



Norad



SaluDerecho



# DIÁLOGOS CONSTRUYENDO FUTURO EN DERECHOS FUNDAMENTALES

*Una experiencia latinoamericana  
sobre procesos de cambio en derecho  
a la salud y políticas públicas*

# CONTENTS

---

INTRODUCCIÓN	1
La aventura intelectual de redactar una obra en equipo	2
Introducción	4
Un caso: María necesita Soliris	10
DERECHOS FUNDAMENTALES, POLÍTICAS PÚBLICAS Y JUDICIALIZACIÓN	18
Derechos Humanos Fundamentales y Políticas Públicas	19
Judicialización de los derechos fundamentales y las políticas públicas	29
LA POLÍTICA PÚBLICA EN EL SECTOR SALUD	39
Derecho a la Salud	40
Sistemas de salud basados en derechos humanos fundamentales	46
Necesidades, recursos y priorización en salud	56
Rendición de cuentas, transparencia y participación	66
JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN SALUD	72
Aclaración metodológica	73
El desarrollo del derecho a la salud ante las limitaciones de las políticas públicas	74

Alcance de las decisiones judiciales sobre el derecho a la salud	78
Dimensión individual y dimensión colectiva del derecho a la salud	80
Causas de la judicialización del derecho a la salud	82
Los reclamos judiciales sobre el derecho a la salud	86
Impactos y desafíos de las decisiones judiciales en las políticas públicas de salud	90
<b>PROCESO DE CAMBIO</b>	<b>94</b>
Una visión de la historia del proceso de cambio	95
Características de un proceso de cambio de dilemas complejos	101
Fundamentos del proceso del cambio	107
Recursos e instrumentos del proceso de cambio	111
Tipos de productos generados por el proceso de cambio	121
Avances del proceso de cambio	123
Continuidad y promoción del proceso de cambio	125
<b>EXPERIENCIA DE LOS PAÍSES EN SALUDERECHO</b>	<b>127</b>
Experiencia en Brasil	128
Experiencia en Chile	132
Experiencia en Colombia	134
Experiencia en Costa Rica	138
Experiencia en el Perú	144
Experiencia en Uruguay	148
<b>LECCIONES APRENDIDAS APLICABLES A OTROS PROCESOS DE CAMBIO</b>	<b>156</b>

Lecciones aprendidas replicables a otros procesos de cambio	157
COLABORADORES	163
Autores en orden alfabético	164
Equipo del Book Sprint	170

# Introducción

⋮ **La aventura intelectual de redactar una obra en equipo**

⋮ **Introducción**

⋮ **María necesita Soliris**

# La aventura intelectual de redactar una obra en equipo

El Instituto del Banco Mundial le propuso el reto a un grupo de personas de varios países de la región: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Uruguay y funcionarios del Instituto con sede en Washington, Estados Unidos; profesionales de diversas disciplinas: médicos, abogados, economistas, ingenieros; con diferente ocupación: jueces, funcionarios del sistema de salud, profesores universitarios, funcionarios de organismos internacionales y profesionales en ejercicio liberal; con distintos idiomas: portugués, español, inglés; de redactar un libro (con la metodología llamada Book Sprint - [www.booksprints.net](http://www.booksprints.net)) sobre el proceso regional latinoamericano conocido como "derecho a la salud y sistemas de salud".

La metodología de redacción y creación consistió en reunir en un solo lugar, en este caso, el Hotel Casa de los Fundadores, en la preciosa Villa de Leyva, Provincia de Boyacá, Colombia, a sus colaboradores, los que a través de un proceso y acuerdo colectivo que se alcanza con la ayuda de facilitadores, decidieron todo lo relativo al libro que se produjo: a quien va dirigido (población objetivo), cuál es la realidad o fenómeno que se pretende analizar, el contenido y estructura del libro, la finalidad, el hilo conductor, el lenguaje a utilizar, en fin, todo lo relacionado con la obra. Fue, sin lugar a dudas, una aventura intelectual.

Fue un proceso creativo, ya que el objeto de estudio no fue analizado con anterioridad con miras a extraer de él conclusiones generales, lo que supuso que durante cinco días se intentó extraer, a partir del análisis y discusiones colectivas, principios y rasgos que den identidad al proceso, lo expliquen y muestren lecciones útiles para cualquier actor o institución que desee emprender acciones similares.

El lector comprenderá que la riqueza del método, también revela sus limitaciones. En primer lugar, es una obra redactada mediante el acuerdo de diferentes profesionales que discuten sobre un mismo fenómeno desde diversos puntos de vista, dispuestos al consenso, y por ende con capacidad para renunciar, si es necesario, a sus propias ideas, estilos y posiciones, en aras de la creación colectiva. Este mismo hecho podría generar algún déficit de coherencia interna. En segundo lugar, el libro es redactado con limitaciones de información, ya que la principal fuente es el conocimiento que, del objeto de estudio, tienen todos los autores participantes en el proceso. Se podrá tener acceso a internet como complemento para el

desarrollo de algunos temas y en caso de uso se citará la fuente. Sin embargo el propósito del libro no es hacer un análisis exhaustivo de esos temas, y por ende de las fuentes bibliográficas existentes, porque aún los temas complementarios, que gozan de amplio desarrollo bibliográfico, tienen en relación con la obra una finalidad instrumental. La riqueza de la obra consiste en que en ella encontramos plasmados los conocimientos y las interpretaciones sobre el fenómeno de sus propios participantes. Escriben a partir de sus propias experiencias y vivencias, pero abstrayéndose para lograr un aporte objetivo. Finalmente, la obra fue producida en cinco días, es una limitación temporal, pero también una experiencia enriquecedora que exigió de los autores el mayor esfuerzo, concentración, compromiso y dedicación diaria. Esa limitación temporal común a toda obra humana, podría atentar en contra de la calidad del acabado y podría evidenciar asimetrías en su desarrollo. El lector comprenderá que como toda obra humana es perfectible, pero a pesar de esa limitación, es susceptible de generar interés, capaz de transmitir conocimientos y enseñanzas de significativa profundidad, y de motivar a la acción al estimable lector y a toda persona interesada en cambiar o influir en su entorno mediante procesos de diálogo complejos.

# Introducción

## ¿A quiénes está dirigido este libro?

Este libro pretende ser un aporte para aquéllos que, ubicados en distintos ámbitos, trabajan en el mejoramiento de las políticas públicas para el desarrollo progresivo de los derechos humanos fundamentales. Este aporte se hace desde el análisis del fenómeno de la judicialización del derecho a la salud y su impacto en las políticas públicas.

En la lucha contra la pobreza y, específicamente, en el desarrollo progresivo de los derechos humanos fundamentales, se ha vuelto clave la colaboración entre los diferentes grupos de un colectivo humano, sobre tres pilares esenciales: la confianza mutua, las normas efectivas y las redes sociales.

El intercambio franco de experiencias y visiones de un grupo humano permite que prospere la colaboración y el uso, por parte de los actores individuales, de las oportunidades que surgen en estas relaciones sociales y profesionales. De igual manera permite que prospere la capacidad de colaborar y llevar a cabo acciones colectivas de alto impacto, que redunden en beneficio de las personas y sus comunidades.

En ese marco, aunque el libro analiza un fenómeno concreto, aspira a ser de utilidad para todas las personas que tienen como rol impulsar trabajos colaborativos como organizaciones internacionales, organizaciones de la sociedad civil y todos aquellos que trabajan en la formulación, implementación, monitoreo y evaluación de una política pública enfocada en derechos humanos fundamentales, tanto desde el sector público, como desde el privado, y tanto desde los poderes del Estado, como desde la sociedad civil.

Considerando la amplia gama de lectores a los que va dirigido este libro, su lenguaje procura ser sencillo, despojado de tecnicismos excesivos y de abundantes citas bibliográficas, de modo tal que cualquier persona con conocimientos básicos sobre derechos humanos fundamentales y políticas públicas pueda comprenderlo.

## ¿Por qué este libro?

El grado de avance social y económico alcanzado por la región de las Américas, junto con las nuevas esperanzas para el desarrollo integral de sus habitantes, nos plantea nuevos desafíos que, como la inequidad, deben ser abordados responsablemente.

La recuperación de los regímenes democráticos en Latinoamérica hizo posible el cumplimiento, en la gran mayoría de los países, de derechos civiles y políticos vulnerados durante largos años.

Este anhelado logro, sin embargo, al dar lugar a una población conocedora de sus derechos y al empoderar a la sociedad como un actor protagónico en la definición de las políticas públicas, hizo evidente la deuda existente en otro conjunto de derechos humanos fundamentales: el de los derechos económicos, sociales y culturales. Al exigir una acción positiva del Estado, más que la mera abstención de actuar de modo arbitrario o injusto, este conjunto de derechos se vuelven mucho más complejos en su implementación.

El derecho a la vivienda, a la educación, a un trabajo digno y, por supuesto, el derecho a la salud, entre otros, obligan a los gobiernos a desarrollar medidas concretas que hagan realidad estos derechos.

Parte de la complejidad del desafío está dada por la necesidad de asignar recursos, siempre escasos, para implementar aquellas medidas que busquen hacer efectivo el cumplimiento de estos derechos. La insuficiencia de estos recursos, comparada con las necesidades y demandas de la población, es una realidad insoslayable. Esta disparidad se ve agravada, en el caso del derecho a la salud, por el vertiginoso desarrollo de las tecnologías sanitarias que, como en la paradoja de Aquiles y la Tortuga, pareciera nunca poder ser resuelta, con la importante diferencia que, en este caso, quien se mueve a la velocidad de Aquiles es la investigación, el desarrollo y el costo de los productos médicos, mientras que, en no pocas ocasiones, los sistemas y la disponibilidad de recursos marcan el paso de la Tortuga.

La obligación de asignar recursos escasos a necesidades que compiten por el uso de ellos obliga, en ocasiones, a tomar decisiones trágicas. La asignación de esos recursos a un individuo puede implicar desviarlos de uno o más que compiten por los mismos. Esta disyuntiva pone en evidencia la doble dimensión de estos derechos: individuales a la vez que sociales, que no debe ser pérdida de vista al momento de diseñar políticas y al responder a demandas individuales, que buscan la satisfacción de éstos.

Una complejidad adicional está dada por la subjetividad asociada al cumplimiento de muchos de estos derechos, la cual debe recoger las expectativas, creencias y particularidades de diferentes grupos humanos.

Hoy ya nadie discute que estas complejidades no deben inhibir a los ciudadanos de reclamar que los gobiernos arbitren las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos.

El canal natural en un régimen democrático para reclamar su satisfacción, es la demanda a los gobiernos para que diseñen políticas públicas progresivas, con un enfoque de derechos humanos fundamentales, que eventualmente pueden requerir discusión y sanción parlamentaria de las mismas, de un modo transparente y participativo.

Por otra parte, los derechos humanos fundamentales contienen, asimismo, la facultad de reclamar ante los jueces el cumplimiento de estas condiciones inherentes a la dignidad humana, a las vez que esenciales para el cabal desarrollo de la propia personalidad.

En los países de Latinoamérica, en forma creciente, las personas acuden ante los jueces a reclamar el reconocimiento efectivo de sus derechos humanos fundamentales, los cuales consideran vulnerados ante la ineficiencia o limitaciones de las políticas públicas.

La creciente judicialización de los derechos fundamentales, generalmente vista como un problema por los gobernantes, es en realidad la consecuencia, por un lado, de fenómenos tales como un mayor acceso a la información y a la justicia y un mayor empoderamiento de la sociedad civil y, por otro lado, de políticas públicas ineficientes, inadecuadas y hasta corruptas en algunos países o, en el mejor de los casos, percibidas como insuficientes por la población, que no logra comprender o dimensionar el drama de la limitación de los recursos.

La problemática se manifiesta, dramáticamente, en lo que se refiere al derecho a la salud y a las políticas públicas en esa materia. En efecto, si existe un área en la que la judicialización ha crecido aceleradamente en Latinoamérica –con mayor o menor impulso según los diversos países– es en el sector salud.

Frente a este cuadro complejo, existen visiones diversas e intereses distintos de los múltiples actores que participan –o debieran participar– en la formulación, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas, tanto desde el sector público como privado y de la sociedad civil.

Ello nos enfrenta a la ineludible cuestión de cómo trabajar en el desarrollo progresivo de los derechos humanos fundamentales, mejorando la eficiencia, transparencia y rendición de cuentas de las políticas públicas.

La respuesta no es sencilla ni única. Pero sí se puede afirmar que hemos aprendido que un instrumento a través del cual se pueden alcanzar impactos beneficiosos para las personas y sus comunidades, es el de los procesos de cambio participativos, en los que los múltiples actores, mediante el diálogo constructivo y productivo, intercambian sus diagnósticos, visiones y propuestas.

Durante cuatro años los autores de este libro han participado en una experiencia innovadora y exitosa de proceso de cambio en políticas públicas y derecho a la salud en Latinoamérica, la cual creemos merece ser compartida.

De ella pueden extraerse lecciones aprendidas para todos aquellos que estén trabajando o busquen coadyuvar en el desarrollo de capital social en pos del desarrollo progresivo de los derechos humanos fundamentales.

## ..... ¿Cuál es la estructura del libro?

Esta obra colectiva pretende transmitir al lector los conceptos fundamentales mediante una estructura sencilla.

Partiendo de un caso concreto, la primera parte del libro desarrolla conceptos básicos necesarios sobre los dilemas del desarrollo progresivo de los derechos humanos fundamentales y las políticas públicas en general, y después, específicamente en el área de la salud, para cumplir un doble objetivo:

- ✱ Divulgar un conocimiento que permita al lector comprender los principales problemas y sus desafíos.
- ✱ Exponer el contexto que permita la comprensión del proceso de cambio de que da cuenta el libro, en relación a algunos países de Latinoamérica.

En la segunda parte del libro se comparte con el lector una experiencia latinoamericana de proceso de cambio en relación al derecho a la salud y las políticas públicas.

En la sección final se extraen lecciones aprendidas del referido proceso de cambio, que pueden ser aplicables a otros proyectos y experiencias.

La estructura del libro es la siguiente:

1. Como punto de partida motivador del debate, presentamos un caso que pone en evidencia los dilemas y desafíos que el desarrollo progresivo de los derechos humanos y la implementación de las políticas públicas plantean.
2. Luego se brindan al lector conceptos básicos sobre derechos humanos fundamentales, políticas públicas y judicialización, y cómo estas ideas esenciales interactúan, teniendo como centro a la persona.

3. Seguidamente el libro se focaliza en el desarrollo progresivo del derecho a la salud. Luego de dar un marco conceptual básico sobre dicho derecho, se analizan las características de los sistemas de salud centrados en derechos humanos y se describen los problemas que plantea el desarrollo progresivo del derecho a la salud. Se explicita el desequilibrio entre recursos limitados y necesidades ilimitadas y el instrumento de la priorización como forma racional de asignar los recursos. Se hace especial énfasis en la participación, transparencia y rendición de cuentas.
4. Una sección especial se destina luego a analizar el fenómeno de la judicialización del derecho a la salud y las políticas públicas en salud. Se revelan sus causas, el alcance de las decisiones judiciales, la delicada tensión entre la dimensión individual y la dimensión colectiva, la incidencia de los sistemas de justicia, los tipos de reclamos que se presentan, los dilemas que enfrentan los jueces al resolver los casos y los impactos de las decisiones judiciales en el sistema de salud.
5. Posteriormente se comparte con el lector una experiencia latinoamericana sobre procesos de diálogos en derecho a la salud y políticas públicas. Este proceso de cambio se analiza desde sus diversas perspectivas: sus orígenes y desarrollo, sus características, elementos y fundamentos, sus recursos e instrumentos, sus impactos, avances y productos. Asimismo se analiza cómo medir los impactos y hacer sostenible el proceso promoviendo nuevas acciones.
6. Se analiza asimismo cómo el proceso de diálogo ha impactado en la realidad de seis de los países que participan en la autoría del libro, revelando la situación y productos obtenidos en Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Perú y Uruguay.
7. Finalmente, se exponen las lecciones aprendidas de este proceso de cambio, que pueden ser de utilidad para enfrentar cualquier desafío de trabajo colaborativo entre múltiples actores, y de este modo incrementar el capital social. Ello resulta especialmente aplicable al desarrollo progresivo de los derechos fundamentales mediante políticas públicas eficientes y participativas.

El libro ya no nos pertenece. Es del lector y tiene vida propia. Ojalá impulse procesos de cambio exitosos que, utilizando palabras de Gabriel García Márquez, terminen con "estirpes condenadas a cien años de soledad".

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento –  
Compartir Igual (by-sa).



# Un caso: María necesita Soliris

## ¿Por qué partir de un caso?

Como lo hemos señalado, e intentaremos demostrar en este libro, las políticas públicas, en tanto instrumentos para el efectivo cumplimiento de los derechos humanos fundamentales, deben tener como centro a la persona.

Lograr el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales nos enfrenta a desafíos de gran magnitud y complejidad, porque los recursos son siempre limitados ante las necesidades y demandas insatisfechas.

Para incentivar el debate sobre los dilemas que enfrentan los diversos actores de un sistema de políticas públicas, a los que pretende acercarse este libro, partimos de un caso real ocurrido en uno de los países de Latinoamérica (se han cambiado nombres y lugares para proteger la identidad de sus verdaderos protagonistas).

La peripecia de María en procura de un tratamiento de muy alto costo nos cuestiona sobre la dimensión individual y colectiva de los derechos humanos, el rol, visiones y dilemas de los diversos actores, los conflictos de intereses y las limitaciones de las políticas públicas.

Para incentivar la discusión, luego de planteado el caso, se formulan algunas preguntas orientadoras del debate.

## El caso

María tiene 39 años y vive en una gran ciudad latinoamericana. Trabaja como empleada administrativa en una cadena de supermercados. Es divorciada y tiene dos hijos: una niña de 11 años y un niño de 9.

Cuando tenía 31 años, María sufrió una trombosis (formación de coágulos en los vasos sanguíneos que puede provocar infarto, accidente cerebrovascular, embolia pulmonar o insuficiencia renal).

A partir de ese momento, María sintió que su vida corría peligro. Sentía fuertes dolores abdominales; padecía anemia, pues le realizaron transfusiones sanguíneas, y tuvo que superar una cirugía en la que le extrajeron 15 centímetros de intestino que se habían infartado.

María no podía dedicarse a sus hijos; vivía con dolores y las continuas consultas médicas era interminables. Las licencias médicas en su trabajo se sucedían una tras otra y sintió que su despido era inminente.

Finalmente los médicos le dieron el diagnóstico: Hemoglobinuria Paroxística Nocturna (HPN), una anemia crónica causada por la destrucción excesivamente rápida de los glóbulos rojos. Esta anemia era la causa de sus problemas y, además, podía llevarla a la muerte.

María sintió que su vida perdía sentido. El mundo se le venía abajo. No sabía qué decirle a sus hijos ni como enfrentar el problema.

En la sucesión interminable de médicos que la atendieron, fue el hematólogo Dr. Carlos Labus quien le resultó más confiable a María. Él le explicaba las cosas en forma sencilla y dedicaba tiempo a sus preguntas.

El Doctor Labus le informó que ella podía ser sometida a un trasplante de medula ósea con posibilidades de curarse. Ello le dio a María grandes esperanzas.

Cuando le preguntó al Doctor Labus qué chances tenía, él le respondió: "Primero debes conseguir un donante, y ello no es fácil". También le explicó que, de las personas trasplantadas, aproximadamente la mitad podía curarse, pero un 30% podía morir o tener alguna complicación grave.

María estuvo seis meses esperando un donante que nunca apareció.

En una de las consultas con el Doctor Labus, María le preguntó desesperada: "¿Qué más puedo hacer? Siento que el tiempo pasa y me voy a morir".

El médico le dijo que había otra solución: el medicamento Soliris (Eculizumab). El Soliris no la curaría, pero reduciría la destrucción de sus glóbulos rojos y los síntomas de su enfermedad, mejorando notoriamente su calidad de vida. No obstante, como no se eliminaría totalmente el riesgo de trombosis, necesitaría tomar anticoagulante para siempre.

El Doctor Labus le contó que un hospital de la ciudad tenía un programa dedicado a realizar este tratamiento, y que él viajó a varios congresos organizados por el laboratorio que produce el medicamento para conocer los avances en el tratamiento de la enfermedad que padece María. Le explicó también que, a pedido del laboratorio, él estaba realizando una investigación

con varios colegas de América sobre el tema, revelando los resultados de la aplicación del tratamiento.

María le preguntó al médico sobre los resultados de ese tratamiento. El Doctor Labus le informó que el tratamiento con Soliris logra nivelar los glóbulos rojos de la sangre de los pacientes en un 50% de los casos y que, en un nivel bajo, presenta riesgos de infecciones graves.

-“¿Cuánto cuesta?” –lo interrumpió María.

El médico respondió turbado: “Es el medicamento más caro del mundo.”

María quebrada preguntó: “¿Este tratamiento lo paga el Estado?”.

El médico le respondió que no, ya que no estaba incluido en el plan y que el medicamento ni siquiera se vendía en el país; debía importarse para cada paciente.

María se quebró y se puso a llorar. “¿Qué puedo hacer?”, preguntó.

El Doctor Labus le dijo que ella podía seguir esperando un donante para el trasplante de médula, pero que también él podía prescribirla el medicamento Soliris. Con esta orden médica, ella podía hablar con la Asociación de Pacientes con Enfermedades Raras (APER). APER tenía abogados que reclamaban judicialmente al Estado para que éste pague los tratamientos que el sistema de salud no cubría.

María concluyó que el tratamiento más caro del mundo era lo que necesitaba, porque el donante para el trasplante aún no aparecía. El abogado y el juez eran su única esperanza. El Dr. Labus le entregó una orden médica prescribiendo el Soliris y le compartió los datos de APER.

Esa noche, María abrazó a sus hijos y sintió que había una esperanza para ella.

Al día siguiente, María concretó una reunión con la abogada de APER, la Dra. Carla Litis, quien le dijo que ya había llevado ante los tribunales casos como el suyo y que tenía chances de ganarlo, aunque dependía de qué tribunal interviniera.

María le preguntó a la Dra. Litis cuánto le costaría hacer el juicio contra el Estado. La abogada le respondió que sólo debía hacerse socia de APER y pagar una cuota de US\$ 20 cada mes.

María le dijo: “Muchas gracias, doctora. Pero, ¿a usted quién le paga?”. La Dra. Litis respondió: “Nos financiamos con las cuotas de nuestros asociados y con empresas donantes, como algunos laboratorios”.

El proceso judicial no tardó más de un mes.

La abogada presentó ante el juez una demanda fundada en el derecho constitucional a la salud de todo habitante, adjuntando la historia clínica de María y la prescripción médica de Soliris, firmada por el Dr. Labus, su médico.

El Estado se defendió argumentando que María tenía otras opciones terapéuticas (como el trasplante de médula) y que el costo del medicamento era imposible de afrontar con recursos públicos. Según la posición del Estado, financiar el tratamiento de María implicaría el riesgo de generar inequidad, ya que con estos recursos se podrían financiar medicamentos o tratamientos muy efectivos para poblaciones enteras.

El Estado también afirmó que, de ampararse en forma recurrente reclamos como el de María, el sistema de salud perdería sostenibilidad, poniendo en riesgo la salud pública de toda la población, así como la atención médica de varios grupos. El Ministerio de Salud Pública agregó que el Soliris no está cubierto por los sistemas de salud en la mayoría de países europeos.

Fue un caso difícil para el juez Salinas. Sin duda alguna, la situación de salud de María lo colocaba en una situación emocional muy compleja. Una resolución negativa de su parte significaría su muerte. Una decisión favorable podría salvar la vida de una madre de dos niños en su tierna infancia. Por otra parte, por primera vez en sus largos treinta años en la judicatura, estaba al frente de una decisión que tendría un fuerte impacto en el presupuesto nacional de salud. Estaba muy consciente de las miles de vacunas que se podrían comprar para inmunizar a cientos de niños contra enfermedades prevenibles. Fue muy difícil para el juez entender la enfermedad de María, sus causas, síntomas y pronóstico, así como comprender las propiedades terapéuticas del medicamento prescrito por el médico y su relación costo-efectividad. Solicitó una pericia urgente, pero los únicos expertos en la rara enfermedad de María y en las propiedades del Soliris, habían tenido algún tipo de vínculo con el laboratorio fabricante.

Finalmente, el juez Salinas, a pesar de tener grandes dudas sobre la solución jurídica del caso, y estando convencido de que no contaba con información técnica independiente de calidad, concluyó que el caso de María implicaba la tutela de uno de los derechos fundamentales de las personas. El juez percibía la tensión entre la protección del derecho de María frente al derecho de los miles de niños que podrían dejar de recibir vacunas.

En su decisión judicial, el juez Salinas sostuvo que el derecho a la vida y a la salud están por encima de cualquier consideración económica y, por ende, ordenó al sistema público de salud iniciar de inmediato el tratamiento de María con Soliris, debiendo ser financiado con el presupuesto estatal.

Cada dos semanas María llega en taxi a realizarse el tratamiento. Se siente generalmente

bien, por lo cual no necesita que nadie la acompañe.

Es atendida con eficiencia en la excelente infraestructura del Hospital Interamericano, el de mayor prestigio de su país, donde suelen atenderse las personas de más altos recursos económicos.

Sentada cómodamente en una butaca, María recibe por la vena de su brazo izquierdo la dosis de uno de los tratamientos más caros del mundo.

Cada frasquito de 30 mililitros cuesta US\$ 6.800. En menos de media hora, la corriente sanguínea de María absorbe el contenido de tres frascos, diluido en una bolsa de suero, por un valor de US\$ 20.000. Más de US\$ 40.000 por mes. Casi medio millón de dólares por año.

María no tiene que preocuparse por el costo de su tratamiento. En cinco años, sólo los gastos asociados al medicamento alcanzarán casi dos millones y medio de dólares. Quien paga este gasto es el sistema público de salud, que se financia con aportes de toda la sociedad. María recibirá este medicamento por el resto de su vida.

María ha reaccionado bien al tratamiento y vive normalmente. Se convenció de que el sistema de salud y el sistema de justicia de su país son del primer mundo.





## Preguntas orientadoras de la discusión

Ante este caso sobre derechos fundamentales y políticas públicas, surgen expresa o implícitamente interrogantes ante cuestiones esenciales cómo:

- \* ¿Cuál es el alcance de un derecho fundamental (en el caso, el derecho a la salud)?
- \* ¿Es un derecho limitado o ilimitado?
- \* Eventualmente, ¿cuáles son sus límites?
- \* ¿Cómo inciden los aspectos económicos en la resolución de los casos concretos y en la definición de las políticas públicas?
- \* ¿Es la sostenibilidad del sistema (en el caso: el sistema de salud) un argumento válido a esgrimir para limitar el acceso a un derecho fundamental (en el caso: el derecho a la salud)?
- \* ¿Es admisible el argumento de los recursos limitados y la priorización cuando está en juego la salud o la vida digna?
- \* ¿Cuáles deben ser los criterios para priorizar el gasto en una política pública? En el caso, ¿cómo se prioriza un paciente o una enfermedad sobre otra?
- \* ¿Cuál es la evidencia científica usada por el Dr. Labus para prescribir este medicamento?
- \* ¿Las posiciones del Dr. Labus y la Dra. Litis eran independientes de aquella de la casa productora de este medicamento?
- \* ¿Cómo se puede manejar el conflicto de interés en la prescripción, financiación o provisión de medicamentos de alto costo?
- \* ¿Cómo podría el Estado mejorar la consecución de donantes compatibles de médula ósea?
- \* ¿Cómo garantizar la transparencia en el proceso de priorización?
- \* ¿Cómo conciliar los intereses individuales (María) y los colectivos (Vacunación en Niños) en la realización del derecho a la salud?
- \* ¿Cuáles son los límites a la actuación judicial en materia de políticas públicas? ¿Puede el juez ordenar prestaciones que implican gasto público adicional al presupuestado? ¿Tiene

el juez competencia para incidir con su decisión en el presupuesto estatal?

- ✱ Las decisiones judiciales concretas en relación a derechos fundamentales como la vivienda, la educación, o la salud, ¿afectan el principio de separación de poderes?
- ✱ ¿Cómo compatibilizar la protección de los derechos constitucionales con la esfera de competencias de cada poder estatal?
- ✱ ¿Son admisibles los fallos judiciales con alcance general en materia de derechos a la vida digna, al medioambiente sustentable, o la salud (como ha ocurrido recientemente en Argentina, Colombia y Costa Rica)?
- ✱ ¿Cabe al juez evaluar el impacto que tendrá su fallo al multiplicarse situaciones similares?
- ✱ ¿Cabe al juez considerar el impacto económico, financiero y social de sus decisiones más allá del caso concreto?
- ✱ ¿Los criterios adoptados para reclamos individuales son trasladables a los reclamos colectivos? ¿Qué pasará cuando, en lugar de presentarse uno o más ciudadanos a reclamar, lo haga una ONG actuando por una categoría indeterminada de sujetos (intereses difusos y colectivos) buscando una sentencia de alcance general? ¿Sería esta la misma solución a la que llegarían los jueces?

Estas y otras cuestiones encierran dilemas complejos con intereses relevantes que entran en conflicto y ponen en jaque la lógica del sistema jurídico, y las políticas públicas en materia de derechos humanos.

# Derechos fundamentales, políticas públicas y judicialización



**Derechos humanos fundamentales y políticas públicas**



**Judicialización de los derechos fundamentales y las políticas públicas**

# Derechos Humanos Fundamentales y Políticas Públicas

Para su satisfacción y realización plena, los derechos humanos fundamentales, reconocidos por las diversas constituciones e instrumentos internacionales, requieren de políticas públicas que tengan ciertas características. Así, los derechos humanos fundamentales no sólo impactan en el contenido de las políticas públicas y en los destinatarios de las mismas, sino también, en el procedimiento para su formulación, implementación, monitoreo y evaluación. Esto es conocido como 'enfoque de derechos humanos'. Este enfoque coloca a la persona humana como centro del derecho, la economía, el desarrollo y la acción del Estado.



## **Breve conceptualización de los derechos humanos fundamentales**

Toda persona, por el hecho de ser tal, es titular de derechos humanos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales, las constituciones y las leyes. Estos derechos incluyen, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad, a la salud, a la intimidad, y a la libre expresión del pensamiento.

### **¿Qué es un derecho humano fundamental?**

Un derecho humano fundamental es aquel que se tiene por el solo hecho de ser persona humana. Los derechos humanos fundamentales nacen con el individuo y son condiciones necesarias para permitir el desarrollo pleno de su personalidad, preservando su dignidad. La condición de derecho humano fundamental da a la persona el poder de reclamarlo frente a todas las demás, especialmente frente al Estado y al poder. Así, los derechos humanos fundamentales empoderan a una persona frente a otra, frente al Estado, o frente a instituciones públicas o privadas.

A la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reafirmada por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, los derechos humanos presentan las siguientes

características:

- ✱ Universales
- ✱ Indivisibles
- ✱ Irrenunciables
- ✱ Inalienables
- ✱ Interdependientes
- ✱ Su tratamiento debe ser en pie de igualdad, es decir, no hay jerarquias ni diferencias entre ellos
- ✱ Deben tener en cuenta las particularidades nacionales y regionales

Es deber del Estado promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

También hay que tener en cuenta que en la evolución histórica de los mismos, como una clara respuesta a garantizar su dignidad humana, se priorizan ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, como sería el caso de niños, mujeres, enfermos mentales, personas con discapacidad, adultos de la tercera edad, personas en condición de pobreza, entre otros.

### **¿Cómo se hace para exigir un derecho humano fundamental?**

Los derechos fundamentales son exigibles ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, y ante los tribunales jurisdiccionales nacionales e internacionales, por los medios que proporciona el ordenamiento jurídico. Estos pueden incluir, como en el caso de varios países de América Latina, procesos sumarios y urgentes, denominados amparos, tutelas o mandado de segurança, regulados para casos cuando el derecho ha sido lesionado o existe amenaza de lesión inminente.

Su carácter fundamental implica que estos pueden ser exigidos, ya sea por su reconocimiento internacional y/o constitucional, o por proteger bienes jurídicos esenciales e indispensables para el desarrollo pleno de la persona humana. La realización efectiva del derecho se constituye en garantía esencial para el desarrollo pleno de toda persona humana. Por eso, los derechos deben reconocerse en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna que resulte contraria a la dignidad humana.

### **Dimensiones exigibles del derecho**

Para que un derecho fundamental sea exigible hay que tener en consideración sus dos dimensiones: una relacionada con la obligación que tiene el Estado para proveer bienes y servicios, y otra relacionada con la necesidad de que el Estado se abstenga de invadir la esfera de decisión del individuo. Así, en lo que refiere a la primera dimensión, el individuo puede exigir que el Estado brinde ciertas prestaciones sanitarias, por ejemplo, proveer acceso a servicios de salud de forma oportuna, con la mayor calidad posible y en condiciones de igualdad a toda persona que se encuentre en una situación similar, o proporcionar el esquema de vacunación que se requiere. En la segunda dimensión, la persona tiene la facultad de decidir sobre su salud y el Estado no puede intervenir sobre esta opción. Por ejemplo, una persona puede elegir no autorizar una intervención quirúrgica o una transfusión sanguínea.

Es necesario resaltar que el Estado está obligado a proveer los mecanismos legales que permitan asegurar la efectividad de los derechos humanos fundamentales. Para esto, los estados usualmente utilizan el mecanismo de las garantías. Por ejemplo, para proteger la intimidad está la garantía de la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones orales o escritas; para proteger la autonomía del paciente frente a los establecimientos de salud y el personal sanitario, está el consentimiento informado; para proteger la inocencia y el derecho de defensa de las personas, está la garantía del debido proceso. Inclusive, cuando las garantías establecidas por el Estado resultan insuficientes, no se respetan, o son violadas, se lesiona el derecho y entra en operación la garantía de la justicia (jueces). Por eso se dice que la justicia o control jurisdiccional es la garantía de las garantías.

