atención médica y tratamiento de personas que viven con VIH-sida en Bolivia

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Petición de medidas cautelares

Peticionarios: 52 personas que viven con VIH-sida
Denunciado: Estado boliviano
Fecha de resolución: 3 de octubre del 2002

ARGUMENTOS DE LA PETICIÓN
Las 52 personas que viven con VIH-sida alegaron en muchos de los casos haber acudido a los sistemas de salud pública del Estado sin haber obtenido asistencia para la realización de los exámenes necesarios con el fin de determinar el avance de la enfermedad o recibir el tratamiento antirretroviral requerido para hacer posible su supervivencia.

ARGUMENTOS DEL DENUNCIADO
Por toda respuesta, el 22 de enero del 2003 el Estado presentó fotocopia del *Informe del Programa Nacional ITS/VIH/SIDA*.

MEDIDA ADOPTADA POR LA CIDH
El 3 de octubre del 2002 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares a favor de 52 personas bolivianas, incluidos dos menores de edad, portadoras del VIH-sida.

5.1.4 Solicitan acceso a atención médica y tratamiento de personas que viven con VIH-sida en el Perú

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Petición de medidas cautelares
Peticionarios: 15 personas portadoras del VIH-sida
Denunciado: Estado peruano
Fecha de resolución: 23 de setiembre del 2002

ARGUMENTOS DE LA PETICIÓN
Los peticionarios manifiestan ser portadores del VIH-sida con niveles de CD-4 inferiores a los 300 por milímetro cúbico en la sangre; su sistema inmunológico está comprometido al punto de poner en peligro sus vidas.

Alegaron haber acudido a los sistemas de salud pública del Estado sin haber obtenido asistencia para la realización de los exámenes necesarios con el fin de determinar el avance de la enfermedad o recibir el tratamiento antirretroviral requerido para hacer posible su supervivencia, y solicitan una medida cautelar.

ARGUMENTOS DEL DENUNCIADO
El Estado indicó que no obstante la magnitud del problema, no contaba con una política destinada a proporcionar acceso universal al tratamiento antirretroviral para los portadores de VIH-sida. Señaló que a partir de setiembre del 2002, se había implementado un programa especial para atender a niños infectados con el virus con una meta estimada de 150 pacientes bajo tratamiento, así como programas de capacitación para funcionarios del sector Salud encargados de la atención de enfermos adultos.

MEDIDA ADOPTADA POR LA CIDH
La Comisión solicitó al Estado que por intermedio de las autoridades competentes se adoptaran las medidas necesarias para establecer el avance de la enfermedad y el tratamiento necesario conforme a los estándares internacionales establecidos por la OPS.

5.1.5 Denuncian responsabilidad estatal por falta de acceso a la justicia en caso de negligencia médica cometida en establecimiento privado

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Petición 419/01
Peticionarios: Carmen Susana Cornejo Albán, en su nombre y en el de su cónyuge, Bismarck Wagner Albán Sánchez (padres de la víctima)
Denunciado: Estado ecuatoriano
Informe de admisibilidad 69/02

HECHOS
Laura Susana Albán Cornejo, ecuatoriana, de 20 años de edad, soltera, estudiante universitaria, ingresó el 13 de diciembre de 1987 al hospital privado Metropolitano de Quito con fuertes dolores de cabeza, mucha fiebre y convulsiones. La paciente fue diagnosticada con «meningitis bacteriana» y fue ingresada a la sala de cuidados intensivos bajo la responsabilidad del neurólogo Ramiro Montenegro López, su médico tratante. Sin embargo, el 17 de diciembre de 1987, Fabián Ernesto Espinoza Cuesta, médico residente, le administró a Albán Cornejo diez ampollas de morfina, contraindicada para estos casos. Ello le causó la muerte, acaecida el 18 de diciembre de 1987. Los peticionarios alegan que sufrieron un trato inhumano desde el momento en que entraron al hospital; las autoridades le exigieron la cédula de identidad de Albán Cornejo y dos cheques en blanco como garantía. Cuando Albán Cornejo fue colocada en la unidad de cuidados

intensivos, se les informó a los peticionarios que estaría bajo el cuidado de un médico y una enfermera jefa. Los peticionarios alegan que, angustiados por el bienestar de su hija, entraron a la sala, pese a que el ingreso estaba prohibido, y la hallaron en un cubículo aislado, quejándose de sed y dolor de cabeza, sin que nadie la asistiera. La única enfermera presente atendía el teléfono y no respondió al pedido de los peticionarios para que llamara a un médico ante las condiciones de la paciente, tanto así que al momento en que esta falleció no se encontraba presente ningún médico ni enfermera. Los peticionarios afirman que trataron de obtener el expediente hospitalario de su hija, pero las autoridades del hospital no lo facilitaron, razón por la cual se vieron precisados a acudir ante un juez en lo civil para obtener una copia, trámite que llevó dos años, pero el juez no se lo suministró. Añaden que presentaron una denuncia ante el Colegio de Médicos de Pichincha, pero el Tribunal de Honor de esta entidad resolvió liberar de toda responsabilidad a los médicos acusados. Luego de dos trámites judiciales infructuosos, el 1.º de noviembre de 1996 comparecieron ante el ministro fiscal general de la Nación y presentaron su denuncia contra el hospital Metropolitano y los dos médicos que causaron la muerte de su hija por haberle administrado un medicamento contraindicado, al amparo de los artículos 456 y 457 del Código Penal, que tipifican la administración de medicamentos que causen la muerte como homicidio intencional cuando lo comete un médico. La causa se sustanció, dicen, en un prolongado sumario y, finalmente, el juez de la causa desestimó las acusaciones contra los médicos. Los peticionarios apelaron la decisión ante la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, que remitió el proceso en consulta ante el ministro fiscal de Pichincha. En su dictamen, este concluyó que los acusados eran autores del delito denunciado y que debía abrirse la etapa plenaria en su contra. Sin embargo, el 13 de diciembre de 1999 la Sexta Sala declaró prescrita la acción en contra de Montenegro por haber transcurrido diez años desde que ocurrió el hecho, y con respecto a Espinosa, declaró que no estaba inmerso dentro del plazo de la prescripción porque el hospital se había negado a revelar su nombre por más de diez años, período en el cual quedaron suspendidas las actuaciones en su contra hasta que se obtuvo su identidad. Por esta razón se abrió en su contra la etapa plenaria; sin embargo, dado que el acusado se encontraba prófugo, se suspendieron las actuaciones plenarias hasta que fuera detenido o se presentara voluntariamente. Los peticionarios solicitaron la revocación de la declaratoria de prescripción en contra de Montenegro, la que fue rechazada, y luego interpusieron recurso de casación, que también fue desestimado.

Argumentos de la petición

Los peticionarios alegan la violación de los siguientes derechos protegidos por la

Convención Americana sobre Derechos Humanos: derecho a la vida (artículo 4), derecho a un trato humano (artículo 5), derecho a la información (artículo 13), derecho al debido proceso y a la protección judicial (artículos 8 y 25), conjuntamente con las obligaciones dispuestas en el artículo 1(1).

ARGUMENTOS DEL DENUNCIADO

El Estado sostuvo que los peticionarios no habían agotado los recursos internos, por cuanto se encontraban suspendidas las actuaciones de la etapa plenaria en contra de Espinoza y se debía esperar que este proceso se resolviera en todas sus instancias. En cuanto a Montenegro, argumentó que el hecho de haber obtenido una resolución desfavorable en alguna instancia no implica una violación a la Convención Americana, que la muerte de Albán Cornejo se produjo a raíz de la negligencia médica en un hospital particular y que no se puede atribuir responsabilidad internacional al Estado por un delito que no fue cometido por agentes estatales.

ARGUMENTOS DE LA CIDH RESPECTO DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PETICIÓN

Para declarar la admisibilidad, la Comisión valora que el Estado no argumenta que quedan recursos internos para agotar con relación a Montenegro, pero sí en lo que concierne a Espinoza, y dado que Montenegro estaba encargado de la paciente, su responsabilidad se podría derivar del hecho de que Espinoza fue quien supuestamente administró el medicamento alegado como fatal; además, la Comisión encuentra que el Estado no argumenta que los recursos internos serán efectivos, ya que Espinoza está prófugo, y que el Estado no suministra información alguna de que esté tomando alguna medida para obtener jurisdicción sobre él, por lo que concluye que el Estado no ha probado que existan recursos internos que deban ser agotados. La Comisión también observa que la legislación penal ecuatoriana tipifica los actos descritos en esta denuncia como «homicidio intencional», con independencia de que sean cometidos en un hospital público o privado, y que el hecho de que los actos hayan sido cometidos en un hospital privado no elimina la responsabilidad internacional del Estado. La Comisión concluye que el caso en cuestión satisface los requisitos de admisibilidad establecidos en la Convención Americana y lo declara admisible respecto de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana e inadmisible respecto de los artículos 13, 4 y 5.

5.1.6 Denuncian responsabilidad estatal por daños a la salud de los miembros de una comunidad indígena

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Petición 167/03

Peticionarios: Asociación de Pueblos Kichwa de Sarayaku, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), a nombres de las víctimas
Denunciado: Estado ecuatoriano
Informe de admisibilidad 62/04

HECHOS

En el año 1996, el Estado ecuatoriano firmó un contrato de participación con la empresa argentina Compañía General de Combustible CGC, para la exploración y explotación petrolera de 200.000 hectáreas en la provincia oriental de Pastaza, en un área denominada «Bloque 23». Gran parte de este bloque, 65%, abarca el territorio ancestral y legal del pueblo indígena Sarayaku. Los peticionarios alegan que el contrato de participación entre el Estado y la empresa petrolera se realizó sin respetar los procedimientos reglamentarios, constitucionales y convencionales establecidos en el derecho nacional e internacional. Además, no se consultó al pueblo indígena Sarayaku ni se cumplió con el requisito de obtener su consentimiento libre e informado para la realización de actividades extractivas en su territorio. Asimismo, los peticionarios expresan que a partir del año 2002, momento en el cual la empresa petrolera comenzó a realizar la fase de prospección sísmica en el territorio de Sarayaku, se concretaron una serie de violaciones a los derechos humanos fundamentales de este pueblo, violaciones de tal magnitud que el gobernador de la provincia, la Comandancia de Policía de la provincia, la Asociación de Sarayaku, la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (CONFENIAE) y la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza (OPIP), suscribieron un acuerdo con la empresa CGC por el cual esta se comprometió a respetar los derechos del pueblo Sarayaku. El 27 de noviembre del 2002 el pueblo Sarayaku fue declarado bajo protección de la Defensoría del Pueblo del Ecuador por medio de una resolución que establece la obligación de todas las autoridades, funcionarios públicos y personas naturales y jurídicas de observar, respetar, asistir y garantizar los derechos de la comunidad Sarayaku y sus miembros; y que ninguna persona, autoridad o funcionario podrá impedir el libre tránsito, circulación, navegación e intercomunicación de los miembros de la comunidad Sarayaku, «por todas las tierras, ríos, que ellos requieran y necesiten realizar en legítimo derecho» y que quien lo haga estará sujeto a la imposición de las penas y sanciones que establece la ley ecuatoriana.

Los peticionarios sostienen que, a pesar de la resolución del defensor del Pueblo, entre noviembre del 2002 y febrero del 2003, trabajadores y guardias de la empresa petrolera, con la aquiescencia de miembros de las Fuerzas Armadas incursionaron en el territorio de Sarayaku y destruyeron bosques, fuentes de

alimentación, medicinas y legado cultural. Además, en este período hubo una serie de amenazas, agresiones, detenciones ilegales y abusos contra miembros del pueblo de Sarayaku que constituyen sistemáticas violaciones de sus derechos fundamentales, las que, por cierto, determinaron que la Comisión ordenara medidas cautelares.

Entre la serie de violaciones que relatan en su petición, sostienen que las incursiones dentro del territorio de Sarayaku han causado graves daños a la vida de la comunidad, las detonaciones de explosivos han destruido importantes extensiones de bosques, fuentes de agua, cuevas, ríos subterráneos y sitios sagrados, y han causado la migración de los animales a sitios más apartados. Añaden que la siembra de explosivos en áreas tradicionales de caza ha puesto en riesgo la vida de sus habitantes, ha imposibilitado la búsqueda de alimentos, ha alterado el ciclo de vida y ha privado a las familias de fuentes de alimentación. Además expresan que el pueblo indígena de Sarayaku se ha visto afectado en el derecho al uso y goce de sus tierras y en la relación especial que tiene con ellas; específicamente, se ha afectado su subsistencia como pueblo por verse impedido de procurarse alimentación básica, medicina tradicional y salud, y por la imposibilidad de transmitir su legado cultural a las nuevas generaciones.

Argumentos de la petición

Los peticionarios alegan que el Estado es responsable por la violación de los siguientes derechos fundamentales, individuales y colectivos del pueblo de Sarayaku y sus miembros: derecho a la propiedad (artículo 21), a la protección judicial (artículo 25), al debido proceso (artículo 8), a la libre circulación (artículo 22), a la integridad personal (artículo 5), a la libertad y seguridad personal (artículo 7), a la vida (artículo 4), a la asociación (artículo 16), a la participación política (artículo 23), a la libre expresión (artículo 13), a la personalidad jurídica (artículo 3), a la libertad de religión y creencias (artículo 12), a los derechos del niño (artículo 19), a la igualdad (artículo 24), a la salud y a la cultura (artículo 26, en concordancia con los artículos XI y XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Argumentos del denunciado

Por su parte, el Estado manifiesta que la petición es inadmisible por falta de agotamiento de los recursos internos, ya que los peticionarios habrían interpuesto el recurso de amparo constitucional, que no es el adecuado ni eficaz para solucionar la situación supuestamente infringida, debiendo haber interpuesto el recurso contencioso administrativo.

ARGUMENTOS DE LA CIDH RESPECTO DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PETICIÓN

Luego de un detenido análisis sobre el agotamiento de los recursos internos y el plazo de presentación de la petición, la Comisión observó que el recurso adecuado según la legislación ecuatoriana aplicable al caso concreto es el recurso de amparo, en razón del momento en que comenzaron a ejecutarse los hechos o acciones que de acuerdo con los peticionarios afectaron los derechos fundamentales del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y sus miembros. Añaden que, sin embargo, dicha acción de amparo no ha sido resuelta pese a haber transcurrido 23 meses desde la fecha de su interposición, lo que constituye un retardo injustificado en la decisión del recurso y, por tanto, no resultan aplicables los requisitos previstos en la Convención Americana en materia de agotamiento de recursos internos, por lo que rechaza la excepción de falta de agotamiento de recursos internos y declara admisible el caso con relación a los artículos 4, 5, 7, 8, 12, 13, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 1(1) y 2 de la Convención Americana, e inadmisible en cuanto al artículo 3.

