



Constitución y Derechos

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

PERSPECTIVAS A LA LUZ DEL CASO POBLETE DE LA CORTE IDH

Prólogo de
Eduardo **Ferrer Mac-Gregor**

Mariela Morales Antoniazzi
Laura Clérico
Coordinadoras



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección
Constitución y Derechos



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Interamericanización del derecho a la salud

Perspectivas a la luz del caso

***Poblete* de la Corte IDH**

Mariela Morales Antoniazzi

Laura Clérico

Coordinadoras

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2019

Primera edición: enero de 2019

Interamericanización del derecho a la salud
Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH

© Mariela Morales Antoniazzi
Laura Clérico

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-48-6

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Prólogo

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR	15
---------------------------------	----

PARTE I

ENFOQUES EN DERECHOS SOCIALES: HACIA LA INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

RODOLFO ARANGO	27
1. Introducción	27
2. Diferencias epistémicas entre sociedades “bien ordenadas” y “no bien ordenadas”	29
3. Particularidades del constitucionalismo social latinoamericano	31
4. Cómo construir un constitucionalismo social latinoamericano	37
5. Conclusiones	47
Bibliografía	49

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudencia a la audacia

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN	53
1. Introducción	53

2. Una protección indirecta a través de los derechos civiles y políticos	61
3. Una protección específica sobre la base del Protocolo de San Salvador	78
4. Una protección original a través del artículo 26 de la Convención Americana	82
Bibliografía	107
El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores	
AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN.	111
1. Introducción: el caso <i>Poblete Vilches</i> como parteaguas	111
2. El derecho a la salud de las personas mayores en los antecedentes de la CIPDHPM	114
3. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores	123
4. El derecho a la salud en la CIPDHPM.	129
5. Contexto jurídico regional	137
6. Epílogo.	139
Bibliografía	142
Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas	
MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA	145
1. Introducción.	145
2. Concepto de discriminación interseccional en el DIDH	147
3. Discriminación interseccional relacionada con el derecho a la salud: desarrollo judicial del concepto.	151
4. Casos de discriminación interseccional relacionada con el derecho a la salud en América Latina	153
5. Conclusiones	174
Bibliografía	176

Contenido

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales	
ÓSCAR PARRA VERA	179
1. Introducción	179
2. Breve nota conceptual	180
3. Algunas lecciones de la supervisión de cumplimiento interamericana	183
4. Algunos hitos y debates en la implementación de la sentencia T-760 de 2008	188
5. Algunos retos en materia de participación	198
6. Conclusiones	203
Bibliografía	204

PARTE II

PERSPECTIVAS COMPARADAS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales: ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia?	
CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER	209
1. Introducción	209
2. La protección de los derechos sociales en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos	214
3. Las dimensiones de los derechos sociales en disposiciones específicas del CEDH	219
4. ¿Nuevas tendencias en la jurisprudencia sobre derechos sociales? La jurisprudencia del TEDH en materia de derechos relacionados con la salud y la vivienda . .	223
5. Conclusión	236
Bibliografía	236

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	
ENCARNA CARMONA CUENCA	241
1. Introducción	241

2. Los derechos sociales de prestación y su problemática justiciabilidad	242
3. Las obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del TEDH	247
4. Las técnicas de protección de los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia del TEDH.	252
5. En especial: la protección de los derechos sociales de prestación a través de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado	262
6. A modo de conclusión	270
Bibliografía	272

PARTE III

TEXTOS Y CONTEXTOS: EL DERECHO A LA SALUD

A PROPÓSITO DE *POBLETE VILCHES*

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la
calidad en los servicios de salud a partir de *Poblete Vilches*
vs. Chile

PEDRO A. VILLARREAL	279
1. Introducción	279
2. El derecho a la salud en los ámbitos internacional y re- gional: componentes generales	282
3. Breve semblanza de la normativa internacional en tor- no al derecho a la salud.	284
4. El rol de los estándares no vinculantes	290
5. Las dimensiones individual y colectiva del derecho a la salud en el Sistema Interamericano	297
6. Calidad en los servicios de salud: una gran agenda pen- diente	301
7. Conclusiones	308
Bibliografía	310

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?	
LILIANA RONCONI	315
1. Introducción.....	315
2. Hechos.....	316
3. El camino recorrido por la Corte IDH en el reconocimiento de los DESC.....	318
4. Los argumentos en la sentencia bajo estudio (y su importancia).....	326
5. A modo de conclusión. ¿Los DESC llegaron para quedarse?.....	332
Bibliografía	333
El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso <i>Poblete Vilches</i> y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones imposterables y no ponderables	
MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO	335
1. Introducción.....	335
2. Los objetivos de este trabajo y estructura argumentativa	339
3. La delimitación del caso <i>Poblete Vilches</i> : hechos y cuestión normativa. ¿Un paso a la vez?	340
4. El derecho a la salud en situación de atención urgente	341
5. La organización del sistema de salud y las deficiencias estructurales: argumentación <i>interrupta</i> . Cuando el árbol no le permite ver el bosque.....	355
6. Consideraciones finales	358
Bibliografía	359
Avances en la protección de las personas mayores en el Sistema Interamericano: perspectivas y retos para la efectividad de sus derechos	
FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO	363
1. La construcción de un marco garante de los derechos de las personas mayores.....	364

2. Avances en el uso de los mecanismos del SIDH para la protección de los derechos de las personas mayores. . .	369
3. Perspectivas de la protección de las personas mayores en las Américas	377
Bibliografía	389
El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario	
RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA	
1. Introducción.	395
2. El Estado subsidiario en la Constitución chilena de 1980 y sus matizaciones legislativas.	399
3. Manifestaciones del Estado subsidiario en el derecho a la salud en Chile.	410
4. El Estado social en la Constitución de Brasil de 1988 y sus manifestaciones en el derecho a la salud.	421
5. Del Estado subsidiario al Estado comprometido con la salud en Chile.	435
6. Conclusiones	443
Bibliografía	444
El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile	
RODOLFO FIGUEROA G.	
1. Introducción.	449
2. Descripción de casos.	451
3. Conclusiones (aplicables al tipo de universo de casos utilizado).	481
Jurisprudencia	483
Referencias normativas y jurisprudenciales.	485

Prólogo

El caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* representa un hito en la jurisprudencia interamericana. Constituye la primera ocasión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declara una violación directa y autónoma del derecho a la salud, que tradicionalmente se había tutelado por la vía de la conexidad, principalmente mediante los derechos a la vida o a la integridad personal. De esta manera se continúa y profundiza en una línea jurisprudencial que rápidamente se ha desarrollado en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), al seguir la estela trazada en los casos *Lagos del Campo vs. Perú*, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, y *San Miguel Sosa vs. Venezuela*, así como en la OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. Y que de manera más reciente fue tratada en el importante caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*.¹

¹ *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348. Opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

En *Poblete Vilches* se dispuso que el derecho a la salud constituye un derecho que se puede derivar de algunas disposiciones de la Carta de la OEA, concluyendo que el derecho a la salud puede ser justiciable ante la Corte Interamericana desde el artículo 26 del Pacto de San José. Si bien en el caso *Acevedo Buendía y otros* (2009), la Corte IDH había externado el contenido de la obligación de progresividad, en *Poblete Vilches* se da un paso más en la delimitación del contenido de las obligaciones emergentes cuando se analizan posibles violaciones a derechos sociales. En esta tesis, la Corte IDH explica que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: las obligaciones *progresivas* y las obligaciones *de carácter inmediato*. Respecto de la primera, entiende que la realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs, y que ello no debe interpretarse en el sentido de que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión. Por otro lado, y respecto de las obligaciones de carácter *inmediato*, consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos.

En el caso *García Lucero y otras vs. Chile* (2013), la Corte IDH ya había expresado que las personas mayores se erigen como un grupo en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, *Poblete Vilches* constituyó la primera oportunidad en la cual se abordó de modo detallado la especial situación de vulnerabilidad y discriminación que viven estas personas. En efecto, la Corte IDH estableció que las personas mayores tienen derecho a una protección especial y reforzada, poniendo de relieve la obligación de los Estados de adoptar medidas diferenciadas para garantizar sus derechos y, en particular, el derecho a la salud. Se precisa que “la edad”, como categoría sospechosa, si bien no se encuentra expre-

Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

Prólogo

sa en el artículo 1 del Pacto de San José, esta puede interpretarse —de la misma forma en la que lo ha hecho con otras categorías no expresas— dentro de la categoría de “u otra condición social”. Por tanto, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada por la Convención Americana.

Como lo precisó la Corte IDH, el Estado “no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares referidos, por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia”. La Corte IDH dejó sentado que la edad del señor Poblete Vilches fue una razón “limitante para recibir una atención médica oportuna, pues de los hechos del caso se desprende que no se le brindó el tratamiento médico adecuado, en parte, por su condición de persona mayor, razón por la cual no se priorizó su tratamiento médico a pesar de su condición crítica y avanzada edad”. Advirtió que “la edad de una persona no debe ser una causa que obstaculice su desarrollo humano y por lo tanto el acceso a la protección de su salud”.

La sentencia aborda puntalmente el contenido del derecho a la salud de las personas mayores. Se resalta la idea de la relevancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y, por ende, de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia, debiendo tener, al menos, protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal. De este modo, la Corte IDH hace alusión al envejecimiento como un hecho ineludible que está impactando de manera constante y considerable la demografía de las Américas. Este desafío debe ser atendido a través del involucramiento de los Estados en una respuesta integral que reconozca a las personas mayores como sujetos de derechos especiales, incluyendo la prevención y promoción de su salud. En específico, destaca la sentencia que “las personas mayores deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal”.

Un elemento fundamental se constata en el hecho de que la Corte IDH es explícita al señalar cuál es el contenido del derecho

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

a la salud en casos de urgencias médicas a la luz de los elementos esenciales e interrelacionados de calidad, disponibilidad, aceptabilidad y accesibilidad —física, económica, de información y sin discriminación—. Y particularmente es enfática al señalar que la no discriminación es transversal en los servicios de atención de la salud.

También, a diferencia del caso *I.V. vs. Bolivia* (2016), en donde la Corte IDH determinó que el derecho al consentimiento informado es parte del derecho al acceso a la información (art. 13 de la Convención Americana), en *Poblete Vilches* posiciona el consentimiento informado mediante el acceso a la información como un *instrumento* que permite garantizar el derecho a la salud del paciente o de sus familiares. Por otro lado, el fallo precisa la regla en materia de consentimiento informado —es decir, que el paciente es quien debe dar dicho consentimiento— y la excepción a la regla —el consentimiento sustituto, por ejemplo, en el caso de emergencias médicas—.

Una vez más, la Corte IDH hizo uso del concepto de “reparación integral” que ha venido desarrollando a lo largo de su jurisprudencia. Este concepto representa un sello distintivo que ha logrado influir activa y positivamente en los diferentes procesos que pretenden la garantía de los derechos humanos, incluso contemplando reparaciones que abarcan no solo a las víctimas, sino a la sociedad en su conjunto. En *Poblete Vilches* resultan especialmente importantes las garantías de no repetición. La Corte IDH toma nota y valora las acciones y los avances implementados por el Estado para honrar sus obligaciones sobre implementación del consentimiento informado, así como valora que el Estado haya aumentado el número de camas de cuidados y la Unidad de Gestión Centralizada de camas. Sin embargo, a la luz de los hechos y violaciones acreditadas, los avances no parecen ser aún suficientes para desarmar la situación que ha configurado la vulneración de esos derechos. Por ello, ordena un conjunto de garantías de no repetición a los efectos de generar las condiciones para que dichas violaciones no vuelvan a ocurrir.

Las medidas de no repetición en el caso responden a dos bloques. Por un lado, respecto al derecho a la salud de las personas

Prólogo

mayores en general. Por otro lado, en forma más específica a la Unidad Hospitalaria en la que recibió atención el señor Poblete Vilches. En lo concerniente a la Unidad Hospitalaria, advierte que es necesario que el Estado asegure los medios de infraestructura indispensables para brindar una atención *adecuada, oportuna y de calidad* a sus pacientes. En particular, lo refiere a las situaciones de urgencia en atención de la salud y garantizando una *protección reforzada* a las personas mayores. Para ello, el Estado debe adoptar las “medidas suficientes y necesarias”.

Por lo demás, la Corte IDH sigue sosteniendo, como en otras oportunidades, que la educación y capacitación en derechos humanos es el camino que hay que seguir andando. En específico, ordena al Estado que adopte programas de educación y formación permanentes dirigidos a las y los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal del sistema de salud y seguridad social, con inclusión de los órganos de mediación. Determina que estos programas deben incluir contenidos sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados. Agrega que, a su vez, en estos programas es material de enseñanza y aprendizaje ineludible las temáticas propias de la sentencia en el caso *Poblete Vilches*, los instrumentos internacionales de derechos humanos y, en particular, los dedicados al derecho a la salud y acceso a la información.

Otras medidas de no repetición están dirigidas a la incidencia geriátrica en la salud y en favor de las personas mayores. Insta al Estado a fortalecer el “Instituto Nacional de Geriátrica” y su incidencia en la red hospitalaria tanto pública como privada. Advierte que este fortalecimiento se debe vincular también con la mencionada capacitación. Agrega que el Estado debe diseñar una cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención médica. Insta a que se asegure la disponibilidad de esta cartilla en los hospitales públicos y privados como en el sitio web del Ministerio de Salud. Por último, ordena al Estado adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Como lo revela la reconstrucción de los pilares de la sentencia expuestos en los párrafos anteriores y los estudios que contiene la presente obra, el caso *Poblete Vilches* simboliza un hito histórico en la jurisprudencia interamericana, teniendo en cuenta el contexto de nuestra región y los desafíos en materia social, económica y ambiental que atraviesa, y con particular intensidad para las personas mayores. Este libro ofrece una valiosa conjunción de trabajos de académicas y académicos de la región interamericana y europea, presentados en tres partes: I. Enfoques en derechos sociales: hacia la interamericanización del derecho a la salud; II. Perspectivas comparadas, y III. Textos y contextos: el derecho a la salud a propósito de *Poblete Vilches*.

La *primera parte* puede ser leída en clave de círculo hermenéutico por un lado, entre los desarrollos que provienen de los Estados de la región —perspectiva *bottom up*—, tales como los pioneros del derecho a la salud en el constitucionalismo social en los países latinoamericanos (Rodolfo Arango) con inclusión de los más recientes que se relacionan con la discriminación interseccional en la jurisprudencia latinoamericana (Manuel Eduardo Góngora Mera). Y, por otro lado, se tratan los desarrollos en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de DESCAs, que llevan a calificarla como jurisprudencia de la audacia (Laurence Burgorgue-Larsen), con inclusión de la especial protección de los derechos humanos de las personas mayores para que puedan gozar en forma efectiva del derecho a la salud (Aída Díaz-Tendero Bollain). Culmina con reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en materias de derechos sociales. Estos retos se plantean tanto para las sentencias dictadas por las Cortes nacionales, como para las pronunciadas por la Corte IDH (Óscar Parra Vera). Esta primera parte de la obra indica entonces que la sentencia *Poblete Vilches* no surge del vacío ni en forma aislada, sino en interacción con desarrollos y discusiones que se venían dando en las prácticas constitucionales de la región y en el ámbito interamericano.

La *segunda parte* del libro nos permite vislumbrar la exigibilidad de los derechos sociales desde una perspectiva comparada. El foco es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Prólogo

Humanos. La cuestión principal se enfoca en las nuevas tendencias de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de derechos sociales (Christina Binder y Thomas Schobesberger); y qué se puede reconstruir de ese *case law* a la luz de la determinación del contenido de los derechos sociales en su faz de prestación y las obligaciones positivas del Estado (Encarna Carmona Cuenca). La lectura de la primera y segunda parte del libro permite al/la lector/a ampliar el círculo hermenéutico. Esta obra colectiva comprende no solo la mirada de los avances en materia de los derechos sociales en los Estados de la región y el Sistema Interamericano, sino también se examina su par europeo. De esta manera se brinda una contribución acerca de qué tipos de sentencias se están dando en ambos sistemas y se facilita la identificación de las tendencias hacia la convergencia, divergencia o la emergencia de particularidades muy propias de cada uno de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. No puede pasar inadvertido los avances en el Sistema Interamericano al haberse creado de manera reciente la Relatoría especial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (REDESCA) en el seno de la Comisión Interamericana, que seguramente contribuirá a la visibilidad de los grandes desafíos que enfrentamos.

La *tercera parte* de esta publicación se destina al análisis pormenorizado de la sentencia *Poblete Vilches*. El marco es el derecho a la salud (Pedro Villarreal). Continúa con el señalamiento de *Poblete Vilches* como el fallo fundacional en materia de exigibilidad directa del derecho a la salud que surge luego de muchos años de vigencia de la Convención Americana (40 años). Varios argumentos justifican que esta exigibilidad directa llegó para quedarse (Liliana Ronconi). De singular relevancia resultan las reflexiones en torno a las enseñanzas de la sentencia *Poblete Vilches* para la determinación de los contenidos y la metodología de aplicación del derecho a la salud como derecho social autónomo. Un capítulo específico reconstruye el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables en materia de derecho a la salud en casos de urgencia y en que la persona afectada requiere de una protección especial por tratarse de una persona en situación de vulnerabilidad (Martín Aldao y Laura Clérico). Igualmente se explora

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

el impacto para la protección de los derechos de las personas mayores y su vínculo con el fortalecimiento de los estándares interamericanos (Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi, Erika Montero).

Esta tercera parte incluye dos estudios que permiten considerar el caso *Poblete Vilches* en el contexto local en que se produce la violación a los derechos. Plantea la pregunta acerca del sistema de salud como parte del derecho a la salud y su (des)protección en el “Estado subsidiario” (Allard Soto Raúl, Hennig Leal Mônia Clarissa, Galdámez Zelada Liliana), como así también las posibilidades reales de exigibilidad judicial del derecho a la salud en el marco de la jurisprudencia de protección en Chile (Rodolfo Figueroa G.). En fin, la tercera parte del libro puede entenderse como la ampliación de los círculos interpretativos generados en las partes primera y segunda del libro. Se complementan distintos enfoques indagando en el texto y en sus márgenes (sentencia *Poblete Vilches*), sus diferentes contextos (sistemas interamericano y europeo, los Estados de la región y, en particular, el Estado demandado). En suma, la obra presenta valiosas contribuciones para reforzar los estándares del caso *Poblete Vilches*, incluyendo perspectivas críticas y constructivas.

El caso *Poblete Vilches* ha generado estándares que podrán ser utilizados por las y los juzgadores de los países que han suscrito el Pacto de San José, en su condición de juezas y jueces interamericanos, cuando ejerzan control de convencionalidad. Son ellas y ellos quienes en primera línea están llamados a aplicar la Convención Americana y efectivizar su efecto útil en la protección y garantía de los derechos humanos de las personas. De ellos se nutre la jurisprudencia interamericana y a su vez, esta es el faro que las y los guía en la resolución de las problemáticas más sensibles y complejas, siempre a través de la brújula conformada por el principio *pro personae*. Se constituye de esta manera un Sistema Interamericano integrado, a través de una judicatura interamericana compartida, donde juntos se va construyendo un *ius commune* en materia de derechos humanos, respetando el alto y rico grado de diversidad de nuestras sociedades.