Hay que tener en consideración, también, que todos los derechos no pueden ser exigidos al mismo tiempo, sobre todo aquellos que implican la obligación del Estado de proveer bienes y servicios, y que por ende están condicionados a las posibilidades económicas y al nivel de desarrollo del país. En ese sentido, su cumplimiento se da de manera progresiva. Sin embargo, la progresividad en la realización del derecho no implica que el Estado pierda la obligación de realizarlos; al contrario, el carácter fundamental de esos derechos exige que el Estado priorice recursos públicos para su satisfacción, y que sea eficiente en la utilización de estos recursos, maximizando los beneficios que pueda obtener.

Asimismo, la existencia de limitaciones presupuestarias implica que la asignación de recursos debe basarse en el principio de equidad. Es decir, el Estado debe garantizar que todas las personas que están en la misma situación obtengan la misma prestación. Si sólo se le otorga a unos y a otros no, estamos en presencia de un privilegio y no de un derecho. El principio de equidad requiere, también, que el Estado no deje de considerar situaciones raras o no comunes a fin de que estos casos no queden desprotegidos.

Finalmente, para asegurar la exigibilidad del derecho, el Estado debe ponderar las dimensiones individuales y colectivas del derecho. Un ejemplo de esta ponderación consiste en comprender el impacto que las decisiones en favor del individuo tienen sobre el bienestar

del colectivo.

## **Convivencia de los derechos humanos fundamentales**

Otro aspecto a tener en consideración es aquel que se relaciona con la obligación y no solamente con la facultad; este fenómeno se manifiesta con ocasión del ejercicio de los derechos y depende de la posición que ocupe la persona en la relación jurídica. Así, puede tener un derecho, o por el contrario, una obligación. Por ejemplo, si el profesional de la salud es en un momento un paciente, le asiste el derecho de la garantía del consentimiento informado. Por el contrario, si el mismo profesional de la salud está atendiendo a un paciente, tiene la obligación de respetar el derecho del que está siendo atendido.

Las relaciones jurídicas emanadas de la convivencia social implican que los derechos no son ilimitados, sino que el derecho de cada persona debe coexistir con todos y cada uno de los derechos de los demás. Esta convivencia hace necesario que muchas veces se imponga un límite en el ejercicio de esos derechos, pero solamente en la medida precisa para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones.

## **Los derechos humanos fundamentales son evolutivos**

Debemos resaltar que los derechos humanos son evolutivos; es decir, en cada época o momento histórico se reconocen ciertos derechos y garantías, como exigencias de la dignidad humana, esenciales para el desarrollo pleno de la personalidad humana. Por ejemplo, la abolición de la esclavitud, porque violaba la libertad y dignidad humanas; el reconocimiento de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad; el derecho del voto de la mujer, y tantos otros, fueron incorporados a los tratados internacionales y leyes nacionales de manera progresiva a lo largo de nuestra historia.

## **Derechos humanos fundamentales como fin de las políticas públicas**

La adopción de políticas públicas, como instrumento adecuado para la concreción de los derechos humanos fundamentales, es un logro de finales del siglo XX. Es la realización efectiva de esos derechos la que otorga legitimación a las políticas públicas. Para cumplir este propósito, el Estado tiene que flexibilizar sus estructuras para hacerlas más multisectoriales, interdisciplinarias, participativas, inclusivas, transparentes, con rendición de cuentas y en constante cambio, de tal manera que se desprenda que la persona y sus derechos humanos fundamentales son el fin de las políticas mismas.

## **¿Cómo pueden construirse políticas públicas con enfoque en derechos humanos fundamentales?**

Es innegable que la intervención de todos los actores en la construcción de las políticas públicas con enfoque en derechos, o basada en derechos, es esencial para que se reconfigure el proceso de integración social que hace que la política se legitime y se implemente a cabalidad. Este proceso debe ir retroalimentándose con participación de todos los actores, ya que las acciones de gobierno no pueden ser estáticas en tanto las realidades son cambiantes, como todo proceso de convivencia humana. Esta nueva forma de construir políticas públicas permitirá que todos los actores comprendan las dificultades políticas, económicas, sociales, culturales y de intereses que se tienen que tener en cuenta en la toma de decisiones de parte del gobierno. Ello permitirá tener una ciudadanía más participativa, que hará que las políticas públicas sean más estables e inclusivas.

Entre los actores claves para la construcción de toda política pública, tenemos los siguientes:

- ✱ Los habitantes, titulares de los derechos y usuarios de los sistemas de salud, educación, vivienda, etcétera, que requieren acceder a todas las prestaciones que a su juicio debieran derivar de las políticas públicas.
- ✱ El Poder Legislativo, que al aprobar las leyes fija el marco normativo esencial que regula las políticas públicas.
- ✱ El Poder Ejecutivo, regulador que reglamenta, que determina en qué realizará el gasto de su limitado presupuesto y controla su ejecución.
- ✱ El Poder Judicial, que resuelve los reclamos que se le plantean, y del que hacen parte los abogados que vehiculizan las demandas.
- ✱ El sector público descentralizado, generalmente encargado de prestación de servicios, contratación, financiamiento, entre otras funciones.
- ✱ El sector privado industrial, comercial, y de servicios, que realiza muchas de las inversiones y asume los riesgos, y busca por ello recuperar la inversión y generar lucro.
- ✱ Organizaciones de la Sociedad Civil que buscan participar en políticas públicas, defendiendo los derechos de los ciudadanos.
- ✱ Las universidades y centros académicos donde se genera conocimiento y conciencia crítica respecto a las políticas públicas.
- ✱ Los medios de comunicación que difunden con especial ahínco los casos en que existen reclamos por presuntos incumplimientos de las políticas públicas.

Se hace imperativa la flexibilización de estructuras, regulaciones y procedimientos de intermediación entre las diferentes organizaciones y actores sociales -públicos y privados-,

para posibilitar la construcción de acuerdos, consensos y apoyos imprescindibles para los procesos de políticas públicas, en aras de la realización de los derechos humanos fundamentales en condiciones de igualdad, equidad y sin discriminación.

Para que el enfoque descrito se viabilice se hace necesario que el gobierno, a través de sus instituciones y y sus decisiones, establezcan mecanismos de interrelación participativos, inclusivos y horizontales en la forma de gobernar. Asimismo, consideramos que es necesario seguir buscando herramientas que permitan tener mayor concertación con todos los actores, ya sean estos públicos privados o mixtos, de carácter nacional e internacional, así como formas de cooperación interregional, regional y global. Ya varios autores hablan de una "desestatización" del gobierno, a la que podría agregarse las decisiones que tienen que ver con políticas públicas de derechos humanos.

Como se desprende de lo señalado líneas arriba, una herramienta primordial que tienen los gobiernos cuando formulan, implementan, monitorean y evalúan políticas públicas, es el diálogo entre diversos actores y no sólo los planteamientos técnicos, políticos o jurídicos elaborados desde el gobierno. Una forma innovadora para que el diálogo produzca y fluya entre los diversos actores es, por ejemplo, el proceso de cambio, SaluDerecho, impulsado por el Instituto del Banco Mundial, que se esboza como una nueva forma de construir política pública para la realización efectiva de un derecho humano fundamental.

## **Las Políticas Públicas como instrumento para efectivizar los derechos humanos fundamentales**

Las personas en convivencia social y en relación con el Estado, demandan de este último, entre otros, bienes y servicios públicos indispensables para el desarrollo de su personalidad. Por ejemplo, servicios de educación, protección de la niñez, saneamiento básico, servicios de salud y protección de su libertad.

Las políticas públicas son las respuestas proporcionadas por el Estado a estas demandas y necesidades. Estas respuestas no se materializan solamente a través de proveer de manera directa los bienes y servicios públicos, sino también por medio de leyes, normas y programas, así como por la creación de instituciones. Eso no significa, por ejemplo, que sea imprescindible que el Estado provea directamente los alimentos para que sus habitantes no tengan hambre y sean saludables. Por el contrario, el Estado debe asegurar que las leyes, normas y programas de apoyo a la producción agrícola, así como sus políticas de financiamiento, fomento y acuerdos comerciales, garanticen una disponibilidad y distribución de alimentos adecuada, estable, sostenible y equitativa; es decir, que los alimentos lleguen a todas las personas, y a precios asequibles.

En tal sentido puede señalarse que las políticas públicas se caracterizan por:

- ✱ Ser *intencionales*, ya sea a través de las acciones o las omisiones del Estado.
- ✱ Ser intervenciones *amplias y complejas* que resultan de las interacciones y relaciones entre las varias partes que las componen.
- ✱ Ser *interdisciplinarias y sistémicas* para asegurar un enfoque integral en la formulación, implementación, monitoreo y evaluación.

Cabe indicar que esta característica multisectorial de las políticas públicas, implica que muchos actores públicos y privados, de áreas diversas de la sociedad, son afectados por aquellas. Por lo tanto, estos actores pueden ser beneficiados o perjudicados por el éxito o por el fracaso de dichas políticas.

En el ejemplo anterior, los productores agropecuarios y de bienes e insumos agrícolas, los agentes públicos y/o privados de financiamiento y fomento, los comerciantes de alimentos, los consumidores, los ministerios de agricultura, hacienda y comercio, y hasta los productores extranjeros, son algunos de los actores que son directamente afectados por las políticas agrícolas. Estos actores (o "stakeholders") tienen intereses directos en el éxito o fracaso de estas políticas.

La existencia de múltiples actores vinculados a las políticas públicas, trae consigo también el potencial de que existan o surjan conflictos de intereses, y de que el poder económico de algunos de los actores pueda influir de manera desproporcional, incluso indebida o negativa, sobre los demás. De manera similar, la asimetría de información que pueda existir entre los actores, o "stakeholders", también puede llevar a un desbalance en las relaciones de poder que existan entre ellos, y a que las múltiples visiones de cada uno de los actores, necesariamente parcializadas, genere tensiones entre ellos y divergencias entre las diferentes expectativas e intereses legítimos de las partes. Como los tres poderes del Estado, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, también son afectados por las políticas públicas, éstas también pueden generar tensiones al interior del Estado e incidir sobre la separación e independencia de estos poderes.

Debe quedar de manifiesto que la persona y sus derechos humanos fundamentales son el centro y destinatario final de las políticas públicas. En otras palabras, las políticas públicas son instrumentos para la satisfacción y realización efectiva de los derechos individuales y colectivos.

## **Desafíos y limitaciones de las Políticas Públicas**

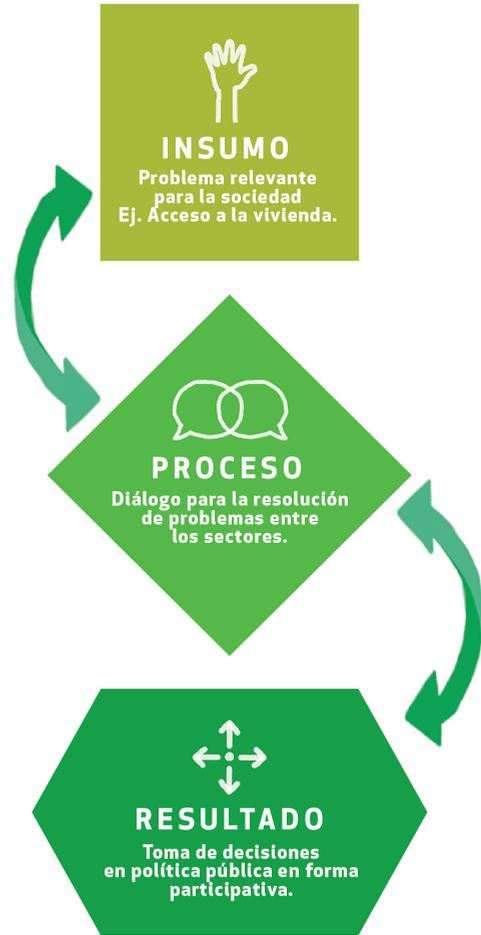
Como puede verse, la formulación, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas

públicas no es un ejercicio trivial, ni para el Estado ni para la sociedad.

Una de las dificultades más evidentes resulta del importante desbalance que necesariamente existe entre las demandas y necesidades de las personas, y los recursos económicos disponibles. Mientras las primeras son ilimitadas, los recursos son siempre escasos. Es importante que se entienda que los recursos no se refieren solamente a los financieros de que dispone un determinado país o sociedad, sino también a los recursos humanos y físicos (de infraestructura y naturales) con los cuales esta sociedad o país pueda contar. Esta limitación fundamental de las políticas públicas puede ser agravada por la capacidad técnica y administrativa (o de gestión) que tenga el gobierno, que al final es el agente responsable por el diseño y ejecución de las políticas públicas.

Como se ha analizado, las políticas públicas son definidas por los derechos, tanto en el ámbito individual como en el ámbito colectivo, y son, simultáneamente, instrumentos para la realización de los derechos humanos fundamentales. Entonces, se concluye que las políticas públicas se desarrollan en un tenue e inestable equilibrio

definido por: (i) el grado de consenso que prevalezca al interior de la sociedad sobre los derechos y obligaciones de las personas; (ii) las desigualdades políticas, económicas, sociales, de género, étnicas y culturales que puedan existir en un determinado país o sociedad; (iii) la distancia que separe los deseos y necesidades sociales, y la disponibilidad de recursos; y (iv) la ponderación social sobre la realización de las dimensiones individuales y colectivas del derecho. En ese sentido, las ineficiencias de gestión que puedan existir tendrán impacto directo sobre este delicado equilibrio, y de esa manera, sobre el permanente estado de tensión que existe entre la implementación de las políticas públicas y las expectativas de los ciudadanos.



DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES  
Y FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como los recursos son limitados, corresponde a la política pública la priorización y asignación de los recursos disponibles. Esto debe hacerse de manera transparente, participativa, inclusiva, solidaria y con rendición de cuentas. Para ello, las políticas públicas deben cumplir con estos estándares, fijando límites basados en razones (razonabilidad de las decisiones), que todos puedan aceptar como relevantes para el logro racional de la efectividad de los derechos humanos fundamentales en un contexto de recursos limitados.

El proceso de construcción de las políticas públicas es dinámico y no hay respuesta definitiva. Siempre está en constante cambio y reforma, lo que obliga a que, por ejemplo, los sistemas de justicia, salud, educación, energía o ambientales, requieran ser reformulados en respuesta a las demandas sociales.

⋮  
**Preguntas para el análisis y la discusión:**

- ✱ ¿Cuál es el alcance de un derecho fundamental?
- ✱ ¿Es un derecho limitado o ilimitado?
- ✱ Eventualmente, ¿cuáles son sus límites?



# Judicialización de los derechos fundamentales y las políticas públicas

## **El problema del cumplimiento de los derechos ante los fracasos y/o limitaciones de las políticas públicas y el fenómeno de la judicialización**

El cumplimiento de los derechos fundamentales (educación, salud, vivienda, seguridad, etc.) de los habitantes de un país, plantea dilemas complejos derivados de la necesidad de balancear la existencia de recursos limitados frente a demandas crecientes y necesidades ilimitadas de la población. Estos dilemas complejos pueden ser exacerbados por ineficiencias en el diseño e implementación de las políticas públicas.

Partiendo de esta base, los países priorizan cómo y en qué aplicar sus recursos. Aquello que el Estado no brinda a sus ciudadanos, sea por recursos limitados, por ineficiencia, o por decisión política, queda sujeto al régimen de libre contratación, accediendo a tales prestaciones quien pueda pagarlas.

Frente a tales circunstancias, en forma creciente, las personas acuden ante los jueces a reclamar lo que a su juicio les corresponde por ser titulares de estos derechos humanos fundamentales. Esta situación es evidente en diferentes países de América Latina.

Este fenómeno, que se ha denominado judicialización de los derechos fundamentales, puede ser definido como la tendencia de las personas a acudir, ante los jueces nacionales (ordinarios o constitucionales) y, en menor medida ante tribunales internacionales. La idea es reclamar el reconocimiento efectivo de sus derechos fundamentales, que consideran vulnerados ante la ineficiencia o limitaciones de las políticas públicas en sus respectivos sistemas.

En principio, la judicialización de un derecho ocurre cuando confluyen tres factores: el reconocimiento constitucional o jurisprudencial de un derecho fundamental, los mecanismos para exigir judicialmente este derecho y una ciudadanía que accede a las instancias judiciales.

En Latinoamérica, la judicialización de los derechos fundamentales tiene diferente profundidad, alcance e impacto. En algunos de ellos, el fenómeno representa un alto porcentaje de los casos que se tramitan ante los tribunales, mientras que en otros, esta judicialización se limita a unos pocos.

## ..... **Causas de la judicialización**

Corresponde preguntarnos por qué, en forma creciente, las personas acuden ante los jueces para reclamar la protección y efectividad de sus derechos fundamentales.

Las causas de dicho fenómeno son diversas pero, en general, pueden ubicarse en:

- ✱ La negativa u omisión del Estado en proveer los medios necesarios para la efectiva tutela de los derechos fundamentales.
- ✱ Las acciones estatales que vulneran esos derechos.

Así, cuando se afecta el derecho a la libertad de expresión, las personas suelen acudir al juez para que los proteja. Por ejemplo, en el ámbito de la salud, se acude a la justicia cuando el Estado se rehúsa a proveer un medicamento que se encuentra en el plan de beneficios o se niega a incluir un nuevo medicamento en dicho plan.

¿Por qué el Estado no responde a todas las demandas ciudadanas en materia de derechos fundamentales?

Las respuestas son múltiples:

1. Porque existen errores en el diseño, implementación o monitoreo de las políticas públicas;
2. Porque el Estado, por razones ideológicas, decide limitar el acceso efectivo a los derechos;
3. Porque existen ineficiencias derivadas de errores de gestión o incluso de corrupción de los sistemas;
4. Y porque, en definitiva, aún cuando el Estado actuara con el criterio más amplio y la mejor eficiencia en las políticas públicas, la limitación de los recursos estatales frente a las necesidades ilimitadas de las personas, impide satisfacer todos los reclamos.

En opinión de los autores, la judicialización no es la causa de los problemas de las políticas

públicas. Por el contrario, es un síntoma de fallas en el diseño o implementación de las políticas o de rechazo de la priorización de recursos insuficientes.

En diversos países se ha indicado como una causa de la judicialización, la influencia de intereses económicos de actores privados que persiguen, por esta vía, aumentar las ventas de sus productos y servicios. Así, por ejemplo, en el ámbito de la salud, se ha señalado que la industria farmacéutica incentiva en forma directa o indirecta, que personas o asociaciones de pacientes reclamen judicialmente, y/o que médicos prescriban, medicamentos de alto costo.

## ● **Judicialización de políticas públicas y separación de poderes**

Uno de los desafíos relacionados a la intervención judicial se refiere a los límites de dicha intervención, teniendo presente el principio de separación de poderes. En otras palabras ¿puede el juez dar un paso más y ordenar incluso lo que no surge expresamente de la ley y los reglamentos, basándose por ejemplo en la aplicación directa de una norma constitucional? ¿Esto afecta el principio de separación de poderes? Así, por ejemplo, ¿podría el juez ordenar al sistema de salud la prestación de un medicamento de alto costo no incluido por el Poder Ejecutivo o el órgano administrativo competente en el plan de beneficios o canasta de prestaciones?

No existe una respuesta única, siendo ello objeto de debate.

Un juez puede, por ejemplo, ordenar otorgar determinadas prestaciones como puede ser el acceso a una vivienda digna o una educación aceptable, cuando ello, si bien es reconocido por la Constitución, no emana de las leyes ni de los reglamentos. Esta intervención de los jueces implicaría, de hecho, una reasignación de recursos públicos fuera de las prioridades y mecanismos administrativos que suelen ser de potestad del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

Otros países han observado ejemplos aún más interesantes, en tanto las cortes no sólo han condenado a otorgar prestaciones o reconocer derechos, sino también a corregir políticas públicas y normas vigentes en el sentido de armonizarlas con la interpretación que hace el tribunal sobre el alcance que debe tener un determinado derecho, como el de la salud, a una vida digna o a un medio ambiente sustentable. Tal es el caso de sentencias “estructurales” en Colombia, Argentina y Costa Rica, sobre temas tales como salud, desplazados o medioambiente. En estos casos, la intervención judicial, ha implicado implícita o explícitamente, el llamado de los jueces a los otros poderes del Estado a “hacer mejor su trabajo”.

En definitiva, si bien podría cuestionarse si compete al Poder Judicial intervenir en estos

asuntos, o si ello implica “invadir” las competencias de otros poderes del Estado, también es cierto que los jueces son el último reducto de garantía de los derechos fundamentales.

## Argumentos para las decisiones judiciales

Los reclamos que las personas realizan ante los jueces suelen dirigirse contra el Estado, siendo acogidas en algunos casos y rechazadas en otros.

Los principales argumentos de las sentencias que desestiman las demandas son los siguientes:

- ✱ es competencia primordial de los Poderes Legislativo y Ejecutivo atender el interés general con normas generales que contemplen el principio de igualdad, y no resuelvan el caso de un solo sujeto;
- ✱ en algunos casos se sostiene que no existe un derecho subjetivo a reclamar cualquier prestación (por ejemplo una vivienda digna o un medicamento de muy alto costo), sino solamente a reclamar aquello que el propio Estado mediante leyes y reglamentos ha determinado que puede cubrir acorde a su presupuesto o a su decisión política;
- ✱ en algunos países se argumenta que las políticas públicas las deciden el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en la órbita de sus competencias, y que el Poder Judicial no tiene por función decidir en qué debe gastarse el dinero público, estando, además, prohibida la injerencia de la Justicia en el presupuesto;
- ✱ los recursos limitados, ante las necesidades ilimitadas de la población, imponen legítimamente la priorización de determinadas prestaciones frente a otras.

Por otro lado, los jueces que condenan al Estado a servir prestaciones no previstas en las normas legales o reglamentarias reclamadas por los usuarios en vía judicial, esencialmente se basan en que:

- ✱ el Estado debe velar por los derechos constitucionales, independientemente de su reglamentación legislativa o administrativa;
- ✱ las normas constitucionales admiten aplicación directa y consagran los derechos sin limitaciones;
- ✱ ante derechos esenciales como el derecho a la vida, a la salud o a la educación, consagrados constitucionalmente, ceden consideraciones de índole económico.

## **Acceso a la justicia para judicializar los derechos humanos fundamentales**

La profundidad y alcance de la judicialización guarda relación con aspectos claves del sistema de justicia.

En efecto, entre mayor o menor sea el acceso a la justicia (recursos o acciones sencillas o complejas, de bajo o alto costo para el reclamante), la oportunidad de la sentencia (respuesta rápida o lenta), el contenido del fallo (otorgan o no lo pedido) y la efectividad o no de lo ordenado en la sentencia (se cumple o no lo fallado), así será el alcance del fenómeno.

Cabe precisar finalmente que, si bien la tutela de los derechos humanos fundamentales compete en última instancia a los jueces, estos solo intervienen cuando las personas acuden a él mediante los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico (interno o internacional). El juez no puede actuar de oficio, lo que significa que no puede iniciar un proceso sin solicitud de quien se siente afectado. Por ende, la judicialización no es en ningún caso una iniciativa de los jueces, sino la respuesta que estos dan ante las demandas ciudadanas.

## **Rol de los jueces y garantía de los derechos**

El rol de los jueces en este nuevo escenario es clave de comprender.

Las sentencias de los tribunales de justicia, están significando en la práctica, la intervención judicial en la asignación de recursos públicos. Esta situación es objeto de múltiples críticas y objeciones, porque vulnera la separación de poderes que es ineficiente, que es poco consistente en el trato a situaciones semejantes, o que padece de un problema práctico de implementación y de exigibilidad.

Los jueces deben tomar en cuenta la posibilidad y el riesgo que existe de que sus sentencias puedan ser consideradas como las propias de un legislador, o un gestor de los recursos, y deben reconocer que en ocasiones es imposible resolver todas las situaciones ni darle tutela a todos.

Pero su creciente importancia como actor en la definición de los límites y contenidos mínimos de las políticas públicas, relacionadas con derechos humanos, obliga a los múltiples actores a plantearse las preguntas destinadas a saber cómo implementar los mecanismos administrativos y judiciales adecuados para resolver las causas que motivan la reclamación judicial. Del mismo modo obliga a los sistemas políticos a resolver adecuadamente las legítimas objeciones que existen al activismo judicial en este tema.

Lo que parece más factible y razonable es buscar una aproximación; la posibilidad de un proceso de diálogo entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo para favorecer a aquellos que se sientan afectados. En este sentido resulta razonable buscar que esta intervención también cumpla con contenidos mínimos de fundamentación y coherencia sistémica.

## ⋮ **Dilemas que deben enfrentar los jueces**

En sus sentencias, los jueces interpelan respecto a cuestiones esenciales en cuanto a los derechos fundamentales, tanto desde la perspectiva del caso concreto como desde el enfoque de las políticas públicas.

En efecto, si bien los fallos en casi todos los países tienen alcance particular para uno o más casos concretos y por ende podría pensarse que los jueces no incurren en análisis generales, no son pocos los casos en que aspectos de política pública, tales como la limitación de recursos o la sustentabilidad de los sistemas, aparecen referidos por los magistrados.

De los fallos surgen expresa o implícitamente respuestas y nuevas interrogantes ante cuestiones esenciales, tales como:

- ✱ el alcance y los límites de los derechos,
- ✱ la incidencia de los aspectos económicos en la resolución de los casos concretos y en la definición de las políticas públicas,
- ✱ la sustentabilidad de los sistemas públicos como argumento a esgrimir para limitar el acceso a una prestación,
- ✱ los procesos de determinación del gasto ante la existencia de recursos limitados,
- ✱ la necesidad de transparencia en los procedimientos administrativos,
- ✱ la definición de los límites a la actuación de los jueces en materia de políticas públicas para no afectar el principio de separación de poderes,
- ✱ el impacto que tienen los fallos al multiplicarse situaciones similares, entre otras.

Son todas cuestiones que encierran complejos dilemas con intereses relevantes que entran en conflicto y contraponen la lógica del sistema jurídico con las políticas públicas en materia de derechos humanos.

## **El problema de la calidad de la prueba para resolver los conflictos**

Para que el juez pueda resolver adecuadamente un conflicto requiere contar con información de calidad debidamente probada.

En muchos temas vinculados a las políticas públicas, se presentan cuestiones de gran complejidad técnica, respecto de las cuales el juez carece de formación, requiriendo por ende el aporte de los litigantes y el auxilio de expertos imparciales (generalmente llamados “peritos”). Las pruebas de las causas de la contaminación de un río, o la efectividad de un medicamento, son ejemplos de temas que requieren examen de expertos imparciales.

Sin embargo, hay casos donde la obtención de opiniones técnicas imparciales puede ser difícil, como cuando los expertos en la materia tienen vínculos de una forma u otra con sujetos que tienen directa o indirectamente interés en el resultado del litigio. Estas situaciones se tornan más graves si estos conflictos de intereses no se declaran oportuna y suficientemente.

Uno de los temas claves es entonces cómo dotar al juez de información de calidad, objetiva e independiente, para resolver el caso concreto. Los países han buscado diversas soluciones, pero en casi todos los casos se presentan dificultades, siendo este uno de los mayores retos a enfrentar. La conformación de grupos técnicos de expertos imparciales a nivel nacional o regional que algunos países están implementando, podría ser una alternativa promisoriosa.

## **Sentencias estructurales**

Como ya se ha señalado, en algunos países (Colombia, Costa Rica y Argentina) se percibe el novedoso fenómeno de las llamadas “sentencias estructurales”.

Se entiende por sentencias estructurales aquellas decisiones judiciales, generalmente emanadas de los órganos superiores del Poder Judicial (Cortes Constitucionales o Supremas Cortes de Justicia), que sin perjuicio de resolver lo pedido por las partes en el caso concreto, ordenan además a las autoridades públicas competentes y con carácter general, la adopción de políticas públicas tendientes a la tutela efectiva, integral y eficiente de derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T – 760 del 2008, además de resolver los reclamos individuales de prestaciones médicas, ordenó una serie de medidas destinadas a la reformulación de políticas públicas en salud (por ejemplo, reformular y unificar los planes de beneficios) o en la Sentencia T 025 de 2004, por medio de la cual ordenó la formulación de una política pública integral para garantizar una vida digna a los

desplazados por el conflicto interno colombiano.

Además del problema ya analizado de la eventual afectación del principio de separación de poderes, las sentencias estructurales plantean una segunda cuestión: ¿se vulnera el principio de congruencia?

En lo medular, dicho principio implica que el juez no puede en su decisión ordenar algo que no ha sido pedido por el reclamante. Ello se fundamenta en el respeto al derecho a la defensa de la contraparte, en tanto sólo puede defenderse en relación a aquello que se le reclama. Así por ejemplo, si una persona reclama un medicamento, no podría condenarse a servir ese medicamento a todas aquellas personas que, padeciendo la misma enfermedad, no lo han reclamado.

En tanto las sentencias estructurales ordenan medidas con alcance general de política pública, el debate está planteado.

Si bien algunos expertos sostienen que el juez constitucional, o el tribunal internacional, son competentes para excepcionalmente superar incluso lo pedido por la parte en aras de una protección plena de los derechos que tutela, otros autores no comparten esta posición en virtud del principio de seguridad jurídica.

En el caso colombiano de derecho a la salud o en el caso argentino del Riachuelo, para lograr el cumplimiento de las sentencias estructurales, se han debido crear tribunales especiales de seguimiento y procedimientos de participación de los diversos actores (audiencias públicas), dado que resulta sumamente complejo lograr el cumplimiento de lo ordenado.

Transcurridos varios años de ambas sentencias y de creadas estructuras burocráticas para seguir su cumplimiento, existen consensos en que, más allá de algunos avances más o menos relevantes, es mucho lo que falta por hacer para que las políticas públicas se ajusten a los lineamientos de los fallos.

## Impactos de las decisiones judiciales en las políticas públicas

Como ya se ha señalado, la judicialización de los derechos fundamentales es un fenómeno creciente. Ello puede tener efectos positivos sobre la priorización de las necesidades de la población, obligando a modificar políticas públicas y mejorar el marco legal bajo el cual se desarrollan los derechos económicos, sociales y culturales, haciéndose efectivo los mismos en el caso concreto.

Pero, al mismo tiempo significa un riesgo de distribución inequitativa y hasta arbitraria de

recursos. En otras palabras, al hacer justicia en el caso particular, existe el riesgo de aumentar las inequidades colectivas. Por ejemplo, la asignación de una vivienda digna a una persona que lo reclama y no a otra que se encuentra en la misma situación económica y social pero no lo ha hecho, puede ser beneficioso para quienes acudieron a los tribunales, pero no cumple con el principio de equidad, y a la vez implica remover recursos económicos para otras actividades estatales, ya que los recursos son finitos.

Esto por cuanto:

- ✱ por una parte, los tribunales por lo general sólo hacen justicia en el caso particular sometido a su decisión, desconociendo los casos similares que quedan sin solución;
- ✱ por otra parte, la inequidad y las distorsiones en el acceso a la justicia pueden facilitar los reclamos judiciales de las clases medias de las sociedades, pero no necesariamente de los más desfavorecidos. En el caso de los más pobres a las inequidades del acceso a prestaciones de vivienda, salud o educación, se suman las inequidades en el acceso a la justicia, configurándose un escenario paradójico: en algunos casos, los tribunales al hacer justicia, pueden aumentar las inequidades sociales.

Por todo lo expuesto, se plantea el debate acerca de si los tribunales, al momento de resolver un caso concreto, deben atender únicamente a las circunstancias del mismo o deben tener en cuenta, además, las repercusiones sociales y económicas de su decisión.

⋮

### **Preguntas para el análisis y discusión:**

- ✱ ¿Cómo inciden los aspectos económicos en la resolución de los casos concretos y en la definición de las políticas públicas?
- ✱ ¿Es la sostenibilidad del sistema un argumento válido a esgrimir para limitar el acceso a un derecho fundamental?
- ✱ ¿Es admisible el argumento de los recursos limitados y la priorización cuando está en juego la salud o la vida digna?



# La política pública en el sector salud

⋮ **Derecho a la Salud**

⋮ **Sistemas de salud basados en derechos humanos fundamentales**

⋮ **Necesidades, recursos y priorización en salud**

⋮ **Rendición de cuentas, transparencia y participación**



sujetas a la jurisdicción del Estado.

- ✱ La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.
- ✱ La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.
- ✱ La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud.
- ✱ La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Como bien público que genera deberes y obligaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que “la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados”; éstos “tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción”, así como de “crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud”. La obligación de los Estados de regular y fiscalizar no se agota “en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud” (1).

Como objeto de cooperación internacional, la Carta de las Naciones Unidas, con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre sus Estados miembros, enfatiza que la organización se compromete a promover la solución de problemas internacionales de carácter sanitario (artículo 55°, inciso b) y los Estados a adoptar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la organización, para la realización de tal propósito (artículo 56°).

## ⋮ **Aproximación conceptual y contenido**

La salud –según el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud– es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Esta definición parte de la idea de que las prestaciones sanitarias conducentes al mantenimiento o recuperación de la salud representan una parte de su contenido, ya que el bienestar físico, mental y social también se satisface a través de medidas de diversa índole, tales como la calidad de los alimentos, una vivienda digna y un medio ambiente adecuado, entre otras.

Siguiendo esta definición de salud, los instrumentos internacionales de derechos humanos citados describen el contenido y la finalidad de este derecho. Así, por ejemplo, la Declaración

Universal consagra el “derecho a un nivel de salud adecuado”, la Declaración Americana pregona el “derecho a la preservación de la salud”, el Pacto reconoce el “derecho al más alto nivel posible de salud física y mental” y el Protocolo enuncia el derecho al “disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

El derecho a la salud se erige como un derecho humano básico y esencial de toda persona. Tiene estrecha relación con los derechos a la vida y a la integridad personal, en tanto que la salud es una condición necesaria y un medio elemental para lograr el bienestar general e individual. Si las personas no pueden acceder a los servicios de salud o no tienen una cobertura sanitaria universal, no puede hablarse de una vida digna.