5.1.7 Denuncian responsabilidad estatal por negligencia médica y retraso en el proceso judicial

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Petición 547/01
Peticionaria: María Esther Geuna Zapcovich (víctima)
Denunciado: Estado ecuatoriano
Informe de admisibilidad 38/04

HECHOS

El 5 de noviembre de 1992, la peticionaria, afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de 69 años de edad, ingresó al hospital del IESS en Quito para ser tratada de desprendimiento de retina en el ojo izquierdo. Fue operada el 12 de noviembre de 1992; después de la operación se le indicó a la peticionaria que permaneciera en total descanso hasta el 16 de febrero de 1993. La peticionaria alega que tuvo una gran infección en el ojo operado pero que se le dijo que estaba bien y que volviera a su trabajo. Sin embargo, su ojo estaba en estado tan delicado que cuando volvió al trabajo, del 17 al 19 de febrero de 1993, se le ordenó que volviera a tomar 15 días de licencia para descansar. Una vez cumplida la licencia, volvió al trabajo, momento en el cual se le volvió a decir que descansara dos días, y regresó al trabajo luego de ese lapso. Sin embargo, el estado del ojo de la señora Geuna siguió deteriorándose y regresó al hospital del IESS donde fue

operada. Allí se procedió a una limpieza quirúrgica. Geuna Zapcovich fue dada de alta el 26 de mayo de 1993.

El 4 de junio de 1993, Geuna Zapcovich ingresó a una clínica particular y fue operada nuevamente; esta operación agravó aún más el estado de su ojo y generó la pérdida casi total de la visión del ojo izquierdo, ya que el especialista que la operó aún no estaba autorizado para ejercer la especialidad. La peticionaria alega que a raíz de su lesión en el ojo su visión se deterioró gravemente, por lo que tuvo que dejar de trabajar y quedó prácticamente inválida.

Ante ello, la peticionaria inició un juicio penal por negligencia en contra de los médicos que la operaron y, además, reclamó una indemnización de 150 millones de sucres (unos 50.000 dólares), pero aduce que se le denegó justicia, ya que nadie fue castigado por el daño causado y que no recibió ninguna indemnización. Añade que las actuaciones judiciales se arrastraron por años, que el juicio pasó por manos de algunos jueces y que nunca se le permitió presentar pruebas; que, finalmente, el juez de la causa desestimó los cargos contra uno de los médicos acusados y posteriormente la Corte Superior dictó sobreseimiento[2] provisional del proceso y del sindicado. Indica que el 7 de junio el juez de la causa suspendió el juicio penal por haber operado la prescripción, ya que habían transcurrido cinco años desde ocurridos los hechos, providencia que apeló ante la Corte Superior, instancia judicial que confirmó la decisión del inferior.

Argumentos de la peticionaria

La peticionaria alega la violación de los siguientes derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el derecho al debido proceso y a la protección judicial (artículos 8 y 25), en violación de las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del artículo 1(1); es decir, las alegaciones de la peticionaria se refieren a la negligencia médica, pero el núcleo de la denuncia son los atrasos del proceso judicial para reivindicar su derecho a una indemnización por la alegada negligencia y la presunta denegación de justicia por no haber fallado el tribunal a su favor.

Argumentos del denunciado

La defensa del Estado argumenta que cuando la petición fue presentada, aún no se habían agotado los recursos internos, que el Estado tramitó el caso dentro del período asignado a este tipo de procesos, dentro de las posibilidades de los recursos de que disponía y en el contexto específico del caso; y que siempre

2 *Sobreseimiento:* suspensión del procedimiento penal.

preservó el derecho de defensa de la peticionaria en todas las instancias y que ella tuvo acceso a todos los recursos que establece la legislación ecuatoriana, los que fueron aceptados por los tribunales, por lo que se le garantizó el debido proceso y que en ninguna instancia se le impidió el ejercicio de su derecho a ser oída, en condiciones de igualdad, y que la peticionaria está tratando de utilizar a la Comisión como fórmula de cuarta instancia.

ARGUMENTOS DE LA CIDH RESPECTO DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PETICIÓN

En el análisis de la admisibilidad, la Comisión parte por considerar que la peticionaria alega la violación de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana; es decir, que la presunta negligencia médica no es el fundamento de la denuncia sino las demoras incurridas en el litigio. Al respecto, considera que los plazos específicos que establece la legislación ecuatoriana para las distintas etapas judiciales internas son tan solo guías para ayudar a formular una determinación del «período razonable» previsto en el artículo 8(1) de la Convención Americana, y que la peticionaria no sustanció su causa porque las demoras en las actuaciones judiciales le causaron un perjuicio grave sino por la no obtención de una condena. En cuanto a los cargos al tenor de los artículos 8 y 25, la Comisión considera que aunque la peticionaria procuró la recusación de varios jueces que no concluyeron las distintas etapas del proceso dentro del plazo asignado, ella consiguió prolongar la demora del proceso, debido a que cada nuevo juez tuvo que conocer los detalles del caso. Al respecto, la Comisión recoge el pronunciamiento de la Corte Europea, que en un contexto similar estableció que «el Estado no puede ser responsabilizado por los atrasos a que dio lugar la conducta del recurrente. Este no puede denunciar válidamente una situación que en gran medida creó»;[3] además, que no se presentaron pruebas de que la peticionaria haya procurado indemnización a nivel nacional por el incumplimiento de los plazos prescritos por parte de tribunales nacionales, y que ella estaba obligada a alcanzar primero una reparación a nivel nacional, antes de interponer una acción internacional.

La Comisión concluye que los hechos establecidos en la petición no caracterizan una posible violación de la Convención Americana y declara inadmisible esta petición.

3 Corte Europea, caso Kolompar, 24 de setiembre de 1992, serie A, n.º 235-C, párrafo 42.

5.1.8 Denuncian responsabilidad estatal por falta de atención para personas privadas de libertad

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Petición
Peticionario: Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), a nombre de víctima fallecida
Denunciado: Estado ecuatoriano
Informe de fondo 63/99. Caso 11.427

HECHOS

El ciudadano ecuatoriano Víctor Rosario Congo, de 48 años de edad, fue sindicado penalmente ante la justicia ecuatoriana, en dos causas por los delitos de robo y asalto. El 25 de julio de 1990, cuando estas causas se encontraban en la etapa sumaria, el señor Congo fue detenido y recluido en un centro de detención para presos comunes. Existen indicios de que al momento de su encarcelamiento, él se conducía de un modo que hacía presumir que era víctima de trastornos mentales, y el 12 de setiembre de 1990 fue alojado en una celda de aislamiento. El 14 de setiembre el señor Congo fue agredido por uno de los guías del Centro de Rehabilitación. A pesar de la aparente gravedad de la lesión y de su estado emocional, no recibió atención médica. Fue llevado nuevamente a la celda de aislamiento, donde aparentemente permaneció desnudo e incomunicado. El propio director del Centro de Rehabilitación admite que el señor Congo «a la presente por su estado demencial guarda prisión solo en la celda de aislamiento, pues desde hace algún tiempo: se orina, defeca y habla solo». Ante la insistencia de la Secretaría de la Comisión Diocesana de Derechos Humanos, que había solicitado se realice una evaluación psiquiátrica del sindicado, así como las investigaciones a fin de determinar responsabilidades por la agresión de que este fue objeto, el ministro fiscal, a falta de acción del juez de la causa, dispuso que se realizara la investigación correspondiente, y dentro de ella, el 2 de octubre de 1990 se practicó un reconocimiento médico-legal en la persona del señor Congo, producto de lo cual los peritos médicos legistas concluyeron que la lesión física encontrada en la cabeza del señor Congo era el resultado de la acción traumática de un cuerpo contundente duro que determinaba «enfermedad e incapacidad física para el trabajo de siete días, a partir de la fecha de su producción, salvo complicaciones»; y, que la actitud del paciente se enmarcaba en los cuadros psiquiátricos de «tinte psicótico (locura)» y dentro de «las llamadas psicosis carcelarias o Síndrome de Ganser»,[4] por

4 El síndrome de Ganser se caracteriza por presentar episodios depresivos e histeria.

lo que sugerían su traslado a un centro médico especializado en Psiquiatría. El 8 de octubre de 1990 el director del Centro de Rehabilitación Social solicitó autorización al director nacional de Rehabilitación Social para trasladar a Congo a otro centro de rehabilitación, a fin de que recibiera atención médica. El 23 de octubre el juez de la causa ordenó el traslado del señor Congo a un hospital psiquiátrico. Sin embargo, el hospital rechazó su admisión, por lo que fue trasladado a otro hospital general donde también fue rechazado, razón por la cual fue llevado al Centro de Rehabilitación Social de esa localidad, donde fue recibido en estado de salud crítico, debiendo ser trasladado, en forma urgente, a la sección de Emergencia del hospital general donde antes no había sido admitido. En dicho hospital, el 25 de octubre de 1990, a las pocas horas de ser internado, el señor Congo falleció. El protocolo de autopsia concluyó que la causa de la muerte fue «la desnutrición, el desequilibrio hidroelectrolítico y la insuficiencia cardiorrespiratoria». El guía penitenciario renunció poco después del incidente y el juez cerró las causas por las cuales se había detenido preventivamente al señor Víctor Congo.

ARGUMENTOS DEL PETICIONARIO

La organización peticionaria alega que el Estado es responsable de las lesiones sufridas por Víctor Rosario Congo, de la falta de atención médica, de su incomunicación y de la negligencia que finalmente causó su muerte. Alega que se ha probado que fue un guía penitenciario quien golpeó en la cabeza al señor Congo causándole una herida sangrante; que el Estado no cumplió con su obligación de brindar atención médica al herido que se encontraba bajo su custodia y que, al contrario, procedió a aislarlo en una celda donde permaneció incomunicado, a pesar de sus heridas y su estado emocional, y que la causa del fallecimiento del señor Congo es el resultado de la falta de debida diligencia por parte del Estado, existiendo un nexo causal entre la agresión, el aislamiento y la muerte de la víctima. En ese sentido, alega que es lógico concluir que el rechazo a ingerir alimentos es consecuencia del aislamiento y la falta de atención médica a la que se sometió a la víctima, tras recibir un golpe en la cabeza, sumado al hecho de que sufría un desorden mental. Además, afirma que el Estado es responsable de haber incumplido su deber de iniciar una investigación con el fin de establecer la responsabilidad de los individuos involucrados en la comisión de las lesiones sufridas por el interno y su posterior abandono.

ARGUMENTOS DEL DENUNCIADO

La defensa del Estado, en lo principal, alega que, según lo señala la autopsia, el señor Congo murió por deshidratación y no como resultado de sus heridas; que el contexto socioeconómico del país «le impide tener cárceles psiquiátricas

o suficientes guías capacitados» y que el peticionario no planteó recurso alguno ante el Tribunal de Garantías Constitucionales para que protegiera los derechos de la víctima, y que solo se elevó la denuncia ante el ministro fiscal, que no es parte de función judicial. Por tanto, no se le puede imputar el retardo de justicia al poder judicial.

ARGUMENTACIÓN DE LA CIDH

La Comisión establece que el señor Víctor Congo fue objeto de agresión física que le provocó una herida sangrante en la cabeza, que no se le brindó la atención médica necesaria para aliviar sus heridas corporales ni su estado mental, y que permaneció aislado y sin la asistencia necesaria para asearse y alimentarse, dada su reconocida condición de salud. Añade que corresponde determinar si estos actos constituyen violación del artículo 5 de la Convención Americana, que establece:

> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie deber ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

La Comisión considera pertinente emplear estándares especiales en la determinación del cumplimiento de las normas convencionales en casos que involucran a personas que padecen enfermedades mentales, conforme también ha sido la práctica de la Corte Europea de Derechos Humanos.

La Comisión considera, además, que, según se alega, en este caso la persona fue víctima de violaciones a la integridad física, psíquica y moral, padecía de una discapacidad mental, y que las garantías establecidas en el artículo 5 de la Convención Americana deben ser interpretadas a la luz de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental,[5] que fueron adoptados por la Asamblea General de la ONU como guía interpretativa en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos

5 Estos principios son considerados el estándar más completo sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental a nivel internacional. Constituyen una guía para los Estados en la tarea de delinear y/o reformar los sistemas de salud mental y son de suma utilidad al momento de evaluar las prácticas en los sistemas vigentes. *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*, G. A. Res. 119, UN GAOR, Sesión 460, Sup. 49, Anexo, UN Doc. A/46/49 (1991), pp. 188-192.

de las personas con discapacidad mental, consideradas por este órgano como un grupo «especialmente vulnerable».

En ese sentido, en su análisis, la Comisión considera que el aislamiento celular al cual fue sometido el señor Congo constituye un tratamiento inhumano y degradante, dentro de los parámetros del artículo 5(2) de la Convención Americana y que esta «violación de la normativa convencional se ve agravada por las condiciones de abandono en las cuales permaneció aislado y sin poder satisfacer sus necesidades básicas», por lo que encuentra que el Estado ecuatoriano violó el derecho de Víctor Rosario Congo a ser tratado «con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Por otro lado, pese a que se determinó el padecimiento mental del señor Congo, no solo no se procedió a su traslado inmediato a una institución de salud sino que sus condiciones de detención no mejoraron. La Comisión concluye que el Estado no tomó las medidas necesarias para resguardar la integridad física, psíquica y moral de la víctima, y que una vez determinada su condición, se omitió brindarle el tratamiento necesario para asegurar su integridad física, lo cual constituye, afirma, una violación del artículo 5 de la Convención Americana.

La Comisión también analiza si hubo violación del artículo 4(1) de la Convención Americana, que establece lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En este análisis, la Comisión encuentra comprobado que la víctima no falleció como resultado de las lesiones sino por la deshidratación que sufrió durante los aproximadamente 40 días que permaneció aislada, sin ingerir alimentos ni agua, sin que en ese lapso se hayan adoptado las medidas necesarias para resguardar la integridad personal de un interno que presentaba lesiones físicas que requerían atención y que por su estado mental no se encontraba en condiciones de responsabilizarse por su propio cuidado. Añade que «[l]as medidas necesarias para su supervivencia consistían en asistencia médica para la recuperación de sus lesiones físicas, cuidados vitales tales como aseo y la alimentación y asistencia psicológica para tratar la depresión y la psicosis característicos del síndrome de Ganser».