Por supuesto que el diálogo trasciende del diálogo jurisprudencial. Involucra a todas las autoridades del Estado, a las orga-

Prólogo

nizaciones y a las defensoras y defensores de derechos humanos, a las víctimas y en general a la sociedad civil en su conjunto. La visión crítica de la academia, de los medios de comunicación y de la sociedad civil en general, nutre de manera especial el trabajo de la Corte IDH, por lo que quisiera terminar destacando su relevante rol y función en la construcción de un orden público interamericano basado en los derechos humanos, en los altos valores y principios democráticos.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica, noviembre de 2018

PARTE I

Enfoques en derechos sociales: hacia la interamericanización del derecho a la salud

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud*

Rodolfo Arango**

1. INTRODUCCIÓN

Después de dos revoluciones —la inglesa y la francesa—, dos guerras mundiales y un amplio proceso de industrialización, Europa pudo alcanzar el desarrollo económico y social suficiente para que sus habitantes no mueran de hambre, vivan democráticamente y crean en el derecho como medio de paz. Por lo menos, lo anterior vale para los ciudadanos europeos, aunque lamentablemente no se aplica necesariamente a emigrantes o refugiados que se agolpan a las puertas de Europa o son expulsados de ella. Si bien las antiguas colonias allende del Atlántico sueñan hace 200 años con la misma suerte de la comunidad europea, por ejemplo, vivir en paz, con estabilidad política y bienestar social, hasta el momento tal sueño sigue lejano. El desarrollo de los países del Sur es menor al de los del Norte, la desigualdad social es inmensa y sus gobiernos son dependientes del exterior. Buena

* Este artículo fue previamente publicado como “Constitucionalismo social latinoamericano”, en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (comps.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM-MPIL-IIDC, 2010, formando parte del acervo jurídico de la biblioteca de la UNAM. Los editores agradecen al autor y a la editorial la autorización para reproducir en esta obra colectiva el presente texto.

** Profesor asociado, Departamento de Filosofía. Universidad de los Andes (Bogotá).

RODOLFO ARANGO

parte de su población vive en la pobreza. El desempleo o subempleo dominan. La desigualdad entre ricos y pobres es de las mayores del mundo. Los poderes legislativo o ejecutivo se encuentran en mayor o menor medida capturados por grupos económicos con intereses de clase.

Las diferencias materiales entre Europa y Latinoamérica también se reflejan a nivel jurídico. Es así como, mientras los derechos sociales están garantizados a nivel legislativo en el mundo desarrollado y no merecen por lo general de consagración constitucional, en el Sur se reconoce a los derechos sociales —alimentación, salud, educación, vivienda, trabajo, seguridad social— estatus de derechos fundamentales, aun si su desarrollo legal es precario o inexistente. Hay algo paradójico en esta realidad invertida: a mayor realización de los derechos sociales en Europa, menor el interés de consagrarlos constitucionalmente y, a la inversa, a menor goce efectivo de los mismos en Latinoamérica, mayor es el reconocimiento constitucional que reciben los derechos sociales en los países del Cono Sur.

Latinoamérica pretende ahorrarse revoluciones y guerras como etapa previa para construir sociedades más equitativas. No se resigna a aceptar la tesis según la cual para lograr condiciones materiales más igualitarias se requiere repetir los pasos de los ancestros europeos. Tampoco acepta obedecer, cual hermano menor incapaz de autodeterminarse, a teóricos que desaconsejan el reconocimiento de los derechos sociales a nivel constitucional por ser antidemocráticos o fomentar el paternalismo y la demagogia. Por el contrario, con fundamento en la experiencia de democratización de la sociedad vivida en las últimas dos décadas, es posible afirmar que el constitucionalismo social latinoamericano adquiere cada vez más extensión e importancia, independientemente de qué tan convenientes sean sus efectos a largo plazo. El constitucionalismo latinoamericano asume las transformaciones del Estado de derecho en Estado social y constitucional de derecho, así como de la democracia liberal en una democracia social y constitucional. Cuáles serán los efectos futuros de dichas transformaciones, es algo que no se puede prever.

El espejo invertido de Europa y Latinoamérica, que representa la realización de los derechos sociales y su nivel de consagración

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

constitucional, refleja una idea bien expresada por el juez de la Corte Constitucional de Sudáfrica, Albi Sachs: “There is growing acceptance all over the World that certain core fundamental values of a universal character should penetrate and suffuse all governmental activity, including the furnishing of the basic conditions for a dignified life for all. I believe that 21st-century jurisprudence will focus increasingly on socio-economic rights”.¹

El juez Sachs interpreta correctamente lo que el constitucionalismo social latinoamericano ha erigido como objetivos fundamentales: colocar los derechos sociales en el centro del proyecto político y económico en sociedades altamente disfuncionales; diseñar las instituciones y los procedimientos democráticos requeridos para realizar los derechos humanos en su integridad. En lo que sigue defenderemos una concepción del constitucionalismo latinoamericano que denominamos “social”. Primero mostraremos las diferencias epistémicas que se erigen entre sociedades “bien ordenadas” y “no bien ordenadas” y cómo tales diferencias inciden a la hora de reconocer derechos subjetivos constitucionales; luego expondremos algunas características del constitucionalismo social latinoamericano que lo diferencian de otras experiencias constitucionales, por último, haremos una propuesta metodológica para la construcción de un derecho constitucional latinoamericano en clave de derechos sociales.

2. DIFERENCIAS EPISTÉMICAS ENTRE SOCIEDADES “BIEN ORDENADAS” Y “NO BIEN ORDENADAS”

John Rawls restringió su reflexión sobre la justicia a sociedades “bien ordenadas”. Estas presuponen un nivel de conciencia que posibilita una búsqueda cooperativa del bienestar colectivo. En ellas, sus miembros conocen y aceptan los principios de la justicia defendidos por Rawls, así como las instituciones sociales básicas necesarias para su satisfacción. Los integrantes de las sociedades “bien ordenadas” son personas racionales y razonables

¹ Malcolm, Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. v.

RODOLFO ARANGO

que, en caso de conflicto entre derechos, escogerían la libertad por encima de la igualdad. En claro contraste con este tipo de sociedades, las sociedades “no bien ordenadas” son aquellas donde no existe el nivel de conciencia y cohesión social que permita a sus miembros compartir una concepción de justicia. Estas sociedades están divididas por profundas fracturas económicas, culturales, étnicas y políticas y presentan amplios problemas de disfuncionalidad institucional (p. ej., corrupción, captura del Estado por intereses particulares), desigualdad, inequidad y propensión al conflicto nacional e internacional.

Para sociedades bien ordenadas resulta adecuada una democracia liberal. Esta se funda en el reconocimiento de libertades básicas, concebidas como derechos negativos o de abstención. La vida, la libertad y la propiedad privada ocupan en este contexto una posición de privilegio. Según esta teoría, los derechos sociales no son verdaderos derechos fundamentales, sino meras aspiraciones políticas. El título de derechos fundamentales se reserva a los clásicos derechos civiles y políticos. Bajo esta óptica, reconocer estatus de derechos fundamentales a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo o a la seguridad social resulta extraño, además de que amenaza los principios de libertad y democracia, lo que debe evitarse en una sociedad que aspire a ser libre y equitativa.

Las sociedades “no bien ordenadas” rechazan una teoría política fundada en diferencias metafísicas entre derechos. Para el constitucionalismo social no existen diferencias categoriales entre las libertades negativas innatas —que habría reconocido Dios a todos los hombres por el mero hecho de serlo— y los derechos sociales que son, según la expresión de Carl Schmitt, derechos socialistas incompatibles con la sociedad liberal burguesa. Tanto los derechos de libertad como los derechos sociales son, para la tradición de las sociedades no bien ordenadas, potenciales derechos fundamentales. Eso explica por qué este tipo de derechos ocupa un lugar central en la jurisprudencia constitucional en Latinoamérica, sin que su reconocimiento por parte de los jueces constitucionales, por ejemplo en Colombia, Brasil, Argentina o Ecuador, haya significado la destrucción del Estado democrático de derecho, como lo prevenía E.W. Böckenförde.

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

Los presupuestos epistémicos de cada una de las concepciones de la sociedad descritas conducen a divergentes condiciones de posibilidad de los derechos fundamentales, las cuales, por su parte, determinan prácticas institucionales igualmente divergentes. Mientras que las sociedades “bien ordenadas” son minimalistas en el reconocimiento constitucional de derechos sociales y restringen la función jurisdiccional al cumplimiento de las prestaciones sociales aseguradas por la ley, en sociedades “no bien ordenadas” se presenta una ampliación —hipertrofia, según los críticos eurocéntricos— de los derechos fundamentales y del control constitucional. En el constitucionalismo social latinoamericano, las cortes constitucionales o tribunales con funciones constitucionales intervienen constantemente para evitar omisiones inconstitucionales de otras autoridades públicas en materia de satisfacción de derechos sociales. Es esta segunda realidad fáctica y normativa la que identifica al derecho constitucional latinoamericano.

3. PARTICULARIDADES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO

El constitucionalismo social latinoamericano surge en el contexto de la crisis del modelo de democracia liberal y del avance de la constitucionalización del derecho ordinario por medio de la extensión de las competencias de los jueces constitucionales. Característico de este desarrollo doctrinal es el protagonismo de la jurisdicción constitucional como instancia fundamental de dinamización democrática. Estas características plantean tensiones entre diversos principios constitucionales.

3.1. Tensión entre el principio democrático y el de Estado social de derecho

Liberales tan connotados como Rawls o Dahrendorf a finales del siglo xx han aceptado que la democracia liberal y representativa defendida por ellos en el pasado se encuentra en transición hacia algo nuevo e impredecible, y esto en buena parte por los

RODOLFO ARANGO

desafíos del fenómeno de la globalización. La crisis de representatividad de los partidos políticos y la debilidad del parlamentarismo para enfrentar desafíos sociales respecto de decisiones macroeconómicas adoptadas en forma descentralizada por agentes no estatales, restan poder explicatorio y justificatorio al modelo de la democracia liberal tradicional. Las alternativas en este proceso de transición pueden ser, entre otras, o la transformación de la democracia liberal en una democracia social que garantice la autonomía individual pero al costo de asegurar una mínima igualdad material a todos, o la restricción de las competencias de los jueces constitucionales y su limitación a la garantía de los derechos de libertad y de los principios fundamentales del Estado.

Tomarse en serio la reconstrucción del reconocimiento y la justiciabilidad constitucionales de los derechos sociales fundamentales implica resolver la tensión entre el principio democrático —que asigna la competencia de construcción social y económica, así como el desarrollo de la justicia distributiva en el legislador como principal foro de representación política— y el principio de Estado social de derecho. La defensa irrestricta de la democracia representativa puede significar el sacrificio del principio de Estado social de derecho. Esto es especialmente cierto cuando el Parlamento o el Congreso están cooptados por grupos y sectores que desatienden sistemáticamente los principios y metas constitucionales. Tal ha sido la experiencia que ha debido enfrentar el constitucionalismo social en Latinoamérica a fines del siglo xx y principios del xxi.

El paso del Estado de derecho al Estado social de derecho no es pequeño cambio en la fórmula de Estado. En el primero, los mandatarios se sujetan al principio democrático y a sus resultados plasmados en la ley. En el Estado social de derecho, la acción de las autoridades públicas no es exclusivamente proteger al individuo dentro del marco de la ley; también lo es satisfacer las necesidades básicas de la población, más aún cuando la dependencia económica y social impide al individuo hacerlo por sus propios medios. Este cambio es de la mayor envergadura. Un Estado social de derecho supone una revolución del pensamiento y de la forma de vida, aunque no necesariamente una revolu-

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

ción violenta. Este no llega al extremo del Estado comunista que monopoliza los recursos de la sociedad, con planes quinquenales administrativos y económicos en manos de una burocracia centralizada y con la expropiación de los medios de producción a los particulares. Sabemos que esa experiencia fue históricamente fallida, tal y como se realizó. Esto no significa, no obstante, que el ideal de la emancipación humana deba ser abandonado. Lo que se ha invalidado es el intento histórico de realizar de una determinada manera la emancipación social y humana.

Es importante tomar conciencia de la complejidad de la discusión de los derechos sociales fundamentales: ella involucra un debate más amplio sobre las relaciones entre justicia distributiva y compensatoria. El subdesarrollo es profundo y también es teórico, y no abarca solo al mundo en desarrollo, sino también a los países del primer mundo que ven empobrecer a su población a consecuencia del capitalismo global. La relación entre derechos sociales fundamentales y principio democrático es, según este orden de ideas, a un nivel más abstracto, la misma que existe entre la justicia compensatoria y la justicia distributiva. Mientras en el primer caso existen criterios objetivos que permiten la atribución de derechos públicos subjetivos en cabeza de personas que por su situación deben recibir una protección constitucional especial, en el segundo caso, las prestaciones sociales que van más allá del mínimo social necesario para la satisfacción integral de todas las necesidades de la persona tomada en cuenta como un miembro igual en consideración y respeto de la comunidad, son materia de políticas públicas del Estado cuya competencia está atribuida al legislador democrático.

El mundo se ha diversificado ideológicamente. No todos creen que el rico deba ayudar al pobre, lo que plantea un problema de justicia distributiva cuando unos tienen más oportunidades que otros por factores naturales y sociales ajenos a su voluntad. Cómo deba ser la distribución de recursos de unos a otros en la sociedad es algo que en una democracia debe discutirse, debatirse y decidirse democráticamente mediante el ejercicio de la política. Es necesario ganar en la arena política el aumento de la tributación y la apropiación de los recursos de la sociedad a los cuales las personas y los grupos en desventaja no acceden por ca-

RODOLFO ARANGO

recer de las capacidades y oportunidades para ello en un régimen de libre mercado. El principio democrático —en su acepción republicana que coincide con el constitucionalismo social— debe gobernar en materia social. Lo que logremos progresar en la realización del Estado social de derecho, de la democratización de la sociedad y del desarrollo de la justicia social, dependerá directamente de la formulación, negociación e implementación de políticas públicas democráticamente establecidas.

No obstante lo anterior, el constitucionalismo social latinoamericano distingue estrictamente entre aspectos de justicia distributiva y de justicia compensatoria, a la cual están adscritos los derechos sociales fundamentales.² A diferencia de la justicia distributiva que parte de una igualdad formal de todos ante la ley, la justicia compensatoria busca colocar en pie de igualdad, en el mismo punto de partida, a las personas que por circunstancias personales no se pueden ayudar a sí mismas frente a otras personas que sí están en pleno uso de sus capacidades. Los mínimos para compensar lo necesario para que la persona pueda ser un ciudadano integral no deben estar a disposición de las mayorías políticas. En este orden de ideas, los derechos sociales fundamentales se basan en la justicia compensatoria, no en la justicia distributiva. Esta distinción no la hace la concepción liberal clásica cuando sostiene que es mejor liberar las fuerzas de la economía para que todos compitan libremente y tengan motivación suficiente para realizar sus propios proyectos de vida. Bajo este influjo, lo requerido es limitar la acción del Estado en aras de proteger la iniciativa individual y el esfuerzo privado. La concepción liberal del Estado parte así de una premisa ficticia, a saber, que todos estamos en iguales condiciones para competir, lo cual no es cierto.

Entre la justicia compensatoria y la distributiva, y entre los derechos sociales fundamentales y las políticas públicas en lo social, existen estrechas relaciones, pero no por ello debe caerse en el error de reducir un extremo de la relación al otro: ni los derechos sociales fundamentales deben vaciar de contenido la

² Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999 (trad. al español: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005).

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

política social, ni las políticas públicas en materia social pueden pretender disponer del contenido de los derechos sociales fundamentales. A continuación se ahonda y precisa la referencia a los criterios objetivos que permiten el reconocimiento de derechos sociales, especialmente por parte de los jueces constitucionales.

3.2. Jurisdicción constitucional y principio democrático

La pérdida de legitimidad y de protagonismo por parte de los partidos políticos y del Parlamento en las democracias contemporáneas, dado el contexto de la globalización económica, explica en buena medida la importancia que ha cobrado la jurisdicción constitucional en materia del reconocimiento de derechos sociales fundamentales en los países de Latinoamérica.³ Mucho de lo que está bloqueado políticamente porque los representantes populares no pueden o no se atreven a decidir, es delegado en el máximo intérprete de la Constitución.

Si bien existen tanto peligros de un vaciamiento político del principal órgano político, que es el Parlamento, como riesgos de pasar a un Estado judicial que todo lo determine, lo cierto es que la experiencia del constitucionalismo social latinoamericano muestra que dichos desenlaces no son necesarios. Por el contrario, el principio democrático puede verse fortalecido y complementado por el activismo constitucional controlado que incentive la democratización de la sociedad. Esto ha sucedido en multiplicidad de decisiones de los jueces constitucionales en

³ Sostiene Philip Alston que este debate ha pasado a una fase más madura y diferenciada en países de Latinoamérica, de Asia del Sur y algunos países occidentales, de forma que cortes nacionales e instituciones de derecho internacional han propiciado una amplia jurisprudencia de derechos sociales. Véase Alston, Philip, *Foreword. Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008, p. x. Para una visión comparativa de los avances en Latinoamérica véase Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

RODOLFO ARANGO

Latinoamérica. En Colombia, en materia de salud⁴ o de desplazamiento interno como consecuencia del conflicto armado,⁵ por ejemplo, se han dictado sentencias que han dado fuerza a movimientos civiles y a organizaciones no gubernamentales en el agenciamiento de derechos en el ámbito de la política nacional e internacional. El constitucionalismo social, lejos de desmovilizar a la población, puede empoderarla para revitalizar los procesos democráticos, sin que por ello se convierta en un Estado gobernado por los jueces.⁶

A diferencia de las prevenciones teóricas contra las decisiones de los jueces constitucionales en materia de reconocimiento de derechos fundamentales, en particular de derechos sociales fundamentales, en el sentido de que cuerpos colegiados antima-yoritarios decidan asuntos que en una verdadera democracia solo podrían decidir los representantes políticos de la población, la experiencia del constitucionalismo social en los países latinoamericanos muestra que las intervenciones de los jueces constitucionales, más que usurpar las decisiones políticas de otras autoridades públicas o desmovilizar a los movimientos sociales, lo que hacen es destrabar el proceso político, cooperar para el cumplimiento oportuno de las metas del Estado y corregir las acciones y omisiones de la administración. Esto es patente en Brasil, Argentina, Colombia o recientemente Ecuador, en relación con el empoderamiento de usuarios de los servicios de salud que ven impedido el acceso a medicamentos; trabajadores que ven disminuido el poder adquisitivo de su salario; indígenas que no son consultados sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios; presidiarios que no reciben un trato digno en las cárceles; indigentes que son amenazados por campañas discriminadoras en

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008. Véase, especialmente, Parra, Óscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004. Véase Arango, Rodolfo (ed.), *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington D.C., The Brookings Institution-University of Bern Project on Internal Displacement, 2009.