El derecho a la salud no debe ser entendido como el derecho a estar sano. Este derecho busca proteger la normalidad orgánica funcional de la persona, tanto física como mental y social; así como restablecer la normalidad orgánica funcional cuando se presente una perturbación (enfermedad). En buena cuenta, este derecho garantiza la promoción (estilos de vida saludable y el bienestar), prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad (prestaciones sanitarias).

También puede ser entendido como la facultad que tiene toda persona de acceder y/o de recibir una adecuada atención, asistencia (diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación) o prestación sanitaria (medicamentos, tratamientos y tecnologías) del sistema de salud, sea público, privado o mixto. La satisfacción progresiva del derecho a la salud exige que la cobertura del sistema de salud, como se explica más adelante, sea universal, accesible, equitativa, comprehensiva, de calidad, sostenible, no discriminatoria y participativa.

Su objetivo es preservar un nivel de salud adecuado y lograr el disfrute del más alto nivel del bienestar físico, mental y social de las personas. La salud es un derecho humano fundamental cuya satisfacción requiere de acciones promocionales, preventivas y prestacionales, que pueden brindarse a través de entidades públicas, privadas o mixtas; sin embargo, esto no le resta al Estado su obligación de concretizarlo mediante la legislación correspondiente y a través de una política pública de salud basada en derechos humanos fundamentales, así como de fiscalizar a las entidades públicas como privadas que prestan el servicio de salud.

Para ello, el Estado tiene la obligación de crear los órganos administrativos pertinentes y debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones públicas encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

Este derecho también le impone al Estado la obligación de tener y mantene estructuras sanitarias públicas, dotadas de los recursos financieros, materiales y humanos, necesarios y

suficientes, para brindar prestaciones sanitarias adecuadas, de calidad, efectivas y homogéneas. Para alcanzar el más alto nivel posible de salud, debe tenerse en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona, como los recursos con que cuenta el Estado.

## **Características y dimensiones**

La salud es un derecho social que genera obligaciones positivas, es decir, obligaciones de hacer o de actuar del Estado. Este derecho presenta las siguientes características:

1. Es un derecho básico y necesario para que las personas logren llevar una vida digna, que se fundamenta en el deber de solidaridad y en el principio-derecho de dignidad humana. La sociedad a través del pago de impuestos asume la responsabilidad -moral y colectiva- de financiar el sistema de salud.
2. Es un derecho universal, en el sentido de que al ser un bien público beneficia a todas las personas, sin importar si aportan o no al sistema de salud, pues el Estado tiene la obligación de proteger su salud. Ninguna persona puede ser excluida del sistema de salud.
3. Es un derecho de libertad, en el sentido que toda persona tiene el derecho a controlar su salud y su cuerpo, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos o experimentos médicos no consentidos.
4. Es un derecho de carácter prestacional, en el sentido de que se satisface con la provisión de prestaciones sanitarias de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad. Para su satisfacción también requiere de una participación protagónica del Estado a través de políticas, planes, programas sociales y servicios públicos para que sea eficaz (acciones positivas), ya que su reconocimiento legal y/o constitucional, sólo le otorga fuerza normativa.
5. Es de carácter progresivo, en el sentido de que su satisfacción depende de la disponibilidad presupuestal con que cuente el Estado, lo que de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, pues su satisfacción no puede ser diferida ni regresiva, sino que tiene que ser progresiva.
6. Es un derecho vinculante, en el sentido de que permite reclamar judicialmente al Estado o a un privado el cumplimiento de una prestación o de las obligaciones que genera, pues su carácter progresivo no respalda la inacción estatal, sino que obliga al Estado a actuar con plazos razonables para ejecutar políticas concretas y permanentes.

De manera interesante, el derecho a la salud tiene dos dimensiones: la colectiva y la individual.

La dimensión colectiva del derecho a la salud no parte de la idea de que hay que satisfacer la necesidad básica de una persona, es decir, no busca paliar una carencia de salud individual, sino que se enfoca en una determinada o determinable colectividad de pacientes o de enfermedades, en las que se ha constatado la carencia de salud. Para este dilema, la perspectiva filosófica utilitarista plantearía que lo correcto sería posibilitar el mejor nivel de salud para el mayor número de personas atendiendo los recursos disponibles. Bajo el utilitarismo, esta dimensión procura que los recursos limitados del sistema de salud sean asignados a medicamentos, tecnologías o tratamientos de efectividad comprobada y que beneficien al mayor número posible de personas.

Por el contrario, la dimensión individual del derecho a la salud busca la tutela de una necesidad básica de una persona que se produce por la carencia de su salud, lo cual le impide llevar una vida digna. Esta carencia de salud puede ser paliada mediante la atención sanitaria, un medicamento, una tecnología o un tratamiento.

En algunos casos, el sistema de salud puede haber priorizado y ofrecido el medicamento, la tecnología o el tratamiento requerido por la persona, pero en otros casos el Estado pudo haber resuelto no priorizarlo atendiendo razones de costo, efectividad no comprobada o carácter experimental del tratamiento. La protección judicial de la dimensión individual del derecho a la salud se da cuando estos últimos casos se judicializan y se le ordena al Estado que suministre el medicamento de alto costo o brinde el tratamiento experimental demandado. En muchos casos esta protección judicial puede ser subjetiva, no fundada en evidencia médica objetiva, carecer de sustento técnico (más allá de la prescripción médica) y obviar la sostenibilidad financiera del sistema de salud.

La realidad evidencia que entre la dimensión individual y la colectiva del derecho a la salud, existe una fuerte tensión en la que termina interviniendo la judicatura. Esta intervención afecta las políticas públicas en salud. Así, la orden judicial del suministro de un medicamento de alto costo no priorizado, podría acarrear que los recursos inicialmente asignados para un grupo de pacientes tengan que ser reasignados a otras personas.

## ⋮ **La exigibilidad judicial del derecho a la salud: Un dilema complejo**

Las causas que motivan la judicialización del derecho a la salud, son de diversa índole y enfoque. Algunas se explican por la demanda de un tratamiento con una tecnología que cuenta con insuficiente evidencia, como la delfinoterapia; otras cuestionan las políticas de priorización sanitaria (ver más en "Necesidades, recursos y priorización en salud") y otras

encuentran fallas en la implementación de políticas de prestación de servicios. Esto último ocurre cuando una norma (plan de beneficios) promete la entrega de un servicio pero, en realidad, un paciente no puede acceder a este servicio.

Entonces, la judicialización del derecho a la salud plantea los siguientes temas a desarrollar:

- ✱ La ineficiencia del sistema de salud, en particular en materia de prestación de servicios.
- ✱ La sostenibilidad del sistema de salud.
- ✱ La desigualdad o inequidad en el acceso a servicios.
- ✱ La disparidad entre necesidades y recursos.
- ✱ El acceso a medicamentos de alto costo, tratamientos experimentales o tecnología cuya efectividad no está probada.
- ✱ La insuficiente transparencia y rendición de cuentas en la priorización de medicamentos, tratamientos y tecnología.

.....  
**Preguntas para la discusión y análisis:**

- ✱ ¿Es admisible el argumento de los recursos limitados y la priorización cuando está en juego la salud o la vida digna?
- ✱ ¿Cuáles deben ser los criterios para priorizar el gasto en una política pública?

---

[1] Sentencia del Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, párrafos 89, 90 y 98. En esta sentencia se ha establecido que "La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos". [Citado el 11 de abril de 2014]. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)

# Sistemas de salud basados en derechos humanos fundamentales

Un sistema de salud basado en derechos humanos fundamentales, debe propender a hacer realidad el mandato contenido en las numerosas constituciones, pactos y declaraciones internacionales, que consagran el derecho a la salud como uno de aquellos consustanciales a todo ser humano, e inherente a su dignidad.

Este derecho humano fundamental fue afirmado por primera vez en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, aprobada por la Conferencia Sanitaria Internacional en 1946, donde se señala que “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. En el mismo preámbulo se entrega la responsabilidad del resguardo de este derecho a los estados, al afirmar que “Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas”.

El reconocimiento del derecho al goce del grado máximo de salud que el individuo pueda lograr, sumado a la obligación asignada a los gobiernos de proveer las medidas sanitarias y sociales adecuadas para lograrlo, influyó paulatinamente en los sistemas de salud. En muchos casos, estas políticas públicas surgieron como continuación y perfeccionamiento de un estado de bienestar que se había comenzado a implementar desde fines del siglo XIX.

En el curso del siglo XX, numerosos países establecieron sistemas de salud que buscaban dar respuesta a las necesidades de cuidado de la población. Muchos de ellos adoptaron modelos de aseguramiento social que buscaban entregar sustento financiero y solidaridad al sistema, mientras que otros fueron financiados a partir de impuestos generales. El modelo de atención buscó integralidad, a partir de una estrategia global centrada en la atención primaria, para desde ahí transformar de modo progresivo y participativo, el derecho a la salud en una realidad.

Uno de los casos paradigmáticos de respuesta a esta necesidad, mediante la organización de

un sistema nacional que buscó la consecución de este derecho, fue la creación, en el año 1948, del Sistema Nacional de Salud inglés (National Health Service), cuyos principios rectores(1), periódicamente revisados, mantienen su validez hasta el día de hoy y se han transformado, con el devenir de los años, en un ejemplo para otros países.

Entre estos principios se cuentan algunos de los indicados a continuación que, adaptados con una mirada global, pueden constituirse en un estándar para evaluar el desempeño de otros sistemas en materia de cumplimiento de derechos:

- ✱ **Comprensividad y no discriminación:** Los servicios deben estar disponibles para todos, independientemente de consideraciones de género, raza, discapacidad, edad, orientación sexual, religión, creencias o estado civil. Los servicios deben comprender la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de dolencias tanto físicas como mentales, de un modo respetuoso de los derechos de los individuos.
- ✱ **Acceso determinado por la necesidad:** El acceso a los servicios se debe basar en la necesidad clínica de quien lo requiere y no en la capacidad de pago del individuo. Por lo mismo, no debe existir una barrera económica de acceso, en el punto de atención, que impida el acceso de quien lo necesite.
- ✱ **Calidad y profesionalismo en la atención:** Los servicios deben tener una especial preocupación por la calidad de la atención que se brinda, por su seguridad y efectividad, centrado en el paciente y con un equipo de atención comprometido con los más altos estándares de profesionalismo en sus respectivas funciones.
- ✱ **Equidad en el acceso:** El acceso a las prestaciones de salud debe estar orientado a entregar atención preferencial a quien más lo necesita, sin descuidar los requerimientos del resto de los individuos. Los sistemas de salud deben, asimismo, promover la igualdad mediante la focalización de servicios a ciertos sectores de la sociedad, cuyas mejoras en salud y expectativa de vida se encuentren rezagadas con respecto al resto de la población.
- ✱ **Participación, transparencia y rendición de cuentas:** La consecución del derecho a la salud, concebido como un derecho humano fundamental, requiere de la participación ciudadana en la formulación de sus objetivos, así como en el control de la gestión y monitorización de sus resultados, de modo transparente.
- ✱ **Sostenibilidad:** Si bien la necesidad de cuidar la sostenibilidad del sistema de salud puede no verse inscrita, de modo evidente, en una lógica de acceso basado en derechos, la situación actual del desarrollo de los servicios obliga a entregar especial atención a este

aspecto. La falta de planificación en el crecimiento de un sistema de salud, puede amenazar la propia viabilidad de éste, amenazando o volviendo irreales los valores rectores de equidad y acceso determinado por la necesidad.



---

PRINCIPIOS RECTORES DE UN SISTEMA  
DE SALUD BASADO EN DERECHOS

---

Una lógica de derechos en salud no se agota, sin embargo, con la garantía de acceso a servicios de salud organizados de modo equitativo, no discriminatorio y sustentable. Al igual que la educación, la salud se encuentra estrechamente ligada con otros derechos fundamentales (2). El acceso a agua potable y disposición de excretas, alimentación sana y vivienda segura, condiciones seguras de trabajo y un medio ambiente libre de contaminación, son requisitos esenciales para alcanzar “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr” por parte de cada individuo, como lo ordena el compromiso contenido en la constitución de la OMS señalado anteriormente.

La lógica de derechos requiere, asimismo, para no tornarse en una mera aspiración, la posibilidad de demandar su cumplimiento efectivo frente a los tribunales de justicia. Este recurso, aunque disponible, debiera corresponder a una excepción como mecanismo de acceso, toda vez que es responsabilidad de los sistemas de salud y de los gobiernos garantizar el acceso a las acciones de salud que los individuos requieren, de modo acorde con sus necesidades.



## **Contenidos de las políticas públicas de salud**

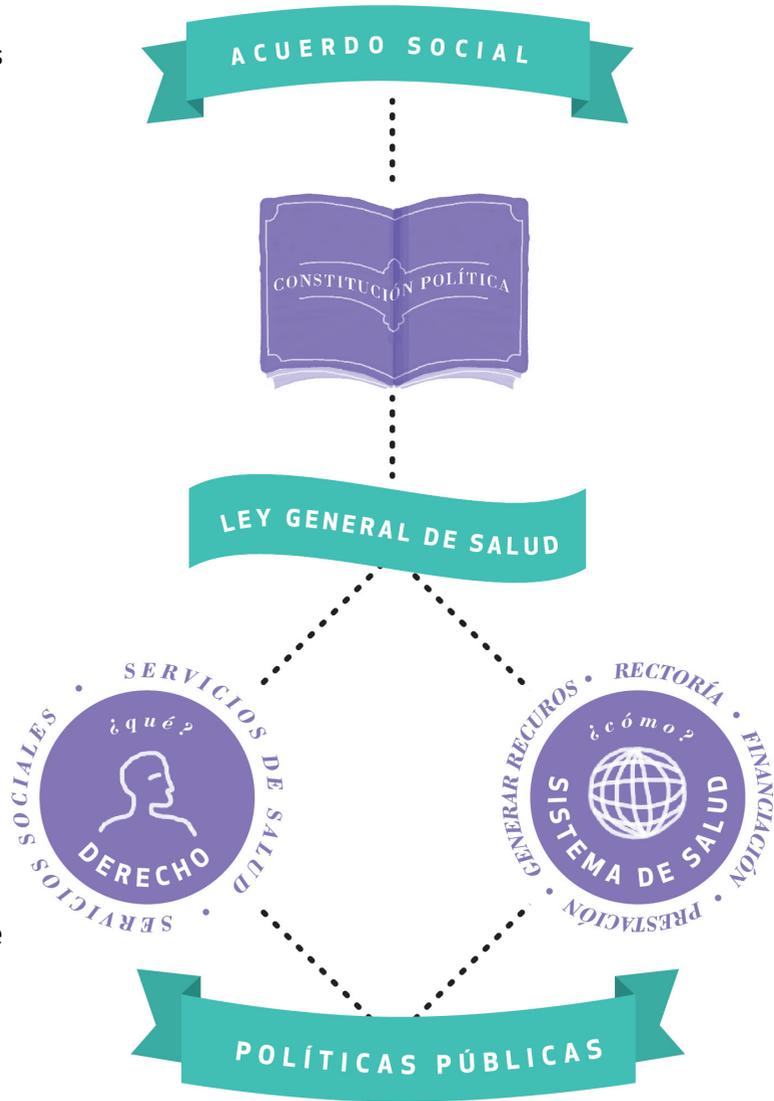
Las políticas públicas, basadas en el derecho a la salud, contemplan dos grandes materias para su garantía: los determinantes en salud y los bienes y servicios de salud propiamente dichos, con sus respectivos marcos regulatorios. Los determinantes surgen de la interdependencia en el ejercicio de otros derechos tales como a la vida, a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, entre otros. Por tanto, se consideran como factores propios de las condiciones sociales en las que se desarrolla la vida del individuo y que determinan el estado de salud y el desarrollo de la población. Los bienes y servicios de salud obedecen a la faceta prestacional del derecho en su dimensión positiva. La garantía de este se puede exigir de forma inmediata dada la gravedad y urgencia del asunto, con movilización de recursos o cuando no se requiere de mayores recursos por parte del Estado. También se puede exigir de forma progresiva por la complejidad de las acciones y los recursos requeridos (3).

Las políticas públicas relacionadas con los determinantes sociales en salud, tienen como objeto disminuir las brechas en salud y las diferencias sociales. Para su efectividad, se requiere que los gobiernos coordinen la formulación de políticas intersectoriales, establezcan objetivos comunes, brinden respuestas integradas y hagan una mayor rendición de cuentas en todos los niveles. Igualmente, se requiere una alianza y colaboración entre los territorios, los sectores y la sociedad civil. De allí se origina el planteamiento de «La Salud en Todas las

Políticas» (4). Estas políticas incluyen la gestión de acciones colectivas relacionadas con la cohesión social y el capital social de la siguiente manera:

- ✦ Promoción de ambientes saludables donde se desarrolla la vida de los individuos y las colectividades, tales como, la vivienda, el barrio, el trabajo, la escuela y los espacios públicos. Estos deben tener acceso a agua potable, estar en un medio ambiente sano como por ejemplo libres de humo, tener condiciones de saneamiento básico; estar adecuados para la actividad física, entre otros servicios sociales.

- ✦ Promoción de estilos de vida saludables que incluye aspecto de seguridad alimentaria, soberanía alimentaria y adecuada nutrición; actividad física y ejercicio con programas o clases basada en ambientes y grupos específicos como niños escolares; y control de factores de riesgo como el tabaquismo en el que se ofrece ayuda para la cesación del hábito.



En algunos casos estas políticas se garantizan en un marco integral de seguridad o protección social, o de manera sectorial a través de «La Salud en Todas las Políticas», con los sectores responsables como medio ambiente, educación, agricultura, entre otros. En cualquiera de los casos, el sector salud ejerce un liderazgo, contempla en la política de salud pública la garantía de las acciones colectivas y colabora con los otros sectores, para lograr la intersectorialidad y la complementariedad, con miras al logro de los objetivos e intereses comunes.

El carácter prestacional del derecho origina políticas públicas para su garantía. Estos bienes y servicios tienen como objeto satisfacer las necesidades en salud individuales, e incluyen prestaciones en todas las fases de la atención: promoción de la salud y en la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad. Los elementos del derecho que enmarcan estas políticas son la disponibilidad y suficiencia de establecimientos, bienes, servicios, planes y programas; la accesibilidad que incluye la no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (asequibilidad), y acceso a la información; la aceptabilidad y respeto a la ética médica y cultura de la persona; y la buena calidad desde el punto de vista científico y médico (5).



Los sistemas de salud juegan un papel fundamental en la rectoría, regulación, formulación, implementación, monitoreo y evaluación de estas políticas. Es

por ello que se requiere la creación de capacidades con mejores recursos, instituciones y personal dedicado y capacitado; la generación de conocimientos y de una base de datos que lo reúna para soportar la toma de decisión; la evaluación comparativa de las diferentes tecnologías y sus consecuencias sanitarias; la evaluación del impacto económico y social; la creación de plataformas regulares de diálogo y resolución de problemas con otros sectores y al interior del sector salud; la participación efectiva de la sociedad en las diferentes etapas del proceso; la cooperación internacional para optimizar recursos y mancomunar esfuerzos; y el fomento de la experimentación y la innovación para encontrar nuevas alternativas de solución.

MATERIAS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN SALUD

## Procesos de las políticas públicas de salud basadas en derechos

Letra	Inglés	Español
P	Participation	Participación
A	Accountability	Rendición de cuentas
N	Non discrimination	No discriminación
T	Transparency	Transparencia
H	Human Dignity	Dignidad Humana
E	Empowerment	Empoderamiento
R	Rule of Law	Regla de la Ley

El enfoque basado en derechos también demanda que las políticas públicas en salud tengan un proceso de formulación, monitoreo y revisión de cuentas que sea acorde con los principios y contenidos del derecho, por ejemplo el respeto de la dignidad de los individuos y de las poblaciones. Mucho se ha escrito sobre la materia, pero para los fines de este libro los autores sugieren usar como guía de un proceso de política basado en derechos el acrónimo PANTHER (del inglés Pantera), desarrollado por FAO (6).



---

DERECHO A LA SALUD Y FORMULACIÓN  
DE POLÍTICAS PÚBLICAS

---

Ninguno de estos conceptos tiene una definición única, ni completa. Intentar definir los matices de cada uno de estos conceptos escapa los propósitos de este capítulo. Sin embargo, la esencia de la propuesta consiste en afirmar que hay varios pasos que un proceso de política pública, basado en un enfoque de derechos, debe seguir.

---

[1] NHS. *The NHS Constitution for England* [Internet]. 26 marzo 2013 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/the-nhs-constitution-for-england>.

[2] International Council on Human Rights. *Local Government and Human Rights: Doing Good Service*. Versoix: International Council on Human Rights Policy; 2005 [Internet]. Disponible en: [http://www.ichrp.org/files/reports/11/124\\_report.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/11/124_report.pdf)

[3] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia* [Internet]. 31 julio 2008 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>

[4] WHO. *Declaración de Adelaida sobre la Salud en Todas las Políticas, OMS 2010* [Internet]. 2014 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://apps.who.int/iris/handle/10665/44391>

[5] University of Minnesota Human Rights Library. *Observación general N° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 [Internet]. 2000 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>

[6] FAO. *Human Rights Principles: PANTHER* [Internet]. 2014 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.fao.org/righttofood/about-right-to-food/human-right-principles-panther/en/>

# Necesidades, recursos y priorización en salud

Como se ha discutido en el capítulo anterior, la disparidad existente entre los recursos disponibles y las necesidades que requieren atención, obliga a la administración sanitaria a diseñar políticas participativas que articulen el uso adecuado de los mismos. Entre estas políticas se encuentra el uso de herramientas de gestión que orienten la decisión clínica, la incorporación de la evidencia científica en el diseño de guías clínicas y protocolos, así como la creación de instituciones independientes que lleven a cabo la evaluación de aquellas tecnologías sanitarias, priorizadas por el ente rector en salud. Del mismo modo, la experiencia internacional reconoce que el derecho al goce del grado máximo de salud que se puede lograr, no se obtiene de la noche a la mañana.

Como se ha visto en capítulos anteriores, este derecho se encuentra expresamente sujeto a su realización progresiva y a la disponibilidad de recursos, lo que no exime a los estados de tomar medidas de efecto inmediato, tales como la no-discriminación y la obligación de diseñar un plan nacional para el cuidado y la protección de la salud, y la participación activa, con los individuos y las comunidades, en las decisiones sanitarias que les afectan, a través de un diálogo incluyente. Un componente crucial de este plan de salud, en cuyo diseño están comprometidos los estados, es la articulación de prioridades que aseguren la consecución progresiva del derecho. Un autor señala que la primera estrategia para gestionar el cierre de la brecha existente entre oferta y demanda en los sistemas de salud financiados a través de fondos públicos, es la articulación consciente de prioridades explícitas (1).

De nada sirve un derecho si el ente administrador de los cuidados sanitarios no establece ciertas garantías, que permitan asegurar que el compromiso con el cumplimiento de los derechos, va más allá de su mera declaración formal (2). Entre estas garantías, además de aquélla de acceso, deben contarse las de oportunidad y calidad, que aseguren que la prestación requerida es entregada en el momento adecuado y en condiciones que aseguren su efectividad y seguridad. La formulación y resguardo de estas garantías, así como el monitoreo de su cumplimiento, son responsabilidades del ente rector en salud que, de modo transparente, debe dar cuenta a la ciudadanía del grado de cumplimiento de este derecho humano fundamental.

## La disparidad entre necesidades y recursos

Los sistemas de salud se han visto, en las últimas décadas, en una creciente dificultad para cumplir satisfactoriamente sus obligaciones de modo coherente, con una lógica de acceso a las prestaciones concebidas como un derecho. Como ya se ha mencionado varias veces a lo largo de este libro, entre las razones que subyacen a esta dificultad, se destaca la disparidad existente entre las necesidades percibidas por la población y los recursos de que se dispone para darles debida respuesta. Esta disparidad tiene su origen, entre otras, en las siguientes causas:

- a. los insuficientes recursos asignados al presupuesto del sector salud, particularmente en países en vías de desarrollo;
- b. la transición demográfica y epidemiológica que ha experimentado una proporción importante de la población mundial, incluso en los países en desarrollo, modificando drásticamente las expectativas de vida y los perfiles de morbilidad y mortalidad. Esta transición ha generado un cambio de un escenario en que prevalecían las enfermedades infecto-contagiosas y aquellas relacionadas con la salud materno-infantil, hacia uno en que el grueso de la carga de enfermedad está dado por enfermedades crónicas no transmisibles, que son caras y afectan y generan discapacidad en una población envejecida;
- c. el creciente costo de las tecnologías sanitarias, que a la vez que permiten tratar más enfermedades que en el pasado, se han encarecido en su proceso de investigación y desarrollo. Este costo se ve incrementado, además, por los elevados montos que la industria farmacéutica y de dispositivos médicos gasta en promoción y mercadeo, que según estimaciones recientes ascendió a 27 billones de dólares en el año 2012 (3).
- d. la creciente tendencia hacia la medicalización y al sobre-diagnóstico, que ha tornado situaciones antes consideradas variantes de lo normal o consecuencias naturales del envejecimiento, en patologías que requieren diagnóstico y tratamiento oportunos. Esto ha significado una presión adicional sobre el gasto exigido de los servicios de salud (4,5).
- e. el despilfarro existente en el sector salud, caracterizado por cuidados de salud que no conducen a mejorar los desenlaces de los pacientes, y que es ocasionado por intervenciones innecesarias o con un beneficio de carácter marginal. Estas intervenciones se originan, según algunos autores, por el temor a los juicios por negligencia médica, por venalidad, por la repetición irreflexiva de procedimientos rutinarios y por las exigencias de pacientes insistentes (6).
- f. los problemas de gestión e ineficiencia presentes en las instituciones responsables por la definición e implementación de las políticas de salud y por la provisión de servicios. Esto



En este escenario de necesidades y de realidades, se requiere emprender unas acciones de manera inmediata y otras de forma progresiva, con el fin de materializar el derecho a la salud. Por consiguiente, se deben elegir las tecnologías sanitarias que dan respuesta a las necesidades de la población y que provocan un mayor impacto sobre su salud. Este proceso debe tener un enfoque en los derechos fundamentales y debe ser transparente y participativo. El resultado debe ser equitativo y sin perjuicio de establecer diferencias positivas en favor de los más necesitados. Del mismo modo, debe ser eficiente, razonable en sus costos y sostenible en el mediano y largo plazo.

Este proceso plantea retos de ordenamiento y selección que se conocen como priorización en salud. El ejercicio de priorización debe contemplar, tanto la selección de tecnologías que serán evaluadas para su eventual incorporación, en el proceso de realización progresiva del derecho, como aquellas patologías que serán abordadas de modo prioritario.

Entre estos criterios de selección de patologías prioritarias, se cuentan los siguientes:

- a. criterios legales: consideran las especificaciones determinadas por la constitución y las leyes. Estas pueden estar dadas por variables poblacionales, epidemiológicas y económicas, como por ejemplo la vacunación a grupos poblacionales específicos;
- b. criterios poblacionales: consideran la necesidad comparativa por grupos de poblaciones en un marco de equidad alrededor de variables como la edad, el género, situaciones de vulnerabilidad, padecimiento de una enfermedad, entre otros. Este criterio aspira a la universalidad y responde a preguntas tales como: ¿Cuáles son los grupos poblacionales prioritarios? ¿En quienes se deberían focalizar los recursos existentes? ¿Cuáles son los grupos con enfermedades de prevalencias bajas y altos costos? ¿Cuáles son las condiciones de salud en las que es posible identificar subgrupos vulnerables o grupos sociales específicos que presentan dificultades para lograr la salud potencial?
- c. criterios epidemiológicos: consideran las recomendaciones definidas por expertos, con la aspiración de cubrir todas las patologías de forma integral. Dadas las restricciones de recursos nos vemos obligados a ponderar estos criterios, a fin de responder preguntas tales como: ¿Cuáles son las enfermedades y factores de riesgo que causan una mayor morbilidad, mortalidad y discapacidad (carga de enfermedad)? ¿Cuáles son los factores protectores de la salud de la población? ¿Son estos riesgos intervenibles?
- d. criterios clínicos: consideran las recomendaciones determinadas por expertos, en relación con la necesidad de atención requerida por distintas patologías. Nos obliga a responder preguntas tales como: ¿Qué tan urgente es la necesidad de atención de un paciente en particular? ¿Qué riesgo vital corre de no ser atendido oportunamente?
- e. criterios sociales: consideran las necesidades sentidas y demandadas por la población, que



La Organización Mundial de la Salud considera la ETS como una herramienta esencial para el mantenimiento de las funciones básicas de un sistema sanitario mundial eficaz. La define, en su naturaleza y propósito, de la siguiente manera: "Es el proceso sistemático de valoración de las propiedades, los efectos y/o los impactos de la tecnología sanitaria. Puede abordar tanto las consecuencias directas y deseadas de las tecnologías, como las indirectas y no deseadas. Su objetivo principal es informar la toma de decisiones en atención sanitaria. La evaluación de tecnologías sanitarias es realizada por grupos multidisciplinares utilizando marcos analíticos explícitos basados en diversos métodos." De este modo, señala el mismo documento, la ETS sirve de apoyo a la formulación de políticas relativas a la tecnología sanitaria, favoreciendo la adopción de nuevas tecnologías costo-efectivas y evitando las de dudoso valor para el sistema sanitario (10).

En numerosos países desarrollados y en algunos países de América Latina se han constituido centros especializados o agencias en ETS, que tienen como propósito orientar las decisiones en políticas públicas y en la adopción de fármacos y dispositivos médicos, entre otras intervenciones. Tal es el caso, por ejemplo, del Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias, del Reino Unido (11), de la Agencia de Calidad y Evaluación Sanitaria de Cataluña (12); del Comité para la Evaluación y Difusión de Innovaciones Tecnológicas de Francia (13); el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS) de Colombia (14) el Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud (Cenetec-Salud) de México (15); el Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS) de Argentina (16); la Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) en Brasil (17); el Fondo Nacional de Recursos (FNR) de Uruguay (18), entre otras. Debido al volumen de evaluaciones que estas agencias deben llevar a cabo, su funcionamiento requiere de un esfuerzo concertado, que permita potenciar el trabajo que cada una de ellas conduce por separado.

La ausencia de agencias o procesos de ETS, que colaboren con la autoridad sanitaria en la definición de los parámetros de eficacia y costo-efectividad de las tecnologías, como parte del proceso de priorización al que se encuentran obligados los gobiernos, puede acentuar los efectos contraproducentes de la brecha entre necesidades y recursos.

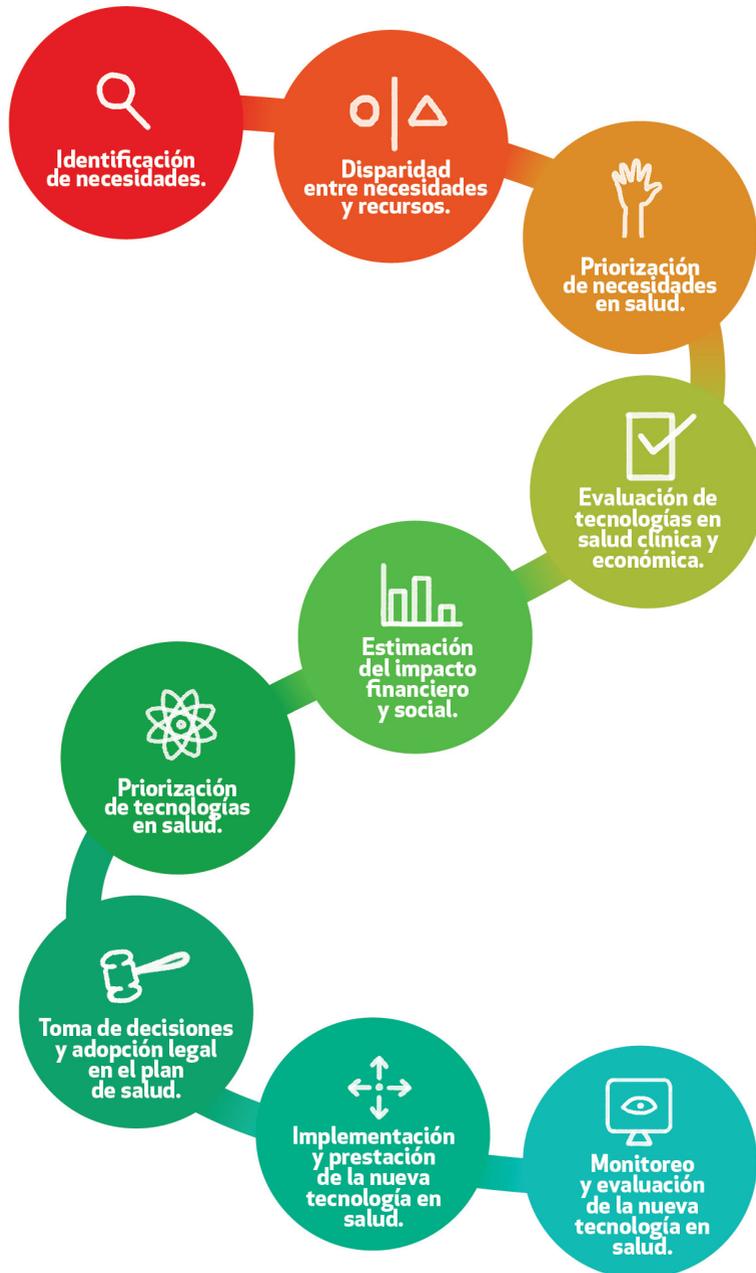
Una vez que se ha realizado la evaluación de las tecnologías en salud, desde la mirada de la ETS, es necesario medir el impacto financiero y social de las mismas. Esta medición se dirige a evaluar la factibilidad de su implementación y el impacto que tiene en la sociedad. La medición financiera busca, por su parte, establecer cuánto le costará al sistema de salud la adopción de la nueva tecnología en salud, teniendo en cuenta el costo individual de esta y la población beneficiaria de la misma. Este impacto se mide tanto en los presupuestos del gobierno y los gastos en que incurrirá cada persona, como en los costos del aseguramiento en salud. La medición social implica, además, establecer los beneficios indirectos e intangibles que conlleva la incorporación de la nueva tecnología, como por ejemplo la reinserción social de población que tenía enfermedades incapacitantes, que disminuye su autonomía o afectaban

el desarrollo de una vida digna.