La Comisión añade que los Principios de Salud Mental 20.1 y 20.2 señalan que «las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos penales efectuados en su contra y que según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental

[...] deben recibir la mejor atención disponible de salud mental» y que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos establecen que los «alienados no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales» y que, en el caso de que deban permanecer en prisión, deben permanecer bajo la vigilancia especial de un médico. Agregan que el hecho de que el Estado no cuente con establecimientos especiales para el internamiento de detenidos que padecen enfermedades mentales no lo exime del deber de prestar atención médica a las personas que se encuentran bajo su custodia.

Dentro de este análisis, la Comisión recuerda que en su Informe 28/96[6] ya estableció que cuando una persona se halla bajo custodia, sin la posibilidad de acudir a sus allegados, a un abogado o a un médico particular, «el Estado ejerce control completo sobre su vida e integridad. En esas circunstancias las omisiones del Estado violan su deber de garantizar la salud y la vida del detenido».

La Comisión concluye que, en este caso, el Estado omitió tomar las medidas a su alcance para asegurar el derecho a la vida de una persona que, en parte debido a su salud y en parte a las lesiones que le ocasionó un agente del mismo Estado, se encontraba en estado de indefensión, aislada y bajo su custodia, por lo que encuentra que el Estado ecuatoriano ha violado el derecho a la vida del señor Congo, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana y en la omisión de cumplir con sus obligaciones establecidas en el artículo 1(1) de la misma convención.

Resolución de la CIDH

El 29 de setiembre de 1998, la Comisión concluyó que el Estado ecuatoriano es responsable de la violación del derecho a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5) y a la protección judicial (artículo 25) consagrados en la Comisión Americana, así como a la obligación de garantizar el goce de tales derechos (artículo 1(1)). En lo que respecta al derecho a la salud, la Comisión recomendó:

- Brindar atención médico-psiquiátrica a las personas que padecen enfermedades mentales y que se encuentran detenidas en centros penitenciarios.
- Dotar al servicio de salud del sistema penitenciario de especialistas que estén en condiciones de identificar trastornos psiquiátricos que puedan afectar la vida y la integridad física, psíquica y moral de los detenidos.

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 28/96, Caso 11.297, Guatemala, Informe Anual de la CIDH 1996.

Como en el plazo de tres meses previstos para el cumplimiento de estas recomendaciones la Comisión encontró que no se las había cumplido, procedió a ratificar sus conclusiones y reiterar sus recomendaciones al Estado ecuatoriano.

5.1.9 Responsabilidad estatal por esterilización quirúrgica forzada

Instancia: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: petición
Peticionarios: Estudio para la Defensa y los Derechos de la Mujer (DEMUS), Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), Asociación pro Derechos Humanos (APRODEH), Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP), Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).
Denunciado: Estado peruano
Caso 12.191

HECHOS

La Sra. M. M., mujer campesina de unos 33 años de edad y madre de 7 hijos, fue acosada desde 1996 por el personal del Centro de Salud del distrito de La Encañada (sistema público de salud) para que se esterilizara. Se denuncia que por coacción (amenazas de denunciarla a ella y a su esposo a la Policía, refiriéndoles que el gobierno aplicaba multas a las personas con más de 5 hijos) se logró su consentimiento para la ligadura de trompas, que se realizó el 27 de marzo de 1998, sin haberse efectuado examen médico. A la violencia para que se sometiera a la cirugía se sumó la falta de cuidado con su salud, pues la Sra. M. M. fue dada de alta al día siguiente, aun cuando presentaba serias anomalías. Los días siguientes, su esposo informó varias veces al personal del Centro de Salud que la Sra. M. M. empeoraba, y el personal respondió que estos eran los efectos de la anestesia. La Sra. M. M. falleció en su casa el 5 de abril de 1998 siendo indicada una «sepsis» como causa directa de su muerte. Se denuncia que días después un médico ofreció dinero al esposo para dar por terminado el problema.

El 15 de abril, el esposo denunció al jefe del Centro de Salud. La denuncia penal se formalizó ante la jueza provincial, quien declaró que no había lugar a la apertura de instrucción. Tal decisión fue confirmada por la Sala Especializada en lo Penal; por ello el 16 de diciembre de 1998 se archivó el caso.

ARGUMENTOS DE LAS INSTITUCIONES PETICIONARIAS

Existe una política gubernamental del Estado peruano de carácter masivo, compulsivo y sistemático que enfatiza la esterilización como método para modificar

rápidamente el comportamiento reproductivo de la población, especialmente de mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales. Entre noviembre de 1996 y noviembre de 1998, CLADEM documentó 243 casos sobre violaciones de derechos humanos en la aplicación de la anticoncepción quirúrgica en el Perú.

Los hechos denunciados configuran violación por el Estado peruano de los siguientes derechos:

- A la vida, a la integridad personal y a la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 4, 5, 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Violación de los artículos 3, 4, 7, 8 y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
- Violación de los artículos 3 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.
- Violación de los artículos 12 y 14(2) de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

ARGUMENTOS DEL DENUNCIADO

Una investigación de los hechos realizada por el Ministerio de Salud arrojó como resultado «consejería inadecuada» a la señora M. M. y falta de seguimiento después de la intervención quirúrgica, todo esto como resultado de una intervención quirúrgica voluntaria. Este informe determinó la existencia de responsabilidad administrativa de los médicos, enfermeras y anestesistas que participaron en la operación de la señora M. M., como también de los directores del centro de salud y de los coordinadores de los Programas de Salud Reproductiva. El caso fue luego estudiado por la Inspectoría General de Salud. A nivel judicial, el caso fue archivado y adquirió calidad de cosa juzgada. Además, la acción instaurada por el esposo de la víctima estuvo destinada a definir la responsabilidad individual de los agentes en actos de negligencia médica y no tuvo como objeto determinar lo que los peticionarios denominaron «esterilización forzada».

Por otra parte, no se agotaron los recursos internos respecto al proceso quirúrgico en el que alegadamente no medió la voluntad de la víctima, y respecto al acoso y los actos discriminatorios denunciados por las peticionarias; es decir, el Estado alegó inadmisibilidad por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

ARGUMENTOS DE LA CIDH

El recurso interno agotado por el esposo de la víctima era adecuado, al menos en teoría, para procurar obtener justicia en el caso específico, y el Estado no ha

acreditado cuáles son los otros recursos internos que debieron ser agotados. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento tanto de los recursos internos que deben agotarse como de su efectividad. Por ello, se considera cumplido el requisito del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

La Comisión admitió el caso por presuntas violaciones de la obligación de respetar los derechos; del derecho a la vida; a la integridad personal y a la igualdad ante la ley (artículos 1, 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, según el cual el Estado debe adoptar por todos los medios adecuados y sin dilaciones, políticas orientadas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

Solución amistosa

Una solución amistosa fue acordada el 26 de agosto del 2003. El Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional por violación de los artículos 1.1, 4, 5 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en agravio de la víctima M. M.

Compromisos asumidos por el Estado peruano

Entre las reparaciones individuales, el Estado se obligó a brindar prestaciones de salud consistentes en el pago del tratamiento de rehabilitación psicológica y un seguro permanente de salud a través del Ministerio de Salud o de la entidad competente. Entre las modificaciones legislativas y de políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar, el Estado peruano se comprometió a:

- Eliminar de su contenido cualquier enfoque discriminatorio y que no respete la autonomía de las mujeres.
- Adoptar e implementar las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo respecto a políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar, entre ellas la sanción a los responsables de violaciones y la reparación a las víctimas o familiares, así como monitorear y garantizar el respeto por los derechos humanos de los y las usuarias de los servicios de salud tales como:
    a) Adoptar medidas drásticas contra los responsables de la deficiente evaluación preoperatoria de mujeres que se someten a una intervención de anticoncepción quirúrgica.
    b) Llevar a cabo, permanentemente, cursos de capacitación calificada, para el personal de salud, sobre derechos reproductivos, violencia contra la mujer, violencia familiar, derechos humanos y equidad de género, en

coordinación con organizaciones de la sociedad civil especializadas en estos temas.

c) Adoptar las medidas administrativas necesarias para el estricto respeto del derecho al consentimiento informado.
d) Garantizar que los centros donde se realizan intervenciones quirúrgicas de esterilización tengan las condiciones adecuadas y exigidas por las normas del Programa de Planificación Familiar.
e) Adoptar medidas estrictas dirigidas a que el plazo de reflexión obligatorio, fijado en 72 horas, sea, sin excepción, celosamente cautelado.
f) Adoptar medidas drásticas contra los responsables de esterilizaciones forzadas.
g) Implementar mecanismos o canales para la recepción y trámite rápido y eficiente de denuncias de violación de derechos humanos en los establecimientos de salud, con el fin de prevenir o reparar los daños producidos.

5.2 LITIGIOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA

Recogemos aquí casos de denuncia de violación de derechos humanos vinculados directa o indirectamente con el derecho a la salud, en particular con el derecho a la integridad personal, recogido en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

5.2.1 Responsabilidad estatal por falta de atención médica a personas privadas de libertad

Instancia: Corte Interamericana de Derechos Humanos
Peticionarios: Daniel David Tibi (víctima), representado en esta instancia por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE).
Denunciado: Estado ecuatoriano
Sentencia de 7 de setiembre del 2004

HECHOS

Daniel David Tibi, de nacionalidad francesa, comerciante de piedras preciosas radicado en la ciudad de Quito, fue detenido por dos policías identificados como miembros de Interpol, el 27 de setiembre de 1995, mientras conducía su automóvil

por una calle de la ciudad de Quito, Ecuador. Luego de aproximadamente dos horas de detención, fue llevado en avión a la ciudad de Guayaquil, donde fue recluido en una cárcel. Al día siguiente, fue llevado a una fiscalía, donde se le mostró un álbum de fotos de personas implicadas en un operativo contra el narcotráfico, particularmente la foto de un individuo, al cual, según la Policía, el peticionario le había vendido 50 gramos de clorhidrato de cocaína. El peticionario negó estos cargos y explicó que conocía a dicho individuo porque pretendía negociar con él la exportación de sacos de cuero, negocio que nunca se concretó, y pese a que este individuo declaró que el señor Tibi era inocente de lo que se lo acusaba, este permaneció detenido. A los cinco meses de su detención, se le ofreció al peticionario su libertad a cambio de que rinda una nueva declaración en la cual debía admitir su participación en el caso de narcotráfico que se investigaba. Como el peticionario no accedió, fue maniatado y torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado y «asfixiado». Nunca recibió atención médica para tratar sus heridas. Los dos amparos de libertad[7] que interpuso en diferentes momentos del proceso le fueron negados hasta que, el 21 de enero de 1998, finalmente fue liberado, por cuanto, luego de algunos meses, se aceptó el pedido de sobreseimiento que hiciera el fiscal. Cuando el señor Tibi fue detenido, se le incautaron bienes de su propiedad, los cuales no le fueron devueltos cuando fue liberado.

Procedimiento ante la Comisión

Luego del trámite correspondiente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible este caso[8] con respecto a los artículos 5, 7, 8, 10, 11, 21 y 25 de la Convención Americana. El Estado no mostró interés en procurar una solución amistosa, por lo que la Comisión procedió a realizar el trámite sobre el informe del caso,[9] luego del cual hizo recomendaciones al Estado. Este no informó sobre el cumplimiento de estas recomendaciones ni emitió observaciones al respecto, por lo que la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte.

Procedimiento ante la Corte Interamericana

Ante la Corte, el Estado interpuso dos excepciones[10] preliminares: falta de

7 *Amparo de libertad:* institución para proteger la libertad individual de las personas.

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de admisibilidad 90/00, 5 de octubre del 2000, caso 12.124.

9 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 34/03 sobre el fondo del caso.

10 *Excepciones:* medio de defensa que alega el demandado para excluir o dilatar la acción o demanda.

agotamiento de recursos internos y falta de competencia en *ratione materiae* de la Corte para conocer sobre violaciones de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, excepciones que dentro del trámite fueron desestimadas.

Argumentos de la Corte Interamericana

De la abundante prueba testimonial, pericial y documental aportada durante el juicio en lo relativo a la atención médica, la Corte consideró probados los siguientes hechos: primero, que durante su detención en marzo y abril de 1996, el señor Tibi fue objeto de actos de violencia física y amenazado, por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su autoinculpación; que se le infligieron golpes de puño en el cuerpo y rostro y se le quemaron las piernas con cigarrillos. Posteriormente, se repitieron los golpes y las quemaduras. Además, resultó con varias costillas fracturadas, le fueron quebrados los dientes y se le aplicaron descargas eléctricas en los testículos. En otra ocasión lo golpearon con un objeto contundente y sumergieron su cabeza en un tanque de agua. El señor Tibi recibió al menos siete «sesiones» de este tipo. La Corte afirma:

> Durante su permanencia en la cárcel el señor Tibi fue examinado dos veces por médicos ecuatorianos designados por el Estado. Estos verificaron que sufría de heridas y traumatismos, pero nunca recibió tratamiento médico ni se investigó la causa de sus padecimientos. Además, no fue examinado minuciosamente.

Cuando el señor Tibi regresó a Francia, fue examinado por médicos franceses, quienes constataron las lesiones que había sufrido:

> El señor Tibi presenta graves daños físicos, entre los cuales están: pérdida de la capacidad auditiva de un oído, problemas de visión en el ojo izquierdo, fractura del tabique nasal, lesión en el pómulo izquierdo, cicatrices de quemaduras en el cuerpo, costillas rotas, dientes rotos y deteriorados, problemas sanguíneos, hernias discales e inguinales, remoción de maxilar, contrajo o se agravó la hepatitis C y cáncer, llamado linfoma digestivo. Como consecuencia de los hechos que motivaron este caso el señor Daniel Tibi ha sufrido y sigue sufriendo trastornos de salud física y psíquica, algunos de los cuales podrían aliviarse, mientras que otros podrían durar toda la vida.

En el análisis de la violación del artículo 5 de la Convención Americana, la Corte considera, entre otros puntos, que con respecto a la falta de tratamiento médico y de investigación de la causa de las heridas y traumatismos sufridos por el señor Tibi, es preciso remitirse al principio vigésimo cuarto para la Protección

de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión,[11] que determina:

> [s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.

La Corte entiende que, conforme lo establece el artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera, y que, a su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal. Además, observa:

> a pesar de su grave situación física y psicológica, el señor Tibi nunca fue sometido a un tratamiento o atención médica adecuados y oportunos en el centro penitenciario, lo que ha tenido consecuencias desfavorables para su estado de salud actual. La deficiente atención médica recibida por la presunta víctima es violatoria del artículo 5 de la Convención Americana.