⁶ Arango, Rodolfo, “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003, Oxford, pp. 141-154.

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

su contra; desempleados que son expulsados de las vías públicas por buscar su sobrevivencia, o pequeños propietarios privados de sus viviendas por intereses bancarios desproporcionados. Cuando la jurisdicción constitucional interviene para proteger los derechos fundamentales de los grupos de personas mencionados no solo no desconoce el principio democrático, sino que, por el contrario, contribuye a la realización de una democracia social y una democratización de la sociedad que, sin esperar las resultas de una revolución, debe atemperar los avances de los circuitos del poder burocrático y del dinero. Adicionalmente, la práctica demuestra que más que desactivar la movilización ciudadana, una jurisprudencia constitucional progresista en lo social puede contribuir a la organización social de grupos antes sin voz y sin poder de influir en las decisiones legislativas dominadas por poderes constituidos.⁷

4. CÓMO CONSTRUIR UN CONSTITUCIONALISMO SOCIAL LATINOAMERICANO

El constitucionalismo social latinoamericano viene desarrollándose desde hace dos décadas a nivel doctrinario y jurisprudencial.⁸ Una construcción más elaborada del mismo puede asumir

⁷ Saffon, María P., “Can Constitutional Courts be a Counter-Hegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court”, en *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 533-567; Pérez Murcia, Luis Eduardo y Rodríguez Garavito, César y Uprimny Yepes, Rodrigo, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2007.

⁸ De la amplia literatura que refleja los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, véanse, entre otros, Nino, Carlos Santiago, “On Social Rights”, en Aarnio, A. et al. (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlín, Duncker and Humblot, 1993, pp. 295-299; Lima Lopes, José Reinaldo de, “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito”, en Faria, José E. (ed.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo, Editora Globo, 1994; Gomes Canotilho, José Joaquín, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1997; Arango, Rodolfo, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, en *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, 1997, Bogotá, pp.

RODOLFO ARANGO

dos actitudes y elegir entre tres enfoques, no siempre excluyentes sino complementarios.

63-72; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999; Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2001, pp. 113-138; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Quito, New Haven, 2003; Sepúlveda, Magdalena et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, University for Peace, 2004; Ari Melo, Cláudio, *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, Porto Alegre, 2004; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005; Queiroz, Cristina, *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006; Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006; Escobar Roca, Guillermo, *Protección de la salud*, Madrid, Trama, 2006; Gargarella, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Aldershot, 2006, pp. 169-184; García, Mauricio, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006, pp. 201-233; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; Sarlet, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed., Porto Alegre, Livreria do Advogado, 2007; Gargarella, Roberto, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, Arango, Rodolfo, *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007, pp. 377-408. Chacón Mata, Alfonso Manuel, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, núm. 43, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007; Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Trotta, 2007; Pereira de Souza, Neto C. y Sarmiento, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008; Langford, Malcolm (ed.), *op. cit.*; Herrera, Carlos M., *Les droits sociaux*, París, PUF, 2009; Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; Carbonell, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*, pp. 55-87.

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

4.1. Dos actitudes

La primera actitud consiste en seguir obedientemente las enseñanzas del mundo desarrollado.⁹ Según esta receta, el derecho constitucional no debe vivir de sueños o quimeras. Las constituciones no son seguros de vida, sino acuerdos mínimos de gobernabilidad que aseguran la libertad y el desarrollo económico. Desde esa perspectiva, es aconsejable rechazar un peligroso constitucionalismo social y adoptar más bien un constitucionalismo liberal que controle al Estado y garantice espacios de libertad a los individuos y grupos. Esta opción requeriría rectificar varios aspectos de la práctica actual del activismo judicial, la constitucionalización del derecho ordinario y la preeminencia de la justicia constitucional sobre los otros poderes públicos. Sectores conservadores amigos de regresar al modelo de Estado liberal de derecho lideran los proyectos de reforma que buscan racionalizar el uso del derecho constitucional, limitar los poderes de las cortes constitucionales en favor de un fortalecimiento del poder ejecutivo e impedir que los jueces intervengan en decisiones económicas antes reservadas a los expertos o a funcionarios de carácter técnico.

Una actitud diferente hace énfasis en una agenda propia, independiente, para Latinoamérica, que no responda a modelos políticos y diseños institucionales preestablecidos, sino a una experiencia de práctica jurisprudencial y doctrinal que afronte institucionalmente las disfunciones de las sociedades “no bien ordenadas”, sin que tal actitud signifique necesariamente la ruina

⁹ Las enseñanzas sobre los peligros de un constitucionalismo social pueden encontrarse, entre otros, en críticos como Böckenförde, Ernst W., “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993; Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, Madrid; Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2003; Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón J. et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 297-326; Atria, Fernando, “¿Existen los derechos sociales?”, en *Doxa. Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4, 2004, pp. 15-59.

RODOLFO ARANGO

del derecho o la despedida del sistema democrático. Tal agenda podría diseñarse, desarrollarse y reconstruirse de forma complementaria a partir de diversos enfoques.

4.2. Tres enfoques

Por lo menos tres enfoques pueden ser adoptados en la construcción de un constitucionalismo latinoamericano con énfasis en el protagonismo de los derechos sociales, según el modelo de Estado social de derecho y democracia social constuido por vía de la jurisprudencia constitucional.

4.2.1. Enfoque genético-evolutivo del constitucionalismo social

Según este enfoque, los fundamentos de un constitucionalismo común latinoamericano deberían buscarse en la consagración de principios, derechos y deberes en los textos constitucionales a partir del derecho internacional de los derechos humanos, que reconoce los derechos humanos sociales, económicos y culturales como verdaderos derechos. El hecho de que en las constituciones europeas de la posguerra los derechos sociales no tuvieran inicialmente consagración constitucional, no ha impedido a las constituciones latinoamericanas acoger un gran número y variedad de derechos constitucionales —liberales y sociales— en respuesta a las exigencias de grupos y sectores sociales diversos. Por su parte, la Convención de Viena de 1993 consagra los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, importante fundamento del constitucionalismo social en Latinoamérica.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, que debe ser complementado por la investigación histórica sobre la evolución del derecho constitucional en Latinoamérica luego de la independencia, a partir de finales del siglo xx es perceptible una ola de reformas constitucionales —Brasil, 1988; Colombia, 1991; Perú, 1993; Argentina, 1994; Venezuela, 1999; Ecuador, 2008; Bolivia, 2009— con similares características, a saber, amplias cartas de derechos, mecanismos de protección constitucio-

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

nal de los mismos, control constitucional por parte de tribunales especializados o salas constitucionales dentro de las cortes supremas de justicia. En especial, es perceptible una clara tendencia al reconocimiento constitucional de derechos sociales, a la par con derechos de libertad y de participación, como es posible observarlo tanto en el texto de las constituciones, como en la jurisprudencia y la doctrina respectivas. En un plan material puede decirse que las presiones de la globalización no se restringen al ámbito económico, sino que existe un creciente proceso de diálogo y transmisión de doctrina constitucional, especialmente en materia de derechos humanos y fundamentales, dada la pretensión de universalidad que estos llevan implícita. El avance en los estudios genético-evolutivos debería tener en cuenta la mencionada convergencia, de forma que el comparativismo constitucional se expanda del ámbito de los derechos al de las instituciones —cortes, ombudsman, organismos de control, sistema electoral, etc.— y los procedimientos —acciones de protección de derechos, acciones populares de defensa de intereses generales o derechos colectivos, vetos, participación ciudadana, entre otros—.

4.2.2. *Enfoque top-down (deductivo)* vs. *enfoque down-top (inductivo)*

Un enfoque *top-down* (deductivo) en la construcción de un constitucionalismo común en latinoamérica parte de la norma superior de los distintos ordenamientos —la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, etc., cuando ellos tienen un estatus superior al texto constitucional— y estudia el desarrollo deductivo del ordenamiento jurídico al estilo de un sistema que va descendiendo en su desarrollo por vía de decisiones de la jurisdicción constitucional con efectos *erga omnes*: leyes, decretos reglamentarios, decisiones constitucionales *inter partes* o *ad personam*, decisiones de la justicia ordinaria; resoluciones, circulares, etc. La ventaja de este enfoque radica en reconocer el valor normativo supremo de las normas que gobiernan el desarrollo constitucional en cada país antes de proceder a comparar a dicho nivel máximo las disposiciones constitucionales de los diversos Estados, en búsqueda de principios fundamentales comunes.

RODOLFO ARANGO

El enfoque *top-down* corre el riesgo de quedarse en una descripción normativa y limitarse a la reconstrucción del entramado jurídico institucional, sin conexión necesaria con la vigencia efectiva del derecho constitucional. Es por ello que no es la normatividad sino la facticidad, desde un enfoque *down-top* (inductivo), la que se presenta como mejor candidato para que, desde la experiencia de la jurisdicción constitucional, en forma casuista, se vaya tejiendo una red comprensible y comprensiva del constitucionalismo social.¹⁰

Buenos candidatos para construir inductiva y progresivamente un constitucionalismo social común los constituyen, por ejemplo, los derechos a la alimentación, a la salud o a la vivienda. Diferentes personas pertenecientes a diversas poblaciones sufren de los mismos problemas en cuanto al acceso a alimentos suficientes en calidad nutricional y cantidad; al acceso a medicamentos y tratamientos médicos; al despojo de la morada en que viven o vivían. A partir de la identificación de situaciones comunes —por lo general de vulneración o amenaza a un derecho social determinado— es posible comparar la manera como los jueces en los diferentes países del continente han abordado el caso en lo relativo a la apreciación de los hechos; la valoración de las pruebas; la interpretación de las normas constitucionales; las medidas —preventivas o que remedien— adoptadas; las cargas de la argumentación impuestas a las partes; la debida fundamentación de la decisión, entre otras variables. En el caso colombiano, por ejemplo, es notorio con respecto al grado de originalidad de los jueces constitucionales —creación de doctrinas como el “estado de cosas inconstitucional”,¹¹ el derecho fundamental al mínimo

¹⁰ Gerardo Pisarello defiende una comprensión de los derechos sociales y sus garantías a partir de una mirada “desde abajo” en su artículo del mismo nombre, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*, pp. 55 y ss. Aquí no usamos la direccionalidad *down-top* en el sentido de Pisarello como una visión desde los ciudadanos y opuesta a una visión estatista o institucional. Se trata más bien de un enfoque inductivo y casuista de situaciones que comprometen derechos sociales y que son compartidas en cualquier país emergente o en desarrollo.

¹¹ Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional, T-153 de 1998 (cárceles); T-439 de 1998 y SU-090 de 2000 (pensiones); T-025

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

vital,¹² o los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional—o la extensión y popularidad de la acción constitucional para la protección de los derechos fundamentales —acción de tutela—. En el caso argentino, los tribunales de la ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, han ordenado al resolver acciones de amparo que la administración incluya personas y familias en los planes alimentarios oficiales; mientras que la Corte Suprema de Justicia en el caso *Sánchez* ha hecho referencia a la estrecha relación entre el mantenimiento del poder adquisitivo del salario y los derechos a la alimentación, la vivienda y la salud.¹³

4.2.3. *Enfoques internacional-constitucional y constitucional-internacional*

La progresiva internacionalización del derecho público y de los derechos humanos ha propiciado en varios países la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno, reconociéndoles jerarquía supraconstitucional o constitucional. La precedencia o, por lo menos, el mismo estatus normativo de las normas internacionales de derechos humanos hace que un enfoque internacional adoptado internamente por los tribunales y las autoridades de los diferentes países sea propicio para la creación de un constitucionalismo común. Casos igualmente paradigmáticos de impacto del derecho internacional sobre el derecho público interno los ofrece Argentina —mediante la incorporación de tratados de derechos humanos en el texto constitucional en 1994—, Colombia —mediante la doctrina del “bloque de constitucionalidad”— o Brasil —que en materia de

de 2004 (desplazados); auto 207 de 2007 en cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004 (indígenas); T-760 de 2008 (salud).

¹² Véanse, entre otras, las sentencias T-426 de 1992 y T-533 de 1992. También Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, en *Estudios Ocasionales*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS-Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2003.

¹³ Véase Courtis, Christian, “El derecho a la alimentación como derecho justiciable: desafíos y estrategias”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*, p. 109.

RODOLFO ARANGO

salud optó por universalizar su prestación, de conformidad con los principios contenidos en la Convención Americana respecto a derechos económicos, sociales y culturales—. En el caso de Brasil y el derecho a la salud, es especialmente llamativa la tendencia a concebir este derecho —y en general los derechos fundamentales— como una unidad conceptual a partir de las normas internacionales de protección de derechos humanos,¹⁴ lo que supone un claro privilegio del enfoque internacional-constitucional sobre el constitucional-internacional.

La prevalencia de la facticidad sobre la normatividad en el mundo disfuncional y contradictorio de los Estados latinoamericanos aconseja privilegiar un enfoque constitucional-internacional en la construcción de un derecho público común en materia de derechos fundamentales. Lo anterior se justifica por el hecho de que el derecho internacional convencional —la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, así como la interpretación de la Corte IDH, es normativamente conservador a la hora de reconocer y proteger derechos sociales. La experiencia de países como Brasil, Argentina, Ecuador, Costa Rica o Colombia permite concluir que el reconocimiento y la protección de los derechos al mínimo existencial, a la salud, a la alimentación, a la vivienda, al trabajo o a la seguridad social es mayor a nivel nacional en la jurisdicción constitucional que en las sentencias de la Corte IDH. No obstante, el rezago del derecho internacional de derechos humanos en relación con la exigibilidad judicial de derechos sociales no debe impedir que a nivel local los avances doctrinarios transconstitucionales sirvan de fuente de inspiración a los jueces en un nivel local.

Los anteriores enfoques pueden ser complementarios en la práctica, bien se trate de la protección de derechos —enfoques *down* y nacional—, del establecimiento de procedimientos —enfoques *top* e internacional— o del desarrollo institucional —enfoques *down* e internacional—. La experiencia de varios años en el análisis jurisprudencial en Latinoamérica aconseja combinar los enfoques metodológicos para construir un derecho común,

¹⁴ Véase Flichtiner Figueiredo, Mariana, *Direito fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*, Porto Alegre, Livraria de Advogado, 2007, pp. 25 y ss.

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

atendiendo a si hablamos de derechos, procedimientos o instituciones. Para el caso de los derechos constitucionales, debido a la variedad y riqueza de situaciones y de sentencias de control por vía de amparo o de tutela, se recomienda un enfoque casuista comparativo (*down-top*) a partir de decisiones nacionales comparables hasta llegar a las decisiones más escasas, pero no menos importantes, de la Corte IDH. Un ejemplo de trabajo sería analizar la respuesta que recibirían en cada sistema jurídico nacional casos paradigmáticos de niñas o niños pobres privados de una adecuada alimentación; el acceso al sistema de salud en caso de enfermedades catastróficas (sida, cáncer); comunidades indígenas y su acceso y permanencia en el sistema de educación; mínima existencia para personas en la indigencia, etcétera.

En relación con los procedimientos constitucionales para la defensa de los principios y derechos constitucionales, la comparación de los sistemas nacionales puede orientarse a partir del principio internacional de la tutela judicial efectiva. Este principio exige la descripción y comparación de las vías judiciales en cada país como condición previa para recurrir al Sistema Interamericano mediante un procedimiento complementario de garantía de los derechos por vía de la exigibilidad de las obligaciones internacionales de los Estados parte.

Por su parte, las instituciones constitucionales diseñadas para la protección, la garantía, la vigilancia y el control del poder público y del cumplimiento de las metas constitucionales pueden ser comparadas a partir de un método genético-evolutivo del surgimiento de instituciones como las defensorías del pueblo, la Corte Constitucional o las comisiones públicas o mixtas —público/privadas— que vigilan la prestación de servicios públicos. El diseño institucional de cada país —enfoque *down-top*— puede, a su vez, ser evaluado a la luz de su carácter pluralista y participativo, más en países que se toman en serio la diversidad étnica y cultural de su población como Bolivia, Ecuador o Colombia.

El propósito de construir un constitucionalismo social requiere, entonces, además de actitudes y diversidad de enfoques, establecer algunos criterios o niveles de análisis concordantes con la práctica de los jueces en los países del Cono Sur.

RODOLFO ARANGO

4.3. Criterios del análisis

Como criterios de análisis cuentan:

1. el nivel de constitucionalización del derecho nacional, por ejemplo, por vía de la aplicación de las doctrinas del bloque de constitucionalidad, de la *Drittwirkung* o de la interpretación de conformidad con la Constitución. El neoconstitucionalismo presenta una amplia difusión en los países del Cono Sur occidental, lo que supone una pérdida de la primacía de la legislación en favor de un creciente protagonismo de los tribunales constitucionales;
2. el nivel de democratización de la sociedad, criterio que exige entender la democracia no solo como un sistema para sustituir pacíficamente el ejercicio del poder, sino también como un proceso creciente de incorporación de todos los actores y grupos sociales, en particular los sistemática o tradicionalmente excluidos, en el proceso de autodeterminación de la comunidad nacional;
3. el nivel de realización de los derechos sociales fundamentales en los diferentes países latinoamericanos según datos empíricos del cubrimiento en alimentación, salud, vivienda, seguridad social, etc. El control sobre la realización efectiva de los derechos fundamentales sociales mínimos permite distinguir materias de competencia legislativa —como la formulación de una política pública adecuada y suficiente— y materias de competencia de la jurisdicción constitucional de forma que se concilien los principios democráticos de dignidad humana y de Estado social de derecho.

Estos niveles de análisis podrían incluir aspectos de justicia distributiva exigibles judicialmente (p. ej., el respeto a las reglas procedimentales de la democracia), así como contenidos constitucionales esenciales¹⁵ o verdaderos derechos sociales fundamentales.¹⁶ Otro ámbito de gran desarrollo jurisprudencial atendidas las sentencias colombianas, argentinas y brasileñas,

¹⁵ Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.

¹⁶ Véase la extensa literatura citada en la nota 8, *supra*.

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

principalmente, se refiere al control de políticas públicas en materia social en cuanto al monitoreo de obligaciones de ejecución progresiva y de la prohibición de retroceso en materia de derechos sociales. Por último, un aspecto de análisis ulterior consiste en valorar cuánto contribuyen los derechos sociales fundamentales a la construcción de una ciudadanía activa y diversa, como sucede con la jurisprudencia en materia de grupos étnicos y culturales, a cuyos miembros se reconocen derechos fundamentales especiales (p. ej., derecho colectivo a la sobrevivencia étnica y cultural como grupo, ante las amenazas de destrucción de su medio ambiente vital).