Un esfuerzo adicional deben realizar los sistemas de salud, con el propósito de contribuir al cumplimiento de las garantías de acceso, oportunidad y calidad. Este consiste en la redacción e implementación de guías de práctica clínica y protocolos, que orienten las decisiones en el punto de encuentro entre el profesional y su paciente. Las guías clínicas pueden ser definidas como "orientaciones sistemáticamente desarrolladas, que apoyan a los profesionales de salud y a los pacientes, al momento de tomar decisiones respecto al cuidado de salud más pertinente, en una circunstancia determinada" (19). El protocolo, por su parte, cuando se aplica a un contexto de atención sanitaria, es presentado como una secuencia precisa de actividades, que permite una flexibilidad mínima o inexistente, y que debe ser seguida en el manejo de una situación de salud específica (20). Un elemento clave en ambas herramientas de gestión es que las recomendaciones contenidas en ellos deben basarse en la mejor evidencia científica disponible, auditarse en su cumplimiento y actualizarse periódicamente, de modo de asegurar su pertinencia, aceptabilidad y vigencia.

En este proceso, es de vital importancia mantener una actualización periódica de la evidencia científica, que permita de modo oportuno, incorporar la información que cotidianamente se va generando, en relación con la eficacia y seguridad de las intervenciones sanitarias. En este sentido, la alianza con organizaciones como la Colaboración Cochrane, cuya misión es mantener un registro actualizado de todos los ensayos clínicos randomizados disponibles, y a la vez conducir revisiones sistemáticas de éstos, que orienten la decisión en salud (21), es esencial para el trabajo de todos quienes tienen por responsabilidad juzgar la pertinencia de las intervenciones, sean éstos médicos tratantes, administradores o jueces.

La traducción de esta información, de modo oportuno y comprensible, a los jueces que enfrentan la responsabilidad de dirimir sobre demandas de atenciones insatisfechas, les permitiría, asimismo, poder decidir con mayores antecedentes sobre la eficacia de la tecnología que se exige y la pertinencia de su uso en ese caso en particular. Esto les permitiría una apreciación objetiva del valor real de la tecnología requerida, más que descansar -de modo exclusivo- en la prescripción médica, que no siempre se encuentra acorde con la mejor evidencia científica disponible sobre la eficacia y la seguridad de las intervenciones en salud (22).



---

FASES DE INCORPORACIÓN DE TECNOLOGÍAS  
EN SALUD PARA LA GARANTÍA PROGRESIVA  
DEL DERECHO A LA SALUD

---

- 
- [1] Butler J. *The ethics of health care rationing*. London: SAGE Publications Ltd; 1999.
- [2] Es interesante notar el paralelo entre las garantías existentes en el ámbito jurídico discutidas en el capítulo "Derechos Humanos Fundamentales y Políticas Públicas" y las garantías "sanitarias" aquí discutidas.
- [3] The Pew Charitable Trusts. *Persuading the prescribers: pharmaceutical industry marketing and its influence on physicians and patients* [Internet]. 11 noviembre 2013 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.pewhealth.org/other-resource/persuading-the-prescribers-pharmaceutical-industry-marketing-and-its-influence-on-physicians-and-patients-85899439814>.
- [4] Moynihan R, Heath I, Henry D. *Selling sickness: the pharmaceutical industry and disease mongering*. *British Medical Journal*. 2002; 324: 886-891.
- [5] Moynihan R, Doust J, Henry D. *Preventing overdiagnosis: how to stop harming the healthy*. *British Medical Journal*. 2012; 344: e3502.
- [6] Aaron HJ. *Waste, we know you are out there*. *New England Journal of Medicine*. 2008; 359:1865-1867.
- [7] Bradshaw J. *A taxonomy of social need*. In McLachlan G (ed.) *Problems and progress in medical care*. Oxford: Nuffield Provincial Hospital Trust; 1972.
- [8] "La expresión «tecnologías sanitarias» se refiere a la aplicación de conocimientos teóricos y prácticos estructurados en forma de dispositivos, medicamentos, vacunas, procedimientos y sistemas elaborados para resolver problemas sanitarios y mejorar la calidad de vida" Resolución WHA60.29 de la OMS, 2007 [Internet]. 23 mayo 2007 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: [http://www.who.int/medical\\_devices/policies/resolution\\_wha60\\_r29-sp.pdf](http://www.who.int/medical_devices/policies/resolution_wha60_r29-sp.pdf)
- [9] Noorani HZ, Husereau DR, Boudreau R, Skidmore B. *Priority setting for health technology assessments: A systematic review of current practical approaches*. *International Journal of Technology Assessment in Health Care*. 2007; 23 (3): 310-315.
- [10] OMS. "Evaluación de tecnologías sanitarias aplicada a los dispositivos médicos". Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2012.
- [11] Health Technology Assessment (HTA) Programme [Internet]. 2014 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.nets.nihr.ac.uk/programmes/hta>
- [12] Agencia de Qualitat i Avaluació Sanitaries de Catalunya [Internet]. 1 marzo 2013 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.gencat.cat/salut/depsan/units/aatrm/html/es/dir368/doc7790.html>
- [13] Comité d'Evaluation et de Diffusion des Innovations Technologiques [Internet]. 2014 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://cedit.aphp.fr>
- [14] Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud [Internet]. 2013 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.iets.org.co/>
- [15] Centro Nacional de Excelencia Tecnológica en Salud [Internet]. 2014 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.cenetec.salud.gob.mx/>
- [16] Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria [Internet]. 2014 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.iecs.org.ar>
- [17] Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS [Internet]. 2014 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sctie/conitec>
- [18] Fondo Nacional de Recursos [Internet]. 2014 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.fnr.gub.uy/>
- [19] Muir Gray J. *Evidence-based health-care, 2nd ed*. Edinburgh: Churchill-Livingstone, 2001.
- [20] Broughton R, Rathbone B. *What makes a good clinical guideline?* [Internet]. Mayo 2001 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://www.medicine.ox.ac.uk/bandolier/painres/download/whatis/whatareclinguide.pdf>
- [21] Chalmers I. *The Cochrane collaboration: preparing, maintaining, and disseminating systematic reviews of the effects of health care*. *Annals of the New York Academy of Sciences*. 1993; 703: 156-165.
- [22] Michaud G et al. *Are therapeutic decisions supported by evidence from health care research?*. *Archives of Internal Medicine*. 1998; 158: 1665-1668.



# Rendición de cuentas, transparencia y participación

El acceso a información oportuna, confiable y fácilmente comprensible es un elemento crítico para la realización del derecho a la salud. La información permite a la ciudadanía ejercer de manera efectiva su participación, promover su propia salud, y reclamar servicios de salud de calidad. El acceso a la información es fundamental para que las personas, como titulares de derechos, puedan reclamar de manera efectiva su derecho a la salud y garantizar su correcta aplicación, incluso a través de la vía judicial.

El derecho a la salud, como un derecho humano fundamental, implica obligaciones y estas, a su vez, requieren de un proceso de prestación o rendición de cuentas. La rendición de cuentas es definida por algunos autores como el ejercicio iterativo que implica un diálogo crítico, con un ir y venir de preguntas y respuestas, y de argumentos y contra argumentos. Otros la definen en términos de responsabilidad, de tal forma que se asegure que los comportamientos de los gobernantes, los servidores públicos y también los agentes privados, correspondan a las normas o a los códigos de ética.

El sistema judicial es uno de los mecanismos con el cual cuentan la sociedad y el Estado para exigir la rendición de cuentas, pero éste no es el único. Las defensorías del pueblo, la sociedad civil organizada, la prensa, entre tantos otros también pueden, y deben, ser instrumentos para reclamar la rendición de cuentas.

Las tres dimensiones que se describen de la rendición de cuentas son: la información, la justificación y la sanción. La primera se refiere al derecho de recibir información y la obligación de divulgar todos los datos necesarios. La segunda es el derecho de las comunidades de recibir una explicación, y el deber correspondiente de las autoridades de justificar el ejercicio del poder. Finalmente la tercera, la sanción, se refiere a los elementos de coacción y castigo que se imponen con el objeto de asegurar el cumplimiento de las normas, de tal forma que se asuman las consecuencias de los actos, lo cual incluye eventuales sanciones negativas.<sup>(1)</sup>

Pero la rendición de cuentas depende de la existencia de transparencia. La transparencia se conceptualiza en términos de respuesta o de voluntad de actores privados, gobernantes y funcionarios de responder a las demandas de la ciudadanía, lo que incluye la participación de

esta. Esto se hace más preciso a través de cuatro condiciones: a) publicidad: los actos deben ser públicos para que den transparencia; b) relevancia: las razones relevantes de los actos, los porqués deben ser públicos y revisados por los actores intervinientes; c) revisión y apelación: los actos se deben revisar a la luz de nuevas evidencias y argumentos y ser objetos de apelaciones a través de mecanismos explícitos; d) regulación: los actos deben poder ejecutarse asegurándose de que las demás condiciones estén dadas.(2),(3)

Por último, la rendición de cuentas y la transparencia deben estar sustentadas en un sistema de información con calidad, abierto al escrutinio público y que permita la estructuración de indicadores aceptados socialmente como válidos para el seguimiento y evaluación.

El proceso de construcción de políticas públicas, con un enfoque de derechos humanos fundamentales, exige la participación, transparencia y rendición de cuentas en todas sus etapas, tal como se detalla a continuación: En la etapa de formulación, debería incluirse la participación de todos los actores involucrados. En dicha formulación se debe partir del reconocimiento de las garantías existentes y de aquellas a las cuales se aspira.

En la fase de implementación, se debe tener en consideración los criterios de priorización de necesidades y tecnologías en salud, la evaluación de estas últimas y la medición de su impacto económico y social. El proceso debe contemplar un espacio de consulta ciudadana, en que se recoja la opinión sobre los resultados del proceso de priorización y selección de tecnologías llevado a cabo. Deberá prever, por último, una instancia de impugnación de la decisión tomada, de modo que la población pueda manifestar su desacuerdo con aquella, mediante un procedimiento reglado y transparente.

En este proceso participativo, es importante que la interlocución se dé con un mínimo nivel de conocimiento técnico, que haga viable un diálogo crítico y constructivo, y una disposición de ánimo libre de prevenciones para aceptar las críticas como elemento consustancial del ejercicio ciudadano.

Como mecanismos de apoyo a la participación, el diálogo intersectorial ofrece la oportunidad de que los actores involucrados compartan sus puntos de vista en igualdad de posiciones, lo que legitimará el proceso. Esta herramienta puede utilizarse a lo largo de todo el proceso, o bien concentrarse en los momentos claves de su implementación.

En la fase de monitoreo y evaluación del proceso debería incluirse la publicidad de las decisiones, con la exposición de las razones relevantes que las motivaron. En esta etapa, las decisiones se deberían monitorear y evaluar en una o varias instancias, con información pública y disponible, lo que incluye nuevas evidencias, argumentos e impugnaciones. Debieran ser revisadas, asimismo, por un tercero independiente del proceso que informe a los tomadores de decisiones, con el fin de frenar, encausar, ajustar o reformular la política pública

evaluada.



## **Conflictos de intereses y políticas públicas en salud**

El interés primario que debe guiar la decisión clínica del profesional de la salud debe ser, indudablemente, el bienestar del paciente que busca atención. Del mismo modo, el interés primario de quien tiene responsabilidades en la organización de servicios sanitarios, asignación de recursos escasos y elaboración de guías clínicas, debería ser la sustentabilidad de un sistema de cuidados que sea respetuoso del derecho a la salud y comprometido con la consecución progresiva de este derecho. En la realidad, son múltiples los intereses que participan en la decisión en estos distintos niveles y que a menudo entran en conflicto entre sí. De acuerdo a una repetida definición, existe un conflicto de intereses cada vez que “un conjunto de condiciones en las cuales el juicio profesional concerniente a un interés primario (tales como el bienestar del paciente o la validez de una investigación) tiende a ser indebidamente influido por un interés secundario (tal como una ganancia financiera).”(6)

Una mirada algo más inquisitiva al modo como se toman decisiones en los sistemas de salud, desde la prescripción de un medicamento por un médico tratante, hasta la decisión de incluir –o no- una determinada tecnología sanitaria en una canasta de prestaciones, revela la presencia de intereses secundarios y sus efectos contraproducentes. No es infrecuente que profesionales de la salud reciban beneficio económico por referir pacientes para determinados exámenes(7) o que sean agasajados y recompensados por los laboratorios farmacéuticos por recetar determinados medicamentos, en desmedro de otros(8). Los laboratorios identifican líderes de opinión en el gremio médico y los focalizan como objeto de sus atenciones, incorporándolos en directorios, pagándoles honorarios por dictar conferencias o por consultorías e incluyéndolos en programas de educación médica continua, en que se promueve productos del mismo laboratorio(9). A menudo estos mismos líderes de opinión colaboran en la redacción de guías clínicas de carácter oficial y participan en la definición del listado de prestaciones que son entregados en los diferentes sistemas de salud. El sesgo resultante de este conflicto de intereses ha sido documentado en repetidas ocasiones(10), (11).

La existencia de conflicto de intereses en el conjunto de interesados en la provisión de cuidados de salud (stakeholders) excede, sin embargo, a la comunidad de prestadores o administradores de servicios sanitarios. Los intereses secundarios relacionados con el acceso a determinadas prestaciones sanitarias alcanzan, además, a las organizaciones de pacientes, a menudo financiadas por la industria farmacéutica(12) y a abogados litigantes en defensa del derecho a la salud, que en ocasiones defienden intereses de empresas comercializadoras de medicamentos o de dispositivos médicos, que buscan forzar el reembolso de sus productos a

través de la justicia.

Todo sistema comprometido con el uso responsable de recursos y con la organización de los sistemas sanitarios en torno al individuo y al respeto de sus derechos, debe abordar de modo sistemático la existencia de conflictos de intereses en la toma de decisiones, en sus distintos niveles, diseñando políticas y normativas que aplaquen sus efectos. Estas medidas comprenden acciones educativas, con la incorporación de estos contenidos en la formación de pregrado; la organización de redes de profesionales independientes que aboguen por el manejo de estos conflictos(13), la revelación (disclosure) de los intereses secundarios que pueden generar conflictos; el establecimiento de límites en los dineros comprometidos y la abierta prohibición de algunas prácticas(14) como, por ejemplo, el auspicio de los laboratorios a actividades de educación médica continua. Es posible que la respuesta adecuada sea una mezcla de todas ellas, de acuerdo a la realidad particular de cada país. Lo que es inexcusable, sin embargo, es ignorar la existencia de intereses secundarios en el complejo proceso de toma de decisiones en salud y no arbitrar las medidas necesarias para disminuir su impacto.

Poner en evidencia los diferentes intereses que entran en conflicto al momento de tomar decisiones en salud, puede ser de utilidad para el juez que debe dirimir entre informes contradictorios respecto a determinadas tecnologías. Esta información le permitirá apreciar la disparidad de intereses que subyacen a las acciones judiciales que buscan hacer efectivo un - supuestamente- vulnerado derecho a la salud, donde no siempre el interés primario (el bienestar del paciente) es el motivo principal de la acción judicial.

## ..... : Preguntas para el análisis y la discusión:

¿Conoce casos de conflicto de intereses en el sector donde labora? ¿Cual ha sido el manejo que se le dió?

¿Podría aportar experiencias en casos de conflicto de intereses en el sector salud?

¿Cual ha sido la respuesta del sistema de salud?

---

[1] Schedler A. *¿Qué es la rendición de cuentas?. Mexico: IAFI.*

[2] Daniels N. *Just Health. Meeting Health Needs Fairly. New York: Cambridge University Press; 2009.*

[3] Daniels N, Sabin J. *Setting Limits Fairly: Learning to Share Resources for Health. Oxford: Oxford University Press; 2008.*

[4] Thompson DF. "Understanding financial conflicts of interest". *New England Journal of Medicine. 1993; 329: 573-6.*

[5] Hillman BJ, Goldsmith J. *Imaging: the self-referral boom and the ongoing search for effective policies to contain it. Health Affairs. 2010; 29: 2231-6.*

[6] Kassirer JP. *On the take. How medicine's complicity with big business can endanger your health*. New York (NY): Oxford University Press; 2005.

[7] Moynihan R. *Key opinion leaders: independent experts or drug representatives in disguise?*. *British Medical Journal*. 2008; 336: 1402-3.

[8] Detsky, Allan S. "Sources of bias for authors of clinical practice guidelines." *Canadian Medical Association Journal*. 2006; 175: 1033-1033.

[9] CMAJ. "Clinical practice guidelines and conflict of interest" (editorial). *Canadian Medical Association Journal*. 2005; 173:1297.

[10] Rose, Susannah L. "Patient Advocacy Organizations: Institutional Conflicts of Interest, Trust, and Trustworthiness." *The Journal of Law, Medicine & Ethics*. 2013; 41: 680-687.

[11] [www.medicossiinmarca.cl](http://www.medicossiinmarca.cl)

[12] Raad R. *Relationships between medicine and industry: approaches to the problem of conflicts of interest*. *Annual Review of Medicine*. 2012; 63: 465-77.



# Judicialización del derecho a la salud y políticas públicas en salud

- **Aclaración metodológica**
- **El desarrollo del derecho a la salud ante las limitaciones de las políticas públicas**
- **Alcance de las decisiones judiciales sobre el derecho a la salud**
- **Dimensión individual y colectiva del derecho a la salud**
- **Causas de la judicialización del derecho a la salud**
- **Los reclamos judiciales sobre el derecho a la salud**
- **Impactos y desafíos de las decisiones judiciales**

# Aclaración metodológica

En la sección de "Derechos Fundamentales, Políticas Públicas y Judicialización", se analizó la cuestión de la judicialización de los derechos fundamentales y las políticas públicas.

Esta sección se focalizará en la judicialización del derecho a la salud y su relación con las políticas públicas en salud, donde resultan aplicables los conceptos expuestos anteriormente.

Con la finalidad de facilitarle al lector la lectura de las secciones en forma independiente, se reitera aquí algunos conceptos generales que resultan necesarios para la comprensión del fenómeno, ejemplificándolo con situaciones especialmente vinculadas a la salud.

# El desarrollo del derecho a la salud ante las limitaciones de las políticas públicas

Las necesidades de la salud humana son continuas, en aumento y, en algunos casos, inesperadas. Todo el tiempo surgen nuevas enfermedades, variaciones de las enfermedades existentes y casos inimaginables. Frente a este desafío, las industrias farmacéutica y de dispositivos médicos, y de tecnologías de información y comunicación, siguen produciendo nuevas tecnologías para satisfacer estas necesidades.

En términos científicos y tecnológicos, este es un escenario ideal para la salud de las personas. Sin embargo, ninguna sociedad cuenta con todos los recursos necesarios para proveer a todos sus ciudadanos con todos los servicios, medicamentos o dispositivos que ellos esperan o precisan.

Entonces, el acceso efectivo de los habitantes de un país a las prestaciones y servicios de salud que se requieran con necesidad, plantea dilemas complejos derivados de la existencia de recursos limitados del presupuesto público, frente a demandas crecientes e ilimitadas de la población, y una mayor y más costosa oferta tecnológica. Por esto, los países instrumentan procedimientos de priorización acerca de cómo y en qué aplicar sus recursos en salud. (Ver "Necesidades recursos y priorización en salud")

Las prestaciones en salud que el Estado no puede brindar a sus habitantes, sea por recursos limitados, sea por ineficiencia, sea por decisión política, queda sujeto al régimen de libre contratación, accediendo a tales prestaciones solo quien pueda pagarlas. Frente a tales circunstancias, en forma creciente, las personas acuden ante los jueces a reclamar medicamentos y otras prestaciones sanitarias, muchas de ellas de altísimo costo, invocando ser titulares del derecho a la salud.

La judicialización en el sector salud se dio en muchos países primeramente en relación a demandas por mala praxis médica, que generalmente se tramitan por procesos judiciales ordinarios (y cuyo análisis no es objeto de este libro). En los últimos 10 años—sin que lo primero haya desaparecido—, se ha venido focalizando en acciones urgentes de reclamos de

servicios, medicamentos y otras prestaciones de salud (tratamientos y tecnologías) denegadas por los sistemas de salud.

La judicialización, vista como el proceso creciente de reclamos presentados ante los jueces en protección del derecho a la salud, tiene diferente profundidad, alcance e impacto diferencial en los países de Latinoamérica. En algunos de ellos, el fenómeno representa un alto porcentaje de los casos que se tramitan ante los tribunales que atienden en acciones de amparo o tutela, mientras que en otros, la litigación se limita a unos pocos. La situación se ha vuelto manifiesta en algunos países como Brasil, Colombia y Costa Rica, y es también visible en Argentina. En Chile, Perú y Uruguay el fenómeno es más incipiente pero igualmente relevante.

En algunos casos, las prestaciones reclamadas, están incluidas en los planes de salud (priorizadas) pero no son cumplidas por los prestadores. En otros casos, las deficiencias son de tiempo y efectividad ya que las prestaciones están priorizadas pero no se conceden en tiempo ni con estándares aceptables de calidad. En otros, lo reclamado son medicamentos u otras prestaciones no priorizadas.

Un ejemplo de lo anterior, son los medicamentos de alto costo. En ocasiones los médicos prescriben medicamentos diferentes a los establecidos en los protocolos clínicos de manejo y el paciente naturalmente acude a reclamarlo en el sistema de salud. Cuando el sistema de salud no se lo proporciona –lo que de regla ocurre si el medicamento no está priorizado–, el paciente lo reclama ante el juez y éste, en caso de entender que así corresponde, dispone proveerlo, ordenando, en su caso, la adquisición del medicamento por parte del sistema de salud.

Otro ejemplo son las listas de espera. Por diferentes motivos, los sistemas de salud tienen listas de espera para algunos servicios. Un paciente insatisfecho puede recurrir a un juez para demandar que su atención sea inmediata o más oportuna. En este caso, se espera que el juez haga un examen sobre la razonabilidad con la que el sistema de salud ha establecido, monitoreado y corregido, de manera justa y eficiente, las listas de espera. Una condena procedería en caso que este examen pruebe resultados deficientes.

La creciente judicialización del derecho a la salud interpela a los diversos actores del sistema en la búsqueda de soluciones a problemas cada vez más complejos.

⋮  
**Pregunta para el análisis y la reflexión:**

¿Cuáles son los límites a la actuación judicial en materia de políticas públicas?

¿Puede el juez ordenar prestaciones que implican gasto público adicional al presupuestado?

¿Tiene el juez competencia para incidir con su decisión en el presupuesto estatal?



# Alcance de las decisiones judiciales sobre el derecho a la salud



## **Alcance de las decisiones judiciales sobre el derecho a la salud**

En algunas sentencias, los tribunales se limitan a resolver las demandas juzgando si para el caso concreto, la decisión de los gestores de las políticas públicas en salud se ajusta a las normas legales, administrativas y técnicas existentes. Por ejemplo, el juez decide si una prestación médica o un medicamento de alto costo está incluido en el plan de beneficios, o canasta definida en las normas vigentes; esto es, si está priorizado. Y, lógicamente, si la prestación cumple con esta característica y se prueba que es la adecuada para el paciente que la solicita, sólo le queda al juez hacer lugar al reclamo.

En otras sentencias, los tribunales imponen a los gestores de salud, para el caso concreto, obligaciones no previstas expresamente en la normativa existente. Los jueces dan un paso más, concediendo a los pacientes medicamentos, tratamientos, u otras prestaciones no priorizadas (no incluidas en el plan de beneficios o canasta definida en las normas vigentes).

En los dos supuestos anteriores el fallo sólo tiene alcance para las partes que intervinieron en el proceso judicial.

Finalmente, en Brasil, Colombia y Costa Rica, los tribunales han ido más allá del caso concreto, ordenando tomar medidas de carácter general en materia de políticas públicas en salud, buscando resolver en una sola sentencia una situación generalizada de lesión sistemática del derecho a la salud. A estas decisiones judiciales, generalmente dictadas por las Cortes Constitucionales, se les ha llamado “sentencias estructurales”.

En Colombia, la Corte Constitucional, en Sentencia T-760 de 2008, ordenó adoptar medidas en relación al sistema de salud. Esta sentencia reiteró que la salud es un derecho fundamental y que tiene dimensiones negativas y positivas. La dimensión positiva hace referencia a lo prestacional, de lo cual se derivan obligaciones de carácter inmediato y otras

de cumplimiento gradual y progresivo. La corte colombiana impartió un grupo de órdenes relacionadas con el aseguramiento de la población, como la cobertura universal y la unificación y actualización integral y periódica de los planes de beneficios; el acceso a la información de los usuarios (como entregar una carta con los derechos del paciente, y un informe de la negación de servicios por parte de las aseguradoras); y medidas de regulación de la autorización de servicios no incluidos en el plan de beneficios, y la mejora del flujo de recursos en casos de recobros al fondo nacional.

En Costa Rica, la Sentencia No. 4621 de 2013 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dispuso lo que llamó "directiva interpretativa constitucional", para que la Caja Costarricense de Seguro Social, en el término de dos años, elabore, apruebe e implemente un plan remedial en los siguientes términos: "a) Elaborar y aprobar un plan remedial dentro del término de 12 meses. Para ello debe realizar los estudios técnicos pertinentes, definir los plazos de espera razonables por patología o grupos relacionados de diagnóstico de acuerdo con la sintomatología, el nivel de urgencia y las condiciones del paciente, así como criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Deberá fijar un cronograma de avance y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. b) Una vez aprobado el plan referido, la Caja tendrá doce meses para ordenar la lista de espera existente a la luz de esos criterios y reducir la lista en cumplimiento del cronograma", advirtiendo la Sala acerca de las consecuencias penales de la desobediencia.

Para dar seguimiento al cumplimiento de estas sentencias, ha sido necesario crear estructuras burocráticas innovadoras. Existen consensos en cuanto a que, si bien las mismas han tenido impactos que implicaron avances relevantes en la satisfacción del derecho a la salud, es mucho lo que falta por hacer para que las políticas públicas en salud se ajusten a los lineamientos de los fallos referidos.

⋮  
**Preguntas para el análisis y la reflexión:**

¿Conoce usted otros casos de sentencias estructurales en otros países?

¿Qué otros sectores podrían ser sujetos de una sentencia estructural?

# Dimensión individual y dimensión colectiva del derecho a la salud

El fenómeno de la judicialización del derecho a la salud establece también una compleja discusión entre la satisfacción de la dimensión individual del derecho a la salud, y la dimensión colectiva del mismo. Es una cuestión de priorización y de visiones.

Es frecuente que los gestores de salud atiendan preferentemente a la dimensión colectiva, con una visión sistémica y epidemiológica que comprende a toda la población. Por el contrario, los jueces, abogados a resolver casos concretos, suelen atender preferentemente a la dimensión individual.

Como ya se abordó en el capítulo "Derecho a la Salud", la dimensión colectiva del derecho a la salud se enfoca en una determinada o determinable colectividad de pacientes o de enfermedades en las que se ha constatado la carencia objetiva de salud. En cambio, la dimensión individual del derecho a la salud busca la tutela de una necesidad básica de una persona, que se produce por la carencia de su salud que le impide llevar una vida digna.

La dimensión individual y la colectiva del derecho a la salud, están en una continua tensión en la que, muchas veces, termina interviniendo la judicatura. Esta intervención afecta las políticas públicas en salud. Así, la orden judicial del suministro de un medicamento de alto costo no priorizado podría acarrear que los recursos inicialmente asignados para un grupo de pacientes tengan que ser reasignados a otras personas.

En otras palabras, al hacer justicia en el caso particular, existe el riesgo de aumentar las inequidades colectivas. Ejemplificando: ordenar cubrir un tratamiento de altísimo costo de un paciente que lo reclama, pero no asignarlo a quienes se encuentran en igual situación y no lo han reclamado, puede ser muy justo para quien acudió a los tribunales, pero en cambio puede ser desigual e inequitativo con los demás, y, a la vez, implicará distraer recursos económicos de otras actividades estatales, ya que los recursos son finitos.

El reverso de este ejemplo es que el análisis juicioso de un caso llevado ante la justicia puede,

a través de la dimensión individual del derecho, proveer lecciones generalizables a las decisiones de política que se toman bajo el lente de la dimensión colectiva del derecho. Por ejemplo, el análisis de un caso judicial que resuelve sobre un servicio o medicamento priorizado, pero no disponible para aquel paciente que demandó, puede dar luces sobre problemas generales en la provisión de servicios. En otras palabras, una demanda judicial puede ser un atractivo estudio de caso.

Como corolario, el sistema de salud debe ser capaz de armonizar la dimensión individual con la dimensión colectiva, en la medida de lo posible, aplicando criterios tales como razonabilidad, proporcionalidad, transparencia, rendición de cuentas y eficiencia. Del mismo modo, en su defensa ante los litigios, el Estado debe hacer evidente el impacto sobre la dimensión colectiva del derecho a la salud, de una decisión tomada exclusivamente sobre la base de la dimensión individual.

# Causas de la judicialización del derecho a la salud

Corresponde preguntarnos por qué en forma creciente las personas en Latinoamérica acuden ante los jueces para reclamar medicamentos y otras prestaciones y servicios de salud. Explorar esta pregunta, presenta a la judicialización de la salud como el paradigma de los dilemas complejos.

Los siguientes hechos contribuyen, entre otros, a la existencia y crecimiento de la judicialización en salud: el encarecimiento de las nuevas tecnologías y tratamientos, los costos derivados de patentes y de las estrategias de penetración de mercado de la industria farmacéutica, el mayor acceso a los sistemas de justicia, el envejecimiento de la población y el cambio del perfil epidemiológico, las disfunciones en la formulación, implementación y monitoreo de las políticas públicas en salud, y una mayor educación y acceso a la información de ciudadanos y pacientes.

El grado de información de la población acerca de sus derechos en materia de salud, así como la existencia de organizaciones de pacientes fortalecidas, incide también en la judicialización. En efecto, pacientes y organizaciones informadas y empoderadas, suelen estar en mejores condiciones, tanto de reclamar las prestaciones a nivel del sistema de salud como, en caso de fracasar en esta primera fase, de intentarlo ante los tribunales de justicia.

Debe señalarse que, si bien las causas de la judicialización del derecho a la salud son las indicadas y el fenómeno es el síntoma de un problema en las políticas públicas, lo cierto es que la profundidad y alcance de la judicialización guarda relación también con aspectos claves del sistema de justicia.

En efecto, inciden en la magnitud de la judicialización del derecho a la salud, temas tales como:

- ✱ El mayor o menor acceso al sistema de justicia (recursos o acciones sencillas o complejas, de bajo o alto costo para el reclamante).
- ✱ La existencia de defensorías públicas y organizaciones no gubernamentales, más o menos

fuertes, que vehiculen los reclamos judiciales de los usuarios, sea en forma individual o colectiva.

- ✱ La duración de los procesos judiciales y la oportunidad de la sentencia (respuesta rápida o lenta).
- ✱ El desarrollo en el país de los llamados procesos colectivos, en los cuales existen amplios criterios de legitimación para representar intereses difusos y colectivos, mediante los cuales se buscan sentencias de alcance general. Estos pueden tener gran impacto económico y financiero por comprender grandes grupos de situaciones a las que hacer frente (por ejemplo: todos los diabéticos de un país, o todos los enfermos de VIH).
- ✱ El contenido del fallo; esto es, si existe una tendencia mayoritaria a otorgar o a denegar los reclamos en materia de salud.
- ✱ El cumplimiento de las decisiones judiciales por parte del Estado; esto es: la efectividad o no de lo ordenado en la sentencia (se cumple o no lo fallado).

En otras palabras, aún en el supuesto de políticas públicas ineficientes, y que el usuario no encontrara satisfechas sus necesidades, acudiría menos a los tribunales y el fenómeno tendría dimensiones menores si: no se dispusiera de información, el acceso a la justicia fuera muy complejo o costoso, las resoluciones judiciales llegaran tarde, o si en la mayoría de los casos los fallos rechazaran lo pedido, o aún haciendo lugar al reclamo, luego no se cumplieran.

Cabe precisar que, si bien la tutela del derecho a la salud compete en última instancia a los jueces, éstos solo intervienen cuando las personas acuden ante los tribunales mediante los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico y que, en ningún caso, los jueces actúan de oficio.

Una vez más, como expresión de la complejidad, es cierto que la judicialización de la salud tiene su origen en disfunciones del diseño, implementación o monitoreo de las políticas sanitarias. Por ende, en opinión de los autores, la judicialización no es la causa de los problemas de los sistemas de salud, sino un síntoma de que la formulación, implementación, monitoreo y/o evaluación de las políticas sanitarias es ineficiente en muchos casos, o al menos insuficiente, para sus destinatarios que no suelen aceptar los límites económicos y financieros, cuando de la salud se trata.

Es de destacar que, en algunos casos, como el de "María necesita Soliris", este proceso de judicialización de la salud se origina en la relación médico-paciente cuando, en el marco de la debida y completa información que el médico debe dar al paciente, le orienta acerca de alternativas de medicamentos, tratamientos o servicios no priorizados. Y es allí cuando el paciente, eligiéndolo en el marco del consentimiento informado en algunos casos, o inducido

por el médico en otros, le solicita la prescripción correspondiente (orden o receta médica). Por ende, en la gran mayoría de los casos, los pacientes llegan ante los tribunales con la prescripción del medicamento o tratamiento del médico tratante.

¿Por qué el Estado no atiende previamente el reclamo de los pacientes permitiendo que éstos acudan ante los jueces a hacerlo?