Sentencia de la Corte Interamericana

En sus puntos resolutivos, la Corte declara por unanimidad que el Estado violó el derecho a la libertad personal y a la protección judicial, a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la propiedad privada en perjuicio del señor Daniel Tibi; y el derecho a la integridad personal en perjuicio de la ex pareja y de los hijos e hijas del señor Tibi, previstos en los artículos 7, 5, 8 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La Corte dispuso que el Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del Ministerio Público, policial y penitenciario, incluido el personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos. El diseño e implementación del programa de capacitación deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines, y se realizará con la

11 Naciones Unidas. «Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión», adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar los programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos. Se indicó, finalmente, que el Estado debía informar a la Corte sobre la constitución y funcionamiento de dicho comité en el plazo de seis meses.

5.2.2 Responsabilidad estatal por daños causados a la salud emocional y psicológica de familiares de víctimas de ejecuciones extrajudiciales

Instancia: Corte Interamericana de Derechos Humanos
Peticionarios: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Comisión Colombiana de Juristas, como representantes de los familiares de 19 comerciantes desaparecidos
Denunciado: Estado colombiano
Denuncia 11.603
Demanda interpuesta por la CIDH el 24 de enero del 2001
Sentencia: 5 de julio del 2004

HECHOS

El 8 de octubre de 1987, 17 de las víctimas se movilizaban en caravana de cuatro vehículos hacia la ciudad de Medellín con mercancía de contrabando que traían de Venezuela, avaluada en 70 millones de pesos, cuando fueron interceptados en la Inspección de Policía Puerto Araujo, de Cimitarra, por los miembros del Batallón Calibío: teniente Néstor Raúl Vargas Morales y cabos segundos José Emilio Meléndez Portilla y Luis Eduardo Vera Nieto, quienes los retuvieron durante un tiempo, mientras, al parecer, avisaban por radioteléfono a los paramilitares; luego los dejaron ir. Desde ahí, algunas de las víctimas llamaron a sus familiares, y fue la última vez que estos supieron de ellos. Cuando las víctimas llegaron al sitio Lizama, los paramilitares las estaban esperando. Según declaraciones de miembros del grupo paramilitar, a los comerciantes los detuvieron, los torturaron y los descuartizaron, lanzando luego sus cuerpos al río Ermitaño, en un sitio llamado El Mango, en jurisdicción de la inspección de policía Zambito. Los cuerpos nunca fueron encontrados.

El 18 de octubre, al no saber nada del paradero de las 17 personas y luego de recibir una llamada anónima en la que decían «Vayan por los cuerpos que están siendo pasto de las aves de rapiña», dos familiares se dirigieron a Puerto Boyacá y corrieron la misma suerte.

De acuerdo con la investigación adelantada por la Fiscalía, además de los militares que se mencionan a lo largo del proceso, participaron varios paramilitares.

AGOTAMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERNOS

Entre 1989 y 1992 la investigación recorrió por competencia varias ciudades de Colombia, a raíz de colisión negativa de competencias, y fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia, lo que dilató por años la investigación. En 1995, la Fiscalía Regional de Cúcuta vinculó mediante indagatoria a varios paramilitares, librándoles orden de captura por «secuestro y homicidio». Ese mismo año el proceso fue trasladado a la Unidad Nacional de Derechos Humanos. Se profirió resolución de acusación en contra de varios de los investigados y se dictaron medidas de aseguramiento consistentes en detención preventiva de varios militares vinculados por secuestro extorsivo, homicidio agravado, hurto calificado y agravado. En 1996 el Consejo Superior de la Judicatura resolvió un conflicto de competencias en el caso de los militares implicados, a favor de la Justicia Penal Militar. En mayo de 1997, un Juzgado Regional de Cúcuta condenó a varios de los paramilitares a treinta años de prisión, por los delitos de «secuestro extorsivo en concurso con homicidio agravado».

En junio de 1997, el comandante del Ejército decretó cesación de procedimiento contra altos oficiales, desvirtuando numerosas declaraciones recibidas por la Fiscalía, que señalaban la responsabilidad de los militares implicados y que sirvieron para probar la responsabilidad de los paramilitares condenados por este hecho. La providencia fue apelada por el Ministerio Público, ya que «cuando se trata de delitos de lesa humanidad no se puede tener en cuenta una relación con actos del servicio». Pero en marzo de 1998, el Tribunal Superior Militar resolvió no decretar la nulidad impetrada por el Ministerio Público y confirmar la providencia apelada.

Por su parte, la Procuraduría Provincial de Ocaña no investigó el caso pese a la solicitud de los familiares desde 1987, y resolvió inhibirse de abrir formal averiguación disciplinaria contra miembro alguno del Ejército y la Policía Nacional, argumentando que se carecía de elementos probatorios para vincularlos con la masacre. En febrero de 1997, la Consejería Presidencial para la Defensa de los Derechos Humanos solicitó a la Procuraduría decretar la reapertura de la investigación, pero en julio de ese año, la Procuraduría Delegada para Derechos Humanos negó la solicitud por prescripción. En cuanto al fuero administrativo, entre febrero de 1997 y marzo de 1998 se presentaron demandas administrativas ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, pero para junio del 2000 el proceso administrativo se encontraba todavía en etapa de pruebas.

ARGUMENTOS DE LA PETICIÓN

El 6 de marzo de 1996 el caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Los peticionarios alegaron que los procedimientos

internos estaban agotados por dilación y evidenciaron la impunidad de las conductas, por la manera como se habían dado los trámites en la jurisdicción interna. Los peticionarios presentaron el peritaje de una psicóloga, quien expuso en la audiencia cómo habían sido afectados psicológicamente los familiares de las víctimas por la impunidad respecto de las ejecuciones extrajudiciales y solicitaron que el Estado colombiano reparase a las víctimas mediante una indemnización monetaria por la denegación de justicia y adoptase medidas para recuperar la memoria y restablecer el buen nombre de estas. El caso pasó de la Comisión a la Corte, previo agotamiento de los trámites ante la primera.

ARGUMENTOS DE LA CIDH

La demanda interpuesta el 24 de enero del 2001 argumentó ante el máximo tribunal interamericano que ya se han agotado los recursos internos para continuar con el trámite ante la Corte y alega la falta de idoneidad de los tribunales penales militares colombianos para examinar, juzgar y sancionar casos de violaciones de los derechos humanos. La Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado adoptar determinadas medidas de reparación para que los familiares de las presuntas víctimas recibiesen una adecuada y oportuna reparación como consecuencia de las alegadas violaciones, tales como que realizara una investigación completa, imparcial y objetiva en la jurisdicción ordinaria, con el propósito de juzgar y sancionar a los responsables de la ejecución extrajudicial de las presuntas víctimas. Finalmente, la Comisión requirió a la Corte que condenara al Estado al pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el Sistema Interamericano.

ARGUMENTOS DEL DENUNCIADO

El 10 de agosto del 2001 el Estado presentó la contestación a la demanda, en la cual indicó que no ha violado ningún artículo de la Convención Americana, ya que los hechos cuya responsabilidad le atribuye la Comisión Interamericana «fueron realizados de manera directa y exclusiva por un grupo de delincuentes cuya autoría y sanción está plenamente demostrada en los procesos penales internos, con sentencias que tienen el valor de cosa juzgada» y no ha existido ningún tipo de apoyo por parte de agentes estatales a los «delincuentes […] autores de tan atroces hechos».

ARGUMENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El 5 de julio del 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expidió sentencia en la que señaló que el Estado vulneró el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad personal, al debido proceso y a la protección judicial en perjuicio de las víctimas.

Los derechos que a juicio de la Corte fueron vulnerados, sin perjuicio de recordar que los casos de desaparición forzada de personas constituyen una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, son: libertad personal, integridad personal, derecho a la vida, al debido proceso y a la protección judicial.

En este caso, para la Corte también se violó el derecho a la integridad física y psicológica de los familiares de las víctimas, pues «como consecuencia directa de la desaparición de los 19 comerciantes, sus familiares han padecido un profundo sufrimiento y angustia». Señaló que en reiteradas oportunidades la Corte ha considerado que se ha violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas directas, por el sufrimiento adicional que ellos han padecido como consecuencia de las circunstancias generadas por las violaciones perpetradas contra las víctimas directas y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos; por ejemplo, respecto a la búsqueda de las víctimas o sus restos, así como respecto al trato dado a estos últimos.

La Corte dispuso, entonces, la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, incluidos los medicamentos que estos requieran y tomando en consideración que algunos han padecido de drogadicción y alcoholismo. Señala, asimismo, que al proveer el tratamiento psicológico, se consideren las circunstancias particulares de cada familiar, las necesidades de cada uno de ellos, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada uno de ellos y después de una evaluación individual. Dispone que en el plazo de un año, Colombia debe informar a los familiares de las víctimas en qué establecimientos de salud o institutos especializados recibirán el tratamiento médico y psicológico, institutos y establecimientos que deberán estar totalmente informados sobre esta medida de reparación para que se brinde el tratamiento requerido de la forma anteriormente dispuesta. La Corte señaló también que es pertinente el pago de una compensación a los familiares de las víctimas conforme a la equidad, por concepto de daños inmateriales.

5.2.3 Responsabilidad estatal por falta de atención médica a personas privadas de libertad

Instancia: Corte Interamericana de Derechos Humanos
Tipo de acción: Demanda
Denunciante: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Peticionaria: María Elena Loayza Tamayo

Denunciado: Estado peruano
Denuncia 11.154
Sentencia: 17 de setiembre de 1997

HECHOS

La afectada fue arrestada por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), al haber sido señalada en el marco de la Ley de Arrepentimiento como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso. Ella estuvo detenida e incomunicada durante 10 días y fue objeto de torturas, amenazas y violación sexual con la finalidad de que se autoinculpara, lo que no sucedió. Luego, fue procesada por el delito de traición a la patria y finalmente absuelta por el Consejo Supremo de Justicia Militar. Su caso fue remitido al fuero común para que fuera procesada por el delito de terrorismo.

En la jurisdicción ordinaria, ella dedujo la excepción de cosa juzgada de acuerdo con el principio *non bis in idem*, pero el «Tribunal Especial sin Rostro del Fuero Común» desestimó la excepción interpuesta y la condenó a veinte años de pena privativa de la libertad. Estando el caso en trámite, ella denunció al Estado ante la CIDH. En fecha posterior, interpuso recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, que fue declarado sin lugar.

TRÁMITE ANTE LA CIDH

La CIDH emitió su informe declarando al Estado peruano responsable de la violación del derecho a la libertad personal, a la integridad personal y a las garantías judiciales que reconocen, respectivamente, los artículos 7, 5 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y recomendó al Estado peruano que procediera de inmediato a dejarla en libertad y que pagara una indemnización compensatoria a la reclamante, por el daño causado como consecuencia de la privación ilegal de su libertad desde el 6 de febrero de 1993 hasta la fecha en que se ordenara su libertad.

El Estado peruano no aceptó el análisis, las conclusiones o las recomendaciones de la Comisión y señaló que la jurisdicción interna no se había agotado. La Comisión, al no haber llegado a un acuerdo con el Estado, sometió el caso a la consideración y decisión de la Corte.

La CIDH presentó una solicitud de medidas provisionales en favor de María Elena Loayza Tamayo, en la cual pidió que la Corte Interamericana ordenara al Estado que «dejara sin efecto el aislamiento celular y la incomunicación que se le impuso a María Elena Loayza Tamayo el día 9 de abril de 1996, y que la restituyera al pabellón «A» del Centro Penitenciario de Máxima Seguridad de Mujeres de Chorrillos, en la misma situación que tenía antes de su traslado». El centro penitenciario

tiene tres pabellones, denominados «A», «B» y «C». En el pabellón «A» estaban las internas clasificadas como de mínima peligrosidad, las que se declaraban inocentes y que no pertenecían a los grupos subversivos o terroristas y habían hecho expresa condena de tales agrupaciones, como era el caso de María Elena Loayza. En los pabellones «B» y «C» estaban las internas clasificadas como de máxima y mediana peligrosidad. En el pabellón «C» se encontraban las internas pendientes de ser clasificadas y las que declaraban el deseo de desvincularse de su grupo subversivo o terrorista, así como las internas que no deseaban participar en otras actividades diarias del penal. El Perú ordenó el traslado de María Elena Loayza Tamayo al pabellón de máxima peligrosidad de ese centro, con aislamiento celular continuo, lo cual constituye un agravamiento arbitrario e ilegal de las condiciones de detención.

La urgencia del pedido de la CIDH se fundó, entre otros puntos, en el padecimiento físico y mental que soportaba María Elena Loayza Tamayo como consecuencia de estar recluida en una celda extremadamente pequeña durante 23 horas y media cada día e incomunicada durante un año y sometida a un régimen de visitas restrictivo, lo que significaba también trato cruel e inhumano.

El presidente de la Corte adoptó medidas urgentes a favor de María Elena Loayza Tamayo y solicitó al Perú que adoptara sin dilación cuantas medidas fuesen necesarias para asegurar eficazmente su integridad física, psíquica y moral.

El Perú indicó que en ningún momento se habían agravado las condiciones de reclusión de María Elena Loayza Tamayo y que las condiciones de habitabilidad de su celda eran las mismas que para el resto de la población penal y, por consiguiente, no se encontraba en peligro su integridad física, psíquica y moral, ya que permanecía con otras detenidas cuyo comportamiento se asemejaba al de ella.

La Comisión reiteró lo expresado en su solicitud de medidas provisionales y agregó que la señora Loayza estaba sometida a un régimen de incomunicación en virtud del cual no veía la luz del día y estaba en una celda pequeña durante 23 horas y media al día, hechos que representan «por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano».

La Corte adoptó medidas provisionales, ratificó la resolución del presidente, del 12 de junio de ese año y reiteró al Estado que debía tomar aquellas medidas indispensables para salvaguardar eficazmente la integridad física, psíquica y moral en favor de María Elena Loayza Tamayo.

Frente al incumplimiento del Perú, la Comisión reiteró su solicitud a la Corte de que requiriese al Perú dejar sin efecto el aislamiento impuesto a María Elena Loayza Tamayo, ya que su salud se deterioraba como consecuencia de que se encontraba:

> sometida a un régimen de vida inhumana y degradante, derivada de su incomunicación y de encontrarse encerrada durante 23 horas y media del día, en una celda húmeda y fría, de 2 metros por 3 metros aproximadamente, sin ventilación directa, donde hay tarimas de cemento, una letrina y un lavatorio de manos [...]. La celda no tiene iluminación directa; la luz llega en forma tenue e indirecta por los tubos fluorescentes de los pasillos. No le está permitido contar con radio, ni con diarios o revistas. Sólo está autorizada a tomar sol durante 20 ó 30 minutos cada día.