5. CONCLUSIONES

Un intrincado reto y un necesario compromiso. Dos conclusiones sobre el constitucionalismo social latinoamericano no son admisibles a la luz de las experiencias comparadas:

1. La primera es identificar el sistema constitucional de los países del Sur con un estado judicial caótico y meramente simbólico. La investigación empírica sobre cumplimiento de sentencias en materia del derecho a la salud y de asistencia a la población desplazada así lo indica.
2. La segunda conclusión no aceptable sobre el constitucionalismo social latinoamericano es la supuesta destrucción de la democracia representativa; por el contrario, el adecuado diseño ha permitido conciliar la democracia representativa con la democratización de la sociedad, sin por ello sacrificar la libertad individual. En tiempos de globalización esta solución se muestra más adecuada que la defensa a ultranza de un Parlamento con crecientes problemas de representatividad dado el surgimiento de nuevos y diversos actores políticos no estatales.

El reto consiste entonces en avanzar en la construcción de un derecho constitucional civilizatorio e integrador sin tener que esperar a grandes revoluciones políticas ni a desarrollos económicos específicos, como lo pretende una concepción materialista de la historia que se ha colado en las mentes de muchos liberales.

RODOLFO ARANGO

Sin desatender la necesidad de estudios históricos sobre el origen y las características del derecho constitucional en cada uno de los países latinoamericanos, la experiencia jurisprudencial de los últimos 20 años en el ámbito de los derechos sociales fundamentales constituye un invaluable material para el comparativismo constitucional y, con ello, la integración jurídica futura, así solo sea, en un principio, un pensamiento quimérico. Las decisiones de la Corte Suprema en Argentina, del Poder Judicial y del Tribunal Supremo en Brasil, de la Corte Constitucional en Colombia o del Tribunal Constitucional del Ecuador demuestran convergencias en el desarrollo de la protección judicial de los derechos sociales, las cuales constituyen los prolegómenos de un derecho constitucional común en el ámbito de los derechos fundamentales.

La internalización de los prejuicios liberales en cabeza de autores y teóricos del primer mundo ha contribuido al rechazo instintivo hacia los derechos sociales y al rezago de lo que podría constituir un aporte importante a la doctrina jurídica en el ámbito del constitucionalismo social, aporte que no se restringe al sur latino, sino que involucra otros países en desarrollo. El aumento de la literatura especializada en los últimos años¹⁷ hace previsible la necesidad de investigaciones más extensas y profundas sobre este objeto. Y si sabemos demostrar desde Latinoamérica la pertinencia y viabilidad de dichas investigaciones, podrían ser los centros de investigación de las sociedades “bien ordenadas” los que financien, así sea con los dineros de “ayuda al desarrollo”, proyectos que permitan la construcción de un constitucionalismo social latinoamericano como antesala a una mayor y mejor

¹⁷ Bilchitz, David, *The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Guari, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Pereira de Souza, Neto, C. y Sarmiento, Daniel (coords.), *op. cit.*; Langford, Malcolm (ed.), *op. cit.*; Tushnet, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton&Oxford, Princeton University Press, 2008; Herrera, Carlos M., *op. cit.*; Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *op. cit.*; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

integración de las naciones del continente americano hispanohablante, todo bajo el respeto de los principios de Estado social de derecho, democracia social y respeto integral de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Trotta, 2007.
- Alston, Philip, *Foreword. Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008.
- Arango, Rodolfo (ed.), *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington D.C., The Brookings Institution-University of Bern Project on Internal Displacement, 2009.
- , *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999 (trad. al español: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005).
- , *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- , “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003, Oxford.
- , “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”, en *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, 1997, Bogotá.
- , y Lemaitre, Julieta, “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, en *Estudios Ocasionales*, Bogotá, Centro de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS-Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, 2003.
- Ari Melo, Cláudio, *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, Porto Alegre, 2004.
- Atria, Fernando, “¿Existen los derechos sociales?”, en *Doxa. Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4, 2004.

RODOLFO ARANGO

- Bilchitz, David, *The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Böckenförde, Ernst W., “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- Carbonell, Miguel, “La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- , “El derecho a la alimentación como derecho justicia-ble: desafíos y estrategias”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Chacón Mata, Alfonso Manuel, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, núm. 43, Bilbao, Universidad de Deusto, 2007.
- Escobar Roca, Guillermo, *Protección de la salud*, Madrid, Trama, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- Flichtiner Figueiredo, Mariana, *Direito fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*, Porto Alegre, Livraria de Advogado, 2007.
- García, Mauricio, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones

Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud

- a partir de Colombia”, en Uprimny, Rodrigo, Rodríguez, César y García, Mauricio (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, 2006.
- Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?* Aldershot, 2006.
- , “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, Rodolfo, *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.
- Gomes Canotilho, José Joaquín, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1997.
- Guari, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2003.
- Herrera, Carlos M., *Les droits sociaux*, París, PUF, 2009.
- Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón J. *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004.
- Lima Lopes, José Reinaldo de, “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito”, en Faria, José E. (ed.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo, Editora Globo, 1994.
- Malcolm, Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Quito, New Haven, 2003.
- Nino, Carlos Santiago, “On Social Rights”, en Aarnio, A. *et al.* (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlín, Duncker and Humblot, 1993.

RODOLFO ARANGO

- Parra, Óscar, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2002.
- Pereira de Souza, Neto C. y Sarmiento, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, 2008.
- Pérez Murcia, Luis Eduardo y Rodríguez Garavito, César y Uprimny Yepes, Rodrigo, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico, 2007.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- , “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2001.
- Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, Madrid.
- Queiroz, Cristina, *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra, 2006.
- Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996.
- Saffon, María P., “Can Constitutional Courts be a Counter-Hegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court”, en *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007.
- Sarlet, Ingo, *A Eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed., Porto Alegre, Livreria do Advogado, 2007.
- Sepúlveda, Magdalena et al., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, University for Peace, 2004.
- Tushnet, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton&Oxford, Princeton University Press, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudencia a la audacia

*Laurence Burgorgue-Larsen**

1. INTRODUCCIÓN

Sin importar las latitudes, la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales¹ ha causado y causará debates: su naturaleza y, por ende, su justiciabilidad, no cesa de ser cuestionada y los argumentos tendentes a evitar un compromiso demasiado importante por parte de los jueces en esta materia son numerosos.² Se sabe que los sistemas constitucionales y convencionales

* Catedrática de Derecho Público en la Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Traducción al español por Nicolás Montoya Céspedes, candidato a doctor en Derecho de Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne y miembro del GEDILAS.

¹ Se sabe que la terminología de “derechos económicos, sociales y culturales” (DESC) es comúnmente admitida a escala internacional. Por cuestiones de simplicidad, pero con miras a evitar una excesiva recurrencia a la sigla DESC, emplearé generalmente la expresión de “derechos sociales”.

² Diane Roman presenta con mucha claridad los dos argumentos que clásicamente se han presentado en contra de la justiciabilidad plena de los derechos sociales: el argumento democrático —según el cual le corresponde al Parlamento efectuar las decisiones presupuestales y encargarse de las cuestiones generales del orden económico y social—; el argumento técnico —que afirma que la imprecisión y el carácter progresivo de su rea-

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

—todos ellos fruto de consensos políticos en un momento determinado— reflejan la falta de acuerdos sobre el reconocimiento de un respeto equivalente entre los derechos sociales, por un lado, y los derechos civiles y políticos, por otro. Aunque los estudios demuestran que, alrededor del mundo, las constituciones que consagran este tipo de derechos no dejan de aumentar, los catálogos no son para nada homogéneos. Los derechos sociales consagrados en ellos no son idénticos, no tienen el mismo estatus, no tienen el mismo alcance jurídico y su interpretación —lejos de efectuarse en un vacío— depende de una serie de elementos de orden sociológico relacionados con el poderío o no de partidos políticos de izquierda, el compromiso de la sociedad civil, el perfil de los intérpretes y las tradiciones jurídicas que favorecen o no cierto grado de activismo judicial, etc. [...] Todo esto proporciona un panorama extremadamente contradictorio sobre el alcance de los derechos sociales en el seno de los Estados.³ Así, aunque se pretende que las necesidades elementales de las personas puedan ser satisfechas, aunque estudios recientes en el campo de la filosofía hayan propuesto fundamentos teóricos que invitan a su valorización⁴ y aunque creativos juristas hayan propuesto nuevas maneras de estructurar los derechos a fin de hacerlos exigibles,⁵ el hecho es que las normas positivas no han integrado estas revoluciones conceptuales, a pesar de que los úl-

lización—. Véase Roman, Diane, “La justiciabilité des droits sociaux: les arguments classiques en faveur d’un *self restraint* juridictionnel”, en Roman, Diane (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, París, Pedone, 2012, pp. 29-43.

³ Debe referenciarse el impresionante estudio de derecho comparado adelantado por Jung, Courtney; Hirschl, Ran y Rosevear, Evan, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, núm. 62, 2014, pp. 1043-1098. No son menos de 195 las constituciones que han sido analizadas con miras a evaluar el número y el estatus de los derechos económicos y sociales que incluyen.

⁴ Los trabajos de Amartya Sen (sobre la igualdad), de Martha Nussbaum (sobre la vulnerabilidad y las capacidades) de John Rawls (sobre la justicia) son significativos al respecto.

⁵ Entre la abundante literatura véase, Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores, 2014, p. 161; Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, p. 226.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

timos 20 años han mostrado, en todo el mundo, un incremento significativo de decisiones judiciales relacionadas con los derechos sociales.⁶ Por consiguiente, toda vez que la Corte Interamericana decidió tomar en serio estos derechos, erigiéndose como la primera jurisdicción regional de protección de derechos en desarrollar una política jurisprudencial de las más audaces en la materia, sus desarrollos merecen especial atención.

A pesar de que durante mucho tiempo los casos basados de manera específica en los derechos sociales fueron pocos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, hacia finales de la primera década del siglo XXI se ha presentado un incremento significativo gracias a algunas decisiones emblemáticas. La primera de ellas se produjo en 2009, con el fallo *Acevedo Buendía*. Este fallo, relativo al derecho a la pensión de funcionarios y jubilados en Perú, marcó una importante ruptura analítica en la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana —cuyo título es “desarrollo progresivo”—, a pesar de que en el caso en concreto no se determinó su violación.⁷ Con fundamento en dicha ruptura, varios de los jueces de la Corte Interamericana desarrollaron, a través de opiniones separadas, un discurso innovador sobre la justiciabilidad de esta original disposición que, como se sabe, constituye ella sola la totalidad del capítulo 3 de la Convención. Así, la jueza jamaíquina Maccaulay, en el caso *Furlan*⁸ y, sobre todo, el juez Ferrer Mac-Gregor en cuatro casos⁹ desple-

⁶ La literatura en inglés demuestra la intención. Langford, Malcolm (dir.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 740; Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunix, *Courts and Social Transformation in new Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot-Burlington, Routledge, 2006, p. 328.

⁷ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

⁸ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 agosto de 2012. Serie C, núm. 246.

⁹ Se trata de los casos: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261; Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecua-*

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

garon análisis audaces y creativos, en ruptura total con posturas doctrinales precedentes, con miras a reconocer en el artículo 26 un alcance singular. Con dicho fin, estos votos desplegaron una ingeniería interpretativa novedosa al recurrir a técnicas como las remisiones normativas y al aperturismo interpretativo.

Toda la argumentación técnica ya contenida en estos votos estaba a la espera de ser acogida por la mayoría de los miembros de la Corte. Esto se produjo gracias a la postura de algunos jueces (como el costarricense Ventura Robles y el brasileño Caldas en el caso *Gonzales Lluy*) y la llegada de nuevos integrantes al seno de la Corte (como la juez costarricense Odio Benito, el juez argentino Zaffaroni y el juez ecuatoriano Pazmiño Freire). Así, todo estaba listo cuando el 31 de agosto de 2017, en el caso *Lagos del Campo*, se construyó una mayoría al interior de la Corte, no solamente para declarar la justiciabilidad del artículo 26 —y de los derechos sociales a los que remite—, sino para declarar su violación en el caso en concreto.¹⁰ Esta aproximación, que sin lugar a dudas puede ser calificada como “revolucionaria” —toda vez que es al mismo tiempo subversiva y progresista—, fue confirmada algunos meses más tarde en otro caso proveniente de Perú en el que se cuestionaba el despido masivo de varias decenas de trabajadores en el sector de los hidrocarburos¹¹ y en el marco de la

dor. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298; Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de julio de 2015. Serie C, núm. 296; y Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340, párr. 154; Véase Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2017, pp. 181-234.

¹¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

importante opinión consultiva, solicitada por Colombia, sobre la relación entre los derechos humanos y el medioambiente.¹² Luego de haber determinado los contornos de esta nueva política jurisprudencial, que fija una nueva línea interpretativa, la Corte los confirmó y afinó en importantes decisiones posteriores.¹³ Nadie duda que, cada vez que los hechos del caso lo permitan, la Corte continuará reforzando esta innovadora línea argumentativa.

Ahora bien, es importante resaltar que el incremento en la fuerza normativa del artículo 26 a lo largo de la década de 2010 hasta la revolución jurídica del fallo *Lagos del Campo*, no quiere decir que la jurisprudencia anterior no haya sido rica o que no haya anunciado este incremento en el contencioso social al interior de la Corte Interamericana. En efecto, se pueden listar —además de la trascendental opinión consultiva 18, acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,¹⁴ solicitada por México en un contexto político y jurídico particularmente tenso con Estados Unidos—¹⁵ importantes casos rela-

¹² Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

¹³ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348; Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

¹⁴ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.

¹⁵ Al origen de la solicitud se encuentra una decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que preocupó al gobierno mexicano. En efecto, la jurisdicción suprema estadounidense decidió en el caso *Hoffman Plastics Compound Inc.* [Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 27 de marzo de 2002, *Hoffman Plastics Compound, Inc vs. National Labour Relations Board (NLRB)*], que un trabajador mexicano, despedido por haber distribuido información de carácter sindical, no tenía derecho a ninguna indemnización puesto que se encontraba en situación irregular sobre el territorio de Estados Unidos. Con esta decisión, la Corte Suprema de Justicia cambió una jurisprudencia pacífica de la NRLB y abrió la caja de Pandora de los abusos contra los trabajadores migrantes desprovistos de “papeles” en debida forma.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

cionados con cuestiones de salud,¹⁶ vivienda,¹⁷ educación¹⁸ y, *last but not least*, el derecho al trabajo. Sin duda, en este último aspecto la jurisprudencia proveniente de San José fue durante mucho tiempo la más rica. De la libertad sindical,¹⁹ pasando por el derecho a la pensión,²⁰ para llegar al despido abusivo,²¹ la Corte Interamericana ha sido llevada a pronunciarse principalmente sobre casos relacionados con las múltiples facetas de los derechos de los trabajadores.

La relativa rareza jurisprudencial, hasta finales de la primera década del siglo XXI, se explica gracias a varios factores: uno de tipo político, el otro exclusivamente jurídico. Tratándose de las

¹⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149; Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171; Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261; Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.

¹⁷ Aquí se debe entender la noción de “vivienda en el sentido amplio, lo que incluye la relación con la tierra que mantienen las comunidades indígenas”. En ese sentido se puede mencionar la primera “gran decisión” tomada por la Corte que la convirtió en la primera jurisdicción internacional en interesarse por estas cuestiones. Véase, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79. Véase también, Anaya, James y Grossman, Claudio, “The Case of *Awav Tingni vs. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002, pp. 1-15.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C, núm. 121; Corte IDH. *Caso Contoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, núm. 167.

²⁰ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98; y Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*.

²¹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72; y Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

consideraciones políticas, la configuración del contencioso interamericano ha sido durante muchos años, y lo es en gran parte todavía, la consecuencia de violaciones masivas de los derechos humanos que fueron perpetradas en el continente en los años setenta del siglo xx, en pleno periodo dictatorial. Así, la mayoría de los casos ante la Corte se refiere a asuntos sobre la protección del derecho a la vida (art. 4), la prohibición de la tortura (art. 5), la protección de la libertad y la seguridad personal (art. 7). En lo que atañe al factor jurídico, debe tenerse en cuenta que las disposiciones de la Convención Americana en materia de derechos sociales no son muy numerosas. A decir verdad, no hay más que una; la contenida en el muy importante artículo 26 que lleva por título “Desarrollo progresivo”,²² que constituye la totalidad del capítulo 3 de la Convención bajo el título “derechos económicos y sociales”, cuyo alcance jurídico no ha sido unánime en la doctrina ni en el seno de la Corte.

Por otra parte, no se puede analizar la jurisprudencia de la Corte de San José ignorando otros textos, de desigual importancia, centrados en las cuestiones económicas y sociales que han sido adoptados en el hemisferio sur. En primer lugar, la Carta Interamericana de Garantías Sociales —adoptada con ocasión de la Conferencia Americana de Río de Janeiro en 1947— que fuera el primer texto internacional en el que se reconocieron los derechos de los trabajadores en el continente americano. Este texto —conocido también con el nombre de Declaración de los Derechos Sociales de los Trabajadores— es, simbólicamente, un precedente importante. No obstante, no pasa de tener un valor declaratorio desprovisto de desarrollos jurisprudenciales. El texto de carácter obligatorio que viene a perfeccionar la protección de los derechos sociales en el continente americano es el Protocolo adicional a la Convención Americana de San Salvador adoptado el

²² Dicho art. se lee como sigue: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

17 de noviembre de 1988, y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Sin embargo, conviene mencionar que al día de hoy no ha sido ratificado más que por 15 Estados miembros²³ de los 23 que han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia de la Corte.²⁴ Este Protocolo no reconoce la posibilidad de presentar demandas ante la Corte Interamericana —contra Estados que lo han ratificado— sino en lo que respecta a dos derechos: la libertad sindical (art. 8.a) y el derecho a la educación (art. 13). Frente al resto de derechos enumerados en él, los Estados simplemente tienen la obligación de presentar informes periódicos a la Asamblea General de la OEA (art. 19.1). De manera general, el Protocolo de San Salvador afirma en su preámbulo que otros instrumentos ya han reconocido los derechos sociales, pero que estos deben ser “desarrollados, perfeccionados y protegidos” en América. En cualquier caso, su existencia implica *prima facie* una escisión de los regímenes jurídicos. En efecto, los Estados que no lo han ratificado no están sometidos más que a las referencias precisas contenidas en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que contienen ciertas disposiciones relativas a la cuestión.²⁵ Se verá, empero, que dicha escisión de regímenes jurídicos ha sido totalmente reevaluada con la aproximación innovadora que la Corte inauguró en el fallo *Lagos del Campo*,²⁶ que fuera confirmado rápidamente.

El análisis de la protección de los derechos sociales en el Sistema Interamericano demuestra que la Corte de San José ha tomado varios caminos para estar en capacidad de garantizarlos. *i.* la *protección indirecta*, a través de los derechos civiles y políticos, en

²³ Al 18 de julio de 2018, únicamente Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay habían ratificado el Protocolo de San Salvador.