Las respuestas posibles son múltiples, porque:

- ✱ El Estado incurre en un manifiesto incumplimiento de las normas vigentes, en el caso de negación de las prestaciones priorizadas.
- ✱ Existen errores en el diseño e implementación de las políticas públicas en salud.
- ✱ El Estado por razones discrecionales decide no brindar una determinada prestación (medicamento, tratamiento o tecnología) o servicio.
- ✱ Existen ineficiencias que derivan de errores de gestión o incluso de corrupción del sistema de salud.
- ✱ Considera que el tratamiento o medicamento no cuenta con suficiente evidencia científica.
- ✱ El medicamento no se encuentra registrado en el país y, por tanto, no existe quien se haga responsable a nivel local de su efectividad y eventuales efectos adversos.
- ✱ Hacen falta mecanismos antejudiciales (quizás administrativos) de resolución de conflictos.
- ✱ En definitiva, aún cuando el Estado actuara con el criterio más amplio y la mejor eficiencia en las políticas públicas de salud, la limitación de recursos estatales frente a las necesidades ilimitadas de los usuarios, impide satisfacer todos los reclamos.

Con mayor o menor incidencia en los diversos países, se ha indicado como una causa de incremento de los reclamos judiciales, la influencia de intereses económicos de actores privados que persiguen, por la vía de la judicialización, aumentar las ventas de sus productos y servicios. Así, se ha señalado que la industria farmacéutica incentiva, en forma directa o indirecta, a personas o asociaciones de pacientes para que reclamen judicialmente medicamentos de alto costo que un laboratorio ha desarrollado y cuya venta desea aumentar en el mercado. Suele afirmarse también que, en muchos casos, la industria farmacéutica financia estudios e investigaciones favorables a sus fármacos, formula invitaciones a profesionales de la salud a eventos académicos o incluso financia a organizaciones no gubernamentales y hasta abogados que fomentan los reclamos judiciales de los pacientes.



# Los reclamos judiciales sobre el derecho a la salud

## Contenido y tipos de reclamos judiciales en salud

En cuanto a su contenido, es pertinente distinguir dos tipos de reclamos principales ante los jueces, vinculados al derecho a la salud:

- a) Reclamo de medicamentos, prestaciones, o servicios incluidos en los planes de salud (priorizados). En este caso, si la prestación reclamada es la que corresponde a la patología del paciente, no cabe duda alguna acerca del incumplimiento del obligado a servir la prestación.
- b) Reclamo de medicamentos, prestaciones o servicios no incluidos en los planes de salud (no priorizados). En este caso, se presentan dudas acerca de si corresponde al juez intervenir en la política pública, haciendo lugar al reclamo si se prueba su necesidad, pero se percibe una tendencia creciente en los países de Latinoamérica a aceptarlo.

Esta clasificación es de gran relevancia al evaluar el grado de judicialización de un país, ya que mientras que en algunos de ellos las demandas apuntan a ambas categorías con gran incidencia de la primera (como es el caso de Brasil y Colombia), en otros se reclaman únicamente medicamentos no priorizados porque no hay incumplimiento de los prestadores en relación a los priorizados (como es el caso de Uruguay).

Las acciones judiciales, en cuanto a la forma de plantearlas y al tipo de derecho en juego, pueden clasificarse en:

- ✱ El reclamo específico de una persona alegando su derecho individual a la salud, como por ejemplo, el paciente que reclama un medicamento.
- ✱ El reclamo acumulado de un conjunto de personas individualmente afectadas, que acude a los tribunales a exigir la protección del derecho a la salud de cada uno de ellos. Por ejemplo, diez pacientes reclaman el mismo medicamento para cada uno de ellos.

- ✱ El reclamo en protección de un interés, ya no individual, sino difuso o colectivo de un grupo más o menos indeterminado de personas que busca la protección del derecho a la salud. Por ejemplo, una ONG de pacientes con enfermedades raras inicia una acción colectiva, demandando para todos sus miembros un medicamento no incluido en el plan de salud; o el Defensor de Pueblo actúa en representación de intereses difusos, reclamando un nuevo tratamiento de HIV para todos los que se encuentran en la situación de requerirlo. En estos casos la sentencia tiene alcance general y no sólo para el caso concreto, y plantea nuevos desafíos para los sistemas de salud.
- ✱ El reclamo individual o colectivo que, acogido por el tribunal (generalmente una Corte Constitucional), amplía el contenido del fallo a decisiones estructurales de política pública en salud que trascienden al caso -o los casos- concretos, cuando el comportamiento del gestor tiene origen en deficiencias o insuficiencias estructurales del sistema de salud entendido como un todo. Como vimos, este tipo de sentencias innovadoras y polémicas están abriendo un enorme abanico de posibilidades, riesgos y dilemas.

### La necesidad de informes técnicos especializados e imparciales para resolver los conflictos judiciales sobre el derecho a la salud

Para que el juez pueda resolver adecuadamente un conflicto en materia de derecho a la salud, requiere contar con información de calidad debidamente probada.

En efecto, suelen debatirse ante los tribunales cuestiones de gran complejidad técnica (como la del costo-efectividad de un medicamento, o la adecuada indicación de un tratamiento), respecto de las cuales el juez carece de formación.

Los jueces suelen plantear la necesidad de una instancia especializada que le apoye en la sustanciación de la toma de decisiones especializadas en salud.

En la práctica actual suele requerirse el auxilio de expertos supuestamente imparciales (generalmente llamados “peritos”).

Muchas veces, obtener opiniones técnicas imparciales resulta difícil porque los expertos que más formación tienen sobre el tema en debate, están vinculados de una forma u otra con la industria farmacéutica, o con los prestadores que tienen directa o indirectamente interés en el resultado del litigio. Ello genera conflictos de intereses que no siempre se ponen de manifiesto y, mucho menos, se resuelven.

Uno de los problemas claves es entonces cómo dotar al juez de información de calidad, objetiva e independiente para resolver el conflicto.

Los países han buscado diversas soluciones pero en casi todos los casos se presentan ineficiencias, siendo éste uno de los mayores retos a enfrentar en el marco de iniciativas regionales. La conformación de comités técnicos de expertos imparciales a nivel nacional o regional, que algunos países están implementando, resulta ser una alternativa interesante.

Así, para dar un mayor apoyo a los jueces en sus decisiones, en el Estado de Minas Gerais, Brasil, se creó un "Comité Asesor Técnico de Salud". Cada vez que un juez necesita de ayuda técnica, solicita un informe técnico imparcial, producido por la academia, que le da la información sobre la eficacia del medicamento o tratamiento solicitado. Esto ha reducido el riesgo de una decisión más emocional y/o menos técnica. Otro impacto positivo de este instrumento es que, al aumentar el número de decisiones judiciales favorables para un medicamento y/o tratamiento en particular, el sistema de salud se ve impulsado a realizar una actualización de los protocolos de salud y/o la lista de medicamentos priorizados, o la incorporación de nuevas tecnologías para el tratamiento de ciertas enfermedades. Por otra parte, el fenómeno de la judicialización, con información técnica confiable e independiente, puede generar más estudios en medicina, farmacéutica y enfermería para mejorar los tratamientos disponibles en los sistemas de salud.

## **Mecanismos de solución de conflictos sobre el derecho a la salud anteriores a los jurisdiccionales**

Finalmente, cabe plantear la necesidad de diseñar e implementar mecanismos alternativos de prevención y resolución de conflictos en salud en sede administrativa. En algunos países con miras a reducir la judicialización en salud, se han venido implementando mecanismos de resolución alterna de conflictos previa a la jurisdiccional. La competencia para conocer y resolver este tipo de conflictos suele atribuirse por la Ley que regula a las autoridades sanitarias, a las superintendencias de salud, a las defensorías del pueblo -u ombudsman-, o a varios de éstos.

Los mecanismos son procedimientos administrativos impugnatorios, a los que se accede por vía de recurso administrativo; o bien, mecanismos de denuncia o quejas, que son tramitadas y resueltas por órganos mencionados; o mecanismos de mediación y conciliación que facilitan que el usuario de los servicios de salud plantee directamente y de forma oral su caso, en audiencias con los funcionarios responsables de decidir su solicitud. Estos mecanismos suelen ir acompañados de una divulgación e información al paciente y usuario de los servicios de salud al alcance de sus derechos.

El éxito de estas experiencias podría estar determinado por comparación con la judiciales o jurisdiccionales; es decir, los posibles afectados acudirán a esta sede si perciben en ella una

solución favorable a su problema; dicho de otra manera, estos mecanismos tendrán éxito si son resueltos con mayor rapidez que los jurisdiccionales y si además son -por lo menos- tan favorables a conceder lo pedido como los jurisdiccionales. De lo contrario, el usuario preferirá las soluciones jurisdiccionales y tradicionales a los mecanismos alternativos.

Resulta importante indicar que no debe imponerse el agotamiento previo de estos mecanismos como requisito para acceder a la vía jurisdiccional, porque puede introducir barreras de entrada, y un nuevo calvario que se suma a la dolencia que sufre en su salud. Para evitar ese obstáculo, acudir a estos mecanismos debe ser facultativo para el usuario, lo que además, resulta coherente con el carácter fundamental del derecho que se protege.

# Impactos y desafíos de las decisiones judiciales en las políticas públicas de salud

Como ya lo hemos señalado, la incidencia o interferencia de los jueces sobre las políticas públicas de salud ha crecido sostenidamente. Sin embargo, en muchos países no existe información sistematizada y confiable sobre el alcance de la judicialización del derecho a la salud, y menos aún una revisión estratégica de la información generada por dicho fenómeno.

La judicialización de la salud tiene un impacto positivo en aquellos casos en que se busca fundamentalmente mantener la vida del paciente con dignidad, y para ello se requiere de las prestaciones no incluidas en los planes de salud; acudir ante los jueces se presenta como la última alternativa, sobre todo en los casos en que el paciente y la familia no tienen recursos económicos suficientes para pagar el tratamiento. Pero a la vez puede causar impactos negativos, ya que el paciente aguarda primero la orden judicial y, luego, la burocracia le demora la entrega del medicamento no priorizado, lo que le impide comenzar de inmediato el tratamiento con el medicamento priorizado.

Asimismo, la judicialización puede tener efectos positivos sobre la priorización de servicios, medicamentos, y otras prestaciones de salud, impulsando al sistema de salud a la revisión de los planes y canastas de prestaciones, y a modificar políticas públicas y mejorar el marco normativo.

Pero las necesidades de los pacientes son infinitas y los recursos limitados, por lo que la judicialización de la salud encuentra un terreno fértil para asentarse y crecer, y las políticas públicas en salud deben enfrentar este dilema; de ahí que, desde su concepción original, todo sistema de salud busca establecer criterios objetivos para asignar los recursos coherente y eficientemente, priorizando las prestaciones. Es este esfuerzo de fundamentación racional de asignación de recursos el que muchas veces se ve desafiado por la actividad judicial, pues ella, al atender el caso particular, pasa muchas veces por alto los criterios que el sistema se ha dado para asignar prioridades.

En ese entorno, la judicialización presenta el riesgo de una distribución inequitativa y hasta

arbitraria de recursos. Al hacer justicia en el caso particular, existe el riesgo de que -como ya se expuso- la decisión del juez implique indirectamente aumentar las inequidades colectivas. Así, ordenar cubrir un tratamiento de altísimo costo de un paciente que lo reclama, pero no asignarlo a quienes se encuentran en igual situación y no lo han reclamado, puede ser muy justo para quien acudió al tribunal, pero concomitantemente, puede ser desigual con los demás, y a la vez implicará destinar recursos económicos de otras actividades estatales, ya que los recursos son finitos.

Por otra parte, la inequidad y las distorsiones en el acceso a la justicia pueden facilitar los reclamos judiciales de las clases medias de las sociedades, pero no necesariamente de los más desfavorecidos. En el caso de los más pobres, a las inequidades del acceso a prestaciones de salud se suman las inequidades en el acceso a la justicia, configurándose un escenario paradójico: en algunos casos, los tribunales al hacer justicia, pueden aumentar las inequidades sociales.

Por todo lo expuesto, se plantea el debate acerca de si los jueces, al momento de resolver el caso concreto de un paciente, deben atender únicamente a las circunstancias de aquél o deben tener en cuenta, además, las repercusiones sociales y económicas de su decisión en el sistema de salud y en la sociedad toda. Por ejemplo, si al ordenar al Estado proporcionar un medicamento de alto costo a la persona reclamante, debe también el juez evaluar el impacto económico que ello podría tener si muchas otras personas se presentaran a reclamar el mismo medicamento. Del mismo modo, sí debe tener en cuenta la eventual inequidad en lo colectivo que puede generar desviar recursos en beneficio de una persona, en detrimento del resto de la sociedad.

Los sistemas de salud se encuentran en una situación compleja y difícil, al extremo de que, en algunos países, se penaliza la conducta de gerentes del sistema de salud en forma de multas -e incluso penas de cárcel- por la incorrecta atención, especialmente en lo que respecta a la fecha límite de cumplimiento de la atención de ciertas órdenes judiciales. Por esto, los gerentes terminan involucrando a muchos abogados preocupados por la preparación adecuada de los casos, pero lamentablemente con poco conocimiento y habilidad en su manejo. Así, con las órdenes judiciales en aumento, se genera rápidamente un entorno burocrático ineficiente.

Otro riesgo de la judicialización de la salud es, en muchos casos, aumenta el riesgo de reducción de los avances estructurales en los sistemas de salud y distrae los recursos financieros en la adquisición de medicamentos y/o tratamientos sin eficacia debidamente probada. Por otra parte, la judicialización puede ser utilizada por la industria farmacéutica, para forzar la entrada de un medicamento en particular en el sistema de salud, incluso sin evidencia científica adecuada.

En aquellos países con muy alta judicialización, los sistemas de salud se dedican en gran medida a atender el cumplimiento de las órdenes judiciales que en muchos casos suelen ser complejas y de gran impacto económico y financiero. Así, muchas veces se entra en un régimen de "loop" infinito e insostenible de aplicación de recursos para el cumplimiento de las sentencias que, por ejemplo, establecen plazos exiguos para servir prestaciones o cumplir procedimientos administrativos.

Para salir de este círculo vicioso y comenzar un círculo virtuoso, los sistemas de salud –o al menos aquellos en los que la judicialización es relevante– tienen que innovar e incorporar nuevas tecnologías que permitan medir los resultados en cada una de las etapas del proceso de cumplimiento de las sentencias y registrar, preferentemente en formato electrónico, toda la información relativa a las mismas. Esta práctica hace que el equipo gestor tenga más fácil acceso al resultado de las estadísticas que sirven para la planificación de la adquisición de tratamientos y pueda sugerir la revisión de protocolos y listas de medicamentos.

Otra cuestión que se plantea en algunos países en donde los casos son resueltos por tribunales diferentes (y no por una misma Corte Constitucional o Suprema Corte de Justicia), es el de la inequidad que puede generar la falta de unificación y coherencia jurisprudencial. En efecto, en los países en que los casos se resuelven por jueces ordinarios diversos, pueden plantearse decisiones contradictorias sobre casos similares. Por ende, ante pacientes en situaciones muy parecidas que requerirían el mismo medicamento o tratamiento, algunos podrían acceder a ellos y otros no por el diferente criterio jurisprudencial.

En cualquier caso, reiteramos que la judicialización de la salud no es el problema sino el síntoma de los problemas y que el juez es, en definitiva, la última garantía de las personas para el acceso efectivo del derecho a la salud.

Estamos convencidos que la construcción de espacios participativos de diálogo en el área de derecho a la salud contribuye y mucho al desarrollo progresivo de ese derecho y a la más eficiente formulación, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas en salud. Un buen ejemplo de ello es la *"Iniciativa regional sobre priorización, equidad y mandatos constitucionales en salud"* que lleva adelante en la región el Instituto del Banco Mundial y SaluDerecho, cuya experiencia se relata en este libro, y de la cual se pueden extraer relevantes lecciones aprendidas, aplicables tanto a otros países o regiones como a otras políticas públicas.



# Proceso de cambio

- **Una visión de la historia del proceso de cambio**
- **Características de un proceso de cambio de dilemas complejos**
- **Fundamentos del proceso de cambio**
- **Recursos e instrumentos del proceso de cambio**
- **Tipos de productos generados por el proceso de cambio**
- **Avances del proceso de cambio**
- **Continuidad y promoción del proceso de cambio**

# Una visión de la historia del proceso de cambio

Esta versión de la historia refleja la visión del Instituto del Banco Mundial (WBI, por sus siglas en inglés) quien en este proceso ha servido como facilitador externo.

Se puede decir que el involucramiento del Instituto en este proceso empieza con el interés despertado por la complejización del fenómeno de la judicialización en Colombia, y en consecuencia por el interés por aprender más sobre el fenómeno de la judicialización de la salud. Al percibir que otros países enfrentaban un desafío similar, se decidió realizar una exploración más profunda en otros países de la región, para lo cual se comisionó dos estudios que abarcaban los dos países donde este fenómeno era más evidente: Colombia y Brasil.

La naturaleza teórica de estos estudios influyó en que el WBI decidiera apartarse de una intervención puramente de investigación, para favorecer una intervención más aplicada, aunque con una sólida base conceptual. Para estos efectos, WBI identificó personas idóneas para conformar un equipo de trabajo que pudiera responder a este reto de generar un programa encaminado a la acción.

Haciendo uso de la información disponible, el equipo recientemente constituido tomó la decisión estratégica de crear una Iniciativa enfocada en Priorización, Equidad y Derecho a la Salud. En junio de 2010, la Iniciativa decide entonces iniciar una serie de video conferencias para el intercambio de ideas, experiencias y conocimientos sobre la materia, e invita a participar a seis autoridades sanitarias de la región, a saber: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Perú y Colombia. Este intercambio de experiencias buscó contribuir al aumento del conocimiento disponible y relacionado con la priorización en salud, y la realización del derecho a la salud.

Este intercambio de experiencias permitió concluir de manera preliminar que:

- ✳ El fenómeno de la judicialización es la expresión de evoluciones sociales, políticas, demográficas y epidemiológicas que ocurren con relativa independencia del modelo de sistema de salud.

- ✱ La judicialización es un fenómeno regional que presenta características similares entre los países.
- ✱ El desafío de la judicialización de la salud es complejo y precisa de la colaboración de grupos multi-disciplinarios. Entre otros, la judicialización de la salud es un dilema ético, médico, jurídico, económico, y judicial.
- ✱ En algunos casos, el contexto nacional reflejaba la polarización entre los actores sociales. Esto complejizaba aún más el escenario y no conducía a ninguna solución viable.
- ✱ El WBI decidió servir como facilitador externo de un proceso de cambio regional. Esto implicó acomodarse a las necesidades que un proceso de cambio fuera presentando y asumir los riesgos que un proceso incierto de esta naturaleza conlleva.

En una de estas video conferencias, la delegación del poder ejecutivo peruano invitó a académicos del derecho y a representantes del Tribunal Constitucional del Perú. Este intercambio hizo evidente que uno de los actores más importantes para este proceso, el poder judicial, estaba ausente y que, en consecuencia, se debía desarrollar estrategias para involucrarlo. Por este motivo se decidió concentrar los esfuerzos en iniciar un proceso de diálogo en torno a los jueces de la región.

Dado que el poder judicial no era una contraparte natural del WBI, comenzar un proceso con magistrados y ministros de las altas cortes constitucionales requería de un esfuerzo adicional. En este sentido, no se organizó una video conferencia sino que estratégicamente se diseñó un diálogo presencial: *el Primer Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud*, en Costa Rica, en Junio de 2011.

Algunos componentes esenciales del diseño estratégico, en cuanto estaban encaminados a fomentar un clima de confianza, de este primer diálogo presencial fueron: (i) la realización de alianzas con la Organización Panamericana de la Salud - OPS (especial aliado de las autoridades sanitarias), y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH (tribunal con ascendiente entre los jueces de la región); (ii) la invitación como conferencistas principales a Albie Sachs (ex magistrado de la Corte Constitucional de Sudáfrica, miembro del Congreso Nacional Africano y activista en la lucha contra el fin del Apartheid) y a Jaime Caro (médico internista, profesor de epidemiología y experto en materia de priorización de servicios de salud); (iii) acoger este primer diálogo en las instalaciones de la CIDH; (iv) realizar un primer diálogo con participación exclusiva de jueces de la región.

La alianza entre la CIDH, la OPS, el Tribunal Constitucional de Perú y el WBI dio credibilidad a esta Iniciativa como un confiable facilitador externo de este proceso.

Al término de este primer diálogo ocurrieron dos cosas: primero, los jueces regionales expresaron la necesidad de participar, junto con otros actores de los sistemas de salud, en un segundo diálogo latinoamericano, llevado a cabo en Buenos Aires, en diciembre de 2011; y segundo, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia y la Directora del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay propiciaron un primer diálogo nacional entre múltiples actores. Este primer diálogo uruguayo ocurrió en Septiembre de 2011, fue facilitado por el WBI, y abrió el camino para la creación de la mesa permanente nacional de diálogo que hoy en día lidera el proceso en este país.

La experiencia del primer encuentro de Uruguay enseñó que era posible tener procesos simultáneos en los niveles regional y nacional. Además, evidenció que estos procesos se nutren mutuamente.

En diciembre de 2011 ocurre el Segundo Encuentro Latinoamericano en Buenos Aires. Allí confluyen por primera vez los siguientes actores: poder judicial, autoridades sanitarias y académicos de la región. Algunas de las lecciones de este Encuentro fueron: (i) a partir del diálogo, los diferentes actores participantes reconocen que, a pesar de trabajar en diferentes países e instituciones, y de contar con diferentes formaciones profesionales, en esencia los retos que enfrentan son comunes; (ii) siguiendo el éxito del Primer Encuentro Latinoamericano, esta reunión de Buenos Aires fue diseñada y facilitada con el apoyo de un equipo especializado en estas tareas; (iii) propiciada por un Magistrado de la Sala Constitucional y motivada por la experiencia del Uruguay, la delegación costarricense lanza su proceso nacional cuyo primer encuentro ocurre seis meses después, en Junio de 2012; (iv) era evidente que el proceso de cambio requería generar una dinámica de intercambios continuos, para lo que se lanza una plataforma virtual de diálogo [www.saluderecho.net](http://www.saluderecho.net). Al mismo tiempo, se reconoce que los procesos regionales y nacionales requieren de encuentros presenciales periódicos; (v) un juez brasileño del Estado de Rio Grande do Sul comprende la importancia de continuar el proceso regional y promueve la realización del III Encuentro Latinoamericano, que finalmente ocurre en Brasilia en Junio de 2013.

A partir de este momento la estrategia de la Iniciativa tiene dos líneas de trabajo: primero, una línea de trabajo continua que se vale de video conferencias, intercambios en [www.saluderecho.net](http://www.saluderecho.net), entrevistas, webinars sobre temas de interés para todos, webcasts de eventos de particular interés en la región; segundo, una línea de trabajo con actividades discretas tales como los encuentros presenciales nacionales, y regionales; y, como resultado del establecimiento de alianzas con Dartmouth College, Salzburg Global Seminar y la Agencia Nórdica de Cooperación (NORAD), se desarrollan los encuentros presenciales globales a partir de Noviembre de 2012, donde se unen al proceso de diálogo sobre el derecho a la salud, países del Oriente Medio, África y Europa del Este.

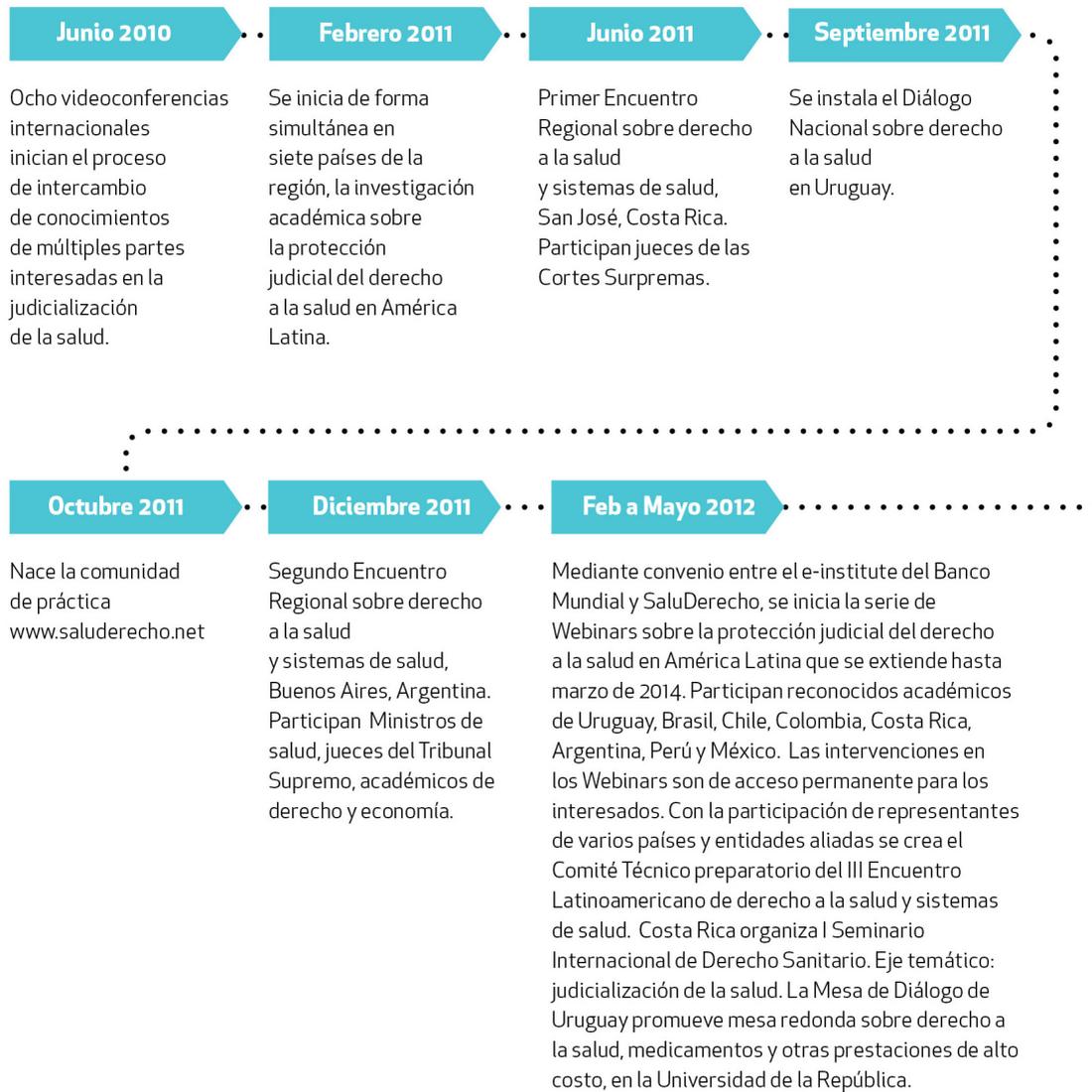
Durante estos cuatro años de proceso de cambio, los países fueron generando productos concretos, como bases de datos de intercambio de información, cursos para jueces constitucionales y abogados defensores de la autoridades sanitarias, documentos escritos con información de utilidad para las diferentes partes, modificaciones normativas, un libro narrando la jurisprudencia del derecho a la salud en los siete países miembros de la Iniciativa (en edición final), entre otras. Simultáneamente, y para mantener su capacidad de facilitador externo idóneo y ser capaz de responder a las diferentes demandas y productos, WBI expandió su equipo de trabajo y encontró fuentes de financiamiento externo.

Desde abril de 2013, la Iniciativa adoptó el nombre de SaluDerecho. En ese mismo mes, SaluDerecho integró un Comité Técnico Directivo conformado por 15 profesionales de diferentes disciplinas y países de la región, cuyas primeras tareas fueron orientar la organización del Tercer y Cuarto Encuentro Latinoamericano (Brasilia, Junio 2013, donde la sociedad civil se incorporó al proceso; y, Bogotá, Abril 2014, donde México se unió al proceso, así como dos nuevos actores: las defensorías del pueblo y los medios de comunicación). Actualmente el Comité Técnico Directivo se encuentra reflexionando sobre los pasos que SaluDerecho debe tomar hacia el futuro.



# SaluDerecho

Iniciativa sobre priorización, equidad y mandatos constitucionales en salud



### Junio 2012

Se abre el Diálogo Nacional sobre derecho a la salud y sistemas de salud en Costa Rica. La Mesa Ejecutiva de Diálogo de Uruguay inicia sistematización de jurisprudencia nacional y elaboración de bases de datos sobre medicamentos de alto costo. La Escuela Judicial de Uruguay -CEJU- de Uruguay ofrece Taller para jueces sobre Derecho a la Salud. Se realiza en Washington DC mesa redonda sobre políticas y decisiones jurisdiccionales sobre medicamentos y prestaciones médicas.

### Octubre 2012

Por solicitud de la Mesa de Diálogo de Costa Rica se realizan cuatro videoconferencias sobre listas de espera con Chile, Galicia (España), Uruguay y Noruega. Se transmiten en simultanea a través del Sistema Nacional de Videoconferencias de Costa Rica y a través de [www.saluderecho.net](http://www.saluderecho.net)

### Nov 2012

Primer Encuentro Global de Derecho a la Salud y Sistemas de Salud en Salzburgo. Primer Intercambio entre entidades de cooperación bilateral de los países nórdicos y el Instituto del Banco Mundial sobre operación del derecho a la salud.

### Junio 2013

Tercer Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud en Brasilia, Brasil. Encuentro binacional entre Costa Rica y Uruguay. Se firma en Costa Rica el Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social declarando de interés institucional las estrategias para abordar el fenómeno de la judicialización de la salud (Artículo 4º de la sesión N° 8645).

### Agos a Dic 2013

Se amplía la Mesa de Diálogo de Uruguay a la Academia y al Colegio Médico. En la Caja Costarricense del Seguro Social Costa Rica se adelanta el Curso de Atención de Recursos de Amparo como parte del seguimiento al Acuerdo de Junta Directiva. Se realiza el II Encuentro Nacional sobre Judicialización de la Salud y Sistemas de Salud en Costa Rica. Segundo Encuentro Global de Derecho a la Salud y Sistemas de Salud en Salzburgo. Se integran a la Mesa de Diálogo de Costa Rica el Colegio de Abogados y el Colegio Médico. Se crea el canal de saluderecho en Youtube con acceso a más de ochenta videos especializados en los temas de derecho a la salud, <http://www.youtube.com/user/Saluderecho>

### Febrero 2014

Se integran nuevas entidades y países al Comité Técnico de la Iniciativa. México se vincula como país a la Iniciativa.

### Abril 2014

Cuarto Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud en Bogotá, Colombia. Tema central: Transparencia y Rendición de Cuentas. Participan Magistrados de las Altas Cortes, académicos, autoridades sanitarias, defensores del pueblo, organizaciones de la sociedad civil. [www.saluderecho.net](http://www.saluderecho.net) alcanza 750 personas registradas.

# Características de un proceso de cambio de dilemas complejos



Los retos relacionados con el acceso a los servicios de salud y a la realización del derecho a la salud, no obedecen sólo a la insuficiencia de recursos financieros, a un número insuficiente de hospitales, a la falta de educación de la población, a la mala asignación del recurso humano, o al uso de tratamientos de alto costo en perjuicio de intervenciones primarias o preventivas. Los desafíos de acceso son complejos en cuanto en ellos se intersectan decisiones de política pública tomadas hace décadas (educación de recurso humano y construcción de hospitales, por ejemplo) con innovaciones educativas y terapéuticas desarrolladas en lugares remotos (desarrollo de medicinas recombinantes o de cirugía robótica) y con complejidades sistémicas (un incentivo aplicado a un prestador en una parte del sistema que se manifiesta dinámicamente en otra parte del mismo sistema).

Así como la emergencia y el crecimiento de estos desafíos de acceso no fue lineal ni unidireccional, las medidas que se tomen para enfrentarlos deberían ser sistémicas, no lineales, experimentales e iterativas.

La complejidad en los retos se manifiesta en las dimensiones temporales, geográficas y sistémicas que un proceso de planeación secuencial puede tener dificultades para capturar.

Un desafío que por naturaleza es político, técnico, social y económico –es lo que lo hace multifacético–, indica que un proceso planeado y un camino lineal a recorrer para enfrentar los dilemas complejos puede ser una aproximación equivocada y, cuando menos, ineficiente. Un proceso encaminado a enfrentar retos complejos debería entonces ser no lineal, fluido, sistémico, experimental, iterativo y multidisciplinario. Esto indica que uno de los desafíos es identificar las medidas, las actividades y los procesos para luego probarlos e implementarlos.

Al inicio del proceso de cambio, los actores involucrados están convencidos que su realidad en relación a determinado punto es la verdad; que la implementación de “su solución” tendrá resultados relativamente rápidos; y que “su solución” es la solución para el todo. Sin embargo, si el desafío a atender es por naturaleza multifacético, ningún actor puede tener el conocimiento total del asunto a tratar y cada uno tendrá una visión parcial de la realidad.

El proceso de cambio también requiere que los actores involucrados reconozcan que las soluciones buscadas no son fáciles ni rápidas, y por ello es necesario que estén abiertos a aceptar la existencia de otras realidades, y comprometerse a dedicar esfuerzos para entender la complejidad asociada al reto. Un proceso multiinstitucional y multidisciplinario permite alcanzar este reconocimiento.

El proceso de identificación y de pilotaje de las medidas debe ser también sistémico y fluido. El carácter de sistémico se lo puede dar, en principio, la participación equilibrada de múltiples actores de diferente afiliación y formación como reflejo de que el desafío a atender está inmerso en un sistema –en este caso un sistema de salud– por definición compuesto por

interrelaciones complejas entre instituciones, actores e intereses diferentes. Al ser sistemático, el proceso conlleva no a una serie de acciones o eventos discretos y discontinuos, sino a un proceso que se construye de manera continua y fluida, logrando un camino de acción que conduce tanto a éxitos como fracasos.