La Comisión agregó que la doctora Julia Ruiz Camacho, médica jefa de Salud del Establecimiento Penal de Máxima Seguridad de Chorrillos, después de haber examinado a María Elena Loayza Tamayo, certificó que padecía de enfermedades físicas y psíquicas, entre ellas, un síndrome ansioso depresivo.

La Corte dictó una resolución respecto a la solicitud de la Comisión en la cual consideró que la situación carcelaria que sufría María Elena Loayza Tamayo ponía en grave peligro su salud física, psíquica y moral, y requirió al Perú para que modificara la situación en que se encontraba encarcelada, en particular las condiciones del aislamiento celular a que estaba sometida, con el propósito de que se adecuara a lo establecido en el artículo 5 de la Convención Americana. Asimismo, requirió que se le brindara tratamiento médico, tanto físico como psiquiátrico, a la brevedad posible.

Finalmente, el Estado informó que María Elena Loayza Tamayo no se encontraba en aislamiento celular y que recibía visitas. También señaló que se encontraba en perfectas condiciones físicas y mentales de acuerdo con los informes proporcionados por las áreas de Salud y Psicología.

La Comisión presentó observaciones y señaló que la situación de María Elena Loayza Tamayo no había cambiado en absoluto:

> Continúa encerrada en su celda durante 23 horas y 30 minutos del día, y sólo dispone de 30 minutos para salir al patio del penal, lo que, *per se*, constituye un trato cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la reclamante, así como el derecho que ella tiene a que se respete su dignidad inherente a su condición de ser humano.

El Perú presentó observaciones al escrito del párrafo anterior y manifestó que este no se ajustaba a la realidad de los hechos en cuanto pretendía desvirtuar el estado de salud de María Elena Loayza Tamayo, pues esta era «estable y podríamos sostener que normal para alguien de su edad».

SENTENCIA

La Corte señaló que el derecho al debido proceso legal no fue observado por el Perú, ya que en ese caso el proceso se tramitó de forma irregular y sin respetar las garantías judiciales mínimas. También se violó el derecho a la «plena igualdad» o paridad procesal y el derecho a la presunción de inocencia, así como el principio *non bis in idem*. Asimismo señaló en su fallo que el Estado del Perú violó el derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de esta, y ordenó pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones ante las autoridades peruanas con ocasión de este proceso.

5.3 RESPUESTA JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han emitido resoluciones y sentencias que brindan protección al derecho a la salud de las personas, aun cuando lo hacen en el marco del derecho a la integridad personal, previsto en el artículo 5 de la Convención Interamericana.

5.3.1 Avances conceptuales sobre el derecho a la salud

La Corte Interamericana ha señalado que una situación carcelaria en condiciones de aislamiento celular, celda de dimensiones sumamente estrechas, sin ventanas ni ventilación, pone en grave peligro la salud física, psíquica y moral de la persona detenida, y por eso, como medida provisional, exige al Estado que varíe esa situación y que se le brinde tratamiento médico tanto físico como psiquiátrico a la brevedad posible (denuncia 11.154).

Ha señalado también la Corte que la falta de tratamiento médico y de investigación de la causa de las heridas y traumatismos sufridos por una persona detenida constituye una violación del derecho a la integridad personal. Se remite a los «Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión» para establecer que el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados (sentencia del 7 de setiembre del 2004 contra el Estado ecuatoriano).

La Corte también se ha pronunciado sobre el deber estatal de brindar formación y capacitación sobre derechos humanos y tratamiento de reclusos al personal

de salud de los establecimientos penitenciarios, como medida para promover que los servicios de salud en estos espacios se brinden adecuadamente (sentencia del 7 de setiembre del 2004).

Asimismo, la Corte entiende que, conforme lo establece el artículo 5 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera, y que a la vez, debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal. De este modo, una deficiente atención médica recibida es violatoria del artículo 5 de la Convención Americana.

Para el caso de personas en situación de detención con signos de alteraciones en su salud mental (caso 11.427 ante la CIDH), la Comisión ha señalado que corresponde emplear estándares especiales, conforme también ha sido la práctica de la Corte Europea de Derechos Humanos. Por eso, las garantías para el derecho a la integridad personal establecidas en la Convención Americana deben ser interpretadas a la luz de los «Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental», adoptados por la ONU como guía interpretativa en la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental, grupo especialmente vulnerable. Señala la Comisión que son especialmente pertinentes aquellos principios que disponen una atención especial a su salud, tales como los siguientes:

> a) Las personas detenidas de las cuales se sospecha que padecen de una enfermedad mental deben recibir la mejor atención disponible en este campo de la salud, no deben ser recluidas en prisiones sino en establecimientos para enfermos mentales, y si deben permanecer en prisión, deben hacerlo bajo la vigilancia especial de un médico.
>
> b) El hecho de que el Estado no cuente con establecimientos especiales para el internamiento de detenidos con afectación de su salud mental no lo exime del deber de prestar atención médica a las personas que se encuentran bajo su custodia.
>
> c) Cuando una persona se halla bajo custodia, sin la posibilidad de acudir a sus allegados, a un abogado o a un médico particular, el Estado ejerce control completo sobre su vida e integridad, y en esas circunstancias, las omisiones del Estado violan su deber de garantizar la salud y la vida del detenido.
>
> d) Conceder al Estado un plazo para cumplir recomendaciones orientadas a garantizar atención médico-psiquiátrica a las personas que padecen enfermedades

mentales y que se encuentran detenidas en centros penitenciarios, así como a dotar al servicio de salud del sistema penitenciario con especialistas en el diagnóstico y tratamiento de trastornos psiquiátricos.

Respecto de las personas que viven con VIH-sida que solicitan al Sistema Interamericano que dicte medidas cautelares dirigidas a obligar a sus Estados a que les den acceso a pruebas clínicas y a medicamentos para enfrentar su enfermedad, la CIDH procede a solicitar a los Estados, precisamente, que adopten todas las medidas conducentes a determinar el avance de la enfermedad en estas personas, así como al tratamiento médico indispensable para su supervivencia. Considera la CIDH que el cumplimiento de esta medida cautelar supone la obligación estatal de ejecutar esas medidas conforme con los estándares internacionales establecidos por la Organización Panamericana de la Salud. Incluso ante nuevas solicitudes de medidas cautelares de más personas afectadas por esta enfermedad, la Comisión amplía las medidas ordenadas inicialmente a fin de incluirlas. La estrategia legal está orientada, pues, a obtener una decisión que fuerce al Estado a atender su salud dada la gravedad de su situación, recurriéndose a la solicitud de medidas cautelares. Es una estrategia que ha venido implementando una red de organizaciones que trabaja apoyando a personas con VIH-sida.

A partir de un caso de esterilización forzada y posterior muerte de una mujer indígena en situación de pobreza, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos promovió una solución amistosa que logró que el Estado reconociera su responsabilidad por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la igualdad ante la ley, y que se obligara a reparar a la familia de la víctima en diversos aspectos, entre ellos, el de la salud. El Estado asumió el deber de sufragar el tratamiento de su rehabilitación psicológica, así como el pago de un seguro permanente de salud, sea a través del sistema público de seguridad social o de un seguro de salud privado.

Protección similar brindó la Corte Interamericana en un caso de desaparición forzada de 19 personas. El Tribunal determinó que además de la violación múltiple y continuada de varios derechos de estas personas —derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (libertad personal, integridad personal, vida, debido proceso y protección judicial)— también se violó el derecho a la integridad física y psicológica de los familiares de las víctimas a causa del profundo sufrimiento y angustia padecidos. De allí que entre las medidas de reparación se incluyera la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares, medida que debía implementarse en el plazo máximo de un año a partir de la sentencia.

Otro supuesto en el que está involucrado el derecho a la salud es el de la negligencia médica. En este caso, la Comisión estableció que existe responsabilidad estatal independientemente de que la vulneración del derecho se haya cometido en un hospital público o privado (Informe de admisibilidad 69/02).

El caso Sarayaku es uno de los pocos interpuestos ante el Sistema Interamericano en que expresamente los peticionarios alegan la violación del derecho a la salud, además de su derecho a alimentación básica y a la medicina tradicional, pues por lo general este derecho es demandado en el marco de lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la integridad personal. Este instrumento internacional regula específicamente la protección de los derechos civiles y políticos, estableciendo tan solo una referencia general al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, en los términos del artículo 26, que es uno de los que ampara la admisibilidad de esta petición ante la CIDH.

5.3.2 Enfoque de género

En el caso de esterilización forzada y posterior muerte de una mujer, caso contra el Estado peruano, la protección del derecho a la salud se promovió mediante el compromiso estatal en el Acuerdo de Solución Amistosa de realizar las modificaciones legislativas y de políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar, eliminando de su contenido cualquier enfoque discriminatorio y respetando la autonomía de las mujeres, para lo cual debía adoptar e implementar las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo a ese respecto. Se observa, entonces, que la atención de la salud es muy clara como modalidad de reparación.

En algunos casos, tanto la CIDH como la Corte Interamericana no consideraron el enfoque de género que podría haber permitido identificar derechos afectados vinculados estrechamente a los intereses de las mujeres. En el caso de esterilización forzada contra el Estado peruano, la Comisión no consideró como derecho vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, en este caso por razón de género, pese a que la petición incluía información que acreditaba la existencia de una práctica discriminatoria del sector salud hacia la población femenina, por cuanto era a ella a la que dirigía fundamentalmente las campañas de salud promotoras de la anticoncepción quirúrgica. Además de ello, la discriminación se ejercía también por condición socioeconómica, pues la abrumadora mayoría de las mujeres intervenidas quirúrgicamente se encontraban en situación de pobreza, y habitaban en las zonas rurales andinas y amazónicas. En otro de

los casos sometidos a la Corte Interamericana donde se alega la vulneración del derecho a la libertad sexual de una mujer detenida como método de tortura, la Corte no valoró las pruebas a este respecto y señaló que no se acreditó tal conducta, pese a que es sabido que los atentados contra la integridad y la libertad sexual de las mujeres constituyen una práctica sistemática en los contextos de guerra, y son un acto de discriminación y violencia de género. Sin embargo, las instancias internacionales no reconocieron expresamente la vulneración de estos derechos.

5.3.3 Nudos

Una omisión de carácter procesal que limita la eficacia de los pronunciamientos de la CIDH es la inexistencia de mecanismos de seguimiento y monitoreo del cumplimiento de sus recomendaciones, lo cual determina que, finalmente, este cumplimiento quede al arbitrio de los Estados. Es el caso de algunas medidas cautelares impuestas por la CIDH a favor de personas que viven con VIH-sida, frente a las cuales los Estados no actuaron con la debida celeridad para cumplirlas, lo que llevó a los afectados a interponer procesos nacionales para lograr su efectivo cumplimiento.

5.4 ANÁLISIS SEGÚN ESTÁNDARES DE ATENCIÓN DE LA SALUD

El estándar de *accesibilidad*, en su dimensión de *no discriminación*, es el principal acogido por la CIDH en las peticiones planteadas por personas que viven con VIH-sida. Al tratarse de un grupo humano en situación de vulnerabilidad por su condición, corresponde al Estado atender inmediatamente sus necesidades de salud. Es, además, parte del *contenido esencial mínimo* del derecho a la salud del Estado proveer de bienes y servicios de salud a personas en especial situación de desventaja, como es el caso de las personas que padecen este mal.

Argumento similar se puede entrever en el Informe de fondo 63/99 respecto del caso 11.427, emitido por la CIDH, al considerar pertinente el uso de estándares especiales en la determinación del cumplimiento de las normas convencionales en casos que involucran a personas que padecen enfermedades mentales. La CIDH señaló que cuando una persona se halla bajo custodia, sin posibilidad de acudir a sus allegados, a un abogado o a un médico particular, en estado de indefensión y aislamiento, el Estado «ejerce control completo sobre su vida e integridad» y es el principal garante de la salud y la vida del detenido, por lo que está obligado a

tomar todas las medidas para garantizar el *acceso a los bienes y servicios de salud*. Adicionalmente, tanto en este último caso como en el de las personas que viven con VIH-sida, cabe señalar que los órganos de justicia interamericana estarían acogiendo el *contenido esencial mínimo del derecho a la salud* a que las poblaciones vulnerables o marginadas tengan acceso a los servicios de salud desde una perspectiva no discriminatoria.

El estándar de *calidad* es acogido también en este último caso, al señalar la CIDH la obligación estatal de brindar servicios de calidad a las personas detenidas con trastornos de salud mental. El deber de dotar al sistema penitenciario de especialistas de salud que identifiquen adecuadamente esos trastornos mentales se dirige precisamente a alcanzar este estándar.

Lo mismo cabe decir de los términos en que la solución amistosa de la petición 12.191 incluyó como compromiso del Estado llevar a cabo acciones dirigidas a garantizar una atención de *calidad* de la salud reproductiva. En efecto, entre las medidas que debía adoptar para garantizar el respeto de los derechos humanos de los y las usuarias de los servicios de salud, se señaló el deber de llevar a cabo cursos permanentes de capacitación para el personal de salud en derechos reproductivos, violencia contra la mujer, violencia familiar, derechos humanos y equidad de género, garantizar que los centros donde se realizan intervenciones quirúrgicas de esterilización tengan las condiciones adecuadas, entre otras.

En otro caso presentado ante la Corte (sentencia de 7 de setiembre del 2004 contra el Estado ecuatoriano), esta instancia jurisdiccional dispuso también que el Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del Ministerio Público, policial y penitenciario, incluido el personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos, con lo que se pretende garantizar de alguna manera el estándar de *calidad* en la atención de la salud de las personas privadas de libertad. Por lo mismo, en este caso y en el anterior, la CIDH y la Corte estarían reconociendo una *obligación estatal de prioridad comparable al contenido esencial mínimo* del derecho a la salud, cual es proveer capacitación adecuada para el personal de salud, incluida la educación sobre derechos humanos.

Capítulo 6
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

6.1.1 Conclusiones generales

El análisis de la jurisprudencia nacional ha recaído sobre 58 sentencias de las altas cortes de cada uno de los países materia de estudio: en Bolivia se analizaron 9 sentencias (7 de la jurisdicción constitucional y 2 de la penal), en Colombia 22 (todas de la jurisdicción constitucional), en Ecuador 16 (14 de la jurisdicción constitucional y 2 de la penal) y en el Perú 11 (todas de la jurisdicción constitucional). En el ámbito interamericano, se analizaron 12 resoluciones: 9 emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (4 medidas cautelares, 3 informes de admisibilidad, un informe de fondo y una solución amistosa) y 3 sentencias de la Corte Interamericana.