²⁴ En realidad, la Convención fue ratificada por 24 Estados, pero Trinidad y Tobago la denunció el 26 de mayo de 1998.

²⁵ La Declaración garantiza los siguientes derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la protección a la maternidad y la infancia (art. VII), derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI), derecho a la educación (art. XII), derecho a los beneficios de la cultura (art. XIII), derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV), derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. XV) y el derecho a la seguridad social (art. XVI.)

²⁶ Corte IDH. *Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

donde recurre a la técnica de la conexidad para protegerlos; *ii.* la *protección específica*, reconocida en el Protocolo de San Salvador, siempre que el Estado lo haya ratificado y, finalmente, *iii.* la *protección original*, luego de que la Corte reconociera la justiciabilidad del artículo 26 acudiendo al concepto de “derivación” para proteger los derechos contenidos tanto en la Carta de la OEA como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (III).

2. UNA PROTECCIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

La Corte Interamericana ha hecho suyo un pasaje del preámbulo del Protocolo de San Salvador, que proclama:

[I]a estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

La “interdependencia” de los derechos ha permitido de esa forma construir la jurisprudencia relativa a la protección de los trabajadores, puesto que el enmarañamiento de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos impide una separación clara entre unos y otros. Así, tanto a través de ciertos derechos “sustantivos” (A) como de los derechos “procedimentales” (B), la Corte Interamericana ha logrado construir poco a poco un *corpus* social protector para los individuos y los grupos. Es importante, entonces, destacar que aun antes de descubrir las “ventajas” del artículo 26 en el caso *Acevedo Buendía*, la Corte había usado todas las potencialidades de los derechos civiles y políticos para poder proteger, de manera indirecta, los DESC.

2.1. La protección a través de los derechos sustantivos

Los derechos sustantivos que han participado en la protección de los derechos sociales, por medio de la técnica de la conexidad,

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

son cuatro. Se trata del derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad física (art. 5); la libertad de asociación (art. 16), y el derecho de propiedad (art. 21). Estas disposiciones fueron empleadas en el marco de casos relacionados con las condiciones de internación en instituciones de salud (*Ximenes Lopes*), modalidades de atención y trato médico de pacientes (*Albán Cornejo*, *Suárez Peralta*, *Gonzales Lluy*), al despido de miembros de sindicatos (*Baena Ricardo*) o su ejecución extrajudicial (*Huilca Tesce*, *Cantoral Huamani* y *García Santa Cruz*) y en el marco del derecho a la jubilación (*Cinco Pensionistas*).

En términos generales, se puede decir que la Corte ha sido particularmente audaz. Se verá que ella utiliza, al mismo tiempo, tanto las virtudes de la teoría de las obligaciones positivas —derecho a la vida, derecho a la integridad física— como el potencial de ciertas disposiciones del texto convencional —libertad de asociación—. Se descubrirá, igualmente, que la Corte tampoco ha podido negar la posibilidad de los Estados de limitar algunos derechos, lo que ha sido lógicamente utilizado —por no decir instrumentalizado— por ellos según su conveniencia, especialmente en materia del derecho de propiedad.

2.1.1. El derecho a la vida

El “contencioso” respecto de los niños²⁷ y de las comunidades indígenas²⁸ le ha permitido a la Corte —especialmente a través del *derecho a la vida* que fue rápidamente transformado en el “derecho a una vida digna”—²⁹ tomar posiciones importantes sobre

²⁷ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112.

²⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.

²⁹ Pasqualucci, Jo. M., “The Right to a Dignified Life (Vida digna): the integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 1, 2008, pp. 1-32.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

cuestiones de salud, educación, vivienda, alimentación y acceso al agua potable.³⁰

Sin embargo, es sobre todo el caso *Ximenes Lopes*³¹ el que proporciona la ocasión para detenerse de forma muy clara, incluso solemne, en la importante problemática de la salud. Se trata del primer caso en el universo interamericano que aborda la situación tan particular de las personas detenidas que sufren problemas psíquicos. Un joven, enfermo psiquiátrico, hospitalizado en un instituto privado especializado bajo control del Estado, es encontrado muerto después de haber sido admitido en dicha institución. Este caso presentó a la Corte la oportunidad de abordar no solo la cuestión de la autonomía personal de los enfermos,³²

³⁰ Melish, T. J., “The Inter-American Court of Human Rights”, en Langford, M. (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2006.

³¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*.

³² La Corte se toma el tiempo de presentar de manera muy precisa su visión considerando que “todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas”. Corte IDH. *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párr. 130. Se ve aquí cómo surge el concepto de autonomía personal, el que, como se sabe, Cecilia Medina Quiroga considera integrado en el corazón del art. 5, párr. 1, Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Facultad de Derecho, 2003, pp. 138-139. Se corre el riesgo de pensar en este caso que se trata de una actualización de la concepción de la jueza chilena. El *dictum* del párrafo 130 es fundamental, puesto que plantea varios principios claves: 1) la autonomía personal puede ser limitada (en la medida en que, en interés del enfermo, se le pueden imponer medidas de salud, *i.e.* sin su consentimiento); 2) se plantea una presunción de capacidad de expresión a favor de los enfermos psiquiátricos, puesto que la enfermedad mental no equivale a “una incapacidad de autodeterminarse” (por tanto el personal médico y las autoridades deben tener en cuenta esta capacidad); 3) cuando se demuestre que el enfermo mental está imposibilitado para expresar su consentimiento, serán sus parientes, sus representantes legales o las autoridades competentes quienes deberán decidir el tratamiento que se le ha de administrar. El aporte de la Corte de San José en relación con esta cuestión es enorme; prefigura la emergencia de un nuevo contencioso, más diversificado y menos centrado sobre las violaciones masivas de los derechos humanos.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

sino también las obligaciones del Estado en materia de salud. En relación con este segundo elemento, la Corte afirmó, con fuerza, que “la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados”.³³ En este contexto ha decantado las obligaciones que corren a cargo de ellos y que, si no son respetadas, entrañan su responsabilidad internacional. La Corte no ha vacilado en afirmar que los Estados tienen un deber de reglamentación y de control que se despliega cualquiera que sea el estatus jurídico del organismo de salud en cuestión (*i.e.*, tanto si es privado como si es público).³⁴ Así, el deber especial de protección de la vida y de la autonomía personal impone a cargo del Estado la obligación de estar en disposición de prevenir todo tipo de intervenciones de terceros que choquen con esos dos elementos.³⁵ Dicho de otro modo, todo fallo en los mecanismos de protección de los enfermos, por su propia naturaleza vulnerables, será imputado a los Estados que verán automáticamente comprometida su responsabilidad internacional. Eso es tanto como decir que el umbral de las obligaciones a cargo de las instancias estatales es particularmente elevado..., lo que generó un contencioso bastante surtido, como los casos que pusieron de relieve el derecho a la integridad personal (art. 5) lo muestran.

2.1.2. *El derecho a la integridad personal*

En el caso *Albán Cornejo*, la Corte vinculó directamente el derecho a la vida y la integridad personal con los servicios de salud

³³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párr. 89.

³⁴ En dicho párrafo se señala lo siguiente: “90. 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. *La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.*” (*cursivas añadidas*).

³⁵ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párr. 89.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

al considerar que las falencias en las modalidades de tratamiento médico podían constituir una violación del artículo 5 de la Convención.³⁶ Este caso se refirió al fallecimiento de la hija de los peticionarios, que se produjo luego de ser hospitalizada para tratar una meningitis aguda. Al analizar la obligación de los Estados de adoptar medidas internas (art. 2), la Corte presentó varios principios generales sobre la prestación de servicios de salud, la legislación sobre la materia, sus profesionales y las malas prácticas en las que se puede incurrir.³⁷ A partir de dicho análisis, la Corte aprovechó para recordar que el artículo 10 del Protocolo de San Salvador reconocía el derecho a la salud como un “bien publico”, por lo que los Estados debían establecer mecanismos de control sobre la prestación de servicios médicos y debían implementar un sistema de represión penal que tuviera por objeto la sanción de las malas prácticas. Consciente de la no justiciabilidad directa del derecho a la salud, según el Protocolo de San Salvador, la Corte sintió la necesidad de presentar un marco de referencia muy preciso sobre los derechos y deberes de los Estados en la materia, como el juez García Ramírez lo hizo explícito en su voto concordante.

El caso *Suárez Peralta*, por su parte, puso de presente las malas prácticas médicas que siguieron al tratamiento de una apendicitis en un establecimiento privado que provocó sufrimiento permanente a la peticionaria. Sin embargo, aunque la legislación ecuatoriana preveía mecanismos de control y seguimiento a las instituciones médicas, la Corte estimó que no fueron efectivos en el caso en concreto. Por consiguiente, declaró la violación del artículo 5.1 por parte de Perú, por faltar a su deber de garantía y de prevención del derecho a la integridad física en cabeza de la señora Suárez Peralta.³⁸ Este caso permitió recordar, con vehemencia, que los Estados tienen la obligación, sin importar la naturaleza pública o privada del establecimiento médico, de supervisar y controlar la prestación de los “servicios públicos” médicos.³⁹

³⁶ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, *supra*, párr. 117; y Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 130.

³⁷ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 116-137.

³⁸ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 154.

³⁹ *Ibidem*, párr. 144.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Estos elementos fueron importantes para condenar a Ecuador en el caso *Gonzales Lluy* sobre la base de los artículos 4 y 5. Este caso demostró la serie de negligencias que ocasionaron la transmisión, específicamente a través de una transfusión de sangre, del virus del SIDA a Talía Gabriela Gonzales Lluy, quien tan solo tenía tres años a la época de los hechos.⁴⁰ Este fallo fue particularmente llamativo en el continente por haber adoptado el concepto de “discriminación intersectorial”, muy en boga en la literatura especializada.⁴¹

Se debe resaltar aquí que los artículos 4 y 5 son usualmente invocados de manera conjunta en el contencioso relativo al derecho a la salud. El caso *Poblete Vilches* lo demuestra.⁴² Aunque este caso sea conocido por haber consagrado la autonomía del derecho a la salud bajo la nueva interpretación del artículo 26,⁴³ al mismo tiempo pone de manifiesto la utilización, aún eficaz, de los artículos 4 y 5 de la Convención para tratar las omisiones de los Estados en materia de salud.⁴⁴ Siendo posterior a la revolución jurídica del fallo *Lagos del Campo* (véase *infra*), la Corte combinó, aún así, los derechos civiles y políticos mencionados con el artículo 26 y el artículo 1.1 del Pacto de San José.

2.1.3. El derecho a la asociación

El caso *Baena Ricardo* es destacable, puesto que desveló el astuto método de la Corte para extender el campo de aplicación de la Convención hacia las cuestiones sociales. Sin decirlo explícitamente —eso es lo que resulta paradójico—, utiliza las potencialidades ofrecidas por el artículo 16.1 de la Convención. Dicho artículo está redactado como sigue: “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole” (cursivas añadidas). El inciso final y las

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, supra*, párr. 191.

⁴¹ Véase *infra*, apartado 3 de este capítulo.

⁴² Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, supra*.

⁴³ Véase, *infra*, apartado 4 de este capítulo.

⁴⁴ Corte IDH. *Poblete Vilches y otros vs. Chile, supra*, párr. 156.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

referencias a los objetivos profesionales y sociales son capitales, puesto que permiten incluir, sin ninguna dificultad, la asociación con fines sindicales bajo la esfera de protección de la libertad de asociación. Este punto era importante en el caso *Baena Ricardo*, en el que el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador —que protege directamente los derechos de los trabajadores a afiliarse a sindicatos, federaciones y otras confederaciones— no podía ser invocado *in casu*, al no haber entrado en vigor el Protocolo en el momento de los hechos.⁴⁵ Y, por tanto, mientras que la Corte hubiera podido justificar fácilmente la conexidad entre la libertad sindical con la libertad de asociación con los simples resortes de la interpretación exegética, se contentó con considerar que para determinar si la libertad de asociación ha sido infringida en el caso, conviene analizarla en relación con la libertad sindical.

Se convendrá que podía haberlo hecho mejor. De todas formas, no se puede perder de vista que el caso era importante porque revelaba, conforme al testimonio del procurador general del Estado, que la ley retroactiva adoptada en respuesta a la huelga de 201 funcionarios —esencialmente sindicalistas que militaban a favor de una mejora de las condiciones de trabajo en el seno de los establecimientos públicos— había tenido como efecto “quebrantar” los sindicatos más potentes considerados como “opositores” políticos. Ante esta situación, la Corte constató la violación del artículo 16 de la Convención Americana. Además, aprovechó para definir claramente el contenido de “la libertad de asociación en materia sindical”, que concierne “la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho”. La Corte continúa revelando lo que comúnmente se denomina la libertad negativa de asociación al afirmar que “esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”.⁴⁶ Es en el párrafo 159 del fallo en

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*, párr. 99.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 156.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

donde se abordan estos dos puntos, revelando que se trata, en el caso del primero, de un “derecho” (el de constituir organizaciones sin ninguna restricción, excepto aquellas previstas en los párrs. 2 y 3 del art. 16) y de una libertad —la de no ser obligado a afiliarse—. Este último elemento es importante, ya que marca la coherencia jurisprudencial en la protección de ambas dimensiones del derecho. El Tribunal Europeo ha interpretado el artículo 11 de su Convención regional de manera tal que incluya el derecho negativo de asociación.⁴⁷ Su jurisprudencia toma nota de que “los Estados contratantes son poco favorables al mantenimiento de los acuerdos de monopolio sindical”.⁴⁸ Como se ve, el vector de un derecho civil y político, como la libertad de asociación, ha permitido al juez interamericano —a la manera de su colega europeo— consagrar y definir los contornos de la libertad sindical de la que ha tenido a bien recordar su “importancia mayor” para “la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores”.⁴⁹

Cabe preguntarse si la defensa de esos intereses legítimos pasa por el derecho a hacer huelga, como considera parte de la doctrina, como Tara J. Melish, especialista autorizada en materia de derechos sociales. Es el caso *Huilca Tecse* lo que lleva a pensar así.⁵⁰ La Corte condenó a Perú por la violación de los artículos 4 —derecho a la vida— y 16 —libertad de asociación— como consecuencia del asesinato del líder sindical peruano más relevante de la escena política y social a comienzos de los años noventa.⁵¹ A pesar del reconocimiento de responsabilidad llevado a cabo por el Estado, el juez interamericano decidió oportunamente consagrar algunas consideraciones jurisprudenciales a la importancia del derecho de asociación en materia sindical. Así, afirma que el Estado, siendo incapaz de prevenir o de responder de mane-

⁴⁷ TEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyer vs. Belgium*, sentencia de 23 de junio de 1981, Serie A, núm. 43.

⁴⁸ TEDH, *Sørensen y Rasmussen vs. Denmark*, Gran Sala, sentencia de 11 de enero de 2006, párr. 75.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*, párr. 158.

⁵⁰ Pérez, Olga Lucía y Amato, Victoria, “Pedro Huilca Tecse y los derechos de los trabajadores en el Perú”, en *Revista CEJIL*, año II, núm. 3, diciembre de 2007, pp. 100-105.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, *supra*.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

ra apropiada a la ejecución extrajudicial de Pedro Huilca, había vulnerado la dimensión individual —en perjuicio de la víctima—, pero también la colectiva —en perjuicio de la sociedad en su conjunto— del derecho a la libertad sindical. Eso suponía de nuevo utilizar la teoría de la “doble dimensión” de los derechos, que como ya se sabe, también es utilizada particularmente en materia de libertad de expresión.⁵²

El asesinato de este líder sindical tuvo, en efecto, repercusiones respecto a los otros integrantes del movimiento en Perú, quienes, aterrorizados por el asesinato, pudieron temer por su vida. Por consiguiente, la Corte derivó una obligación positiva en cabeza de los Estados consistente en “garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna”.⁵³ Este elemento fue confirmado y desarrollado en el caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*, en el que el conflicto armado interno que Perú conoció entre 1980 y 2000 constituía de nuevo el telón de fondo de un asunto relativo al arresto y la ejecución extrajudicial de dos dirigentes sindicales del sector minero.⁵⁴ En este caso, la Corte consideró que “de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita”.⁵⁵ El efecto horizontal de la Convención Americana despliega aquí todos sus consecuencias, lo que resulta fundamental para extender la eficacia convencional, particularmente cuando el ataque a la vida de los sindicalistas es llevado a cabo, como en el caso, por

⁵² Burgogue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2008, pp. 564-605. Para una actualización, véase la traducción inglesa del libro, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 886.

⁵³ Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, *supra*, párr. 77.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, núm. 167.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 144.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

comandos paramilitares. La obligación de abrir una investigación de manera efectiva acerca de “los crímenes contra dirigentes sindicales” es particularmente importante ya que, según la Corte, el incumplimiento negligente por parte del Estado tiene un “efecto amedrentador que impide el ejercicio libre de los derechos sindicales”.⁵⁶ Cuando la ausencia de investigación repercute sobre la dimensión colectiva de la libertad sindical...

Tratándose de la dimensión individual de la libertad de asociación, la Corte considera en el asunto *Huilca Tesce* que “la libertad de asociación en materia sindical no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a la formación de sindicatos, sino que incluye igualmente y sobre todo de manera indisociable *el derecho de utilizar todos los medios apropiados para ejercer esta libertad*”⁵⁷ (cursivas añadidas). Este pasaje final es fundamental, puesto que permite pensar que el derecho a la huelga se encuentra incluido entre los “medios apropiados”. La cuestión de saber si está protegido por el sistema convencional americano no se plantearía con tanta agudeza si una lectura estricta del Protocolo de San Salvador no viniese a arrojar cierta duda. En efecto, la competencia de la Corte desde el punto de vista de este Protocolo no vale más que para el párrafo 1.a del artículo 8 relativo al derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse a aquellos de su elección. Esto resulta de una lectura estricta del artículo 19.6, que prevé la competencia de la Corte. Ahora bien, el derecho de huelga en sí se encuentra mencionado en el párrafo

⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 146 y 148.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, *supra*, párr. 70: “En su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines «de cualquier [...] índole», está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga. De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de este, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica”.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

1.b del artículo 8, que se encuentra, por tanto, en principio excluido de la competencia de la jurisdicción de San José, así como los párrafos 2 y 3 del artículo 8 que conciernen, respectivamente, a las restricciones legítimas a la libertad sindical y a la libertad negativa de asociación. A pesar de que estos elementos podrían militar en favor de una competencia restrictiva de la Corte Interamericana, otros, por el contrario, llevan a pensar que esta será audaz. Basta referirse a la que integra la libertad negativa de asociación como parte del artículo 16⁵⁸ y la manera categórica con la que en lo sucesivo afirma que “el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical”.⁵⁹ ¿Estos elementos permiten o no considerar que ocurre lo mismo con el derecho de huelga? ¿Será, algún día, considerado como un “medio apropiado” para ejercer la libertad de asociación? Por el momento, si la Corte en su opinión consultiva 22 ha expresamente recordado, con fundamento en el Protocolo de San Salvador, que no era competente para examinar casos donde el derecho a la huelga haya sido violado, tomó la precaución, y esto no es anodino de afirmar que los Estados, conforme al artículo 1 del mismo Protocolo, “deben adoptar las medidas necesarias con miras a lograr en forma progresiva la efectividad plena de este derecho”.⁶⁰ En todo caso, es importante señalar que, en el misma opinión consultiva, la Corte dio un amplio alcance al artículo 8.1.a del Protocolo al afirmar que “el derecho que la norma consagra a favor de los trabajadores constituye un marco a través del cual se generan derechos más específicos en cabeza de los sindicatos, las federaciones y confederaciones como sujetos de derechos autónomos, cuya finalidad es permitirles ser interlocutores de sus

⁵⁸ Véase lo relativo al *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, *supra*, párr. 144. Véase también Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 157.