La fluidez se refiere a la capacidad y avidez con las que un proceso abraza la nueva información, los cambios inesperados, o las dinámicas de última hora, convirtiéndolas en oportunidades para progresar. Por ejemplo, el proceso comenzó con intercambios de conocimiento y experiencias entre los poderes ejecutivos de los países, más específicamente los Ministerios de Salud. Durante la Tercera Videoconferencia de intercambio, los representantes de Perú ofrecieron realizar el siguiente intercambio invitando al Poder Judicial de su país a dialogar con el Ministerio de Salud. Así fue como el Tribunal Constitucional de Perú y el Ministerio de Salud dialogaron durante la Cuarta Videoconferencia regional de intercambio, inspirando e incitando al grupo regional a convocar al Poder Judicial para unirse como segundo actor al proceso de diálogo. El Tribunal Constitucional de Perú facilitó la convocatoria de los poderes judiciales de varios países de la región y al más alto nivel, lo cual fue decisivo para los subsecuentes desarrollos de la estrategia y para las metas alcanzadas.

La incertidumbre y el riesgo son elementos siempre presentes en procesos de este tipo. La capacidad de entender y apreciar dichos elementos como oportunidades para la innovación y el aprendizaje son imperativos. El proceso debe apoyar y premiar la experimentación y también debe desarrollar la capacidad de afrontar el potencial fracaso. La experimentación conlleva a la innovación y a la necesidad de evaluar de manera sistemática y disciplinada el progreso con el fin de extraer lecciones aprendidas para construir un camino que produzca resultados.

Se hace necesario valorar el análisis constructivo de “los fracasos”; solo así pueden producirse éxitos. En el Uruguay se creó una base de datos electrónica para facilitar consultas técnicas por parte de los jueces como insumo para realizar fallos sobre el derecho a la salud. La expectativa fue que llenaría las necesidades de información de los jueces y que éstos últimos desarrollarían el hábito de consultar la información. Sin embargo, los jueces aún no han interiorizado dicha consulta como parte de su dinámica de trabajo cotidiana. Este “fracaso” nos enseña que hay algo más que debe estudiarse o hacerse para que los jueces se incentiven y desarrollen el hábito de utilizar la información allí contenida.

Es a través del diálogo que los actores perciben que hay puntos en común como también divergencias. Es natural esperar que el diálogo entre los actores se inicie en un ambiente de mucha desconfianza, y es necesario durante este proceso el identificar algunos puntos de convergencia. A medida que los actores perciben que tienen algo en común, se inicia un proceso de construcción de confianza. La confianza y el diálogo son, en consecuencia, insumos de un proceso como éste.

El proceso de cambio que se ha iniciado mediante el relacionamiento entre los diversos actores involucrados en torno a la problemática del derecho a la salud se ha ido desarrollando de modo paulatino y progresivo. En efecto, se trata de un proceso evolutivo, positivo, en el que los involucrados han ido aportando sus experiencias, logros, dificultades y fracasos, lo que ha permitido evolucionar "con el otro" y transitar la experiencia "del otro". Ello ha operado de modo tal que, paulatinamente, la figura "del otro" se ha ido desdibujando para dar paso al "nosotros".



# Fundamentos del proceso del cambio

En la experiencia de SaluDerecho hemos encontrado algunos fundamentos de este proceso experimental y multidisciplinario.

## ••• **Mutuo beneficio**

Todos los actores tienen algo que aportar y algo que ganar. En principio, ningún actor tiene un conocimiento pleno ni completo del desafío; de esta manera se pueden esperar ganancias de conocimiento. El reconocimiento de la capacidad que tienen todos los actores para aportar es un proceso de doble vía. Por un lado, el aceptar que quienes son percibidos como más poderosos tienen el deseo y el interés de aportar, y por otro, el aceptar que quienes son percibidos como menos poderosos tienen la capacidad y el espacio para hacerlo. Por ejemplo, los Encuentros Latinoamericanos con distintos actores han permitido el intercambio de conocimientos a nivel regional y nacional.

## ••• **Participación: Personas antes que instituciones**

La dimensión humana de este proceso es una de las piezas diferenciadoras de esta aproximación. Es mediante la reunión de esfuerzos en torno a sentimientos y aspiraciones comunes que se pueden movilizar las voluntades humanas. Es por esta razón que, dentro del grupo de personas participantes en el proceso, es aconsejable mantener un adecuado equilibrio entre aquellos que lo integran por su compromiso con la idea sustantiva y quienes representan a las autoridades locales y ayudaran a su implementación práctica. Esto determina una diferente permanencia de los miembros del proceso, entre aquellos que le dan continuidad y aquellos que le pueden otorgar aplicabilidad. Luego las instituciones seguirán. Es así que, entre los integrantes de los Encuentros que impulsa SaluDerecho encontramos a personas que, sin tener ya cargos en las entidades vinculadas, mantienen el interés de su aporte a la construcción colectiva junto con representantes en actividad de dichas entidades,



cierto que existen herramientas técnicas que permiten evaluar de manera complementaria un fenómeno complejo, y que el proceso, sus debates y diálogos, deben tener profundo contenido técnico. Sin embargo, también es cierto que el proceso de cambio es un proceso político en el que las dinámicas de poder y el manejo asertivo de las complejidades humanas juegan un papel esencial.

## ⋮ **Límites dinámicos del proceso**

Identificar los límites dinámicos del proceso. En alguna etapa del proceso conviene reconocer cuáles son los límites del proceso, es decir, aquello que es logable y aquello que no lo es. Por ejemplo, el proceso de SaluDerecho no busca acabar la judicialización del derecho a la salud, pues esto escapa los límites de lo que le es posible. Escapa por varias razones, entre ellas porque hay consenso sobre el valor positivo de la participación de la justicia en lo referente al derecho a la salud, pero también porque las modificaciones constitucionales escapan a lo que SaluDerecho puede lograr.

Sin embargo estos límites pueden ser dinámicos, y en este sentido, una modificación procedimental del trámite mediante el que se piden judicialmente las prestaciones (por medio de leyes o reglamentos) podría ser algo logable, en caso que haya consenso entre los participantes del proceso.



# Recursos e instrumentos del proceso de cambio

## Recursos necesarios para poner en marcha el proceso

Para que el desarrollo del proceso de cambio sea efectivo, se requieren recursos mínimos que se expresan a continuación:

- ✱ Talento humano. Identificar a los actores que están involucrados en la realidad alrededor de la cual se quiere establecer el proceso de diálogo y aprendizaje mutuo, e invitarlos a participar.
- ✱ Factor tiempo. Contar con suficiente tiempo, tanto para hacer efectiva la participación, como para la maduración del proceso. Un proceso que incluya intercambio de ideas y conocimientos. El diálogo puede llevar años de gestación y elaboración, más aún cuando se encuentra inserto en los propios procesos de desarrollo de los respectivos sistemas nacionales, sus debates económicos y científicos y sus definiciones de prioridades. Las mesas de diálogo requieren horas de debate, trabajo y dedicación; un proceso que puede ser desgastante. Por ello, es necesario que los diversos actores tengan disponibilidad de tiempo para dedicar al proceso. Muchas veces los actores, en el curso del proceso, quieren apartarse con el argumento de que no tienen tiempo para dedicar a esta actividad. Es este el momento donde el liderazgo del grupo tiene la responsabilidad de demostrar a ese actor, "potencial disidente", que el tiempo invertido en esta actividad no es inútil; por el contrario, es una inversión muy provechosa ante los resultados que el diálogo puede traer.
- ✱ Recursos financieros. Para garantizar la participación activa de los actores es necesario contar con recursos financieros. Los mismos pueden constituirse en aportes en dinero, pero también en la facilitación de recursos humanos que son solventados por las entidades a las que representan y en la elaboración de herramientas que faciliten el intercambio.
- ✱ Recursos tecnológicos. Se requiere de instrumentos accesibles que permitan la

comunicación y el intercambio de conocimientos entre los actos involucrados en el proceso de diálogo.

## ..... **Instrumentos del proceso de cambio**

### **Agente externo facilitador**

El agente facilitador tiene como principal cometido el de apoyar y promover los procesos, así como, cuando las hay, concertar las divergencias y promover la confianza entre los miembros del grupo. En estas circunstancias la participación de un agente externo facilitador es importante. El facilitador, a través de una estrategia propia o una técnica específica, consigue demostrar a los diversos actores que el diálogo y el intercambio de conocimientos y experiencias, es la forma de llegar a un consenso que se consolida a través de vínculos de confianza entre los diversos actores y que, necesariamente, el grupo deberá elegir y aceptar líderes que mantengan el proceso activo. El facilitador externo es también un agente imparcial de la medida de avance del proceso y tiene un papel importante en el reconocimiento de los logros a nivel de país y regional que en ocasiones pueden ser sub valorados o no percibidos por los actores en función de su involucramiento directo con el proceso de cambio.

Es fundamental que el facilitador tenga un buen contacto con los miembros del grupo, pero sin dejar de mantener su independencia. Entre sus cometidos más importantes, el facilitador debe propiciar el flujo constante de conocimientos e intercambio de experiencias entre los actores. El agente externo también puede aprovechar las oportunidades que detecte en beneficio de los fines buscados por el grupo. Inclusive puede apoyar actividades o iniciativas que favorezcan el desarrollo y funcionamiento del grupo (reuniones o mesas redondas, confección de bases de datos, recopilación de información, elaboración de bibliotecas virtuales, creación y manejo de la comunidad virtual SaluDerecho).

Como ejemplo de facilitadores externos, tenemos en la experiencia de salud, al Instituto del Banco Mundial y a SaluDerecho que se han encargado de contribuir con el intercambio de conocimientos a través de la participación y organización de encuentros con diferentes actores que interactúan en la problemática de la satisfacción del derecho a la salud, mesa de diálogos regionales y nacionales, blogs, intercambio de documentos entre otros.

### **Diálogo**

El diálogo se ha constituido en un elemento fundamental del proceso de cambio. Su instrumentalización ha operado mediante la materialización de actividades y encuentros multisectoriales que involucran a los actores más comprometidos con la temática en

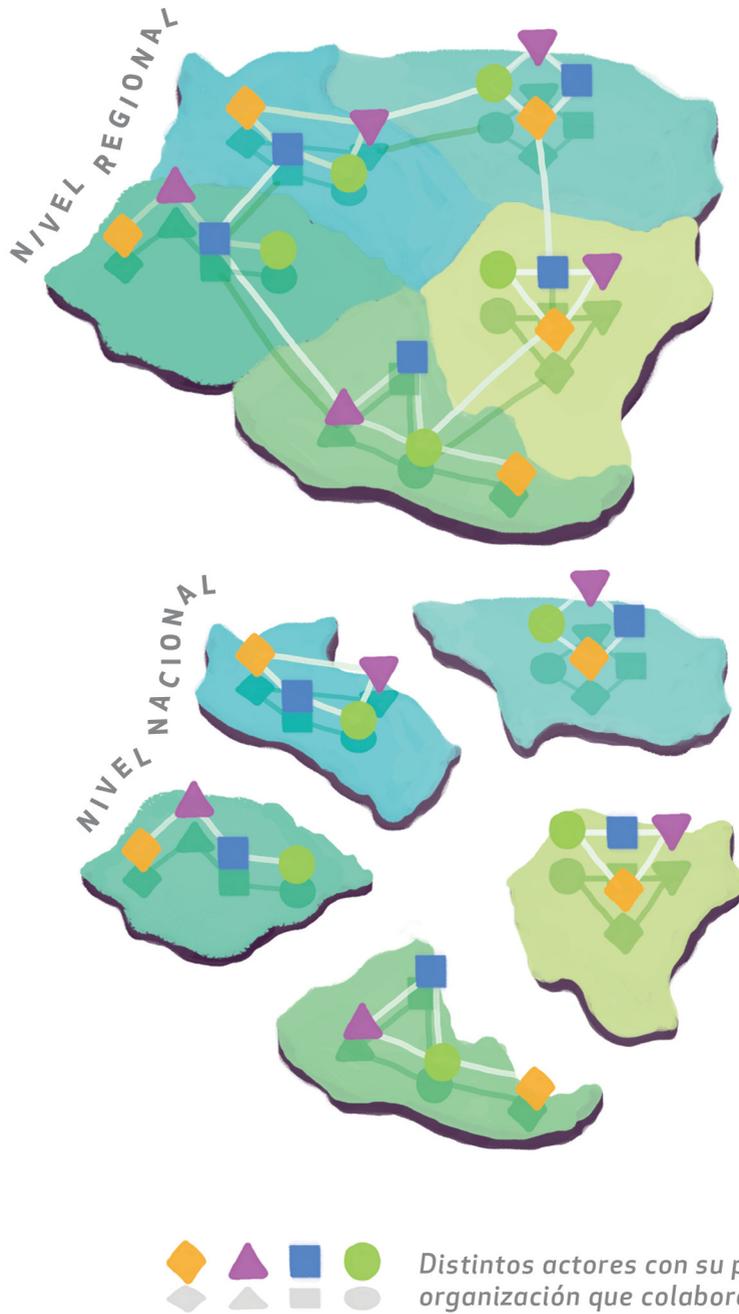
cuestión.

Cuando se analiza la forma en que el diálogo se ha ido dando surgen algunas características generales que, además de ser descriptivas, permiten ver el por qué de sus resultados. Así tenemos que:

- ✱ Los actores tienen diferentes enfoques. Proviene de sectores diferentes de la sociedad (prestadores, financiadores, asesores, jueces, etc.) y, por esa misma razón, los integrantes de las mesas de diálogo enriquecen un debate que solo puede ser llevado adelante con buen fin mediante la multiplicidad de enfoques del tema en análisis.
- ✱ Incorporación gradual de nuevos actores al diálogo. Otro de los aspectos que parece haber robustecido estos grupos de intercambio ha sido que los mismos no se han mantenido como grupos cerrados, sino que se han ido abriendo gradualmente. Esa incorporación de nuevos actores, en una especie de círculos concéntricos, parece adecuadamente fundada en un actuar prudente de involucramiento consciente y verdadero. Tales características de quien manifiesta su intención de incorporación son debidamente medibles mediante la gradualidad en el ingreso al diálogo. Para robustecer lo señalado basta recordar que en el diálogo referido al Derecho a la Salud y los Sistemas de Salud, especialmente en lo referente a la priorización, en un momento dado se incorporó (de manera que parecía muy activa) a la industria del medicamento. Sin embargo, el discurso sobre el que fundó toda su participación se sustentó en un desconocimiento de su responsabilidad en la problemática de la judicialización en materia de prestaciones y, muy especialmente, en el debate sobre lo inadecuado de los precios del mercado. Por lo señalado se considera que la incorporación de nuevos actores debe ser un instrumento presente pero de manejo prudente en tanto implica riesgos y desafíos.
- ✱ Manejo de diálogo nacional y regional. El proceso de diálogo ha operado mediante la aplicación de tácticas multinivel. A través de las mismas, al tiempo que se generan intercambios regionales surgen los intercambios nacionales. Indudablemente el diálogo regional ha sido un gran impulsor y facilitador de los diálogos nacionales y éstos a su vez han influenciado el desarrollo del diálogo regional. Por medio del intercambio regional se han producido acercamientos de actores locales motivados a través del encuentro regional. Ello ha logrado ir ganando confianza y mutuo interés por el enfoque que se efectúa desde diferentes ángulos de valoración.
- ✱ La negociación es clave para el diálogo. Es éste un concepto sustantivo, que fluidifica el intercambio y logra la apertura, confianza y seguridad de los participantes. En la medida que todos sienten que se trata de un proceso en evolución y que nadie es “el dueño de la verdad”, se generan confianzas mutuas que revalorizan los resultados y facilitan su implementación.



## PROCESO DE DIÁLOGO *-red de colaboración-*



## **Consensos y alianzas estratégicas**

Encontrar puntos de consenso y compromisos explícitos entre los varios actores. En el curso del proceso es necesario identificar los puntos de consenso entre los diversos actores para que una vez identificados haya un compromiso explícito entre los actores que van a actuar conforme a lo acordado con el fin de que los vínculos de confianza establecidos también se mantengan intactos. En el caso de que algunos actores no puedan cumplir con los compromisos adquiridos, éstos deben traer al grupo su nueva realidad para reconsiderar y verificar la posibilidad de establecer un nuevo consenso, garantizando a este actor la confianza que todos se tienen.

Alianzas estratégicas que protejan mutuamente a cada aliado. En caso que eventualmente alguno de los integrantes del grupo sufra una fragilización frente a su institución como consecuencia de su participación en el proceso, es adecuado que los restantes actores le brinden su apoyo como demostración de compromiso con los fines que benefician a todos.

## **Proceso de generación de conocimientos**

La generación de conocimientos ha sido también un instrumento altamente valioso en el proceso de cambio. Por medio del mismo se rescatan, reúnen y armonizan informaciones, antecedentes, bases de datos, resultados estadísticos, archivos normativos y otros elementos de mutuo interés para los actores y para terceros vinculados a la temática en análisis.

La existencia del proceso motiva y facilita la generación de conocimientos, así como que el proceso surja como consecuencia del intercambio ideas, documentos, opiniones y experiencias. Tal circunstancia le otorga al proceso de generación de conocimientos un enfoque múltiple que lo enriquece sustancialmente.

Como ejemplo de generación de conocimiento resulta interesante el caso de Uruguay. Allí, con el objeto de reunir en una base de datos la información existente en materia de jurisprudencia y normas aplicables a nivel nacional, se recopilieron las sentencias y disposiciones legales y reglamentarias aplicables. El objetivo de esta tarea fue el de compendiar en un documento accesible y ágil una información sustancial para los distintos actores, especialmente los jueces.

## **Divulgación de productos de conocimientos**

La diseminación de los productos de conocimientos es la consecuencia lógica y necesaria de la generación de estos productos: su puesta a disposición de todos aquellos que se puedan ver interesados en acceder a los mismos.

Por tratarse de procesos abiertos, cuyos mejores logros solo vendrán por medio del involucramiento de los diversos actores, esta difusión constituye una herramienta invaluable para el logro de esos objetivos.

La divulgación se formula especialmente por medios informáticos, mediante bases de datos abiertas en las que el acceso a la información es libre y amigable.

## **Comité Técnico Regional como estructurador e institucionalizador de un proceso**

La presencia de un comité técnico regional que tenga como cometido facilitar el proceso mediante la elaboración de una estructura que lo sostenga es sustantiva a los efectos de la materialización de los logros y avances. Al mismo tiempo, las diversas entidades involucradas, en el marco de sus respectivas competencias, afianzaran el proceso en la medida que institucionalicen el mismo. Este aspecto será, sin duda, el paso previo a la institucionalización de sus resultados.

A nivel regional por su parte, ante la evidencia de las particularidades que la regulación del derecho a la salud y la jurisprudencia en cada país presentaban, SaluDerecho impulsó la recopilación de la jurisprudencia de los respectivos países en cuanto al derecho a la salud. Este trabajo generó siete capítulos con información de cada país, por medio de los cuales se efectuó un análisis comparativo, que se encuentra en edición.

## **⋮ Tácticas catalizadoras de los instrumentos del proceso**

### **Sensación de seguridad**

El proceso debe idealmente darse en un espacio en el que los actores se sientan seguros. Hay diferentes maneras de lograr esta sensación y ambiente de seguridad y legitimidad del proceso. SaluDerecho generó una alianza regional interinstitucional con diversos agentes externos con una composición similar a la que se esperaba lograr en los países participantes. Para facilitar el proceso de incorporación de los jueces y el diálogo con ellos, SaluDerecho se asoció con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), organismo respetado por los poderes judiciales de los países en materia de derechos humanos. De la misma manera, para los Ministerios de Salud es importante el estar cobijados por la Organización

Panamericana de la Salud (con OPS/OMS y Banco Mundial) lo que proporciona un espacio conocido y un ambiente seguro y familiar para el debate. Algo similar ocurre con representantes de la Sociedad Civil y la Academia donde la participación del Instituto del Banco Mundial y de académicos expertos en la materia de derechos humanos a nivel internacional como la Universidad de Essex y/o el Chr. Michelsen Institute (CMI), que representan socios que ayudan a empoderar a los actores a nivel local y regional.

### **Inspirando el inicio de un proceso de cambio**

En SaluDerecho el proceso de cambio se inició con la inspiración provista por un hombre e intelectual admirable: Albie Sachs. El Juez Sachs, no solo había sido juez constitucional en Sudáfrica, sino que había sido esencial en el proceso de la lucha contra el Apartheid y en el rediseño esencial que siguió al derrumbamiento del Estado segregado. Más aún, como juez constitucional Albie Sachs había fallado casos en favor de los demandantes (Grootboom), pero también en contra de quienes litigaban acceso a servicios de salud (Soobramoney). Estas circunstancias le permitían cumplir una función de inspiración única en este campo.

### **Reconocimiento y diseminación del proceso**

En el marco de un proceso de cambio hay una tensión natural por anhelar aquello que aún no se alcanza y por continuar trabajando para lograrlo. Detenerse para reconocer lo avanzado y compartir con otros los avances, aunque parezcan mínimos, es una buena táctica para empoderar, incentivar y generar confianza entre los miembros del proceso.

### **Empoderamiento de los participantes del proceso**

SaluDerecho convocó a diferentes participantes a nivel regional a construir un proceso de cambio. En el marco de este proceso, SaluDerecho ha promovido espacios autónomos de toma de decisiones en las instancias regional y nacional.

En Uruguay, desde setiembre de 2011, y como consecuencia de las necesidades nacionales y los intercambios regionales, se formó la denominada Mesa Nacional de Diálogo, integrada al inicio por representantes del Ministerio de Salud, del organismo financiador de prestaciones de alto costo (Fondo Nacional de Recursos), del Poder Judicial y de la escuela de formación de los jueces (Centro de Estudios Judiciales del Uruguay). Este grupo de trabajo tiene como objetivo fundamental el intercambio y diálogo entre los actores involucrados más directamente en los temas de priorización de las coberturas y judicialización de las necesidades de salud. Con ese objetivo se propuso y concretó varias metas entre las que se cuenta el intercambio continuo, la recopilación normativa de las disposiciones regulatorias del Sistema de Salud y de la jurisprudencia en la materia y, más recientemente, la autoridad sanitaria y el organismo financiador han iniciado el seguimiento de los pacientes que

recibieron por decisión judicial prestaciones no priorizadas y cuál ha sido la evolución de los mismos.

Dentro de dicho marco de actividades, en el mes de mayo de 2013, se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República un encuentro de intercambio y diálogo, el que fue presentado por la Ministra de Salud Pública. En el mismo, además de los integrantes permanentes de la Mesa de Diálogo (MSP, FNR, Poder Judicial y CEJU), se logró reunir como expositores a representantes de la Academia (Catedráticos de Medicina y Derecho), de la sociedad civil, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Colegio Médico. De este instancia la consecuencia mas relevante lo fue el reconocimiento de la importancia del aporte e intercambio de todos, así como del mutuo beneficio que se genera con el mismo.

Fórum de Brasil. La experiencia del Estado de Rio Grande do Sul, estado con el mayor número de procesos judiciales de salud del país, mostró que el Comité es una herramienta útil para establecer el diálogo entre los diversos actores, tanto del sistema de justicia como del sistema de salud. Fueron invitados a participar el Poder Judicial Federal y Estadual, o Ministerio Público Federal y Estadual, la Defensoría Pública de la Unión y la del Estado, la Procuraduría General del Estado y el representante de los procuradores municipales, los abogados, como representantes del Sistema de Justicia. El gestor público estadual, el representante de los gestores públicos municipales, el Consejo Regional de Medicina, el Consejo Regional de Farmacia, representantes de los Sistemas de Salud Complementaria y representantes de los prestadores y médicos especialistas.

Paulatinamente, de la desconfianza inicial se pasó a la definición de puntos en común para tratar de poner en práctica.

### **Ampliación a nuevos actores**

La inclusión de nuevos actores es parte de la estrategia necesaria para generar el tipo de diálogo y acción entre actores que es necesario para la acción. Sin embargo, es un proceso delicado, estratégico y profundamente sensible. La progresiva inclusión de actores puede por un lado ser catalítica para algunos procesos (inclusión de los médicos), pero también puede destruir la confianza y enlentecer las dinámicas de cambio (industria farmacéutica).

### **Medición de resultados con los usuarios finales**

En el caso de SaluDerecho los pacientes son el usuario final. En Uruguay, a partir de diciembre de 2013, las dos entidades que son objeto mas frecuentemente de sentencias de condena por prestaciones no priorizadas (Ministerio de Salud Pública y Fondo Nacional de Recursos) han emprendido una actividad de registro y seguimiento del cumplimiento efectivo de las sentencias, asi como de la efectividad para el paciente de la aplicación de la prestación no

priorizada.

Con la aplicación de este instrumento se persiguen dos grandes objetivos. Primero, el de la transparencia, mediante datos que permitan, tanto a la sociedad civil, como a los jueces y demás actores interesados en el proceso el grado de cumplimiento (en tiempo y forma) de la sentencia respectiva. Ello permitirá medir la regularidad en que se hacen operativos los procesos necesariamente consecuentes a la sentencia. Segundo, el de la medición más precisa de la relación costo-beneficio que la cobertura de estas prestaciones no priorizadas tiene. Ello busca contar con un elemento de relevancia al momento de valorar por los actores del proceso tanto la dimensión de la obtención del resultado individual como el esfuerzo social que el mismo ha demandado.

### **Importancia de identificación de individuos que actúan como catalizadores en el proceso**

A medida que el diálogo progresa empieza a hacerse evidente que unos pocos individuos se destacan por su compromiso y natural liderazgo. No siempre los actores de más alto rango que representan mayor autoridad dentro de sus respectivas instituciones son quienes se reconocen como líderes naturales del proceso y esto puede causar tensión. Sin embargo, el líder natural debe demostrar a los representantes de alto nivel y con mayor autoridad que el proceso en sí no afectará el reconocimiento de su autoridad y a medida que las soluciones encontradas se convierten en resultados positivos y prácticos esta autoridad puede verse fortalecida.

# Tipos de productos generados por el proceso de cambio

Entre los tipos de productos generados durante estos cuatro años de SaluDerecho tenemos los siguientes:

## Generación de conocimientos

En ese sentido puede citarse la elaboración en Brasil de un manual llamado "Acción de Gestión y Planeamiento Estratégico, con Foco en los Medicamentos". El uso de este manual fue incentivado por medio de cuatro acciones concretas: 1) Apoyo de la Corregiduría General de Justicia, para el dictado de cinco Cursos de Perfeccionamiento de Magistrados, por medio del que se formaron quinientos jueces. 2) A través de diversos *workshops* realizados en las áreas de mayor incidencia de la judicialización, reuniendo cerca de cien personas. 3) Participación en diversos cursos promovidos por las asociaciones de los gestores municipales. 4) Realización de un Curso en Derecho Sanitario para Asesores de Jueces.

## Comunidad virtual

<http://saluderecho.net/> es un espacio web para intercambiar conocimientos, dialogar, aprender y promover nuevas prácticas sobre los procesos de priorización y la protección del derecho a la salud en América Latina.

## Iniciativas individuales de los actores

Estas son iniciativas realizadas por un tipo de actor sin participación de los demás pero que pueden beneficiar el trabajo del grupo interinstitucional y multidisciplinario. La realización de este tipo de iniciativas es un ejercicio de empoderamiento de los actores y de posicionamiento de un actor dentro de la dinámica general del grupo. Por tratarse de procesos mutuamente

enriquecedores los diálogos regionales no solo permiten sino que impulsan la gestación y puesta en práctica de las iniciativas locales grupales o sectoriales de los diversos actores.

Esta herramienta también permite extrapolar la experiencia e intercambio regionales a las realidades y necesidades locales.

Toda elaboración a nivel regional requiere de ajustes a nivel local y estas iniciativas pueden constituirse en el medio para su aplicación práctica.

Un ejemplo en Brasil, son los cinco Cursos de Perfeccionamiento de Magistrados implementados por la Corregiduría General de Justicia y realizados en el 2013, donde quinientos jueces recibieron entrenamiento basado en el manual de gestión y planeamiento estratégico.

## ..... **Productos colectivos**

Este tipo de producto se genera por la participación de dos o mas actores trabajando conjuntamente. Dicha acción fortalece los lazos entre los diversos actores, reduce los roces y se robustece el poder de coalición del grupo.

Son ejemplos de este tipo de productos el Curso de Capacitación para Abogados, elaborado por la Sala Constitucional y la Caja Costarricense de Seguro Social; la formación de una base de datos sobre jurisprudencia y normativa en Uruguay, elaborada con la colaboración del Poder Judicial, el Fondo Nacional de Recursos y el Ministerio de Salud Pública; y en Brasil, diversos *workshops* realizados en las áreas de mayor incidencia de la judicialización de la salud, que se llevaron a cabo por autoridades judiciales y administrativas.

# Avances del proceso de cambio

El proceso de cambio ha producido -y está produciendo- ciertos resultados e impactos, y ha ido dejando varias lecciones que constituyen la esencia de un instrumento que es dinámico por su propia naturaleza.

En tanto proceso inacabado (tal vez inacabable por los fenómenos a los que refiere, los que se encuentran en constante evolución), el mismo requiere de los actores una gran dosis de flexibilidad y la posibilidad de ver su desarrollo como algo en estado de cambio y reformulación, generando las capacidades para, de ser posible, adelantarse al cambio necesario y positivo y, de no serlo, de acompañarlo rápidamente.

En este sentido cabe destacar que en los procesos de cambio locales, que tienen como uno de sus más importantes elementos movilizadores al intercambio regional y global, se han producido múltiples avances intermedios. Estos avances generan efectos positivos y motivadores para los involucrados y por lo tanto se hace necesario tener los instrumentos para medirlos.

En esa línea se puede señalar la necesidad de:

- ✱ Implementar una estrategia multinivel para incentivar el avance del proceso. Mediante la misma se promueve e impulsa el avance al tiempo que se generan apoyos para los resultados obtenidos.
- ✱ Resaltar de que es clave que los actores se pregunten como medir los avances. La medición de avances permite la debida valoración de los mismos.
- ✱ Desarrollar instrumentos para medir los avances. Es fundamental cualificar y cuantificar los resultados y su impacto, al tiempo de extraer las lecciones que permitan ajustar conductas, por lo que la definición de métodos de evaluación es trascendente.
- ✱ Obtener el compromiso de los diversos actores de implementar los avances. Un aspecto clave para alcanzar avances sustentables deviene del involucramiento de los diversos actores en la implementación de los mismos. Las elaboraciones y los acuerdos solo pueden lograr su efectividad si tienen el correlato nutriendo procesos de aplicación práctica de los mismos.

- ✿ Crear Comités Técnicos como cuerpo con funciones de mesa de diálogo o fórum. En algunas experiencias locales se ha logrado la formación de grupos de diálogo integrados con representantes de las entidades más visiblemente interesadas en el tema a estudio, en su aplicación práctica y en sus resultados. Se trata de grupos multisectoriales e interdisciplinarios, en los que la generación de un intercambio basado en la confianza y el respeto mutuo es fundamental. En ellos es posible debatir sobre el tema global, dejando de lado el peso de la resolución del caso concreto y sus particulares urgencias y circunstancias, para intentar arribar a conceptualizaciones genéricas y, por tanto, eventualmente aplicables al sistema en general.

# Continuidad y promoción del proceso de cambio

Este proceso, como ya ha sido dicho anteriormente, es como la propia palabra indica, una iniciativa que realmente permanecerá activa como un proceso continuo, dado que ante cada solución obtenida, seguramente se presentarán nuevos desafíos.

Una de las premisas que justifican este proceso es que la salud es un derecho humano fundamental que se caracteriza por ser universal, que a través del mismo se busca la prevención y el tratamiento de las enfermedades, mediante el desenvolvimiento de las diversas áreas de conocimientos involucradas en estas prestaciones, y que este derecho en su satisfacción debe ser igual para todos los seres humanos.

Partiendo de esta premisa, es posible admitir que las soluciones a las dificultades descritas anteriormente son equivalentes y presentes en la mayoría de los países envueltos en este proceso de cambio.

La otra premisa refiere a que los jueces deben actuar como garante de los derechos humanos fundamentales. En algunas ocasiones, este papel puede originar una intromisión en las facultades del Poder Ejecutivo, pero esto también es un debido cumplimiento de las propias competencias asignadas.

Debe tenerse presente que, así como han habido cambios a nivel científico y de las peticiones de las personas, también la jurisprudencia puede cambiar su interpretación del derecho. Se trata por tanto de una actividad también continua.

En ese sentido, un aspecto sustantivo del proceso de cambio es lograr que el mismo sea continuo. Sin duda tal afirmación no refiere a que sea inmutable (por su propia naturaleza, contrario al cambio), sino claramente evolutivo y abierto a las mutaciones. Pero también debe ser permanente, con el objetivo de tratar de ir aplicando en la práctica sus resultados y conclusiones.

Así, se justifica la creación y permanencia de un mecanismo y/o de incentivos que mantengan a los países, en el ámbito regional, quizás en el ámbito global, inmersos en un proceso de

cambio. Por tanto, es necesario que los líderes de los diversos países participantes en el proceso de diálogo se mantengan en constante contacto, para permitir mantener, consolidar y profundizar los logros y avances en materia de salud y derecho.

A esos efectos, en la experiencia de SaluDerecho, se ha creado un Comité Técnico integrado por esos líderes, cuyo principal compromiso es el de hacer efectivo el mantenimiento y la consolidación de los logros alcanzados. Algunos de los cometidos principales de ese Comité son: reunir las diversas experiencias locales; difundir estas experiencias entre los países interesados y contribuir a articular los mecanismos necesarios para su implementación en el ámbito de cada país. Es también un objetivo del Comité Técnico planificar y promocionar las herramientas de apoyo a las actividades sustantivas (por ejemplo, bancos de datos, registros, procesos de seguimiento, apoyos periciales, estudios de costos, estudios de viabilidad). Dichas herramientas han de estar contenidas en bases de datos accesibles y amigables para incentivar su uso por parte de los diversos interesados.