El derecho a la salud ha merecido de los órganos jurisdiccionales nacionales de los cuatro países cuya jurisprudencia ha sido analizada una protección diferenciada de los magistrados, que han planteado conceptos distintos del derecho fundamental a la salud, así como de sus alcances.

En general, los tribunales nacionales han realizado un esfuerzo muy modesto por utilizar el enfoque de derechos humanos a través de la invocación de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y desarrollos doctrinarios provenientes de órganos del sistema universal.

En la mayoría de las demandas analizadas, los demandantes son personas aseguradas en algún sistema de salud, público o privado, lo que podría deberse a una autopercepción de las personas de ser titulares del derecho a la salud solo en el marco de la seguridad social.

En los órganos de justicia interamericana, la invocación de instrumentos internacionales se ha centrado en aquellos que protegen el derecho a la integridad

física o psíquica (artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos) para cautelar el derecho a la salud, probablemente porque no se dispone de mecanismos expresos de tutela directa de este derecho.

6.1.2 Estándares internacionales

Los estándares internacionales de atención de la salud —disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad— han sido recogidos por los tribunales en varias de las sentencias de las altas cortes, aunque de manera implícita, pues ninguna de ellas los acoge expresamente.

El estándar de accesibilidad es el que se puede considerar como el más invocado tácitamente por los tribunales: 33 de los 59 (55,9%) procesos identificados con algún estándar corresponden al de accesibilidad. Este elemento visibiliza la protección a la salud que se brinda a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o discriminación (accesibilidad-no discriminación), tales como aquellas que viven con VIH-sida o que están privadas de su libertad. El estándar de accesibilidad también está presente en aquellos numerosos procesos en los que los tribunales fallan a favor de la continuidad de la prestación del servicio de salud pese a las razones esgrimidas por la parte demandante para suspender el servicio: por ejemplo, el argumento de que el demandante no está comprendido en el plan de salud, que ya no existe vínculo laboral que permita la cotización al seguro de salud, entre otros.

El estándar de calidad (identificado en 10 de los 59 casos) estuvo presente implícitamente también en aquellas causas en las que los tribunales se pronuncian a favor de acciones estatales que mejoren la calidad de los servicios sanitarios o del medio ambiente, a fin de que no impacten negativamente en la salud de la población. También es el estándar al que podemos recurrir cuando se trata de procesos por negligencia médica, pues los fallos se pronuncian sobre la culpa en que incurrieron o no los profesionales de la salud al atender a sus pacientes, si existió o no la pericia médica suficiente para brindar el mejor servicio en cada circunstancia.

El estándar de aceptabilidad (identificado en 10 de los 59 casos) pudo ser identificado en casos en que las cortes ampararon a aquellos accionantes que solicitaban la continuidad del servicio frente a la pretensión de suspenderlo por presunta afiliación fraudulenta al seguro de salud. Los tribunales solieron considerar tal actitud como ilegítima y contraria a la ética médica, relevando así el deber estatal de brindar servicios respetuosos de ella. También estuvo presente este estándar cuando, según los magistrados, los demandados actuaron con escasa o nula sensibilidad a los requisitos del género y del ciclo de vida.

Asimismo, ha sido posible identificar la invocación tácita de los tribunales a contenidos esenciales mínimos del derecho a la salud que los Estados están obligados a cumplir, más allá de lo limitado de sus recursos disponibles, tal como lo señala la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). Así, el contenido esencial mínimo de asegurar el derecho de acceso a los bienes y servicios desde una perspectiva no discriminatoria, especialmente para los grupos vulnerables o marginados, fue un deber estatal considerado por la Corte en la resolución de casos que involucraban a personas que viven con VIH o privadas de libertad, por ejemplo; también fue tomado en cuenta el deber de asegurar acceso a servicios de desagüe o de brindar medicamentos esenciales. El deber estatal de proveer capacitación adecuada para el personal de salud también fue considerado por las cortes, así como proveer inmunización contra las principales enfermedades infecciosas de la comunidad, con lo que se alude a obligaciones de prioridad comparable con el contenido esencial mínimo del derecho a la salud.

6.1.3 Enfoque de género

En la generalidad de los casos, el análisis con enfoque de género en salud ha resultado relevante solo en algunas de las causas resueltas por las altas cortes nacionales e interamericanas. Los procesos jurisdiccionales se han ocupado de casos cuya problemática se mostró neutra a la problemática del género. En efecto, en ellos no se identificó discriminación por razón de género, pues las causas versaron, entre otros asuntos, sobre acceso a bienes y servicios excluidos del plan de salud, acceso a tratamiento y medicamentos para personas que viven con VIH-sida, atención de la salud de personas recluidas en centros penitenciarios, continuidad en las prestaciones del seguro de salud para las personas cuya relación laboral ha concluido, servicios de salud que no supediten el alta médica al pago por los servicios médicos prestados, negligencia médica, acceso a un medio ambiente libre de contaminantes que afecten la salud de la población.

El enfoque de equidad de género en salud se ha puesto en juego fundamentalmente en causas que involucran los derechos reproductivos de las mujeres. En efecto, en aquellas demandas constitucionales contra normas que consagran el acceso a la anticoncepción oral de emergencia (Ecuador) y a la anticoncepción quirúrgica voluntaria (Perú), o penalizan la interrupción voluntaria del embarazo (Colombia), los magistrados han desarrollado distintos argumentos a favor o en contra de la libertad de las mujeres para decidir sobre su capacidad reproductiva. El fallo más claro de protección de los derechos reproductivos de las mujeres fue el expedido por el Tribunal colombiano, que señaló su desacuerdo con plantear la prevalencia de la protección absoluta de la vida del feto, pues ello implica un

desconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, y el más adverso el pronunciado por la Corte ecuatoriana, que manifiesta que se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida, por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual.

En causas procesadas ante el Tribunal Constitucional boliviano también se discutieron normas que dan acceso diferenciado al seguro de salud en atención al sexo de la persona beneficiaria. En ellas, para beneficiarse del seguro, se exigen requisitos menores a la cónyuge y madre del cotizante del seguro de salud que al cónyuge o padre. El Tribunal consideró que no existe razón justificada para tal diferenciación y, por tanto, es discriminatoria y vulneratoria del derecho a la igualdad, por lo que declaró su inconstitucionalidad.

El enfoque de género permitió identificar que el tribunal constitucional no suele enunciar la desventaja de las mujeres para acceder a los servicios de salud por no participar, en la mayoría de los casos, en una actividad productiva que les permita hacer contribuciones a un sistema de salud. Es el caso de las mujeres cuidadoras de niños en instituciones estatales, cuya inclusión en sistemas de salud subsidiados que solo reconocen prestaciones de salud básicas, mas no las económicas, mantiene su precaria situación, la que no fue discutida ni modificada por los magistrados constitucionales en Colombia.

En el ámbito interamericano, la solución amistosa en el caso de la esterilización quirúrgica de una mujer peruana implicó el compromiso estatal de realizar las modificaciones legislativas y de políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar a fin de eliminar de su contenido cualquier enfoque discriminatorio y respetar la autonomía de las mujeres.

6.1.4 Avances conceptuales

Los tribunales han formulado importantes conceptos y alcances del derecho a la salud al momento de decidir las causas:

a. El derecho a la salud, no siendo un derecho fundamental, adquiere tal carácter por tener estrecha conexión con el derecho a la vida.
b. El derecho a la vida implica no solo protección frente al peligro de muerte, sino que incluye calidad de vida, lo que supone el derecho a la recuperación e incluso el mejoramiento de las condiciones de salud que afecten esa calidad de vida.
c. La protección del derecho a la salud a través de su conexión con otros derechos con la mirada de la interdependencia es uno de los principales aportes que debe reconocerse a los tribunales.

d. Como todo derecho prestacional, el derecho a la salud tiene un núcleo esencial mínimo no negociable y exigible, y otro contenido sujeto a disponibilidad de recursos y prioridades políticas coyunturales.
e. El derecho a la salud es un derecho social inmediatamente aplicable, directamente exigible, con valor jurídico y vinculante para los poderes públicos.
f. El derecho a la salud no es programático sino concreto, y exigible judicialmente si la vulneración es grave y la demanda razonable, si afecta otros derechos y si hay disponibilidad presupuestaria.
g. El carácter progresivo del derecho no autoriza inacción estatal sino acciones en plazos razonables, que impliquen la implementación de políticas concretas y permanentes.
h. Los inconvenientes presupuestales no deben afectar el derecho de las personas usuarias de los servicios. Los establecimientos públicos y privados están obligados a garantizar la continuidad del servicio público.
i. La protección del derecho es obligación también de las entidades prestadoras de salud privadas, pues deben contribuir al logro de los fines propios del Estado, como es garantizar la vida en condiciones dignas y justas. Por eso deben prestar el servicio al afiliado aun cuando este no cumpla con sus cotizaciones.
j. El seguro social de salud tiene el deber de entregar de manera excepcional servicios y bienes para la protección de la salud de los usuarios aun cuando estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud.
k. Se debe amparar, por lo menos provisionalmente, la demanda de atención de la salud de ex trabajadores, pese a considerarse que se trata de una cuestión laboral que debe dilucidarse en otro proceso, pues está involucrado un derecho que por conexión con el derecho a la vida adquiere el carácter de fundamental.
l. El derecho colectivo a la salud también es susceptible de amparo judicial. Un medio ambiente saludable debe estar disponible para garantizar el derecho individual y colectivo a la salud.
m. Los casos de gravedad y urgencia deben ser atendidos indefectiblemente. Ninguna ley ampara la negativa.
n. La retención en un establecimiento de salud de personas usuarias con la finalidad de obtener el pago del tratamiento constituye violación expresa de la prohibición legal de privación de la libertad por obligaciones patrimoniales y se incurre en responsabilidad civil.
o. La acción legal dirigida a proteger la libertad individual es habilitada explícitamente para proteger el derecho a la salud cuando se trata de demandas de personas privadas de la libertad.

p. Por su importancia, las demandas por presunta violación del derecho a la salud siempre deben ser admitidas a trámite y ser objeto de debate jurisdiccional. No son aceptables, por tanto, las declaraciones de inadmisibilidad o improcedencia.
q. Estas demandas plantean la inversión de la carga de la prueba para el caso de personas privadas de libertad, como medida afirmativa.
r. Establecen el principio de *in dubio pro demandante*.

6.1.5 Nudos

No obstante el desarrollo argumentativo de las altas cortes, ello no ha impedido que se deje de tutelar el derecho a la salud en algunos de los casos analizados:

a. No se ampara un caso de discriminación por orientación sexual y se excluye como beneficiario del seguro a la pareja homosexual por no adecuarse a la concepción jurídica de familia. Sin embargo, se plantearon votos discordantes.
b. La demanda de acceso a medicamentos es soslayada y derivada al Poder Ejecutivo y a las autoridades administrativas correspondientes, renunciando así las altas cortes a su deber, como parte del Estado, de procurar la accesibilidad de la salud, en especial para la población menos favorecida.
c. Los casos tramitados por denuncias de negligencia médica ante los tribunales ordinarios solo debaten sobre la existencia de dolo o culpa cometida por el proveedor de servicios de salud, omitiendo cualquier pronunciamiento por lo menos referencial al derecho a la salud de los usuarios perjudicados.
d. En los casos de negligencia médica, aun cuando se producen fallos condenatorios, resultan ineficaces, pues se imponen penas mínimas que son suspendidas o se emiten después de tanto tiempo que los delitos prescriben.
e. Las acciones interpuestas por personas privadas de la libertad que son desestimadas lo son básicamente por insuficiencia probatoria, sin llegar los tribunales a ponderar las limitadas posibilidades de estas personas, dadas sus condiciones, de hacer valer su pretensión.

6.2 RECOMENDACIONES

A partir de las constataciones precedentes, es posible plantear las siguientes alternativas como mecanismos para posibilitar la efectiva exigibilidad del derecho a la salud:

- Uso de los avances jurisprudenciales detectados en los sentencias analizadas en las demandas de salud que se presenten ante los órganos de justicia nacionales, enfatizando su carácter de derecho humano fundamental con un contenido mínimo esencial de ineludible cumplimiento por parte del Estado.
- Uso de mecanismos procesales que viabilizan mejor los reclamos frente al derecho a la salud, recogidos de la jurisprudencia comparada, como es el caso del uso del hábeas corpus y la inversión de la carga de la prueba para el caso de las personas privadas de libertad.
- Promover el reconocimiento expreso del derecho a la salud como derecho humano fundamental en las Constituciones nacionales para garantizar al ser humano el efectivo disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, psíquico y social.
- Promover la revisión de los alcances del Protocolo de San Salvador a fin de que permita ampliar las posibilidades de la presentación de peticiones individuales ante el Sistema Interamericano de justicia, no solo frente a la afectación del derecho a la educación y al trabajo sino también en los casos de violación del derecho a la salud.
- Uso de mecanismos de protección de derechos humanos previstos en instrumentos internacionales, como son las medidas cautelares que pueden ser emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la protección efectiva y más o menos rápida del derecho a la salud cuando no es amparado en el ámbito interno. Esto será útil, además, como fundamento para una posterior acción de garantía constitucional presentada por otras personas en las mismas circunstancias.
- Evidenciar la necesidad e importancia de adecuar las respuestas jurisprudenciales a los estándares internacionales de protección del derecho a la salud.
- Contrarrestar la inequidad de género en la atención del derecho a la salud que afecta principalmente a las mujeres a través de la implementación de un sistema de seguridad social en salud con regímenes especiales para las mujeres amas de casa, para las trabajadoras independientes, para las mujeres

que prestan servicios a la comunidad de manera gratuita y para las mujeres cabeza de familia y sus hijos e hijas.

- Implementar normas que permitan el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en condiciones de seguridad, igualdad y libertad, especialmente para las mujeres.
- Garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, incluyéndolas en sistemas de seguridad social subsidiados.
- Establecer claramente que la tutela del derecho a la salud en términos colectivos, cuando se afecta el medio ambiente o los recursos naturales, incide negativamente en la salud individual de los y las habitantes del lugar y, por tanto, corresponde interponer las acciones de garantía constitucionales previstas para proteger derechos humanos individuales.
- Prever la creación y/o fortalecimiento de alguna instancia de apoyo técnico médico para el peritaje en los casos de negligencia médica. Debe eliminarse también toda disposición normativa que se oponga a la participación de los profesionales de la salud en la investigación de este tipo de casos.
- Ejercer vigilancia social sobre la actuación de los gremios de salud encargados de velar por la ética profesional a fin de que cumplan con imparcialidad su deber de investigación sobre hechos que hubieran afectado el derecho a la salud de las personas. Para ello, es recomendable prever en la ley mecanismos de control que aseguren tal vigilancia.