⁶⁰ Corte IDH, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), opinión consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22, párr. 104.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

asociados, facilitando a través de esta función una protección más extensa y el goce efectivo del derecho de los trabajadores”.⁶¹

2.1.4. *El derecho a la propiedad*

En cuanto al derecho de propiedad, sabemos que es calificado como “natural e imprescriptible” por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 2), y que su naturaleza es todavía fuente de controversias en el seno de la doctrina. El Sistema Europeo no lo reconoció sino hasta 1952, con ocasión de la adopción del Primer Protocolo Adicional a la Convención Europea, que lo contempla en su artículo 1. Al respecto, debe señalarse que sus promotores no tuvieron éxito en alcanzar un acuerdo en 1950 para incluirlo entre los primeros derechos garantizados, puesto que este era percibido como un conjunto de derechos económicos y muy pronto se decidió que la Convención Europea no consagraría más que derechos civiles y políticos... En el continente americano, aunque este derecho fue consagrado directamente en el corazón de la Convención Americana (art. 21), la dualidad del derecho de propiedad no es menos real. No obstante, eso no ha impedido que la Corte haya establecido los criterios para protegerlo, ampliando de manera considerable su campo de aplicación. La afirmación de la existencia y de la necesidad de proteger la propiedad colectiva o “comunitaria” es, sin duda alguna, el elemento más innovador de su jurisprudencia. El juez interamericano de derechos humanos ha desarrollado a través de esta vía el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad ancestral de sus tierras, tierras fuertemente ligadas a su modo de vida tradicional y a sus medios de subsistencia. Esto ha conducido, en consecuencia, a proteger ciertos derechos sociales como la salud, la educación y la cultura, a través de los artículos 4 —derecho a la vida—, 5 —derecho a la integridad—, 19 —derechos del niño— o incluso 21 de la Convención.⁶²

⁶¹ *Ibidem*, párr. 92.

⁶² *Ad ex.*, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

El vector del derecho de propiedad no solo ha beneficiado a las comunidades indígenas, sino que también ha sido utilizado por la Corte para proteger los derechos de los trabajadores, en particular el derecho a la jubilación. Los “*Cinco Pensionistas*” es el asunto de referencia en la materia.⁶³ Las consecuencias y los efectos de esta sentencia fueron, y son todavía, objeto de controversias en relación con los “derechos adquiridos” en la jubilación. En esta decisión, la Corte de San José consideró de forma lógica que “Si bien el derecho a la pensión *nivelada* es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados” (cursivas añadidas).⁶⁴ Este extracto debe ser interpretado en el marco de las restricciones “legítimas” que todo Estado puede aplicar en el ejercicio de un derecho garantizado que no sea un derecho absoluto. La Corte lo recuerda mencionando dos disposiciones específicas: el artículo 5 del Protocolo de San Salvador —que trata de los límites al disfrute y al ejercicio de los derechos sociales— y el artículo 21 de la Convención presentado como argumento final. “En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, esta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”.⁶⁵ Eso supone asegurar un necesario margen de apreciación en beneficio de los Estados, que no deben disponer del mismo de forma arbitraria. Los países de América Latina viven todavía situaciones políticas y sociales delicadas. Así, en Perú, el gobierno reformó la legislación relativa a las pensiones en vigor como consecuencia de la condena de la Corte de San José. La reforma tuvo, sin embargo, como propósito

Serie C, núm. 125; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

⁶³ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 116.

⁶⁵ *Idem*.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

reducir, e incluso eliminar, la teoría de los derechos adquiridos, ¡muy onerosa para el Estado! Cuando el enunciado de los límites al derecho de propiedad permite así poner en cuestión la efectividad de una condena.

2.2. Los derechos procedimentales

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana consagran respectivamente el derecho a “garantías judiciales” y a la “protección judicial”. En realidad, hacen referencia a lo que en Europa se denomina el derecho a un proceso equitativo y el derecho a un recurso efectivo (respectivamente los arts. 6, párr. 1, y 13 de la Convención Europea). La jurisprudencia interamericana es enormemente rica en lo que respecta a estas cuestiones. No existe un solo asunto que le sea sometido a la Corte en el que las peticiones no mencionen esas dos disposiciones, que son generalmente combinadas con la violación de los artículos 1 —obligación de respetar los derechos— y 2 —deber de adoptar disposiciones de derecho interno—. De la misma forma que en el Sistema Europeo de garantía de los derechos (donde el art. 6.1 es una de las disposiciones más invocadas) el “derecho al juez” aparece como consustancial a las democracias hasta el punto de que el artículo 27.2 no autoriza la suspensión de las garantías “indispensables” para la protección de los derechos. Los principios que la Corte Interamericana ha deducido desde sus primeras opiniones consultivas⁶⁶ son tanto más importantes, puesto que ayudan a reformar completamente los sistemas judiciales nacionales. La independencia y la imparcialidad de las jurisdicciones judiciales; la publicidad, la efectividad, la celeridad en el examen de los recursos y el desarrollo del proceso son elementos estructurales para las jóvenes democracias latinoamericanas. Ahora, para que los valores encarnados por el Pacto de San José estén vivos en el

⁶⁶ Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8; y Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

seno de las Américas, hacen falta órganos jurisdiccionales sólidos. La jurisprudencia interamericana participa en el establecimiento de los ejes de esta solidez deduciendo algunos principios fundamentales. Este aspecto es más importante si se tiene en cuenta que el Sistema Interamericano no tiene verdaderamente como vocación juzgarlo todo. Su naturaleza de sistema subsidiario⁶⁷ induce a que pueda contar con la colaboración de los jueces nacionales. Pero estos deben actuar en el marco de estructuras judiciales que garanticen los elementos esenciales de una justicia adecuada. El caso *Apitz Barbera* es sintomático de la importancia de estas cuestiones en Estados en los que el equilibrio democrático continúa siendo frágil y en los que la independencia e imparcialidad de la jurisdicción pueden ser, rápidamente, las primeras víctimas de una “presidencialización del régimen”.⁶⁸

⁶⁷ Sobre el principio de subsidiariedad en general, véase Carozza, Paolo G., “Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law”, en *American Journal International Law*, vol. 38, 2003, pp.78-79.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182. Este caso asunto encuentra su origen en la destitución de tres miembros de la “Corte Primera de la Contencioso-Administrativo”, por haber cometido un error de derecho acordando un amparo cautelar que tuvo como consecuencia la suspensión de los efectos de un acto administrativo. Venezuela fue condenada por la violación de algunas de las garantías previstas en el art. 8.1. La falta de imparcialidad del órgano que procedió a la destitución de los magistrados fue cuestionada. Correspondía a la Corte preguntarse si el hecho de no poder revocar a los jueces de la instancia disciplinaria era contrario a la exigencia de imparcialidad mencionada en el art. 8.1 (párr. 62). La Corte, tras haber estimado que “la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial” (párr. 64), continuó afirmando que si “no hay prueba que indique que el Estado haya desconocido el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, pero sí está demostrado que su legislación y jurisprudencia impidieron solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador fuera revisada. Dicho de otro modo, no está demostrado el incumplimiento del deber de respeto del derecho, sino la falta de garantía del mismo” (párr. 66). Tratándose de la *independencia* del poder judicial, la Corte consideró *in casu* —sobre la base de los elementos de prueba de que disponía—, que no se podía considerar que el conjunto de aparato judicial venezolano sufriese una falta de independencia (párr. 108). Sin embargo, la Corte estimó —de nuevo *in casu*— que las tres víctimas no pudieron beneficiarse de

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Además de constituir el almacén democrático de cualquier Estado, el derecho al juez constituye igualmente uno de los vectores de protección de los derechos sociales. El caso *Baena Ricardo* es ejemplo de ello. Este caso se refirió al despido masivo de 270 funcionarios que habían participado en una serie de manifestaciones contra el gobierno. Este último decidió aplicar retroactivamente una ley que sometía a esas personas a la competencia de las autoridades administrativas, con lo que les privaba de las vías de derecho específicas para los litigios nacidos en el marco de las relaciones laborales. La Corte enunció en esa ocasión que “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”.⁶⁹ El Estado se encuentra así confrontado en cualquier ámbito, incluido el laboral, al límite esencial del respeto de los derechos humanos. El caso *Acevedo Jaramillo* hubiera podido ser “banal”, puesto que se refería en particular a la no ejecución por el Estado peruano de las sentencias dictadas por instancias judiciales nacionales. Así, por haber negado a los demandantes el derecho a un recurso efectivo, la violación del artículo 25 de la Convención fue el argumento principal de los peticionarios. Sin embargo, las consecuencias particularmente graves sobre los derechos laborales son tomadas en cuenta a lo largo de las consideraciones de la Corte. Aquí, la interacción entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos es especialmente importante toda vez que el respeto de los primeros sirvió de base indirecta para medir el impacto sobre los segundos, concretamente el respeto de las garantías judiciales. Por ello, la Corte declaró en este asunto que el Estado había violado el artículo 25.1 y 2.c, combinados con el artículo 1.1 del Pacto de San José, teniendo en cuenta las serias consecuencias sobre “los derechos laborales” en el momento de establecer las reparaciones.⁷⁰

un juicio establecido por un órgano suficientemente independiente (párrs. 147-148). Sobre la problemática de la independencia de la justicia, véase el muy minucioso análisis de Ayala Corao, Carlos, “La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región andina”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 131, 2008, p. 41.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*, párr. 127.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 278.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

Los casos peruanos ponen perfectamente de relieve el hecho de que la violación del derecho al juez puede tener consecuencias “patrimoniales” —en general, usualmente adversas— y afectar indirectamente los derechos de los trabajadores. En otras palabras, una violación de la obligación de ejecutar las decisiones de la justicia (fijada por el art. 25.2.c de la Convención Americana) puede conllevar una violación del derecho de propiedad (protegido por el art. 21 de la misma) que, como se sabe, es interpretado de manera amplia por la Corte de San José,⁷¹ como de hecho hace su homóloga de Estrasburgo. Los casos “*Cinco Pensionistas*”,⁷² y *Acevedo Buendía*⁷³ demuestran lo anterior. Estos casos se refirieron a la no ejecución, por parte del Estado peruano, de varias decisiones de la justicia nacional —incluyendo fallos del Tribunal Constitucional de Lima— que protegían el derecho a la pensión consagrado en el ordenamiento jurídico interno, a nivel constitucional y legislativo. Mientras que el gobierno peruano había disminuido arbitrariamente, con decretos leyes, el monto de las pensiones de personas que se habían desempeñado en la función pública; el juez nacional había decidido su inconstitucionalidad y, por ende, la inaplicabilidad de las disposiciones adoptadas por el ejecutivo. No obstante, las decisiones del guardián de la Constitución peruana, que buscaban que la pensión de los funcionarios retornara a los niveles que nunca debió haber perdido, no fueron aplicadas por el Estado. En este delicado contexto, político y jurídico, la Corte Interamericana recalcó varias veces que el derecho a la pensión, generado por cotizaciones regulares pagadas por personas afiliadas a organismos de seguridad social,

⁷¹ De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de San José, el derecho a la propiedad comprende “el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”. Véase, Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170, párr. 174; y Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C, núm. 179, párr. 55.

⁷² Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

⁷³ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

tenía “efectos patrimoniales”⁷⁴ que, como tales, se encontraban protegidos por el artículo 21 del Pacto de San José. De esta forma, la no ejecución de las decisiones de la justicia nacional que tenían por objeto hacer efectivo el derecho a la pensión, no solamente implica una violación del artículo 25.2.c de la Convención, sino que también una violación del artículo 21 de la misma.⁷⁵ Así, la protección indirecta de los derechos sociales se conjuga con su protección específica que deriva del Protocolo de San Salvador.

Se ve, entonces, cómo el recurso a los derechos civiles y políticos ha sido un vector omnicomprensivo, pertinente y eficaz para abordar la protección de los derechos sociales. Sin embargo, en la medida en que la jurisprudencia fue profundizando en la materia, dicho vector fue complementado por la utilización del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención.

3. UNA PROTECCIÓN ESPECÍFICA SOBRE LA BASE DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

La protección específica se desprende de la redacción del artículo 19.2 del Protocolo de San Salvador. Dicho artículo permite la aplicación del sistema de petición individual (tal como fue reglamentado por los arts. 44-51 y 61-69 de la Convención Americana) cuando un caso permita observar la violación del artículo 8.1 relativo a los derechos sindicales o el artículo 13 relativo al derecho a la educación. Un caso en particular puso en evidencia el uso del Protocolo de San Salvador: el fallo *Gonzales Lluy*.⁷⁶ Este es original, puesto que la Corte, por un lado, continua utilizando el vector de los derechos civiles y políticos (arts. 4 y 5 de la Convención) para proteger el derecho a la vida y salud (véase *supra*) y, por otro lado, se trata del primer caso en la historia del Tribunal Interamericano en el que el derecho a la educación pro-

⁷⁴ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*, párr. 103 y Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 85.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*, párrs. 115 y 121 y Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*, párr. 91.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, *supra*.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

tegido por el Protocolo de San Salvador fue invocado y declarado vulnerado con respecto a la peticionaria⁷⁷ quien, en este caso, fuera expulsada a los cinco años de una escuela pública —expulsión amparada por el poder judicial— por temor a que pudiese contagiar a sus compañeros de clase del VIH que había contraído en una transfusión de sangre.

Los argumentos de la Comisión y de los representantes de la víctima pusieron en evidencia que el derecho a la educación había sido infringido por la expulsión de la escuela, ya que perpetuó un tratamiento discriminatorio y estigmatizador de las personas infectadas por el virus del SIDA (párrs. 230-231). El artículo 1.1 de la Convención desempeñó aquí un rol central. Después de recordar lo que lo distinguía del artículo 24, luego de que los representantes de las víctimas hubieran alegado, erróneamente, con fundamento a esta disposición,⁷⁸ la Corte argumentó a partir del artículo 1.1, al considerar que los portadores del virus del SIDA eran sujeto de la protección allí reconocida. Se sabe, en efecto, que la serie de motivos de no discriminación contenidas en la disposición citada es de naturaleza “abierta”, al terminar con la precisión de “otra condición social”,⁷⁹ lo que permitió incluir al amparo de esta disposición lo relativo a la seropositividad. La Corte presentó, además, las consecuencias jurídicas derivadas de este avance: la obligación de activar un control judicial estricto de los motivos de no discriminación, lo que con apoyo en la jurisprudencia de jurisdicciones internas —como la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Argentina, Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia— denominó “juicio estricto de igualdad”.⁸⁰ En este contexto, la Corte Interamericana recordó la importancia de efectuar un examen riguroso y exhaustivo de las restricciones de los derechos con miras a verificar si las autoridades internas, sobre las cuales pesa la carga de la prueba, están en capacidad de demostrar que existían elementos suficientemente serios para justificar el trato diferenciado y que no había ni fina-

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 291.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 243.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 255.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 256.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

lidad ni efecto discriminatorio. Resulta interesante destacar, en este momento, que conforme a otros fallos, como el producido en el marco del caso *Kimel*⁸¹ en materia de libertad de expresión, la Corte decidió acudir a una herramienta —la proporcionalidad— que como se sabe se ha convertido en “lengua común” de numerosas cortes constitucionales⁸² y regionales.⁸³

Luego de establecer el marco teórico de su análisis, la Corte examinó de manera precisa el contexto social y jurídico que originaba la exclusión escolar de Talía.⁸⁴ Es interesante constatar que la evaluación sobre la necesidad de la medida cuestionada se realizó a la luz de varios de los criterios desarrollados en el campo de la educación y la salud por parte de dos órganos convencionales, el Comité de Derechos Económicos y Sociales y el Comité sobre los Derechos del Niño.⁸⁵ El primer elemento que la Corte resalta se refiere a la exigencia de adaptabilidad en el campo educativo cuando el cuerpo profesoral se ve confrontado a niños portadores del VIH. No obstante, omitiendo dicha exigencia, las autoridades ecuatorianas no tomaron medidas para combatir los prejuicios asociados a la situación médica de la peticionaria.⁸⁶ Igualmente, la Corte recordó que era inadmisibles fundar una decisión como la exclusión de una niña de cinco años de la escuela en elementos abstractos y desprovistos de evaluaciones concretas. En otros términos, “las especulaciones, presunciones o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades particularmente cuando reproducen el estigma entorno a las mismas”⁸⁷

⁸¹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177.

⁸² Cartabia, M., “Le principe de proportionnalité, langage commun des Cours constitutionnelles”, en Alen, A.; Spreutels, J.; Lavrysen, L.; Nihoul, P.; Peremans, E.; Renaud, B.; Theunis, J. y Verrijdt, W. (dirs.), *Cour constitutionnelle 1985-2015*, Bélgica, La Charte, 2016, pp. 105-116.

⁸³ Sudre, F., “Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l’homme: de quoi est-il question?”, en *JCP*, 13 mar 2017, pp. 502-513).

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 260 y ss.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 264.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 263.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 264

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

no son admisibles como justificación de tratos diferenciados. El segundo elemento se refiere a la obligación, en cabeza de las “instituciones educativas”, de proporcionar un ambiente que acepte y celebre la diversidad humana de la que la discapacidad es “una manifestación inagotable”.⁸⁸

El elemento más llamativo del análisis de la Corte Interamericana en el caso *Gonzales Lluy* es el relativo a la referencia a la interseccionalidad de la discriminación⁸⁹ que, de hecho, es resaltada en la opinión separada del juez Ferrer Mac-Gregor.⁹⁰ En este caso, la Corte Interamericana puso de relieve el hecho de que la discriminación contra Talía se encontraba asociada a una serie de factores relacionados con su sexo —mujer—, su enfermedad —portadora del VIH—, su discapacidad, su edad —menor— y a su estatus social —pobreza—. Conjunto de elementos que la hacían vulnerable y que agravaron los daños por ella sufridos (párr. 285). En el párrafo 290, la Corte presentó el panorama general mencionando expresamente la combinación de factores múltiples de vulnerabilidad de “forma intersectorial múltiple”. El argumento de la Corte resalta que es de la *interacción* entre los múlti-

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 284.

⁸⁹ *Ibidem*, párrs. 285-291.