Para lograr la continuidad del proceso de cambio se requiere la consolidación progresiva de sus recursos, instrumentos, avances y productos, con la finalidad de garantizar la satisfacción del derecho a la salud, de mejorar las políticas públicas en salud y su efectividad, y disminuir la judicialización del derecho a la salud.



# Experiencia en Brasil

El derecho a la salud como garantía constitucional fue consolidado en Brasil en la Constitución Federal de 1988, en cuya ocasión se estableció que el sistema público de salud del Brasil sería universal e igualitario y que habría un sistema privado complementario, también regulado por el Estado.

El sector público fue ideado en forma tripartita, con atribuciones específicas para cada nivel (municipal, estadual y federal), previéndose que los recursos serían aportados por esos tres sectores.

La implementación de este sistema se reveló como bastante complejo, en vista de que los prestadores eran no solo públicos sino también organizaciones de beneficencia privadas y que eran remunerados por los tres sectores antes nombrados y por el sector privado.

Esas dificultades en la implementación de las Políticas Públicas a través del "*Sistema Único de Saúde – SUS*" y la escasez de recursos determinaron que muchas veces la población no tuviese acceso a los servicios esenciales de salud o que tuviese que esperar durante un periodo significativo de tiempo para acceder a ellos. Además, en muchas ocasiones los médicos prescriben medicamentos y/o tratamientos que no están ofrecidos por el SUS y, por eso, esos medicamentos no se pueden obtener en la red pública de salud.

Esa situación trajo como consecuencia que los ciudadanos sintieran que se habían vulnerado sus derechos y, por eso y como última alternativa, recurrieron al Poder Judicial.

La interpretación que adoptaron las Cortes Superiores fue que la responsabilidad entre los sectores era solidaria (esto es: que cada uno de ellos respondía por el todo), lo que dificultó aún más la gestión.

Para enfrentar esta realidad, después de una audiencia pública, junto con la Suprema Corte, se constituyó por el Consejo Nacional de Justicia el Foro Nacional del Poder Judicial para la Salud en el año 2009, cuando la judicialización de la salud ya había llegado a cerca de 240.000 procesos.

Dicho foro tiene como objetivo promover el diálogo entre los diversos actores del Sistema de Justicia y los actores que formulan e implementan el Sistema de Salud a fin de que cada uno

de ellos pueda entender el punto de vista del otro, de modo de buscar un consenso y crear algunas herramientas, tales como un comité técnico para brindar apoyo científico en el área médica a los jueces, así como un organismo de conciliación en el ámbito de los planes de salud privados, de modo que el Juez pudiera llamar a un representante de uno de dichos planes para tentar la conciliación a fin de poner fin al juicio, y otro en el ámbito de las Defensorías Públicas para lograr una conciliación previa para evitar litigios contra los Prestadores Públicos de Salud.

Cada Estado tiene autonomía en relación a la forma de actuación de su comité, por lo que los resultados fueron de lo más variados, obteniendo diversas herramientas para buscar una disminución de la litigiosidad o una instancia previa de análisis de los fundamentos de la demanda (esto en el ámbito de las Defensorías Públicas), sin perder de vista el objetivo de garantizar del derecho a la salud del ciudadano.

Para evitar que los Estados adquiriesen medicamentos a cualquier precio, en todos los casos y no solo en cumplimiento de las sentencias judiciales, la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA) creó una tabla con el llamado Precio Máximo de Venta al Gobierno (PMVG), cuyos valores son actualizados anualmente. Al adquirir medicamentos, los Estados deben tener en cuenta el límite máximo fijado por dicha tabla, el que no puede ser sobrepasado por los proveedores al ofertar en los procesos de licitación.

A pesar de los avances de los últimos años, la judicialización de la salud se está convirtiendo en un fenómeno cada vez más intenso en Brasil. Por lo tanto, deben tomarse algunas medidas en un futuro próximo para mejorar esta situación, entre las que se sugiere: (i) Fortalecimiento de las acciones de los Comités Estatales del Fórum del CNJ en todos los estados de Brasil y (ii) una actualización más frecuente de protocolos y listas de medicamentos priorizados por parte del Ministerio de Salud, teniendo en cuenta las estadísticas de la judicialización de la salud.

Hasta el presente, en Brasil se han realizado diversas actividades y se han generado diversos productos, todo ello como consecuencia de los diálogos regionales y nacionales.

En la siguiente línea de tiempo se esquematizan algunas de las actividades efectuadas y los productos obtenidos a nivel nacional y otros a nivel estadual:

2009 - Brasil / abril / mayo - La Corte Suprema de Justicia promueve la Audiencia Pública N° 4 para evaluar las causas y los efectos de la judicialización de la salud en Brasil. Como conclusión de esta audiencia, se emitió por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) la Recomendación N° 31 con las directrices que deben ser observadas por los jueces en los procesos de salud.

2009 - Brasil / junio - El CNJ, a través de la Resolución N° 107 creó el FORO NACIONAL

## JUDICIAL PARA LA SALUD.

2010 - Brasil / noviembre - El CNJ promovió el I ENCUENTRO NACIONAL DEL FORO NACIONAL JUDICIAL PARA LA SALUD, en San Pablo.

2011 - Rio Grande do Sul / mayo - El Comité de Rio Grande do Sul promovió el SEMINARIO SOBRE DERECHOS A LA SALUD en la Escuela de la Magistratura.

2011 - Brasil / junio - El CNJ promovió la I REUNIÓN DEL COMITÉ ESTATAL DEL FORO NACIONAL JUDICIAL PARA LA SALUD, en Brasilia.

2011 - Rio Grande do Sul / noviembre - El Comité de Rio Grande do Sul realizo un taller de salud, en Pelotas. 2011 - BR / DEC – Participación en el II ENCUENTRO REGIONAL DE DERECHO A LA SALUD Y SISTEMAS DE SALUD, en Buenos Aires.

2011 - Brasil / diciembre - El CNJ promovió la II REUNIÓN DE LOS COMITÉS ESTADUALES DEL FORO NACIONAL JUDICIAL PARA LA SALUD, en Brasilia.

2012 - Brasil - El CNJ celebró un convenio con el Ministerio de Salud para incluir en el sitio web del CNJ un enlace con el sitio de CONITEC (Comisión Nacional de Incorporación de Tecnologías) para que los jueces pudieran tener acceso a normas técnicas.

2012 - Rio Grande do Sul - El Comité del Estado de Rio Grande do Sul publicó el manual "ACCIONES DE PLANIFICACIÓN Y GESTIÓN SISTÉMICA CON EL FOCO EN LA SALUD - Optimización de la red de Suministro de Medicamentos " en soporte papel y en la web *pgsistemicos.blogspot.com*

2012 - MG - Firma del Acuerdo de Cooperación Técnica entre el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, a través de la Escuela Judicial Edésio FERNANDES, y el Estado de Minas Gerais , a través de la Secretaria de Salud, con el objetivo de prestar apoyo técnico a los magistrados acerca del suministro de medicamentos, insumos para la salud, exámenes diagnósticos, tratamientos médicos y insumos nutricionales.

2012 - Brasil / junio - Participación, como observador, en "Taller sobre Derecho a la Salud", organizado por la Mesa Nacional de Dialogo (SCJ, CEJU, MSP, FNR), con la facilitación del Instituto del Banco Mundial, CEJU, Montevideo.

2012 - Brasil / junio - Participación en la mesa redonda de alto nivel sobre políticas y decisiones jurisdiccionales sobre medicamentos y prestaciones médicas en Washington.

2013 - Brasil / junio - Brasil es sede del III Encuentro Regional de Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, en Brasilia.

2013 - Brasil / junio - El CNJ promovió el SEMINARIO DE DERECHO A LA SALUD en Brasilia.

2013 - Rio Grande do Sul - El Comité del Estado de Rio Grande do Sul participó, con el apoyo de la Superintendencia General de Justicia del TJRS, en paneles sobre la Judicialización de la Salud, en cinco cursos de perfeccionamiento de magistrados realizados por la escuela de la magistratura, en Santana do Livramento, São Miguel das Missões, Pelotas, Bento Gonçalves y Torres.

2013 - Rio Grande do Sul - El Comité del Estado de Rio Grande do Sul celebró cuatro talleres en las ciudades de Porto Alegre, Santa Maria, Ijuí y Passo Fundo.

2013 - Rio Grande do Sul / noviembre - El Comité del Estado de Rio Grande do Sul en colaboración con la Escuela de la Magistratura realizó el Curso de Derecho de la Salud para Jueces Asesores.

2014 - Rio Grande do Sul / enero – La Defensoría Pública del Estado de Rio Grande do Sul firmó un convenio con el Consejo Regional de Farmacia para Soporte Técnico previo a las demandas de salud.

2014 - Brasil / abril - Participación en el IV ENCUENTRO REGIONAL DE DERECHO A LA SALUD Y SISTEMAS DE SALUD, en Bogotá.

# Experiencia en Chile

Con la llegada del siglo XXI, Chile emprendió una ambiciosa reforma del sector salud, que buscaba avanzar en la consecución del derecho a la salud, consagrado en la constitución política de la república desde el año 1981, pero insuficientemente traducido en medidas concretas que hicieran realidad ese derecho humano fundamental. La reforma buscaba reparar la fragmentación del sistema sanitario que había ocurrido durante la dictadura, que había despojado de los valores de universalidad y solidaridad al sistema nacional de salud chileno. El Servicio Nacional de Salud (SNS), que databa de la década de los cincuenta y que había alcanzado logros importantes en salud materno-infantil y en el combate de enfermedades infecto-contagiosas, disminuyendo la mortalidad infantil a las menores de la región, había sido reemplazado por un sistema de aseguramiento mixto, de corte individual, en el que cada trabajador podía escoger entre entidades aseguradoras públicas o privadas. En esa situación, la transición demográfica y epidemiológica que había experimentado el país, además de la creciente complejidad y costo de las prestaciones, planteaban nuevos desafíos que no podían ser respondidos, de forma equitativa y justa, en las condiciones que se encontraba el sistema de salud chileno, a fines del siglo XX.

Dentro del régimen general de garantías que se creó con la reforma, se seleccionó un conjunto de enfermedades y prestaciones sanitarias asociadas a ellas, que fueron priorizadas dentro del listado total. Para este conjunto priorizado se establecieron garantías explícitas de acceso, oportunidad, protección financiera y calidad, que buscaban perfeccionar el modo como se hacía efectivo el derecho consagrado en la constitución. El proceso de priorización de estas patologías se llevó a cabo mediante la ponderación de parámetros establecidos en la ley y sancionados por el parlamento. Los parámetros considerados en el algoritmo de priorización fueron: la situación de salud de la población, la existencia de intervenciones sanitarias probadamente eficaces para tratar una determinada patología, su contribución a la extensión o a la calidad de la vida y, por último, la costo-efectividad de aquéllas.

Este algoritmo, sin embargo, al considerar la carga de enfermedad como el parámetro principal de medición de la "situación de salud de la población", tendió a entregar mayor prioridad a aquellas enfermedades que afectaban a un mayor número de personas. Esta priorización, indefectiblemente dejaba fuera a quienes padecían enfermedades extremadamente infrecuentes, muchas de ellas asociadas a terapias de costo catastrófico,

dirigidas a controlar sus síntomas. Esta falencia, percibida por los afectados, condujo a la presentación de recursos judiciales, que buscaban hacer efectivo el derecho a la salud consagrado en la constitución y a obligar, por mandato judicial, a los aseguradores públicos y privados a cumplir con ese deber de cuidado.

Como respuesta a esta deuda social, se creó, en el Ministerio de Salud, una comisión de expertos, que se abocó a la tarea de establecer un esquema de priorización para pacientes afectados por enfermedades muy infrecuentes y que entregase transparencia al modo como se asignaban los tratamientos en estas patologías. En esta actividad se invitó a representantes de las organizaciones de pacientes. Miembros de esta comisión participaron en las reuniones de SaluDerecho en Salzburgo, Brasilia y Bogotá, de donde se extrajeron ideas y recomendaciones para entregar a este proceso una lógica de consecución del derecho a la salud.

# Experiencia en Colombia

En el marco de la Constitución Política de 1991 donde la salud quedó contemplada dentro del capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, Colombia creó el Sistema de Seguridad Social Integral, uno de cuyos subsistemas corresponde al Sistema General de Seguridad Social en Salud(1). Los objetivos del sistema de salud son “regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. Para ello se crearon el régimen contributivo para la población con capacidad de pago y el subsidiado para las personas pobres y vulnerables, los planes de salud iniciaron distintos y se establecía que en el 2001 se tendría un solo plan, con cobertura universal. Sin embargo esto no se logró.

En 2008, la Honorable Corte Constitucional de Colombia emitió las Sentencias C-463 y T-760 de 2008. En esta última se acumuló varios casos de tutela con los que se ejemplifica de una forma comprensiva la problemática, y por el otro lado se analiza diferentes facetas del derecho a la salud y valora sus implicaciones con el fin de garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de este derecho. Con estas sentencias la Corte reitera que la salud es un derecho fundamental, y resolvió casos de carácter concreto pero sus efectos fueron generales sobre el sistema de salud. En la faceta prestacional del derecho, en su dimensión positiva establece unas obligaciones de cumplimiento inmediato y otras de carácter progresivo. Un grupo de órdenes relacionadas con cobertura universal, unificación y actualización integral y periódica del Plan Obligatorio de Salud (POS); otras están relacionadas con el acceso de los usuarios que se evidencia en un informe de la negación de servicios por parte de las aseguradoras, entrega de la carta de derechos a los pacientes, entre otros; y las últimas referentes a medidas de regulación como la autorización de servicios no incluidos en el POS, y del flujo de recursos en casos de recobros al fondo nacional.

Este hecho ha generado por parte del Estado colombiano acciones, no solo de protección y respeto, sino también de garantía del mismo, que se han traducido en una Ley Estatutaria, y en un conjunto de políticas públicas para garantizar el derecho a través del accionar sectorial y su respectiva asignación de recursos, y del actuar intersectorial para garantizar afectar los determinantes en salud. Pese a todos estos avances de cobertura universal, unificación y actualización de los planes de beneficios, entre otros, la materialización del derecho no está consolidada, y es así como se sigue recurriendo a los mecanismos judiciales contemplados

constitucionalmente para garantizarlo. En estas acciones de tutelas de acuerdo con la Defensoría del Pueblo se evidenció un incremento nominal para el 2012, al llegar a la cifra más alta luego de la expedición de la Sentencia T-760 de 2008; al igual que la invocación autónoma y asociada a otros derechos dada su interdependencia con ellos; y la cada vez mayor reclamación de servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), es decir, 7 de cada 10 tutelas son por servicios POS.

Colombia tiene particular interés en buscar soluciones conjuntas a un problema multidimensional y con gran impacto sobre la población, dada la indivisibilidad del derecho a la salud con derechos como la vida, la dignidad humana, la integridad física, etc., y las repercusiones que tiene la salud sobre el bienestar social y el desarrollo. Es así como buscar alternativas de solución de forma conjunta con otros países, y aportar nuestra experiencia, se convierte en una herramienta valiosa para lograr la progresividad en la garantía al derecho a la salud y su armonía con los sistemas de salud que son el instrumento que operacionaliza los servicios personales y articula los no personales. En este contexto, el Ministerio de Salud y Protección Social, como ente regulador en materia de salud y como formulador, ejecutor y evaluador de las políticas públicas sectoriales, requiere de herramientas para materializar el derecho fundamental a la salud. En la actualidad, se presenta una amplia discusión en el país de como lograr de forma progresiva este derecho.

Es por ello que Colombia fue sede del Cuarto Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, con el objeto de tener insumos en estas materias y conocer de primera mano la experiencia de los otros países de la región como entes reguladores y sus sistemas de salud, con la visión integral de jueces, defensorías del pueblo, médicos, sociedad civil, y otros actores relevantes en la garantía de las prestaciones de los servicios de salud. Este Encuentro se realizó con el concurso de la Superintendencia Nacional de Salud por ser el organismo de protección al usuario e inspección, vigilancia y control del sistema de salud y de la Defensoría del Pueblo, por su misión de impulsar la efectividad de los derechos humanos en el país.

Para la organización del Cuarto Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, el país conformó un comité interno nacional para la organización del IV Encuentro y contó con la participación de la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia Nacional de Salud, la Organización Panamericana de la Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual se coordinó con el Comité Técnico Directivo Internacional de SaluDerecho.

Hablar de los resultados del Encuentro es todavía prematuro; sin embargo, sus objetivos se cumplieron y nos quedaron unos grandes retos como país para seguir avanzando en la materialización progresiva del derecho a la salud.

---

[1] Ley 100 de 1993 Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.



# Experiencia en Costa Rica



## **Situación anterior al 2011**

Con la creación de la Sala Constitucional o Sala IV en 1989, se inicia un proceso nuevo y diferente de lo conocido hasta entonces. Desde su creación y hasta el día de hoy, en forma creciente, se siguen presentando miles de recursos de amparo o tutelas, en relación con la protección individual de los derechos humanos fundamentales. Entre estos derechos humanos protegidos se encuentra el derecho a la salud. Por primera vez los usuarios del sistema de salud acuden a la Sala Constitucional por la vía de amparo para que se les otorgue un medicamento o un procedimiento clínico, generalmente de alto costo que se les ha negado.

Para el año 2010, se presentaron ante la Sala Constitucional más de 1800 recursos de amparo relacionados con la protección del derecho de la salud, con una fuerte tendencia a crecer en forma exponencial. Para esta época, las sentencias favorables relativas a medicamentos tuvieron un impacto cercano al 10% del presupuesto destinado a medicamentos del seguro de salud de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).

El Comité Central de Farmacoterapia, organismo de la CCSS, responsable de la gestión de la Lista Oficial de Medicamentos, fue el primero en verse fuertemente afectado con la gran cantidad de recursos amparo. Para entonces, no se disponía de abogados, por lo que se complicaba mucho la respuesta en tiempo y lugar, como lo ordenaba la Sala.

Sin embargo, el Comité no fue el único. Las direcciones de los hospitales nacionales y especializados, de igual manera, empezaron a recibir recursos de todo tipo, relacionados con medicamentos de alto costo para enfermedades raras o huérfanas, el otorgamiento de citas para consultas médicas especializadas o para que se les practicara de manera oportuna el diagnóstico, el tratamiento y/o cirugía prescritos por el médico tratante. Uno de los principales problemas del sistema de salud, son las largas listas de espera que agotan la paciencia del usuario que no vislumbra en el horizonte cercano la solución a su problema de salud. La atención de recursos de amparo pasó de los hospitales nacionales de tercer nivel de complejidad, a los hospitales regionales, de segundo nivel y a los periféricos y clínicas mayores.

El problema ha sido de tal magnitud que la CCSS pasó de tener aproximadamente 50 abogados de planta, a cerca de 400 en todos estos años. Naturalmente, estos abogados también atienden las consultas provenientes de otras áreas, como la de contratación administrativa, contratación de personal, relaciones laborales, etc. Simultáneamente se estaba llevando a cabo un fuerte proceso de descentralización en la institución; pero la actividad principal sigue siendo la atención de los recursos de amparo.

Durante este período no existía ninguna comunicación formal entre la Sala Constitucional y la CCSS. Prevalcía la "incomprensión" de los funcionarios de la CCSS porque no entendían cómo era posible que los magistrados de la Sala Constitucional no tomaran en cuenta las consideraciones económicas (recursos escasos). Según ellos entendían, se obligaba a la CCSS a otorgar medicamentos que carecían de evidencia científica o poco costo efectivos y se fundaban ciegamente en el criterio del médico tratante. Por otra parte, los jueces constitucionales, acostumbrados a la protección de los derechos humanos fundamentales, veían con preocupación la cantidad de casos y la urgencia de la situación del solicitante, por lo que implementaron como política interna, la atención prioritaria de los recursos de amparo relacionados con el derecho a la salud, inmediatamente después de los recursos de hábeas corpus. Según el criterio de la Sala Constitucional, la CCSS no ofrecía la información necesaria para la resolución del caso.

Esta era la situación imperante en el 2011, previo a la participación de costarricenses en la iniciativa regional sobre "Derecho a la salud y sistemas de salud" liderada por el Instituto del Banco Mundial. Estos encuentros regionales van a provocar primero una apertura y luego un cambio en el estado de cosas existente.

## **El aporte de los diálogos regionales y nacionales sobre derecho a la salud, judicialización y sistemas de salud**

El cambio a la situación existente tiene su origen en la participación de delegados costarricenses al segundo encuentro regional realizado en Buenos Aires, Argentina, en el 2011. Ahí se asume el reto de analizar propuestas viables para modificar las circunstancias imperantes en Costa Rica. A ese encuentro asistieron varios funcionarios de la CCSS, un magistrado de la Sala Constitucional y académicos. Se acordó reunirse a enero 2012, con miras a impulsar una iniciativa de diálogo nacional. El primer encuentro o diálogo nacional se realizó en junio 2012, con la participación de diez funcionarios de la Sala Constitucional, diez funcionarios de la CCSS y veinte participantes más provenientes del Colegio de Médicos, Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica, Defensoría de los Habitantes, Ministerio de Salud y Organismos internacionales (Organización Panamericana de la Salud e Instituto del Banco Mundial, quien además colaboró como facilitador del diálogo). Fue la primera vez que

magistrados y letrados de la Sala Constitucional se sentaron a dialogar sobre el fenómeno de la judicialización de la salud con funcionarios de la CCSS.

Hay que dejar constancia que los diálogos nacionales son posibles gracias a que los encuentros regionales han servido para acercar a las personas que posiblemente nunca se han hablado en su propio país y que si lo han hecho, posiblemente ha sido en el marco de reuniones rígidas donde uno expone y el otro oye sin pronunciar criterio alguno. Este hecho pone en evidencia que estos procesos involucran personas, que las relaciones personales son claves para el logro de fines institucionales y nacionales. El proceso de diálogo de Costa Rica se caracteriza porque son las personas las que mueven las instituciones y no a la inversa.

La participación de costarricenses al tercer encuentro en Brasil fue mayor, hecho que permitió promover el segundo diálogo nacional, realizado en noviembre del 2013.

En ambos encuentros se ha tratado del tema de la judicialización de la salud, se ha examinado la jurisprudencia y se han expuesto las preocupaciones en los temas principales de ambas partes o la visión de terceros neutrales. ¿Cuales son los logros mas notables?

- 1) Se acercaron las personas y se redujeron las distancias provocadas por posiciones incomprendidas por unos y otros.
- 2) La CCSS empezó a entender su gestión con un enfoque de derechos humanos fundamentales.
- 3) Los jueces empezaron a interesarse por conocer sobre medicina basada en la evidencia.
- 4) Los funcionarios de la CCSS comprendieron por qué la Sala Constitucional desatiende las consideraciones económicas y empiezan a entender que este tipo de consideraciones tienen que enfocarse desde la protección del derecho humano fundamental.
- 5) Los jueces constitucionales empiezan a entender que además de considerar el interés individual, también deben apreciar el interés colectivo.
- 6) Jueces de la Sala Constitucional, aunque todavía en posición minoritaria, empiezan a cuestionar a través de votos disidentes, la jurisprudencia mayoritaria que entroniza el criterio del médico tratante. Los jueces empiezan a exigir al médico tratante mayor información y sustento de la prescripción y se empiezan a admitir criterios de medicina basada en la evidencia.
- 7) Los altos funcionarios de la CCSS, después de escuchar las observaciones de los funcionarios de la Sala Constitucional, se dan cuenta de que los abogados de la Institución requieren una formación o preparación especializada, a fin de proporcionar a la Sala

información útil en cada recurso de amparo para la decisión jurisdiccional.

8) La CCSS realiza un curso de capacitación y formación para abogados y directores médicos de hospitales con el objetivo de mejorar los informes que la institución suministra a la Sala en cada recurso de amparo.

9) La Sala Constitucional aprueba la contratación de la Asociación Cochrane de Centroamérica para la capacitación y formación de magistrados, letrados y médicos de la medicatura forense en medicina basada en la evidencia. El curso está en ejecución en este momento.

10) Entre los resultados con impacto nacional, la jurisprudencia sobre medicamentos ha disminuido. La CCSS ha incorporado en su Lista Oficial de Medicamentos que la jurisprudencia ha ordenado y los jueces constitucionales están más abiertos a escuchar las razones del Comité de Farmacoterapia, en aquellos casos en que se solicita un medicamento de marca y generalmente de alto costo.

11) En el 2013, la Sala Constitucional dictó una sentencia estructural para que la CCSS resuelva el problema de las listas de espera, exigiendo plazos razonables por patología o grupos relacionados de diagnóstico y criterios objetivos para ubicar a un paciente dentro de la lista. Le ha otorgado a la CCSS dos años para cumplir. La magistrada ponente de esa sentencia fue la Lic. Ana Virginia Calzada, asistente al primer encuentro regional de jueces en Costa Rica (2011) y al primer encuentro global en Salzburgo, Austria, en noviembre del 2012

12) La CCSS a través de su órgano superior, la Junta Directiva acordó en junio de 2013 declarar de interés institucional, la participación de la institución en el proceso de diálogo nacional sobre judicialización de la salud y sistemas de salud.

El camino es largo, el horizonte todavía es distante, pero ya se inició y no se ha dejado de caminar. Personas comprometidas con el proceso en ambas instituciones, auguran el éxito. Tanto el proceso nacional como el regional han permitido que se sienten frente a frente y se comuniquen cara a cara las personas y no como antaño, solo a través de la fría comunicación escrita de informes de la CCSS y sentencias de la Sala Constitucional. En palabras del actual presidente de la Sala Constitucional, Dr. Gilbert Armijo, ambos, desde posiciones distintas tenemos una preocupación común: el paciente.

## Expectativa sobre el diálogo nacional

¿Que se espera? Existe un compromiso de las personas participantes en el proceso regional de continuar impulsando el diálogo sobre iniciativas específicas en el país. Cabe traer a colación que en el cuarto encuentro regional en Bogotá, Colombia, abril 2014, integraron al

grupo de Costa Rica, los decanos de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Medicina de la Universidad de Costa Rica y, por segunda vez, participa un miembro de la Academia de Centroamérica, asociación que agrupa a los economistas más influyentes del país. Teniendo presentes esos datos, se espera construir en un futuro cercano (corto y mediano plazo) lo siguiente:

- 
- 1) La continuación del diálogo nacional, con impacto positivo por un lado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de otro, en la calidad y oportunidad de los servicios de salud que ofrece la CCSS a la población.
  - 2) Superar las resistencias de algunos magistrados de la Sala Constitucional que todavía ven el proceso con temor. Consideran que involucrarse, atenta contra su independencia y objetividad. Los líderes del proceso deben enfrentar las resistencias existentes. El diálogo sigue siendo el camino seguro para lograrlo.
  - 3) La creación de una maestría en Derecho Sanitario en la Universidad de Costa Rica, orientada no solo a abogados, sino también a personal de salud (médicos, gestores, economistas, etc.) con un enfoque multidisciplinario.
  - 4) Un impulso progresivo y decidido de la economía de la salud en Costa Rica, a través de eventos académicos, investigaciones, publicación de libros, y evaluación del sistema de salud desde la economía, con la finalidad de proporcionar información y propuestas al gobierno para la toma de decisiones en el sector.
  - 5) Aumento de las investigaciones jurídicas y publicaciones sobre Derecho Sanitario en general y sobre judicialización de la salud en particular.
  - 6) Se mejorara el sistema de información de la salud de la CCSS, de tal manera que podrá suministrar la información requerida por distintos actores como el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, los institutos de investigación de la universidades, la justicia, las academias de economistas, el Ministerio de Salud y en general entes públicos o privados involucrados con la investigación y la definición de políticas públicas sobre salud.
  - 7) Esperamos que el proceso logre incidir decididamente sobre la legislación vigente en manera de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas en el campo de la salud.
  - 8) Ponemos también la esperanza en lograr alianzas académicas, judiciales y de autoridades sanitarias en el plano regional, que permita la cooperación mutua y la búsqueda de soluciones a problemas comunes.
- Sin embargo, sobre este proceso se ciernen algunas amenazas, por ejemplo, todo este proceso se ubica dentro del periodo de gobierno que termina en mayo de 2014. Se inicia una nueva administración que podría fortalecer o atentar contra la iniciativa.
- El futuro se ve con optimismo. En todo este proceso hemos contado con la colaboración decidida del Instituto del Banco Mundial.



# Experiencia en el Perú

En el Perú, el derecho a la protección de la salud se encuentra reconocida en la Constitución de 1993. Este derecho para su satisfacción y goce efectivo se encuentra concretizado en una prolija legislación; sin embargo, el sistema de salud presenta tres problemas principales: es predominantemente curativo y recuperativo, es fragmentado y segmentado, y existe insuficiente financiamiento público. Estos problemas han ido combatiéndose progresivamente en los diferentes gobiernos y actualmente a través de un proceso de reforma del sector salud; se tiene como objetivo alcanzar la cobertura universal en salud. De manera que a través de un sistema universal, equitativo, solidario y con corresponsabilidad social, se eliminen las restricciones que impiden a las personas ejercer plenamente su derecho a la salud.

El sistema de salud peruano prevé un plan de beneficios, que establece las condiciones mínimas asegurables que deben brindar las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento e instituciones prestadoras de servicios de salud ya sean públicas, privadas o mixtas. Este plan de beneficios cubre el 80% de la carga de enfermedad del país, adicionalmente el seguro público ofrece un plan complementario que cubre casos excepcionales, enfermedades de alto costo, así como las raras y huérfanas. Por otro lado, el Seguro Social de Salud tiene un plan de beneficios que cubre todas las atenciones de salud que requieran sus asegurados, las mismas que se brindan a través de entidades prestadoras de salud de carácter privado y a través de su propia red prestacional. El seguro privado es complementario al brindado por el sector público.

Si bien es cierto, existen avances para mejorar el acceso a los servicios de salud, con oportunidad, calidad y con protección financiera, ello no ha sido obstáculo para que la satisfacción del derecho a la salud sea exigida a nivel judicial o ante la justicia constitucional.

La exigibilidad del derecho a la salud en la gran mayoría de los casos se canalizan a través del proceso de amparo, que es sumario y excepcional para los casos de afectación a los derechos humanos fundamentales; si bien, los casos presentados ante la jurisdicción constitucional no es alarmante, ni ha generado un forado en el presupuesto o la quiebra del sistema de salud, los casos se han venido incrementando constantemente en los últimos años, sobre todo aquellos que tienen que ver con exigencias a medicinas de alto costo, no contempladas en el Petitorio Único de Medicamentos.

Motivados por este fenómeno, en junio del 2010, el Instituto del Banco Mundial con la finalidad de conocer el sistema de salud nacional y los resultados de la exigibilidad del derecho a la salud realizó una videoconferencia con funcionarios del Ministerio de Salud y asesores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional. En esta videoconferencia el Instituto informó a los funcionarios los alcances y objetivos de la Iniciativa sobre priorización, equidad y mandatos constitucionales en salud, y éstos compartieron su experiencia sobre el sistema de salud y los casos judiciales que habían sido conocidos y resueltos por el Tribunal Constitucional.

En esta videoconferencia el Perú reconoció la importancia del papel que desempeñan los actores jurisdiccionales en la materialización del derecho a la salud.

En febrero de 2011, el magistrado del Tribunal Constitucional, Carlos Mesía Ramírez elaboró un estudio para el Instituto del Banco Mundial llamado "El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú".

Como producto de la videoconferencia en junio de 2011, el Tribunal Constitucional conjuntamente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto del Banco Mundial auspiciaron el Primer Encuentro Regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud que se realizó en San José, Costa Rica. Este primer encuentro sirvió para que los participantes sepan como viene siendo comprendido el contenido del derecho a la salud en la región; conozcan que la judicialización del derecho a la salud no solamente es un fenómeno que se presenta en la región, sino global; y sepan las formas de análisis existentes que el juez debe tener presente al momento de resolver un caso que verse sobre el derecho a la salud.

En junio de 2011, el Tribunal Constitucional, como producto del Primer Encuentro Regional, subió a su página web las memorias de este primer encuentro (1). Asimismo, en su página web colocó un enlace a [SaludDerecho](#)", con la finalidad de transmitir la experiencia compartida en el mencionado encuentro, así como de mantener informados sobre los avances en la Iniciativa sobre priorización, equidad y mandatos constitucionales en salud.

En diciembre de 2011, el Tribunal Constitucional también coauspicio el Segundo Encuentro Regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud que se realizó en Buenos Aires, Argentina.

Entre febrero y mayo de 2012, los participantes nacionales del Primer y Segundo Encuentro participaron en los webineos organizados por el Instituto del Banco Mundial y [SaludDerecho](#) sobre la protección judicial del derecho a la salud.

En junio de 2013, se realiza en Brasil el Tercer Encuentro Latinoamericano, en el que se discute el acceso a tecnologías de salud y medicamentos de alto costo. Este encuentro fue de gran importancia para el Perú, ya que a través del Ministerio de Salud, se pudo coordinar

llevar a dicho encuentro una representación multisectorial, con actores del Poder Judicial, Congreso de la República, Ministerio de Salud, Colegio Médico y representantes de la Sociedad Civil.

Posterior al mencionado encuentro el Ministerio de Salud, decidió impulsar una instancia de diálogo que involucre a los múltiples actores nacionales vinculados con la problemática de la judicialización del derecho a la salud.

En marzo de 2013, la Jefa de Gabinete de Asesores del Ministerio de Salud, a través del webinar de SaluDerecho, expone “Perú, camino a la cobertura universal en salud”, la misma que se dirige a señalar como la cobertura universal en salud responde a garantizar el derecho a la salud.

En abril de 2014, funcionarios del Ministerio de Salud, del Seguro Social de Salud, del Tribunal Constitucional, del Congreso de la República (Congresista de la República) y del Poder Judicial (Juez Supremo), así como la sociedad civil participaron en el Cuarto Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud que se realizó en Bogotá, Colombia.