BIBLIOGRAFÍA, INSTRUMENTOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y TEXTOS CONSTITUCIONALES

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración y Plataforma de Acción de Viena.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial.

Observación General 14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Recomendación General 24 sobre la mujer y la salud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

TEXTOS CONSTITUCIONALES

Constitución Política de Bolivia.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de Ecuador.

Constitución Política del Perú.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ANDERSON, Jeanine y Janina LEÓN. *El enfoque de género en la investigación del CIES*. Lima: CIES, 2006.

BARAHONA-RIERA, Rocío. *Derechos económicos, sociales y culturales: exigibilidad-niveles mínimos de cumplimiento e indicadores*. Documento de referencia. Santiago de Chile: CEPAL, 2006.

GÓMEZ, Elsa. *Equidad, género y reforma de las políticas de salud en América Latina y el Caribe*. Washington, D. C.: Organización Panamericana de la Salud. División de Salud y Desarrollo Humano, 2000.

GÓMEZ, Elsa. *Equidad, género y salud*. Washington, D. C.: Organización Panamericana de la Salud, División de Salud y Desarrollo Humano, 2001.

GRUSKIN, S. y D. TARANTOLA. «Health and Human Rights». En R. Detels y R. Beaglehole (eds). *Oxford textbook on Public Health* Nueva York: Oxford University Press, 2001.

HUAITA, Marcela, Víctor CARRASCO y otros. *Derecho a la salud. Alcances, obligaciones estatales y balance de políticas públicas*. Documento de trabajo. Lima. Defensoría del Pueblo, 2007.

TELLO GILARDI, Janet. *Manual para la elaboración de informes ante los comités monitores desde una perspectiva de género*. Lima: CLADEM, 2005.

COLOMBIA

ÁLVAREZ CASTAÑO, L. «El derecho a la salud en Colombia: una propuesta para su fundamentación moral». *Rev. Panamericana de Salud Pública*, vol. 18, n.° 2, 2005.

CABAL, Luisa, Julieta LEMAITRE y Mónica ROA. *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 2001.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. *Fallos de tutela. 1994-2001. Sentencias de Casación. Sala Plena. 1992-1999.*

CORTE CONSTITUCIONAL. *Jurisprudencia y fallos de tutela. 1992-2006.*

COTES BENITES, MIRIAM (ed.). *Violencia contra las mujeres en Colombia. ¿Se hará justicia?* Bogotá: UNIFEM-Sisma Mujer, 2005.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El derecho a la salud en la Constitución. La jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá, 2003.

DIRECCIÓN DE EQUIDAD PARA LAS MUJERES-UNICEF. *Compromisos de Colombia con sus mujeres. Acuerdos en Conferencias Internacionales*. Bogotá, 1996.

DIRECCIÓN NACIONAL DE EQUIDAD PARA LAS MUJERES. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. *Cuarenta años del voto de la mujer en Colombia. Leyes y Jurisprudencia*. Tomo II. Bogotá, 1997.

OBSERVATORIO DE ASUNTOS DE GÉNERO. *La Corte Constitucional frente a los derechos de la mujer. Derechos sexuales y reproductivos*. Edición especial. Bogotá, 2006.

PROFAMILIA y otras. *Salud sexual y reproductiva en Colombia. Encuesta Nacional de Demografía y Salud*. Bogotá: Prínтex Impresores, 2005.

BOLIVIA

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Censo de Población y Vivienda*. La Paz, 2001.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Encuesta Post-Censual sobre Mortalidad Materna*, 2003. La Paz.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Encuesta Nacional de Demografía y Salud 1998 y 2003*. La Paz.

MALDONADO C., Ana María. *Derechos Humanos y políticas de salud en Bolivia. Capítulo Boliviano de Derechos Humanos*. La Paz, 2005.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe sobre Salud en el Mundo 2006*.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD-ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *El reto de la cooperación técnica en el contexto de una Bolivia profunda*. La Paz, 2004.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *OPS Boletín Epidemiológico*, vol. 26, 2005.

PAZ ARAUCO y cols. «Niños, niñas y adolescentes en Bolivia: venciendo la carrera de obstáculos». *Revista Latinoamericana de Desarrollo Humano*, PNUD, La Paz, 2006.

ZERDA, C. Mercedes. *Vejez y pobreza en Bolivia*. La Paz, 2004.

ECUADOR

ALER, ILDIS y otras. *Cartillas sobre migración* 1, 2002.

AVILÉS, José. «Perfil de la salud ambiental de la niñez en el Ecuador». Disponible en <www.cepis.ops_oms.org>, 2005.

CENTRO DE ESTUDIOS DE POBLACIÓN Y DESARROLLO SOCIAL (CEPAR). *Encuesta Demográfica y de Salud Materna Infantil*, ENDEMAIN-IV Ecuador, Informe preliminar, Quito, 2004.

COMITÉ LATINOAMERICANO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER-ECUADOR. *Informe alternativo de derechos económicos, sociales y culturales de los DESC*. Informe de la Subsecretaria de Agua Potable y Saneamiento Ambiental. Quito: MIDUVI, 2003.

COMITÉ LATINOAMERICANO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Diagnóstico Nacional de Derechos Sexuales y Reproductivos en el Ecuador*. Quito, 2003.

CONSEJO DEL OBSERVATORIO CIUDADANO DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. *Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en el Ecuador 2003*. Quito, UNICEF, 2003.

CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES (CONADIS). «Ecuador: La discapacidad en cifras». Disponible en <www.conadis.gov.ec>, 2004.

FACIO, Alda. *Cuando el género suena, cambios trae: Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José: ILANUD, 1996.

FUNDACIÓN EQUIDAD. «Informe borrador sobre la situación del VIH/SIDA y derechos humanos en el Ecuador para el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Declaración de Compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA». Documento inédito, Quito, 2003.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA-PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD. *Situación de salud del Ecuador*. Quito, 2006.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA y CONSEJO NACIONAL DE SALUD. *Marco general de la reforma estructural de la salud en el Ecuador*. Quito, 2002.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Perfil del Sistema de Servicios de Salud en el Ecuador*. Última edición. Quito, 2001.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Plan Nacional para la Reducción de Muerte Materna*. Quito: OPS-OMS, 1990.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe de Desarrollo Humano,* 2005.

SALGADO, Judith. «Género y (des)protección de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana: El caso de la píldora anticonceptiva de emergencia». Documento inédito. Ponencia presentada en el Tercer Encuentro de la Sección de Estudios Ecuatorianos de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, LASA, Quito, 2006.

Segundo y tercer informes oficiales consolidados de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Ecuador, Período 1993-2002.

Sistema Integrado de Indicadores Sociales. SIISE, INEC, EMEDINHO, 2000 [recurso electrónico].

TORRES, Rosa María. «Analfabetismo y alfabetización en el Ecuador: opciones para la política y la práctica». Instituto Fronesis, 2005. Documento inédito.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Plan Nacional para la reducción de muerte materna*. OPS-OMS, 1990.

PERÚ

ARTICULACIÓN REGIONAL FEMINISTA. *Análisis y contribución feminista a los derechos económicos sociales y culturales*. 2005.

CASTELLON, Roxana y Lisa J. LAPLANTE. *Los afectados por el conflicto armado interno en el Perú. Exigiendo el derecho a la salud mental*. Lima: CIES, 2005.

CORCUERA, Ricardo, Catalina HIDALGO y Alicia QUINTANA. *Exigibilidad del derecho a la salud. Acceso a atención, tratamiento e insumos en salud sexual y reproductiva y VIH-sida*. Lima: CIES, 2006.

FOROSALUD. *Hacia una reforma sanitaria por el derecho a la salud. II Conferencia Nacional de Salud*. Lima: ForoSalud, 2005.

Páginas web revisadas

<http://www.minsa.gob.pe/portal>

<http://www.pucp.edu.pe/economia/pdf/DDD194.pdf>

<http://www.minsa.gob.pe/dgps/actividades/2006/Perfil%20de%20Salud%20Mujeres%20y%20Hombres.pdf>

<http://www.forosalud.org.pe/articulos/politicasdesalud_2006-2011.pdf>

<http://www.ila.org.pe/publicaciones/docs/DerSal.pdf>

ANEXO

Reseñas de sentencias

BOLIVIA

Solicitan declaración de inconstitucionalidad de norma discriminatoria por razón de género para acceder a la seguridad social
Tipo de acción: Recurso de inconstitucionalidad
Demandante: Ana María Romero de Campero, defensora del Pueblo
Demandado: Carlos Diego Mesa Gisbert, vicepresidente de la República y presidente del Congreso
Número de expediente: 2002-05784-11-RDI

Solicitan declaración de inconstitucionalidad de norma discriminatoria por razón de género para acceder a la seguridad social
Tipo de acción: Recurso directo de inconstitucionalidad
Demandante: Waldo Albarracín, defensor del Pueblo
Demandado: Evo Morales Aima, presidente constitucional de la República, a nombre de los órganos ejecutivos que generaron las normas impugnadas
Número de expediente: 2005-13025-27-RDI

Discriminación de persona que vive con VIH-sida
Tipo de acción: Recurso de amparo constitucional
Demandante: Ana Marconi
Demandado: Mónica Rivero Contreras, gerente del hotel House Inn Apart Hotel
Número de expediente: 2005-12102-25-RAC

Denuncian retención de paciente en establecimiento de salud para forzar pago del tratamiento médico
Tipo de acción: Recurso de hábeas corpus
Demandante: Benigno Tórrez Llanos en representación de su hija Ana Laura Tórrez Colque
Demandado: Germán Hoyos Delfín, director del Hospital Regional San Juan de Dios
Número de expediente: 2006-13347-27-RHC de Tarija

Denuncian retención de paciente en establecimiento de salud para forzar pago del tratamiento médico
Tipo de acción: Recurso de hábeas corpus
Demandante: Virginia Apaza de Sánchez a nombre de su tía Guadalupe Apaza Paci
Demandado: Wálter Antezana Carrión, director del hospital Viedma, de la ciudad de Cochabamba
Número de expediente: 2005-12328-25-RHC de Cochabamba

Denuncian retención de paciente en establecimiento de salud para forzar pago del tratamiento médico
Tipo de acción: Recurso de hábeas corpus
Demandante: Cintia Filomena Almanza Espinoza en representación de su hija menor de edad

Demandados: Wálter Antezana, director del Hospital Clínico Viedma
Número de expediente: 2005-12041-25-RHC del distrito de Cochabamba

Solicitan continuidad de prestación de servicios de salud para persona adulta mayor
Denuncian negligencia médica que ocasionó aborto culposo
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Waldo Albarracín, defensor del Pueblo, en representación de Alejandro Cuba Plaza
Demandados: Fernando Antezana Araníbar y otros
Número de expediente: 2004-09190-19-RAC

Denuncian a personal de salud por la muerte de paciente
Tipo de acción: Denuncia penal por homicidio simple
Instancia: Corte Suprema de Justicia
Demandantes: Máximo Montaño Zambrana y otros
Demandados: Edgar Puch Heredia y Arturo Meneses Álvarez
Número de expediente: 199806-Sala Penal-1-351

Denuncian negligencia médica que ocasionó aborto culposo
Tipo de acción: Aborto culposo
Instancia: Corte Suprema de Justicia
Demandante: Ministerio Público
Demandados: Celso Gutiérrez Dávalos, Juan Ugarte Arce y Deysi Maldonado Vega
Número de auto supremo: 67, marzo del 2005

COLOMBIA

Solicitan declaración de inconstitucionalidad de normas que penalizan el aborto
Tipo de acción: Demanda de inconstitucionalidad
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandantes: Ciudadano y ciudadanas Mónica Roa, Pablo Jaramillo, Marcela Abadía, Juana Dávila y Laura Porras
Número de expediente: C-355 del 2006

Solicitan acceso gratuito a vacuna contra la meningitis
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandantes: 417 padres de familia en representación de sus hijos e hijas menores de edad
Demandados: Ministerio de Salud y Alcaldía de Santa Fe de Bogota, D. C. Secretaría Distrital de Salud
Número de sentencia: SU-225 de 1998

No entrega de medicamentos a asegurado por encontrarse excluido del POS
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Iván Vélez
Demandado: EPS SANITAS S. A.
Número de sentencia: T-482 del 2005

Solicitan medidas para resolver problemas de saneamiento básico y degradación ambiental
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandantes: Francisco Antonio Escobar Silebi y otros
Demandados: Alcalde de la ciudad, gerente de la Compañía del Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta S. A. ESP empresas de servicios públicos domiciliarios de aseo, director de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena
Número de sentencia: SU[1]-442 de 1997

1 SU: Sentencia de unificación de criterio de la Corte Constitucional. Para este caso se acumularon varias demandas por hechos similares en la misma ciudad.

Protección del derecho a la salud emocional
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Padre de niño de 5 años de edad
Demandada: Profesora del niño
Número de sentencia: T-293 de 1998

Asegurado solicita atención integral de cáncer para su madre en su ciudad de origen
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Luis Enrique Hernández Durán, en representación de su madre
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Número de sentencia: T-021 del 2003

Asegurado solicita cobertura de un examen de diagnóstico no cubierto por el POS
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Afiliado al ISS
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Número de sentencia: T-110 del 2004

Solicita mantenimiento de cobertura de seguro a beneficiaria adicional con discapacidad mental
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Judith Urrego Arango afiliada a EPS
Demandado: EPS Fundación Médico Preventiva
Número de sentencia: T-845 del 2003

Mujer privada de libertad solicita suspensión de reclusión prevista en la ley
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Mujer detenida con siete meses de embarazo
Demandado: Establecimiento penitenciario
Número de sentencia: T-437 de 1993

Padre solicita continuidad del seguro social de salud para su hija y cobertura para su nieta
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Padre de Doris Fabiola Reinoso
Demandado: Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL)
Número de sentencia: SU[2] 1167 del 2001

Asegurada solicita continuidad del seguro de salud suspendido por la empresa empleadora por problemas administrativos
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Dora Lozano, afiliada al ISS
Demandado: Instituto de Seguros Sociales EPS
Número de sentencia: T-157 de 1995

Solicita continuidad de atención médica con posterioridad al término del vínculo laboral
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Javier Vélez, afiliado a EPS
Demandados: EPS y Empresa Administradora de Riesgos Profesionales (ARP)
Número de sentencia: T-451 de 1998

2 Sentencia Unificadora de Jurisprudencia. Competencia de la Corte Constitucional en casos de tutela, constituyéndose en un referente para que todas las decisiones de los jueces inferiores se profieran en el sentido (Doctrina Constitucional). Tomado de Observatorio de Asuntos de Género. *La Corte Constitucional frente a los derechos de la mujer*. Edición especial. Bogotá: 2006.