⁹⁰ Se sabe que los trabajos académicos sobre la cuestión son numerosos y que han iniciado por los proponentes de la literatura feminista afroamericana y fueron posteriormente retomados por especialistas anglosajones del derecho de los derechos humanos en general. Se puede considerar que aquí, una vez más, la Corte Interamericana fue pionera, puesto que su homólogo europeo, hasta hoy, no se ha interesado verdaderamente por la cuestión de la interseccionalidad. En 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habría podido desarrollar un análisis profundo sobre la “discriminación multifactor”, tal como lo invitaban los intervinientes, en el caso *B.S.*, en el que una joven prostituta africana fue maltratada por la policía (TEDH, *B.S. vs. Spain*, 24 de julio de 2012). Pero el Tribunal no se pronunció. En 2017, aunque se avanzó un poco en la consideración de nuevos esquemas analíticos propios de la doctrina sobre los estereotipos (TEDH, *Carvalho da Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, 25 de julio de 2017; Véase Burgogue, Laurence, *AJDA*, 25 de septiembre de 2017, p. 1769), no se comprometió a efectuar una evaluación profunda de la interseccionalidad. Dicho de otra forma, por el momento no se encuentra una decisión emblemática de la Gran Sala que fije, para Europa, la manera en la que se debe interpretar la interseccionalidad de la discriminación.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

plés factores de vulnerabilidad —portadora del VIH, niña, mujer y pobre— que emana la discriminación multifactorial.

Actualmente, es pertinente preguntarse por el destino contencioso del Protocolo de San Salvador. En efecto, partiendo de la base del cambio de interpretación del artículo 26 y la “autonomización” subsecuente de varios derechos sociales (véase *infra*), ¿continuará siendo invocado por los peticionarios?

4. UNA PROTECCIÓN ORIGINAL A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

A la protección indirecta y la protección específica de los derechos económicos y sociales se suma hoy una protección original a través del artículo 26 de la Convención Americana. Después de un comienzo caótico, en el que el artículo 26 fue descartado judicialmente (4.1.), en la actualidad se anuncia el comienzo de una nueva era, extremadamente prometedora, donde el alcance y el sentido de esta disposición han tomado un giro manifiestamente revolucionario, puesto que la justiciabilidad del artículo 26 es, desde hace poco, aceptada (4.2.).

4.1. El descarte judicial del artículo 26 de la CADH

Según el artículo 26 de la Convención, que lleva por título “Desarrollo progresivo” (siendo la única disposición incluida en el capítulo III, que lleva a su vez por título “Derechos económicos, sociales y culturales”), “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, *para lograr progresivamente* la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (cursivas añadidas).

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

La redacción del artículo 26 ha suscitado siempre importantes *disputatio* doctrinales, marcadas todas ellas por la idea de la imprecisión normativa de tal disposición, que no hace sino acentuar el carácter jurídicamente ambiguo de los derechos sociales. El célebre jurista uruguayo Hector Gross Espiell criticó su “debilidad” normativa, así como su carácter “superfluo”,⁹¹ si se tiene en cuenta la protección que resulta de la combinación de la Carta de la OEA, tal como fuera reformada por el Protocolo de Buenos Aires⁹² y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁹³ Por su parte, Víctor Rodríguez Rescia puso de relieve, de manera más clásica, el carácter impreciso de los derechos sociales al calificarlos como “derechos programáticos”.⁹⁴

El artículo 26 engendra todavía más perplejidad en relación con el principio de progresividad que menciona. Esta noción no es desconocida en el universo del derecho internacional y más específicamente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se sabe que a la luz de dicho pacto se han instaurado estándares de evaluación (*i.e.*, de *monitoring*) en términos de progresividad y no regresividad. Estos se materializan con la presentación periódica de informes por parte de los Estados al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es a través de dos importantes textos como el citado Comité ha precisado la naturaleza y la extensión de las obligaciones de los Estados en el marco del Pacto. El artículo 26 es, entonces, la manifestación, a escala interamericana, del principio de progresividad que, en sí mismo, no puede servir de una base jurídica “justiciable”, en la medida en que los estándares de progresividad y de no regresividad no son susceptibles de control por el juez,

⁹¹ Gros Espiell, H., “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l’homme: analyse comparative”, en *Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 218, 1989, p. 291.

⁹² En particular, las referencias contenidas en los arts. 2 y 17 de la Convención Americana.

⁹³ Esta enuncia el derecho a la salud, art. XI; el derecho a la educación, art. XII; el derecho a los beneficios de la cultura, art. XIII; el derecho al trabajo, art. XIV, y el derecho a la seguridad social, art. XVI.

⁹⁴ Rodríguez Rescia, Víctor, *Los derechos económicos sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano: mecanismos para su protección*, San José, Costa Rica, IIDH, 2004, p. 1.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

sino más bien por los órganos del Sistema Interamericano, empezando por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lo que el juez puede hacer es utilizar los logros del principio de no discriminación o extraer todas las consecuencias de la obligación de adoptar las medidas precisas. Esta obligación era, por otra parte, claramente expuesta por el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al exponer los principios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y afirmar que,

si bien el Pacto [*internacional de derechos económicos, sociales y culturales*] preveía efectivamente que el ejercicio de los derechos deberá ser asegurado progresivamente y reconocía las obligaciones resultantes del carácter limitado de los recursos disponibles, imponía también diversas obligaciones con efecto inmediato, de las que dos son particularmente importantes para comprender la naturaleza precisa de las obligaciones de los Estados partes. Una obligación [...] es que los Estados partes “se comprometen a garantizar” que los derechos considerados “serán ejercidos sin discriminación”. [...] La otra obligación reside en el hecho de que conforme a los términos del párrafo 1 del artículo 2, los Estados se comprometen a adoptar medidas, obligación que, en sí misma, no se encuentra matizada o limitada por otras consideraciones.⁹⁵

Adicionalmente, si bien la cuestión de la “progresividad” fue objeto de numerosas discusiones doctrinales —puesto que los derechos sociales generan sistemáticamente numerosos “mitos”—,⁹⁶ la misma no ha sido abordada de manera general por la Corte de San José. Durante mucho tiempo, hasta la decisión del 1 de julio de 2009, el único análisis del artículo 26 de la Convención —sucinto y generador de numerosos interrogantes— provino de la sentencia de los “*Cinco pensionistas*”.⁹⁷ Tanto la Comisión como los representantes de las víctimas alegaban la violación del artículo 26, dado que —desde su punto de vista— el Estado, al modificar los modos de cálculo de las pensiones, no había respetado

⁹⁵ Comité DH, La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes (art. 2, párr. 1 del Pacto), observación general 3, 14 de diciembre de 1990, párr. 9.

⁹⁶ Mejía R., Joaquín A., “Cinco mitos sobre los DESC”, en *Revista CEJIL*, año II, núm. 3, sep, 2007, pp. 58-69.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

la obligación resultante del principio de progresividad: la prohibición de toda regresión en materia económica y social. A este argumento, la Corte respondió con un *dictum* particularmente ambiguo y, para algunos, notablemente peligroso y regresivo.⁹⁸ La Corte afirmó:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente *cobertura* de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.⁹⁹ (cursivas añadidas)

Para el juez de Roux Rengifo, la Corte se había equivocado subordinando al “test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población”.¹⁰⁰ Según él, la Corte confundía la función de *monitoring* de los derechos —que corresponde a la Comisión Interamericana— y la función judicial que es la propia de la Corte y que no está en absoluto subordinada a la existencia de un número preciso y determinado de personas que hayan visto vulnerados sus derechos. Para Tara Melish, si el párrafo 147 de la sentencia de los “*Cinco Pensionistas*” es una “catástrofe”, es porque confunde efectivamente las dos funciones, complementarias pero distintas, de *monitoring*, por un lado, y de control contencioso, por otro. Ahora bien, si la Corte se ha equivocado es porque habría sido inducida al error por los argumentos de la Comisión y de los representantes de las víctimas que, a propósito, se basaron equivocadamente sobre el trabajo realiza-

⁹⁸ Melish, Tara J., “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL*, núm. 1, 2005, pp. 51-65.

⁹⁹ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*, párr. 147.

¹⁰⁰ Último párrafo de la opinión concordante de Carlos Vicente de Roux Rengifo a la sentencia de la Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

do a escala universal en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde hace más de treinta años. Cabe preguntarse si estas críticas fueron escuchadas por la Comisión y la Corte. Así lo parece, dado que los asuntos posteriores en los que cuestionaban derechos de los trabajadores demuestran una moderación argumentativa de buena ley, al menos por parte de la Comisión. Esta no invocó la violación del artículo 26 en el caso de los *Trabajadores cesados del Congreso*¹⁰¹ ni en el caso *Acevedo Jaramillo*.¹⁰² Tal actitud de *self restraint* argumentativo no fue la opción estratégica elegida por los representantes de las víctimas. Plantear, por ejemplo, la violación de la obligación de progresividad respecto del derecho a la seguridad social previsto en el artículo 45 de la Carta de la OEA¹⁰³ o solicitar que la reglamentación y la jurisprudencia internacional sean tenidas en consideración “a fin de precisar el alcance y el contenido” del derecho del artículo 26,¹⁰⁴ fueron estrategias procesales que les llevaron *in fine* hacia un *impasse*. En los dos casos aludidos, la Corte rechazó esas pretensiones. El rechazo fue tajante en el caso *Acevedo Jaramillo*: “La Corte no analizará la alegada violación al artículo 26 de la Convención porque ya se refirió a las graves consecuencias que tuvo el incumplimiento de las sentencias en el marco de los derechos laborales amparados en aquellas”¹⁰⁵ y no menos implacable en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso*. La Corte explicó *expressis verbis* que tras haber tenido en cuenta los derechos de las víctimas desde el ángulo de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, era “consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra*, párr. 134.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 283.a.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 285.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

laboral”.¹⁰⁶ Sin embargo, relegó el examen de sus “consecuencias” a la etapa de las reparaciones. El recurso a las reparaciones resulta aquí de capital importancia. La Corte de San José pone de relieve, una vez más, toda la originalidad del Sistema Interamericano que beneficia, *in casu*, a los trabajadores. Además de las indemnizaciones pecuniarias —a menudo bastante elevadas, como en el caso de los “*Cinco Pensionistas*”— la violación de los derechos de los trabajadores ha permitido a la Corte pronunciarse sobre la *restitutio in integrum*, una reparación cuya aplicación se sabe difícil, o incluso imposible, a la luz de las violaciones graves y sistemáticas del derecho a la vida a las que el Sistema Interamericano se enfrenta desde hace años. La Corte desarrolla en toda su amplitud la noción de *restitutio* exigiendo del Estado no solo cambios legislativos y jurídicos importantes, tales como la creación de un órgano independiente e imparcial para evaluar los despidos de los trabajadores del Congreso peruano,¹⁰⁷ sino también la adopción de medidas imponiendo el reintegro de las personas indebidamente despedidas en sus puestos de trabajo, llegando incluso hasta exigir al Estado que ofrezca a esas personas “alternativas de empleo que respeten las condiciones, los salarios y las remuneraciones que [los empleados] tenían en el momento de ser despedidos”.¹⁰⁸ Medidas, por tanto, que imponen a los Estados una carga notablemente más pesada que la que enfrentan en el marco de la protección de los derechos civiles y políticos más comunes.

Aunque la etapa de las reparaciones ha permitido *in fine* que la situación de los peticionarios-trabajadores fuera tomada en cuenta, no se puede ocultar el hecho de que el caso de los “*Cinco Pensionistas*” no permitió tener una visión clara y definitiva del alcance del artículo 26. Afortunadamente, el asunto *Acevedo Buendía* y después el caso *Lagos del Campo* colmaron las lagunas analíticas y conceptuales anteriores.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra*, párr. 136.

¹⁰⁷ *Ibidem*, punto 4 del dispositivo.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*, punto 6 del dispositivo.

4.2. La justiciabilidad actual del artículo 26

La justiciabilidad del artículo 26 se produjo en varias etapas. El fallo *Acevedo Buendía* analizó las condiciones históricas de su elaboración y su ubicación en el texto de la Convención. La aproximación interpretativa utilizada por la Corte le permitió tomar posición sobre esta disposición (4.2.1). No fue sino en 2017, es decir, 38 años después de la instalación de la Corte en 1979 y ocho años después del caso *Acevedo Buendía*, que la Corte “cruzó el Rubicon” para afirmar, expresamente, la justiciabilidad del artículo 26 (4.2.2).

4.2.1. La apertura del caso *Acevedo Buendía*

El caso *Acevedo Buendía* hace parte de lo que se podría llamar las “grandes decisiones” de la Corte de San José, pues es la primera sentencia que toma posición *expressis verbis* sobre el alcance de “cláusula de progresividad”. Como hemos visto, si tal disposición fue mencionada en el caso de los “*Cinco Pensionistas*”, fue de manera muy breve y, además, generó muchos malentendidos y controversias doctrinales. La sentencia del 1 de julio de 2009 es todo lo contrario. Es una verdadera profesión de fe por parte de la Corte, ya que toma posición de manera unívoca acerca de esta importante cláusula. Tal opción metodológica estaba anunciada, de forma casi premonitrice, por el juez mexicano Sergio García Ramírez, quien, en su voto concurrente en el asunto “*Cinco Pensionistas*”, había anunciado el desarrollo casi inevitable de esta temática “actual y trascendental” del contencioso interamericano.¹⁰⁹ Ya es cosa hecha. Los hechos que originaron el fallo eran un “clásico” de los casos peruanos presentados ante la Corte de San José, ya que eran ampliamente similares a los del caso de los “*Cinco Pensionistas*”.

Los peticionarios, todos miembros de una Asociación que agrupaba los Cesantes y Jubilados de la Controlaría General del

¹⁰⁹ Voto concurrente razonado en la sentencia de los “*Cinco Pensionistas*”, punto 3: “Cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro. Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos”.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

Perú,¹¹⁰ se quejaban del incumplimiento de dos fallos del Tribunal Constitucional peruano (de 21 de octubre de 1997 y de 26 de enero de 2001). Se trató de decisiones judiciales fundamentales para los peticionarios, ya que obligaban a la Contraloría a abonar una parte de la pensión de jubilación de los integrantes de la Asociación que habían visto cómo la cuantía de aquella había disminuido luego de la promulgación de unos decretos ley. Por un lado, la Comisión no invocó la violación del artículo 26, fundando su argumentación sobre la vulneración de los artículos 21 —derecho de propiedad— y 25 —protección judicial—. Por el otro lado, el artículo 26 combinado con el artículo 1, párrafo 1 fue al centro de la argumentación de los representantes de las víctimas. La novedad procesal¹¹¹ radicaba en la excepción preliminar *ratione materiae* presentada por el gobierno peruano, que rehusaba la competencia de la Corte para decidir a propósito de la violación del derecho a la seguridad social, que tanto el Convenio como el protocolo de San Salvador no protegía. La Corte desestimó tal excepción afirmando que tenía la *compétence de la compétence* para determinar el alcance de su propia competencia.¹¹² Añadiendo, como argumento subsidiario, que “puesto que el Perú es Estado Parte de la Convención Americana y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, esta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma. Por lo tanto, el análisis de esta controversia, es decir, la determinación de si el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, se realizará en el capítulo de fondo de la presente Sentencia”.¹¹³

En una materia tan discutida y controvertida, la Corte fue muy clara al afirmar que “la regresividad resulta justiciable cuan-

¹¹⁰ En total se trataba de 273 personas. Véase Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*, párr. 4.

¹¹¹ Si la comparamos al *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

¹¹² Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*, párr. 16.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 17.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

do de derechos económicos, sociales y culturales se trate”.¹¹⁴ Tal afirmación no fue acompañada, *in casu*, de una constatación de violación del artículo 26, pero el paso efectuado fue gigantesco. Para llegar a tal solución, utilizó —haciendo gala de su forma tan característica de interpretación acudiendo tanto la jurisprudencia europea como la “doctrina” del Comité Económico y Social— el método histórico y sistemático para estudiar las obligaciones que derivan del Pacto americano.¹¹⁵ Habrá que seguir con mucha atención la evolución de la jurisprudencia para ver si, en otro caso, la Corte será aún más audaz declarando la vulneración del artículo 26.

Si la Corte fue, en cierta forma, pionera con el fallo *Acevedo Buendía*, al ser la primera jurisdicción internacional en consagrar la justiciabilidad de la obligación de no regresividad impuesta a los Estados, su liderazgo judicial en esta materia se puso de manifiesto, con mayor agudeza, en el caso *Lagos del Campo*.

4.2.2. La revolución del fallo *Lagos del Campo*

Este caso se refiere al despido de un trabajador, por falta grave, luego de declaraciones públicas que había efectuado en su calidad de representante del personal. Un despido que las jurisdicciones internas, específicamente la jurisdicción suprema que revocó la decisión de primera instancia, avalaron con fundamentos cíclicos. Al ser despedido, el trabajador estaba en la imposibilidad de beneficiarse de una pensión y no encontraba un trabajo. Su vida familiar y su salud se vieron afectadas.¹¹⁶ El Estado peruano fue condenado, con una votación de 5 contra 2, por haber infringido, por un lado, el derecho a la “estabilidad laboral” reconocido por el artículo 26 (combinado con los arts. 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención) y, por otro lado, la libertad de asociación de los trabajadores consagrada por los artículos 16 y 26 (combinado con los arts. 1.1, 13 y 8 de la Convención Americana). De esta manera, la Corte hizo justiciable el artículo 16. ¿Cuál fue la argumentación

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 103.

¹¹⁵ *Ibidem*, párrs. 99-103.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 152.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

de la Corte para llegar a tal resultado cuando ninguna de las disposiciones de la Convención Americana menciona, *prima facie*, el derecho al trabajo y el Protocolo de San Salvador solo hace justiciable los derechos a la educación (art. 13) y el derecho de asociación sindical (art. 8.1.a.)?

Por lo que respecta al derecho a la estabilidad laboral, la Corte actuó en tres movimientos: reiterar, innovar, aperturar. Empecemos por examinar el movimiento “reiterar”. Gracias a la combinación de los literales b y d del artículo 29 —que consagra el principio de no regresividad— no solamente en el marco del goce y ejercicio de los derechos consagrados a nivel estatal, sino en el marco de las convenciones de las que los Estados son parte, así como en relación con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y “textos internacionales de la misma naturaleza”, la Corte reafirmó solemnemente la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales.¹¹⁷ Además de citar los casos *Acevedo Buendía*, *Suárez Peralta*, *Gonzales Lluy* —en los que ya había abordado este elemento crucial—, la Corte, casi de manera imperceptible, citó el preámbulo de la Convención al final de la nota al pie número 189, contenida en el párrafo 141, sin identificar un considerando en particular. Podríamos, en este momento, suponer que se refería específicamente al primero y al último.¹¹⁸ En todo caso, la Corte presentó así, de entrada, el fundamento filosófico de su análisis. Muchas veces invocadas en medios doctrinales progresistas, a veces anunciadas solemnemente por las jurisdicciones, la interdependencia y la indivisibilidad en general nunca trascendían de afirmaciones vacuas. Se verá que, en esta oportunidad,

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 141.