Este último encuentro se reafirma el compromiso de impulsar la instancia de diálogo nacional y el de fortalecer las capacidades de los decisores jurisdiccionales. Así como el mantener los espacios regionales que son plataformas vivas de experiencias ganadas y aprendizajes globales para ampliar los resultados sobre el derecho a la salud.

La judicialización del derecho a la salud, que no es propio del sistema peruano sino compartido con varios países latinoamericanos hermanos, hace necesario que se fortalezca este intercambio de experiencias regionales para afrontar este fenómeno y brindar herramientas necesarias para que los jueces adopten decisiones coherentes y razonables. Asimismo como la experiencia ganada en este proceso se debe continuar con el diálogo nacional y regional ya que el mismo esta permitiendo incrementar conocimientos y la colaboración con otros países que sirven de sustento para la formulación de políticas públicas vinculadas a salud.

---

[1] *Iniciativa regional sobre priorización, equidad y mandatos constitucionales en salud. Primer encuentro regional sobre derecho a la salud y sistemas de salud [Internet]. 23 junio 2011 [citado 11 abril 2014]. Disponible en: <http://tc.gob.pe/imagen/Taller%20CR-Encuentro%20Regional%20Salud.pdf>*



# Experiencia en Uruguay

## Antecedentes

Desde fines del siglo XIX, en Uruguay la salud de la población estaba cubierta por el sistema público a través de hospitales públicos y por instituciones privadas fundadas en el principio de la ayuda mutua, constituidas especialmente por fondos de inmigrantes.

En la primera mitad del siglo XX se crea el Ministerio de Salud Pública (MPS) que comienza a gestionar los hospitales públicos y en la segunda mitad del siglo XX, los prestadores privados asumen diversas formas de gestión (gremiales médicas, asociaciones mutuales, etc.), bajo la figura jurídica instituciones de asistencia médica colectiva (a las que se accedía mediante el pago de una cuota mensual individual).

En 1979, ante la existencia de técnicas de medicina altamente especializada y costosa, difícil de financiar por las instituciones públicas y privadas, se creó en una persona pública no estatal denominada Fondo Nacional de Recursos (FNR), con la finalidad de financiar dichos procedimientos médicos, para todos los habitantes del país, con recursos provenientes del aporte de todos los afiliados a las instituciones privadas y del Estado. El objetivo fue el de crear un reaseguro para eventos catastróficos.

Esta solución ha sido exitosa. Tanto es así que no existieron reclamos judiciales de las prestaciones que el Fondo cubre hasta la incorporación de los medicamentos de alto costo en la cobertura del FNR.

En el año 2005, la ley incorporó a dichas prestaciones la cobertura de medicamentos de alto costo, y en el 2006 se inició el proceso de reglamentación de dicha ley, estableciéndose que competía al MSP la priorización de procedimientos médicos y medicamentos determinando cuáles serían cubiertos por los prestadores integrales y cuáles, por su alto costo y especialización serían cubiertos por el FNR.

En el año 2007 aparecieron los primeros reclamos judiciales en los que se pedía la cobertura de medicamentos no priorizados (no incluidos en el listado a cargo del Fondo). La ley que creó el Sistema Nacional Integrado de Salud dispuso que el MSP tendría a su cargo la elaboración

del Formulario Terapéutico Médico (FTM).

En el año 2008 el proceso de judicialización se intensificó, tanto en el número de reclamos como en las prestaciones reclamadas, incrementándose en el 2009 aunque sin alcanzar dimensiones graves como en el caso de Brasil, Colombia y Costa Rica.

El fenómeno se comenzó a percibir como un problema serio a nivel local por parte de los prestadores, reguladores y financiadores del sistema de salud.

Motivados por ese interés, en el año 2010, el MSP y el FNR participaron en la primer video conferencia internacional sobre judicialización de las prestaciones de salud organizada por el Instituto del Banco Mundial y continuaron haciéndolo en las siete video conferencias restantes.

Esos intercambios técnicos entre realidades de distintos países, permitieron constatar la existencia de un problema regional común y valorar el dialogo como herramienta valiosa, especialmente cuando se cuenta con el auxilio de un facilitador.

## La génesis de la Mesa de Dialogo Nacional sobre derecho a la salud

La incipiente pero creciente judicialización que preocupaba a los reguladores, prestadores y financiadores de salud, tampoco era ajena a los jueces uruguayos, que debían pronunciarse en relación a un creciente numero de demandas por las cuales se reclamaba el suministro de medicamentos de alto costo no priorizados (no incluidos en el Formulario Terapéutico de Medicamentos - FTM).

A instancias del Instituto del Banco Mundial y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se celebró el "Primer Coloquio Regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud", los días 23 y 24 de junio de 2011 en la ciudad de San José de Costa Rica, como parte de la Iniciativa Regional sobre Priorización, Equidad y Mandatos Constitucionales en Salud, en el cual participaron magistrados de Cortes, jueces y algunos académicos de países latinoamericanos.

En esa ocasión, los delegados de Uruguay, entre quienes se encontraban dos de los cinco miembros de la Suprema Corte de Justicia (uno de ellos era su Presidente), la Directora de la Escuela Judicial y un académico, plantearon la conveniencia de establecer a nivel local una Mesa de Dialogo en Salud.

La Mesa Nacional de Diálogo se creó en Montevideo los días 19 y 20 de setiembre de 2011, en torno a la temática "El proceso de priorización y el derecho a la salud. La visión de los

actores. Evolución de la jurisprudencia del derecho a la salud y el caso de Uruguay frente a la experiencia internacional” y son sus miembros permanentes:

- ✱ El Poder Judicial (PJ), a través de su órgano máximo, la Suprema Corte de Justicia (SCJ).
- ✱ El Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), escuela judicial que integra el Poder Judicial
- ✱ El Ministerio de Salud Pública (MSP)
- ✱ El Fondo Nacional de Recursos (FNR).

El Instituto del Banco Mundial y SaluDerecho actúan como facilitador, a través de un académico nacional.

Para hacer más eficiente la definición de la agenda de trabajo e implementar los diversos aspectos estratégicos, se conformó además una Mesa Ejecutiva, integrada por el facilitador y un representante de cada una de las entidades fundadoras (PJ, MSP, FNR).

## La evolución de la Mesa Nacional de Dialogo

A medida que la Mesa Nacional de Diálogo fue desarrollando una serie de actividades que más adelante se relatarán, surgió nítidamente la necesidad de ampliar el elenco de sus integrantes, dado que se consideró que la judicialización de la temática de la salud era un síntoma de otros problemas que debían ser abordados por todos los actores involucrados.

Así fue que, en un proceso de sucesivas integraciones, aunque no de manera formal, se fueron incorporando a las actividades de intercambio otros actores, tales como:

- ✱ Cátedras universitarias de medicina.
- ✱ Colegio Médico del Uruguay.
- ✱ Colegio de Abogados del Uruguay.
- ✱ Ministerio de Economía y Finanzas.
- ✱ Representantes de los usuarios.

## Los Objetivos de la Mesa de Dialogo

Desde sus comienzos, los integrantes de la Mesa se plantearon algunos objetivos a largo plazo, que deberían irse implementando en acciones concretas y resultados parciales.

Dichos objetivos se pueden sintetizar en los siguientes:

- ✱ Intercambio multidisciplinario de visiones sobre los dilemas y desafíos que plantea el derecho a la salud en Uruguay, de modo tal que todos y cada uno de los partícipes pueda conocer y comprender la posición de los demás, mediante un diálogo franco a fin de obtener algunos espacios de consenso.
- ✱ Desarrollo progresivo del derecho a la salud en el marco de un sistema sostenible y equitativo que apunte a una mayor transparencia, a efectos de lograr una cobertura de salud responsable y conocida por sus destinatarios, tanto en su contenido como en los procesos de su formulación e implementación
- ✱ Ampliación de la información y conocimientos en materia de derecho a la salud y de su acceso, para posibilitar el monitoreo y evaluación de las políticas públicas en materia de salud y hacer saber a las personas no solo los derechos de que son titulares, sino también la forma de acceder a ellos.

## Las actividades de la Mesa Nacional de Dialogo

En el marco del logro de los objetivos planteados, se han cumplido una serie de actividades.

Las principales fueron:

- ✱ Conformación de una Mesa Ejecutiva (ME) con representantes de las partes integrantes de la Mesa Nacional de Dialogo en febrero de 2012, para dotar de mayor eficiencia y efectividad la iniciativa.
- ✱ Reuniones quincenales de la Mesa Ejecutiva a fin de definir agenda, planificar actividades y evaluar las realizadas.
- ✱ Sistematización de la jurisprudencia nacional sobre reclamos de medicamentos de alto costo. A tales efectos, se recopiló la mayor parte de los fallos que se dictaron en los últimos años en Uruguay relación a medicamentos y otras prestaciones no priorizadas tratando de relevar sus aspectos principales. Se sistematizaron las principales líneas argumentales de las distintas posiciones expuestas en las decisiones judiciales y se hizo por primera vez en Uruguay un relevamiento cuantitativo y cualitativo de la litigación en salud.

- ✱ Relevamiento del marco normativo (leyes, reglamentaciones y protocolos) que regula la priorización de procedimientos médicos y medicamentos de alto costo.
- ✱ Elaboración de una base de datos de normas y jurisprudencia sobre acceso a prestaciones de salud de alto costo, para apoyo del trabajo de los jueces. A tales efectos se contó con el apoyo del Instituto del Banco Mundial.
- ✱ Participación en el Segundo Encuentro Regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, diciembre 2011, Buenos Aires, Republica Argentina.
- ✱ Mesa Nacional de Dialogo sobre “Priorización y Judicialización en Salud”, MSP, Montevideo, 2 de febrero de 2012.
- ✱ Participación en la Mesa Redonda de Alto Nivel sobre “Políticas y decisiones jurisdiccionales sobre medicamentos y prestaciones médicas con énfasis en la experiencia uruguaya”, 16 a 21 de junio de 2012, Washington DC, USA.
- ✱ “Taller sobre Derecho a la Salud”, organizado por la Mesa Nacional de Dialogo (SCJ, CEJU, MSP, FNR), con la facilitación del Instituto del Banco Mundial, CEJU, Montevideo, 22 de junio de 2012.
- ✱ Actividades binacionales de intercambio de experiencias con Costa Rica, videoconferencias y reuniones presenciales, a través de [www.saluderecho.net](http://www.saluderecho.net).
- ✱ Participación en la serie de Webinars sobre derecho a la salud en diversos países, coordinada mediante convenio entre el e-institute del Banco Mundial y SaluDerecho.
- ✱ Participación en el Primer Encuentro Global sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, Salzburgo, Austria, noviembre 2012.
- ✱ Mesa Redonda: Derecho a la Salud, Medicamentos y otras Prestaciones de Alto Costo”, organizada por la Mesa Nacional de Dialogo (SCJ, CEJU, MSP, FNR), con la facilitación del Instituto del Banco Mundial y con la participación de múltiples actores del sistema de salud (Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica, Montevideo, Uruguay, 7 de mayo de 2013). Ésta constituyó una instancia clave en la difusión del trabajo de la Mesa de Diálogo, abriéndose a la sociedad civil y a la socialización del conocimiento, procurando que todas las opiniones estuvieran representadas en el debate.
- ✱ Participación en el Cuarto Encuentro Latinoamericano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, 2 a 4 de abril de 2014, Bogotá, Colombia.

## Los resultados obtenidos

En el transcurso de estos pocos años (menos de 3), se han logrado resultados e impactos relevantes, tales como:

- ✱ Conformación de un ámbito esencial y efectivo en el cual los actores del sistema de salud de Uruguay intercambian francamente opiniones en torno al derecho a la salud, la priorización y la judicialización, permitiendo a cada uno de ellos conocer y comprender los desafíos y dilemas que enfrentan los otros.
- ✱ Progresiva extensión del dialogo nacional a los diversos actores del sistema de salud, integrado a la academia, a los médicos y a la sociedad civil.
- ✱ Creación y fortalecimiento de vínculos de confianza entre los diversos actores, generando un sentido de pertenencia en relación al sistema de salud.
- ✱ Ampliación de la base de conocimientos como consecuencia de los diálogos nacionales, binacionales, regionales y mundiales en las múltiples actividades realizadas.

## El futuro de la Mesa Nacional de Dialogo

Existe consenso en que el dialogo rinde sus frutos, pero que para que eso suceda se requiere trabajar en forma constante y perseverante.

Es también una lección aprendida en estos años que el dialogo evoluciona, cambia, agrega contenidos a su agenda o se focaliza en nuevos desafíos, aunque siempre en aras de los objetivos que motivaron la creación de la Mesa de Dialogo.

Con ese enfoque, en el futuro inmediato se tienen planificadas las siguientes actividades:

- ✱ Elaboración de una publicación nacional sobre "Derecho a la Salud: medicamentos y prestaciones de alto costo. Judicialización, priorización, equidad y transparencia", en la cual estén representadas todas las voces.
- ✱ Actividades de difusión acerca del sistema de salud y de los procesos de priorización, con potenciales pacientes reclamantes de prestaciones de alto costo.
- ✱ Ampliación de los integrantes de la Mesa de Dialogo.
- ✱ Extender el acceso a la base de datos sobre jurisprudencia nacional sobre medicamentos y

otras prestaciones de alto costo al Ministerio de Salud Pública y al Fondo Nacional de Recursos.

- ✱ Seguimiento del cumplimiento de las sentencias que ordenan el otorgamiento de prestaciones no priorizadas y la evolución de los pacientes que recibieron estas prestaciones, como forma de evaluar tanto el cumplimiento real como el costo efectividad de la prestación.
- ✱ Definir líneas de trabajo para lograr el acceso efectivo de los pacientes a información transparente sobre el proceso de priorización.
- ✱ Continuar con la actividad permanente de la Mesa Ejecutiva, como coordinadora y articuladora de las actividades y propuestas y con la vinculación con el proyecto SaluDerecho, como forma de mantener la actividad facilitadora y el relacionamiento externo.

Los desafíos son muchos y los dilemas complejos, pero los avances logrados permiten extraer lecciones aprendidas aplicables a otros países e impulsan la renovación de las agendas de trabajo nacionales y regionales.



# Lecciones aprendidas aplicables a otros procesos de cambio

⋮ **Lecciones aprendidas replicables a otros procesos de cambio**

# Lecciones aprendidas replicables a otros procesos de cambio

De lo expuesto en este libro, se pueden extraer algunas lecciones útiles para ser aplicadas en procesos de cambio que, traducidos en políticas públicas, vayan dirigidos al desarrollo progresivo de derechos humanos fundamentales.

He aquí algunas de las lecciones aprendidas que estimamos pueden aplicarse en otros procesos:



## **1. Identificación del problema**

Aunque parezca obvio, lo primero que hay que hacer es detectar la existencia de un problema y determinar con precisión en qué consiste.

Para ello es necesario que, al menos alguno de los actores involucrados, ponga de relieve el problema y encuentre en otros receptividad para refinar el diagnóstico y así poder enfrentarlo. Es probable que el diagnóstico se vaya mejorando a medida que transcurre el proceso.

La singularización del problema permite identificar el horizonte temporal en el que éste debiera ser resuelto. Un proceso de cambio como el que se ha descrito en este libro, busca enfrentar problemas complejos, dinámicos y multisectoriales, obteniendo resultado en el mediano o largo plazo. Por lo mismo, este proceso puede no ser aplicable a problemas que requieren atención urgente.



## **2. Identificación de actores estratégicos involucrados en el problema**

Resulta clave identificar los actores estratégicos involucrados en el problema.

Para ello, ha dado resultados partir de la identificación de personas que en sus respectivas organizaciones o comunidades ejerzan un rol de liderazgo, tengan conocimiento de la materia de que se trate y estén dispuestas a asumir el compromiso de iniciar un diálogo colaborativo para hallar soluciones al problema. La dimensión humana de este proceso es un elemento diferenciador, por lo cual el proceso de cambio se da desde las personas hacia las instituciones.

En cada grupo de actores debe identificarse dos tipos de personas: aquellas que tengan un compromiso con la idea sustantiva y aquellos que, sin perjuicio de ello, tengan representatividad de sus organizaciones.

La identificación de actores que generen los mayores desequilibrios por el poder que ostentan es relevante. A ellos se les debe hacer ver que participar en procesos de cambio, como el propuesto, no les hará perder su independencia.

También es crucial identificar al actor o actores percibidos como más frágiles, o que aparecen como centro de la acción del proceso social. La participación de ellos es también relevante para restablecer los equilibrios y dotar de legitimidad el proceso.

Finalmente, se deben identificar otros actores interesados en el problema que sirvan de balance entre los sectores que están directamente enfrentados.

Otra lección aprendida es que debe diseñarse una estrategia de incorporación gradual de los actores que favorezca el proceso. Ello, por cuanto, quienes ya vienen participando del proceso estarán fortalecidos y podrán motivar a los recién incorporados, a la vez que mantener el espíritu y objetivos del proceso de cambio.

La identificación de temores, aspiraciones e incentivos de los actores y el peso que ello tiene en la toma de decisiones, permitirá diseñar las estrategias adecuadas para avanzar en el proceso.

### **3. Identificación de un objetivo común de mutuo beneficio para todos los actores**

Los actores involucrados deben tener un objetivo común, que es la búsqueda de soluciones viables al problema planteado.

No debe de soslayarse la existencia de intereses distintos y, en ocasiones, contrapuestos de los diversos actores. Es esencial que los conflictos de interés, en la medida de lo posible, queden de manifiesto y se implementen mecanismos de transparencia que neutralicen

intereses espurios.

Pero, en cualquier caso, es esencial que los actores identifiquen la oportunidad de mutuos beneficios en torno al objetivo común.

#### **4. Un facilitador externo**

Como al inicio del proceso los actores involucrados pueden sentir desconfianza mutua y estar convencidos de que su punto de vista es el único correcto, se requiere necesariamente la intervención de un facilitador externo.

Esa intervención es imprescindible a lo largo de todo el proceso, ya que el cometido del agente facilitador es no solo promover, sino también apoyar y ayudar a resolver divergencias entre los miembros del grupo e incentivar la realización de actividades y la producción de conocimiento, entre otras muchas actividades.

#### **5. El diálogo como herramienta esencial del proceso de cambio**

Como parte del proceso de cambio, el diálogo se ha revelado como una utilísima herramienta para avanzar en la obtención de soluciones, aún parciales, en hipótesis de problemas complejos, dinámicos y multisectoriales.

La negociación es de especial relevancia para el logro de acuerdos encaminados a la solución del o los problemas identificados.

Atendiendo a las características del problema pueden desarrollarse una o más instancias de diálogo, ya sea sucesivas o paralelas, comprendiendo diversos grupos, países o regiones.

A su vez, las distintas instancias de diálogo se pueden retroalimentar en la construcción de sus agendas de trabajo.

#### **6. Generación y mantenimiento de confianza entre los actores**

Es imprescindible para el éxito del proceso de cambio la creación y el mantenimiento de confianza entre los actores pues ella revaloriza los resultados y facilita su implementación.

Ello se puede generar de diferentes maneras. Puede lograrse a través de la elección de las personas que van a intervenir en el diálogo, o por la intervención del facilitador, entre otras

formas que se pueden explorar.

## **7. Alianzas estratégicas que otorguen credibilidad al proceso de cambio**

La credibilidad de la iniciativa, sobre todo para superar la eventual desconfianza inicial de los actores, debe ser fortalecida a través de alianzas estratégicas entre organismos y/o instituciones de prestigio internacional o nacional.

Las alianzas estratégicas conformadas sobre la base de puntos de consenso y compromiso explícitos, deben permitir la protección recíproca de los aliados, creando un marco de continuidad del proceso de cambio.

## **8. Instrumentos innovadores**

A efectos de comprometer e incentivar la participación de los actores, es necesario aplicar instrumentos metodológicos innovadores que los involucre en el proceso de cambio.

Dichos instrumentos son múltiples y complementarios e incluyen diversas estrategias que pueden ir variando en el tiempo según las necesidades del proceso. Son ejemplo de ello las dinámicas de grupo para el trabajo en equipo, que permiten una relación horizontal entre los participantes, obviando jerarquías formales que pueden dificultar un diálogo sincero.

## **9. Establecer procesos de cambio en diferentes niveles**

El establecimiento simultáneo o sucesivo del proceso de cambio, sobre el problema identificado, en diferentes grupos de actores, ciudades, países y/o regiones, produce una beneficiosa interrelación y retroalimentación entre ellos. Este trabajo en distintos niveles permite optimizar recursos, compartir problemas y experiencias, a la vez que adaptar soluciones que, en otros contextos, han probado ser exitosas.

## **10. Generar una dinámica de encuentros continuos entre los actores, con contactos presenciales y a distancia**

Para la eficacia de un proceso de cambio es necesario generar una dinámica de intercambios continuos con contactos presenciales y a distancia, para que los actores se mantengan

comprometidos y alineados con los objetivos, tanto comunes como individuales.

A dichos efectos, es necesario realizar encuentros multinivel (SaluDerecho ha realizado encuentro globales, regionales y nacionales) periódicos y crear plataformas y redes de comunicación virtual.

## **11. Procesos políticos con elementos técnicos**

Los procesos de cambio suelen ser de carácter político en los que las dinámicas de poder y manejo asertivo de las complejidades humanas juegan un rol esencial. Pero a su vez, el proceso tiene contenido técnico y, por ello, se debe disponer y generar conocimiento que aporte a la resolución del problema identificado y contar con herramientas que permitan evaluar de manera complementaria un fenómeno complejo.

## **12. Identificar límites, valorar avances obtenidos y aceptar fracasos en el marco de un proceso dinámico**

En todo proceso de cambio deben reconocerse los límites. Esto es, distinguir lo que es alcanzable de aquello que no lo es. Pero a la vez, los límites son también dinámicos. A medida que se van resolviendo los problemas, aparecen nuevos desafíos.

Por otra parte, en este tipo de procesos, que no son lineales, no se puede tener certeza respecto de la obtención de un éxito inmediato. Por eso, es necesario aprender a valorar las metas parciales logradas y afrontar los fracasos, analizando las razones que los motivaron para no volver a repetirlos y para generar una solución alternativa a la propuesta original. Por tratarse de procesos multisectoriales los avances serán siempre consecuencia de acuerdos y no de indicaciones imperativas entre los actores. Ello hace de la conciliación y el intercambio una herramienta sustantiva. Por tratarse de un proceso dinámico los actores tienen que estar preparados para afrontar lentitud en el avance y hasta retrocesos.

## **13. Las personas son la clave del éxito**

Cualquiera que emprenda este camino debe saber que la clave del éxito son las personas involucradas o que se puedan involucrar y no los recursos materiales, financieros o de otro carácter de que puedan o no disponer. Se trata de personas moviendo instituciones, comprometidas con provocar un cambio. Los actores deben aprender a ver en los problemas retos y oportunidades y no desfallecer ante ellos.

## **14. Continuidad del proceso de cambio**

Uno de los desafíos centrales del proceso de cambio es lograr que el mismo sea continuo. Ello no quiere decir que sea inmutable, sino claramente evolutivo y abierto a las mutaciones. También debe ser permanente, con el objetivo de procurar aplicar en la práctica sus resultados y conclusiones.

# Colaboradores

⋮ **Autores en orden alfabético**

⋮ **Equipo del Book Sprint**

# Autores en orden alfabético

## **Mery Bolívar**

Médica de la Universidad del Norte. Master en Administración de Salud. Maestría en Gestión Actuarial de la Seguridad Social (en curso). Especialización en Gestión Pública. Especialización en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud. Con 20 años de experiencia en sistemas de salud y enfocada a planes de beneficios, costos y primas de aseguramiento para el sistema de salud y regímenes especiales Actualmente es Asesora del Despacho y fue Directora de Aseguramiento en Salud del Ministerio de Salud. Superintendente de Salud (E). Consultora para organismos internacionales (Unicef, PMA y BID) y nacionales (Fondo del Magisterio y Universidad Nacional). Docente adscrita de postgrado para políticas económica de salud y sistemas comparados de salud en las universidades Tadeo Lozano y UDES. Publicaciones: Colección de Estudios de Suficiencia POS–UPC 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010.

## **Leonardo Cubillos**

Médico de la Universidad del Rosario de Colombia con Maestría en Salud Pública de la Universidad de Harvard. Más de 13 años de experiencia en el sector salud. En el Instituto del Banco Mundial lidera los programas de transmisión de conocimiento sobre aseguramiento en salud en India, y la Iniciativa sobre Priorización y Mandatos Constitucionales en Salud en América Latina. Actualmente también trabaja en África Central en actividades de empoderamiento social y comunitario, usando el enfoque basado en Derechos aplicado a las tecnologías de información y comunicación para aumentar la demanda de servicios preventivos y curativos. Leonardo fue Director General de Gestión de la Demanda en Salud (Aseguramiento) y Viceministro encargado del Ministerio de Protección Social en Colombia. Orientó la regulación del régimen subsidiado al que están afiliados más de 20 millones de colombianos y el diseño, implementación, monitoreo y costeo de los planes de beneficios en salud. Ha sido profesor en universidades de Colombia y Chile, y consultor de la Industria Farmacéutica.

## **María Luisa Escobar**

Economista de la salud, con más de veinte años de experiencia trabajando en políticas de salud, economía de la salud y la reforma del sistema de salud. Actualmente es la Gerente de la Práctica de la Salud en el Instituto del Banco Mundial. Ha trabajado con los países en desarrollo en el análisis y diseño de las políticas de salud, a través del Banco Interamericano de Desarrollo y más tarde a través del Banco Mundial. Se desempeñó como Directora de Planificación y Asesora Principal del Ministro de Salud de Colombia, y luego como Asesora Técnico del Ministro de Protección Social del gobierno de Colombia. Trabajó en el análisis de los mecanismos de financiación innovadores para la salud mundial como becaria en la Residencia de la Brookings Institution en Washington DC y diseñó un programa de investigación sobre el impacto del seguro de salud en los países en desarrollo. Sus principales intereses son el financiamiento de la salud y la política sanitaria, y el desarrollo de estrategias eficaces para transformar los conocimientos técnicos en la aplicación de la política de salud en los países en desarrollo. Entre sus publicaciones más recientes están: *El impacto del seguro de salud en los países de bajos y medianos ingresos*. María Luisa Escobar, Charles C. Griffin, R. Paul Shaw, eds. ": The Brookings Institution, diciembre de 2010. *A partir de pocos a muchos: una década de expansión de seguro de salud en Colombia* Amanda Glassman, María Luisa Escobar, Ursula Giedion y Antonio Giuffrida, eds. Washington, DC: BID y de la Institución Brookings, diciembre de 2009.

## **Leticia Gómez**

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Asesora Letrada del Fondo Nacional de Recursos. Participante en los tres Encuentros Latinoamericanos sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud. Participante en el Simposio Global sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud (Salzburgo – Austria). Integrante de Saluderecho. Integrante del grupo de diálogo nacional denominado "Mesa Uruguay de Diálogo". Integrante del Grupo de Consultores de OEA. Autora y co-autora de diversas publicaciones vinculadas al tema objeto del Encuentro.

## **Roberto lunes**

Economista Senior en el Instituto del Banco Mundial. Trabajó por más de trece años en el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en el diseño e implementación de programas de salud en varios países de América Latina y del Caribe, y en la Oficina de Evaluación y Supervisión. Ha sido profesor e investigador de Economía de la Salud y Nutrición en la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Sao Paulo, y Takemi Fellow en Salud Internacional e

Investigador Fellow del Programa de Financiamiento en Salud, ambos en la Universidad de Harvard. Trabajó en las secretaría estatal y municipal de Sao Paulo, Brasil.

### **Román Navarro**

Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, cursó estudios de doctorado en Derecho Público en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Ha sido asesor de diputados a la Asamblea Legislativa, ministros de gobierno y presidentes ejecutivos de instituciones autónomas. Consultor para diversas instituciones públicas y privadas, nacionales e internacionales. Fue Cónsul General de Costa Rica en Madrid y Letrado de la Sala Constitucional. Miembro de la Comisión de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados y de la Red Iberoamericana de Derecho Sanitario. Miembro activo del proceso regional sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud, impulsado por el Instituto del Banco Mundial y de la Mesa de Diálogo costarricense sobre Judicialización de la Salud y Sistemas de Salud. Profesor universitario de grado y posgrado. Conferencista dentro y fuera del país. Autor de publicaciones en el campo del Derecho Público y del Derecho Sanitario en revistas de Derecho y libros colectivos. Autor del libro "El Derecho a la Salud" (2010).

### **Santiago Pereira Campos**

Abogado. Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Montevideo y en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (Escuela Judicial del Poder Judicial uruguayo). Profesor de Derecho Médico en cursos de grado y de postgrado. Facilitador del Diálogo Nacional sobre Derecho a la Salud de Uruguay desde 2010. Consejero del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA – OEA). Socio de RUEDA ABADI PEREIRA donde lidera el Departamento de Litigios y Arbitraje con un área especializada en Derecho a la Salud. Coordinador y Profesor Titular de la Especialización en Litigación y Derecho Procesal en la Universidad de Montevideo. Profesor visitante de la American University (Estados Unidos), Universidad Autónoma de Madrid (España) y Pontificia Universidad Católica (Chile). Consultor del Instituto del Banco Mundial sobre Derecho a la Salud. Ha sido consultor internacional de CEJA, PNUD, BID, FOMIN y ONUDI. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Director y coautor del libro "Estudios Multidisciplinarios sobre Derecho Médico y Organizaciones de la Salud"; coordinador y coautor del libro "Modernización de la Justicia Civil" y autor de otros 20 libros y más de 200 artículos e investigaciones sobre Derecho Médico, Derecho Procesal y Reforma de Sistemas de Justicia publicados en América y Europa.

## **Álvaro Salas**

Médico costarricense graduado de la UCR, casado, padre de dos hijos. Realizó posgrados en administración y planificación de los servicios de salud en Costa Rica y en la Universidad de Leeds del Reino Unido. Director de servicios de salud de clínicas y hospitales de la Caja Costarricense de Seguro Social. Obtuvo una maestría en la Escuela de Gobierno John F Kennedy, de la Universidad de Harvard en USA. Presidente Ejecutivo de la CCSS de 1994 a 1998. Director de la Reforma del sector salud en esos años. Profesor de la Escuela de salud Pública de la UCR en gestión y administración de servicios de salud. Consultor del BM y la OPS/OMS en muchos países latinoamericanos en relación con reformas sectoriales de salud y el enfoque de APS. Actualmente retirado.

## **Rodrigo A. Salinas**

Médico-Cirujano, Neurólogo, Profesor Asistente de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Magister en Salud Basada en Evidencias (U. de Oxford), Magister en Economía de la Salud (U. de York). Vice-Presidente del Consejo de Garantías en Salud del Ministerio de Salud de Chile. Miembro del Comité Asesor en Enfermedades Infrecuentes. Ex-Director de la Agencia Reguladora de Medicamentos (ISP) de Chile.

## **Nilza Salvo**

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno, Directora del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, Docente de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga, Ex docente de Derecho Privado II en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

## **Martin Schulze**

Juez desde 1988, Titular del 1º Juizado da Terceira Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, desde 2000. Coordinador del Comité Ejecutivo del Estado del Rio Grande do Sul del Fórum Nacional del Judicial para la Salud del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), desde 2010. Promovió la realización del Tercero Encuentro Latino Americano sobre Derecho a la Salud y Sistemas de Salud en Brasilia, de 3 a 5 de junio de 2013. Miembro del Comité Ejecutivo Nacional del Fórum de la Salud del CNJ durante el bienio 2012/2013. Coordinador del Curso

de Derecho a la Salud para Asesores de Jueces de la Escuela de la Magistratura de la AJURIS. Post-grado en Derecho de la Comunicación, Escuela de Derecho de Coimbra-Portugal.

### **Jesús Silva**

Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesor de la Academia de la Magistratura y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

### **João Luiz Soares**

Graduado en Ingeniería Industrial Eléctrica por el CEFET-MG, especialista en Gestión Empresarial por la Fundación Dom Cabral/Telemar y Maestría en Ingeniería Eléctrica por la UFMG. Empezó en 2001 su carrera corporativa en la Telemar actuando en las áreas de operaciones y ventas corporativas. En 2006 empezó a trabajar en gobierno de Minas Gerais en el proyecto de desburocratización de la Secretaria de Planeamiento y Gestión. Desde 2012 es Subsecretario de Innovación y Logística de la Secretaria de Salud del Estado.

### **Dalia Suárez**

Abogada graduada en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Lima, con estudios de Doctorado en Derecho y Maestrías en Administración, Derecho Constitucional y en Dirección y Gestión Pública en la Universidad Federico Villarreal y de la Escuela Superior de Administración Pública; así como estudios de especialización en "Fortalecimiento de los Sistemas de salud" en la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Harvard. Entre sus cargos podemos señalar que ha sido Directora General de Asesoría Jurídica y Apoderada Judicial Especial del Congreso de la República del Perú por más de 10 años y Asesora Especializada en materia constitucional en el Tribunal Constitucional del Perú, asimismo ha sido Directora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud, así como Secretaria de Coordinación del Comité Técnico Nacional Implementador del Aseguramiento Universal en Salud del Perú. Actualmente se desempeña como Jefa de Gabinete de Asesores del Ministerio de Salud y es miembro del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Perú. Igualmente es catedrática de la Universidad de Lima y tiene publicaciones en materia de Derecho a la Salud, Aseguramiento en Salud y Derecho de Sucesiones.



# Equipo del Book Sprint

El Book Sprint es la metodología para producir libros en un proceso colaborativo y rápido en 3 a 5 días. La metodología del Book Sprint ha sido desarrollado por Adam Hyde. Más información se encuentra en [www.booksprints.net](http://www.booksprints.net).

## Facilitación del Book Sprint

Barbara Rühling

Adam Hyde

## Ilustraciones

Johana Paez Caro

## HTML Book Diseñador

Eyal Holtzman

## Correcciones

Juan Camilo Cruz

Juan Andrés Rodríguez