Asegurada solicita intervención quirúrgica excluida del POS
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Afiliada a EPS
Demandado: SaludCoop EPS
Número de sentencia: T-264 del 2003

Asegurada solicita servicios de salud que el Seguro le niega por no contar con los especialistas requeridos
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Alba Milagros Zúñiga
Demandado: SISBEN Medellín
Número de sentencia: T-581 del 2005

Asegurada solicita cirugía de prótesis total de cadera programada pero en lista de espera
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Mujer de 63 años afiliada al ISS
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Número de sentencia: T 548/2000.

Asegurado solicita que EPS cubra audífonos que no están incluidos en el POS
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Rafael Melo
Demandado: SANITAS EPS
Número de sentencia: T-380/02

Compañero permanente de asegurado solicita su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de conviviente
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: César Augusto Medina Lopera
Demandado: COMFENALCO EPS
Número de sentencia: SU 623 del 2001

Solicita continuidad de la prestación del servicios de salud en EPS pese a no haber cotizado el período suficiente
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Bertha Zapata, en representación de su hija menor de edad
Demandado: CAFESALUD EPS
Número de sentencia: T-1202 del 2004

Madres comunitarias afiliadas al Seguro Social solicitan el pago de la licencia por maternidad
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandantes: Mujeres que prestan servicios como madres comunitarias del programa de Hogares de Bienestar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)
Demandado: ICBF
Número de sentencia: 668 del 2000

Mujer de escasos recursos solicita la exoneración del pago de la cirugía que requiere
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Albenis Perdomo
Demandado: Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN)
Número de sentencia: T-564 del 2004

Solicitan continuidad de la atención médica y tratamiento para VIH-sida en el Seguro Social luego de la ruptura de vínculo laboral
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandantes: Alonso Muñoz Ceballos
Demandado: Instituto de Seguros Sociales
Número de sentencia: T-484 de 1992

Falta de entrega de medicamentos a los beneficiarios del sistema de Seguro Social de Salud aduciendo que excede la cobertura
Tipo de acción: Acción de tutela
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Mujer afiliada a BONSALUD S. A. EPS
Demandado: BONSALUD S. A. EPS
Número de sentencia: 1630 de 1995

ECUADOR

180 afiliados al IESS que viven con VIH-sida solicitan continuación de suministro de medicamentos
Tipo de acción: Amparo Constitucional
Demandante: Comisionado de la Defensoría del Pueblo de la Provincia del Guayas, a nombre de 180 afiliados al IESS que viven con VIH-sida
Demandados: Director regional 2 del IESS y director regional del Hospital del IESS
Número de sentencia: 612-RA-00-LS-Primera Sala TC

Personas que viven con VIH-sida solicitan entrega completa de medicamentos
Tipo de acción: Recurso de amparo
Demandantes: Cuatro personas que viven con VIH-sida
Demandados: Ministro de Salud y directora del Programa Nacional de Sida-VIH-ITS
Número de resolución: 0749-2003-RA-Tercera Sala TC

Pobladores solicitan acciones para detener impactos de fumigaciones en zona fronteriza con Colombia
Tipo de acción: Acción de amparo constitucional
Demandantes: Cuatro mujeres por sus propios derechos, un representante de la Federación de Organizaciones Campesinas del Cordón Fronterizo Ecuatoriano de Sucumbíos y el representante de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador
Demandados: Ministerios de Salud, Medio Ambiente, Bienestar Social, Relaciones Exteriores, y Agricultura y Ganadería.
Número de resolución: 371-2004-RA-Pleno del TC

Solicitan suspensión de registro sanitario de píldora de anticoncepción de emergencia
Tipo de acción: Amparo Constitucional
Demandante: Fernando Rosero
Demandados: Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez y ministro de Salud
Número de resolución: 0014-2005-RA-Tercera Sala TC

Afiliado al IESS solicita continuidad de tratamiento de problema respiratorio de su cónyuge luego de una negligencia médica
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandantes: Iván Morales (comparece a nombre de su cónyuge)
Demandado: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
Número de resolución: 367-2000-RA-Primera Sala TC

Maestra afiliada al IESS solicita hace más de 9 años una pensión de jubilación por invalidez
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Juana Enríquez
Demandado: Director regional 7 del IESS de Loja
Número de resolución: 270-2001-RA-Segunda Sala TC

Afiliado al IESS solicita acceso a atención médica suspendida por supuesta afiliación fraudulenta
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Benjamín Bajaña
Demandados: Director regional 2 del IESS y director del Hospital Regional del IESS Teodoro Maldonado Garbo
Número de resolución: 153-2001-TP-Pleno del TC

Jubilado solicita atención médica en el extranjero frente a ineficacia de intervenciones en el país
Tipo de acción: Demanda de inconstitucionalidad

Demandante: Alfonso Quinga
Demandado: Instituto Ecuatoriano de Seguridad
Número de resolución: 125-2001-Pleno del TC

Profesora afiliada al IESS solicita cambio de lugar de trabajo para continuar tratamiento médico de rehabilitación
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: María Durán
Demandados: Ministro de Educación, director provincial de Educación del Azuay, presidente y miembros de la Comisión de Ingresos y Cambios de Nivel Medio de la Dirección Provincial de Educación del Azuay
Número de resolución: 782-2002-RA-Tercera Sala TC

Afiliado al IESS solicita continuación de tratamiento por insuficiencia renal suspendido por presunta afiliación fraudulenta
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Hugoberto Alberca
Demandado: Director nacional del IESS
Número de resolución: 380-2000-RA-Segunda Sala TC

Afiliado al IESS solicita continuación de tratamiento de hemodiálisis suspendido por presunta afiliación fraudulenta
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Ramón Mendoza
Demandados: Miembros de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS
Número de resolución: 718-2001-RA-Tercera Sala TC

Afiliado al IESS solicita que se dote a la farmacia con los medicamentos requeridos por los afiliados
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Santiago Yépez
Demandado: Director de la Regional del IESS n.º 8 y director del Hospital del IESS
Número de resolución: 037-2003-RA-Tercera Sala TC

Afiliado al IESS solicita continuación de tratamiento de hemodiálisis suspendido por presunta afiliación fraudulenta
Tipo de Acción: Amparo constitucional
Demandante: Tito Macay
Demandado: Director regional n.º 6 del IESS
Número de resolución: 0004-2004-RA-Segunda Sala TC

Profesora afiliada al IESS solicita cambio de lugar de trabajo para continuar tratamiento médico
Tipo de acción: Amparo constitucional
Demandante: Ruth Ortega
Demandados: Ministro de Educación, director provincial de Educación del Azuay y presidente de la Comisión Provincial de Defensa Profesional del Azuay
Número de resolución: 364-2002-RA-Tercera Sala TC

Muerte por negligencia médica
Tipo de acción: Denuncia penal
Denunciantes: Familiares del que en vida fue Segundo Cartagena
Denunciados: Carlos Montenegro y Gonzalo Vinueza, médicos del Hospital Carlos Andrade Marín (IESS)
Número de juicio penal: 411-99-AD-Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia

Muerte por negligencia médica
Tipo de acción: Denuncia penal
Denunciantes: Familiares de la que en vida se llamó Susana Albán
Denunciados: Ramiro Montenegro y Fabián Espinoza, médicos del Hospital Metropolitano
Número de juicio penal: 38-99-Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito

PERÚ

Demandan inconstitucionalidad de la Ley que retira la anticoncepción quirúrgica de la lista de métodos anticonceptivos excluidos
Tipo de acción: Demanda de inconstitucionalidad
Demandantes: Treinta (30) congresistas de la República
Demandado: Congreso de la República
Número de expediente: 014-96-I/TC

Acción de amparo sobre acceso a tratamiento del VIH-sida
Tipo de acción: Acción de amparo
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Azanca Alhelí Meza García
Demandado: Ministerio de Salud
Número de expediente: 2945-2003-AA/TC-Lima

Denuncian que el traslado de un centro penitenciario a otro pone en riesgo la salud y la vida de un interno
Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Hábeas corpus
Demandante: Carlos Aguirre Romero interpone acción a favor de José Tejada Ramírez
Demandado: Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE)
Número de expediente: 1074-98-HC/TC-Lima

Denuncian atentados contra la integridad física de una interna delicada de salud
Tipo de acción: Hábeas corpus
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Carmen Gamarra Huamán
Demandada: Directora del Penal de Mujeres Santa Mónica (Chorrillos)
Número de expediente: 753-2005-PJC/TC-Lima

Solicitan atención médica para interno de centro penitenciario con grave deterioro de su salud
Tipo de acción: Acción de hábeas corpus
Instancia: Tribunal Constitucional
Demandante: Benedicta Taboada de Castro, a nombre de su cónyuge Demetrio Castro Motta
Demandados: Director del Establecimiento Penitenciario de Régimen Especial Castro Castro y jefe de su Departamento Médico
Número de expediente: 318-96-HC/TC–Lima

Denuncian vulneración del derecho a la seguridad social en salud por no reconocer las prestaciones de salud en forma integral durante el período de desempleo
Tipo de acción: Acción de amparo
Demandante: Jorge Carlos Castañeda Espinoza
Demandado: EsSalud
Número de expediente: 3208-2004-AA/TC-Huánuco

Asegurada solicita continuación de tratamiento médico hospitalario para su hija hasta su rehabilitación
Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de amparo
Demandantes: Martha Rivera Lhoiry, en representación de su hija Martha Olinda Combe Rivera
Demandado: EsSalud
Número de expediente: 1956-2004-AA/TC-Lima

Ex trabajador solicita continuación en el programa de asistencia médica que el empleador ofreció cuando se acogió al retiro voluntario
Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de amparo
Demandante: Víctor Raúl Herrera Callirgos
Demandado: Banco de la Nación
Número de expediente: 402-97-AA/TC-Callao

Asegurado solicita que el Seguro Social asuma los costos de su tratamiento en el extranjero

Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de amparo
Demandante: Juan Gilberto Tapia Toledo
Demandado: Instituto Peruano de Seguridad Social
Número de expediente: 773-97-AA/TC-Lima

Solicitan estrategia de salud pública de emergencia para la ciudad de La Oroya cuyo aire se encuentra con exceso de contaminación
Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Demanda de cumplimiento
Demandantes: Pablo Miguel Fabián Martínez y otros
Demandado: Ministerio de Salud
Número de expediente: 2002-2006-PC/TC-Lima

Denuncian trato cruel, inhumano y degradante hacia internas de centro penitenciario
Instancia: Tribunal Constitucional
Tipo de acción: Acción de hábeas corpus
Demandantes: Natalia Foronda Crespo y otras
Número de expediente: 2333-2004-HC/TC-Callao

SISTEMA INTERAMERICANO

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Solicitan acceso a atención médica y tratamiento de personas viviendo con VIH-sida
Tipo de acción: Petición de medidas cautelares
Peticionarios: Personas que viven con VIH-sida
Estado denunciado: Ecuador
Fecha de resolución: 9 de julio del 2002

Solicitan acceso a atención médica y tratamiento de personas que viven con VIH-sida
Tipo de acción: Petición de medidas cautelares
Peticionaria: Persona que vive con VIH-sida
Estado denunciado: Colombia
Fecha de resolución: 2 de octubre del 2002

Solicitan acceso a atención médica y tratamiento de personas que viven con VIH-sida
Tipo de acción: Petición de medidas cautelares
Peticionarios: 52 personas que viven con VIH-sida
Estado denunciado: Bolivia
Fecha de resolución: 3 de octubre del 2002

Solicitan acceso a atención médica y tratamiento de personas que viven con VIH-sida
Tipo de acción: Petición de medidas cautelares.
Peticionarios: 15 personas portadores del virus VIH-sida
Estado denunciado: Perú
Fecha de resolución: 23 de setiembre del 2002

Denuncian responsabilidad estatal por falta de acceso a la justicia en caso de negligencia médica cometida en establecimiento privado
Tipo de acción: Petición 419/01
Peticionarios: Carmen Susana Cornejo Albán, en su nombre y en el de su cónyuge, Bismarck Wagner Albán Sánchez (padres de la víctima)
Estado denunciado: Ecuador
Número de informe de admisibilidad: 69/02

Denuncian responsabilidad estatal por daños a la salud de los miembros de una comunidad indígena Sarayaku de Ecuador
Tipo de acción: Petición 167/03
Peticionarios: Asociación de Pueblos Kichwa de Sarayaku, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), a nombre de las víctimas
Estado denunciado: Ecuador
Número de informe de admisibilidad: 62/04.

Denuncian responsabilidad estatal por negligencia médica y retraso en el proceso judicial.
Tipo de acción: Petición 547/01
Estado denunciado: Ecuador
Número de informe de admisibilidad: 38/04

Denuncian responsabilidad estatal por falta de atención para personas privadas de libertad
Peticionario: Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), a nombre de víctima fallecida
Estado denunciado: Ecuador
Número de informe de fondo: 63/99. Caso 11.427

Responsabilidad estatal por esterilización quirúrgica forzada
Peticionarios: DEMUS, CLADEM, APRODEH, CRLP, CEJIL
Estado denunciado: Perú
Número de caso: 12.191

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Responsabilidad estatal por falta de atención médica a personas privadas de libertad
Peticionarios: Daniel David Tibi (víctima), representado en esta instancia por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE
Estado denunciado: Ecuador
Fecha de sentencia: 7 de setiembre del 2004

Responsabilidad estatal por daños causados a la salud emocional y psicológica de familiares de víctimas de ejecuciones extrajudiciales
Peticionarios: CEJIL y la Comisión Colombiana de Juristas, como representantes de los familiares de 19 comerciantes desaparecidos
Estado denunciado: Colombia
Número de denuncia: 11.603
Fecha de sentencia: 5 de julio del 2004

Responsabilidad estatal por falta de atención médica a personas privadas de libertad
Peticionaria: María Elena Loayza Tamayo
Estado denunciado: Perú
Número de denuncia: 11.154
Fecha de sentencia: 17 de setiembre de 1997