¹¹⁸ El primer párrafo prevé: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el último está redactado de la siguiente manera: “Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967), aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

no fue así. La Corte prosiguió recordando el posicionamiento del artículo 26 en la Convención. Aunque constituye la totalidad del capítulo —el tercero—, se encuentra en la primera parte del texto, reiterando que por ello estaba sujeto, como los derechos enumerados en el capítulo 2, a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1, y 2.¹¹⁹ Hasta aquí, se admite, el razonamiento es familiar, puesto que en términos generales se trata de una sucesión de reiteraciones de posturas que la Corte ya había tomado.

La innovación vendría inmediatamente, tomando la forma de lo que se podría denominar la técnica de la “derivación”. Esta consiste en derivar el derecho al trabajo de otros textos —Carta de la OEA y Declaración Americana— gracias al mecanismo de la remisión —tanto textual como jurisprudencial—.

En tres párrafos, del 143 al 145, la Corte hizo que el derecho al trabajo “derivara” de una interpretación del artículo 26 combinada con la Carta de la OEA y la Declaración Americana. Para iniciar, la Corte acudió al texto mismo del artículo 26, que menciona *expressis verbis* que “aquellos derechos se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”. Esta mención expresa, aunque aislada del resto del texto del artículo 26, permitió, por consiguiente, analizar el texto adoptado en 1948 —y reformado por el Protocolo de Buenos Aires de 1967— para de allí extraer los artículos que hacen referencia al trabajo. Ello se logró con los artículos 45.b y c, y 34.g de la Carta de la OEA, que mencionan que el “trabajo es un derecho y un deber social”; que “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos” deben existir; que los trabajadores tienen derecho a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses” y, finalmente, que los Estados deben “armonizar la legislación social” para proteger esos derechos.

Con fundamento en el artículo 26, que remite a la Carta de la OEA, la Corte adjunta una dosis de interpretación jurisprudencial y recuerda que —desde su décima opinión consultiva, rendida en 1989 sobre la interpretación de la Declaración Americana— ya

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 142.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

había afirmado que era imposible “interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”¹²⁰ y que dicha Declaración es “fuente de obligaciones internacionales”.¹²¹ Es así como, con fundamento en la Carta de la OEA y sus disposiciones relativas al trabajo, la Declaración resurge (y particularmente su art. XIV sobre las condiciones justas de trabajo) gracias a la opinión consultiva de 1989 y a una segunda alusión al literal d, del artículo 29.¹²² Al considerar que se debía interpretar el artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, siendo ella misma “interpretada y aplicada” teniendo en cuenta las disposiciones de la Declaración Americana, que a su vez impide toda interpretación regresiva de la Convención (art. 29.d), la ingeniosidad interpretativa de la Corte estuvo en todo su esplendor. No obstante, ella decidió no detenerse allí y procedió a su tercer movimiento.

La Corte termina su argumentación acudiendo a su técnica principal, el “aperturismo”.¹²³ Así, no solamente se remite a las disposiciones constitucionales de 18 Estados para concluir que el derecho al trabajo estaba consagrado en ellas,¹²⁴ sino que hace un barrido por el *corpus juris* internacional más representativo para demostrar que lo mismo ocurría en el nivel internacional: A nivel universal (con el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 6 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el art. 32.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño), a nivel regional (en el contexto interamericano, con

¹²⁰ Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10, párr. 43

¹²¹ *Ibidem*, párr. 45.

¹²² Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 144.

¹²³ Burgogue-Larsen, Laurence, “El aperturismo: la técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, 2015, pp. 9-130.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 145, particularmente la nota al pie número 199.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

los arts. 7 y 8 de la Carta Social de las Américas; los arts. 6 y 7 del Protocolo de San Salvador), en el europeo (con el art. 1 de la Carta Social Europea), y el africano (con el art. 15 de la Carta Africana).

Todo estaba preparado para, en el párrafo 146, afirmar que analizando “el contenido y el alcance” del artículo 26, la Corte tendrá en cuenta, sobre la base de las reglas de interpretación previstas en el artículo 29.b, c y d, la protección de la estabilidad laboral. Restaba, entonces, definir qué entendía la Corte por esta expresión. Inspirándose de la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) sobre el derecho al trabajo, del Convenio 158 de la OIT relativo a la terminación de la relación de trabajo, y la recomendación 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores, la Corte precisó la obligación de los Estados en lo que respecta a la protección del derecho a la estabilidad laboral¹²⁵ pero, al mismo tiempo, recordó que ella “no consiste en una permanencia desprovista de restricciones en un mismo puesto de trabajo” sino que, más bien, consiste en “respetar este derecho” reconociendo al trabajador “garantías de protección” en caso de que sea despedido.¹²⁶ Así, para la Corte, el despido arbitrario del señor Lagos del Campo no solamente lo privó de su empleo, sino de los “beneficios derivados de la seguridad social” que no fueron correctamente protegidos por las jurisdicciones internas.¹²⁷

El segundo eje importante del fallo *Lagos del Campo* se refiere al derecho de defender y promover los intereses de los trabajadores a través de la libertad de asociación. En lugar de hacer derivar este derecho únicamente del artículo 16 —cuya redacción habría permitido perfectamente a la Corte referirse a la expresión de fines “profesionales” o a la de “todo otro fin”—, la Corte prefiere aislar, para singularizarla de mejor manera, la libertad de asociación de los trabajadores con miras a defender sus intereses, al hacerla derivar del artículo 26 combinado con el artículo 16. La mención del artículo 26 permite la remisión a las normas sociales

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 149.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 150.

¹²⁷ *Ibidem*, párr. 153.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

de la Carta de la OEA —una vez más sin mención a un artículo específico— y al preámbulo de la Carta Democrática Interamericana que reconoce el derecho de los trabajadores a asociarse para la promoción y defensa de sus intereses.¹²⁸ Se trató, de cierta forma, de una distinción del derecho de asociación sindical tal como hasta entonces había sido utilizado por la Corte en el marco de casos de despido y ejecución extrajudicial de líderes sindicales.¹²⁹ La aproximación metodológica de la Corte fue ampliamente explicada, para dotarla de mayor legitimidad, por el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concordante, que proporciona explicaciones importantes para entender de mejor manera el proceder de la Corte que, en este aspecto, fue menos prolijo que en lo que se refiere a la estabilidad laboral. Con fundamento en estos elementos, la mayoría de los jueces de la Corte consideró que el despido del peticionario no solamente no le permitió representar más a los trabajadores en el marco del proceso electoral interno de la empresa, que él mismo era responsable de supervisar,¹³⁰ sino que este evento tuvo consecuencias sobre la dimensión colectiva del derecho, ya que pudo tener un efecto “amedrentador e intimidante” sobre el resto de los miembros de la “comunidad industrial”.¹³¹

4.2.3. Las extensiones del fallo *Lagos del Campo*

En los seis meses que siguieron la revolución del fallo *Lagos del Campo*, la Corte confirmaría su nueva aproximación, basada en la derivación de derechos, en la decisión *Petroperú* y en la opinión consultiva 23, solicitada por Colombia.¹³² En el caso concerniente a Perú, la Corte declaró la violación del derecho al trabajo a favor de más de un centenar de trabajadores en razón de su imposibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo en los tér-

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 158.

¹²⁹ Véase *supra*, apartado 2 de este capítulo.

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 161.

¹³¹ *Ibidem*, párr. 162.

¹³² Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

minos de los artículos 8, párrafo 1, y 25.¹³³ En el marco de la solicitud de opinión consultiva presentada el 14 de marzo de 2016 por el gobierno colombiano, la Corte aprovechó las cuestiones basadas en las obligaciones del Estado en lo que respecta a la preservación del medioambiente en la región del Caribe, para consagrar la justiciabilidad del derecho “autónomo” a un ambiente sano,¹³⁴ lo que según el juez Humberto Sierra Porto fue un *obiter dictum* inconveniente.

A modo de preámbulo a su solicitud de opinión consultiva, el gobierno colombiano presentó sus inquietudes sobre la degradación ambiental en la región del Caribe, consecuencia del desarrollo de “imponentes infraestructuras” que tenían vocación de implantación permanente.¹³⁵ Conviene aquí precisar inmediatamente, como no lo hiciera Colombia en sus escritos, que dichas “infraestructuras” se refieren al proyecto faraónico nicaragüense de construcción de un canal interoceánico.¹³⁶ Sin embargo, el trasfondo político de la solicitud de opinión consultiva no es anodino y permite comprender la estrategia, por no decir táctica judicial, del gobierno colombiano. Este último ha sido llevado ante la Corte Internacional de Justicia tres veces por Nicaragua en litigios de orden fronterizo. Uno de ellos fue resuelto por una decisión del 19 de noviembre de 2012.¹³⁷ Los otros dos, presen-

¹³³ Corte IDH. *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 195.

¹³⁴ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 57.

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 2.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 25. En realidad, esta precisión fue presentada por Guatemala en la audiencia.

¹³⁷ Corte Internacional de Justicia, 19 de noviembre de 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua vs. Colombia)*, Recueil 2012, p. 624. Este fallo causó gran conmoción en círculos políticos y jurídicos colombianos. Lo anterior puesto que, aunque la CIJ reconoció la soberanía del Estado sudamericano sobre algunas islas, islotes y archipiélagos que se encuentran en el Mar Caribe en las proximidades de Nicaragua, el mismo fallo modificó la frontera marítima entre los dos Estados, reduciendo significativamente el mar territorial de Colombia. Como consecuencia de esto, a los pocos días de conocido el fallo, de 27 de noviembre de 2012, el gobierno colombiano denunció el Pacto de Bogotá, base jurídica de su reconocimiento de la jurisdicción de la CIJ, véase Comunicado de prensa de la Presidencia de

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

tados en 2013, están pendientes de decisión.¹³⁸ Demandado ante el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, Colombia decidió tomar las riendas y jugó la carta judicial interamericana al solicitar a la Corte de San José que se pronunciara sobre cuestiones relacionadas con los diferendos pendientes ante la Corte Internacional de Justicia. En función de la jurisprudencia progresista y audaz de la Corte Interamericana, y su aproximación *pro personae* y *pro ecología*, era fácil predecir quien sería favorecido. Desde este punto de vista, la estrategia fue un logro formidable porque esta opinión consultiva, en 98 páginas, presenta el alfa y a omega de las obligaciones en materia ambiental que se derivan no solamente de lo que la Corte llama el “*corpus juris* interamericano”, sino de las reglas y principios del derecho internacional del medioambiente.

Las tres preguntas formuladas por Colombia eran muy técnicas, algunos dirían incluso que eran áridas. La primera se refería al alcance de la noción de jurisdicción. Se trataba de saber si, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, una persona que no se encontraba en el territorio de uno de los Estados parte a la Convención Americana podría, a pesar de ello y sujeto a condiciones, encontrarse bajo su jurisdicción. La segunda se refería al alcance de las obligaciones convencionales. Lo que se pretendía era saber si las medidas y comportamientos de uno de los Estados parte a la Convención —cuyos efectos serían susceptibles de causar graves daños al ambiente marino (por acción y/u omisión)— eran compatibles con las obligaciones consagradas en los artículos 4.1 —derecho a la vida— y 5.1 —integridad física— de la Convención, leídos de manera combinada con el artículo 1.1. Finalmente, la tercera pregunta consistía en saber si se debía interpretar las obligaciones de respeto y garantía de los derechos y libertades previstas en los artículos 4.1 y 5.1 de manera tal que

la República de Colombia, consulta 8 ago 2018, disponible en http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Noviembre/Paginas/20121128_01.asp

¹³⁸ Se trata del caso de supuestas violaciones de los derechos soberanos y los espacios marítimos en el mar caribe (*Nicaragua vs. Colombia*) y el caso de la cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia, más allá de las 200 millas marinas de la costa nicaragüense (*Nicaragua vs. Colombia*).

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

implican una obligación más general en cabeza de los Estados de respetar las normas del derecho internacional del medioambiente que tienen por objeto impedir la causación de un daño ambiental capaz de imposibilitar el goce efectivo... En caso afirmativo, Colombia quería saber si esta obligación general podría traducirse en la realización de estudios de impacto ambiental en zonas protegidas.

Debe subrayarse, de entrada, que la Corte fue audaz sobre la totalidad de las preguntas. La Corte confirmó, en primer lugar, que el concepto de jurisdicción que se encuentra en el artículo 1.1 de la Convención se refiere a toda situación en la que un Estado parte ejerce su autoridad o un “control efectivo” sobre las personas, sin importar que sea sobre su territorio o fuera de él,¹³⁹ aspecto en el que comparte la postura con la jurisprudencia del TEDH. Por ello, considera que “las posibles víctimas de las consecuencias negativas de esas actividades se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen, a efecto de la posible responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos”.¹⁴⁰ Sobre todo, las respuestas a la segunda y tercera pregunta formuladas demuestran que la voluntad de la Corte no titubea, por ahora, al imponer a los Estados una serie de obligaciones relacionadas directamente con el respeto de los derechos a la vida y la integridad, dos derechos que se encontraban en el centro de la solicitud colombiana y que, sin duda alguna, explican el origen de afirmaciones particularmente progresistas.

La Corte Interamericana valoriza, primero, las obligaciones de prevención de las que infiere obligaciones de hacer. Así, prevenir los “daños ambientales significativos” con miras a respetar y garantizar la vida y la integridad personal de los individuos requiere la reglamentación y control de las actividades peligrosas; la realización de estudios de impacto ambiental —cuando existen riesgos de ocurrencia de dichos “daños significativos”— y la atenuación de sus efectos, cuando se presenten.¹⁴¹ Se debe resaltar aquí que la Corte consideró, en este contexto, que el principio

¹³⁹ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párrs. 72-81.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 102.

¹⁴¹ *Ibidem*, párrs. 127-174.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

de precaución era trascendental, “aún en ausencia de certeza científica”,¹⁴² lo que es particularmente remarcable.

Posteriormente, la Corte centró su atención en la obligación de cooperación para evitar “todo daño ambiental transfronterizo significativo”, distinguiendo dos obligaciones suplementarias. La de notificación —los Estados que adelanten actividades potencialmente peligrosas para el medioambiente deben advertir a quienes sean “potencialmente afectados” por ellas y cuando se presenten situaciones de “emergencia ambiental”— y la de consulta y negociación —una vez más con los Estados potencialmente afectados por importantes riesgos ambientales—.¹⁴³ La Corte termina, apoteósicamente, valorizando tanto en el marco de lo que llamó las obligaciones procedimentales, el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones como en la implementación de políticas públicas ambientales y, *last but not least*, el derecho de acceso a la administración de justicia con miras a hacer respetar las obligaciones ambientales tratadas a lo largo de su opinión consultiva.¹⁴⁴ Todo ello con fundamento *expressis verbis* en las disposiciones de la Convención Americana: el artículo 13, para el derecho de acceso a la información, sobre el que el caso *Claude Reyes*¹⁴⁵ ya había mostrado todo su esplendor, el artículo 23, para los derechos políticos, y el artículo 8.1, para el acceso a la justicia.

Aunque esta amplia gama de obligaciones debe ser resaltada, puesto que constituye una verdadera hoja de ruta para todos los Estados de la región y, más allá de ella, el alcance de la opinión consultiva es igualmente fundamental en dos aspectos: el de la defensa en favor de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y el ambiente, por un lado y el carácter autónomo reconocido al derecho a un ambiente sano y su justiciabilidad, por otro.

¹⁴² *Ibidem*, párr. 180.

¹⁴³ *Ibidem*, párrs. 181-210.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 211-241.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Se trata de la segunda oportunidad real que tuvo la Corte de abordar lo que se podría llamar una verdadera defensa de la valorización de los vínculos entre la protección de los derechos humanos y la protección del medioambiente para consagrar su interdependencia e indivisibilidad.¹⁴⁶ En efecto, si el caso *Claude Reyes*, que se refería a un proyecto monumental de deforestación en el sur de Chile, había permitido valorizar el derecho al acceso a la información pública, especialmente en materia ambiental, gracias a la redacción del artículo 13 de la Convención Americana,¹⁴⁷ y si numerosos casos de comunidades “indígenas” habían permitido valorizar su relación con las tierras ancestrales y la necesidad de que ellas puedan llevar una “vida digna”, fue el caso *Kawas*,¹⁴⁸ relativo al asesinato de la presidente de una importante fundación de protección del medioambiente en Honduras, en donde la Corte tuvo el cuidado de afirmar que “existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”.¹⁴⁹ Con la opinión

¹⁴⁶ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 54.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *supra*.

¹⁴⁸ Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C, núm. 196.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 148. En el marco del estudio de la violación del art. 4 (derecho a la vida), la Corte Interamericana recuerda la rampante ola de asesinatos de “defensores de derechos humanos, especialmente de defensores del medio ambiente” en Honduras luego de la muerte de Blanca Jeannette Kawas Fernández. En el marco del análisis de la violación del art. 16 —libertad de asociación—, la jurisdicción interamericana no dudó, como es habitual, efectuar una cadena de referencias endógenas —i.e, propias al sistema político y jurídico de la OEA— y exógenas —completamente exteriores al continente americano— para afirmar la existencia de la relación entre la protección del medioambiente y la realización de otros derechos humanos. Además de valorar la jurisprudencia europea —los casos *Guerra*, *López Ostra*, *Fadeyeva*— y de recordar su propia jurisprudencia en el caso relativo a las comunidades indígenas, así como la constitucionalización del medioambiente en varios países del continente, la Corte hizo referencia al trabajo de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y de las Naciones Unidas. Estos últimos han puesto en evidencia la manera en la que la degradación ambiental y los efectos perversos del cambio climático han afectado el goce efectivo de los derechos humanos en el hemisferio. Asimismo, afirma, para completar esta profesión de fe sobre los vínculos entre el respeto de los derechos humanos y la protección

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

consultiva 23, la Corte profundizó considerablemente este *dictum*, que de hecho recuerda.¹⁵⁰ Siendo fiel al aperturismo que la caracteriza, la Corte, recurriendo a una imponente nomenclatura de fuentes exógenas a su sistema de referencia, no cesó de mostrar que tanto en el campo de los derechos humanos —en el nivel interamericano,¹⁵¹ europeo, africano¹⁵² y universal—,¹⁵³ como en el derecho internacional público —a través de una suma consecuente de textos internacionales de *soft law*¹⁵⁴ como la declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Johannesburgo de 2002 y la agenda 2030 adoptada en 2015—, existe una “relación interdependiente” entre la protección del medioambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.

El segundo aporte significativo de la opinión consultiva 23 se refiere a la justiciabilidad y a la autonomía del derecho a un ambiente sano. La Corte trasladó al campo ambiental el método de derivación que había utilizado en el caso *Lagos del Campo*

ambiental, que muchos avances han sido tenidos en cuenta en el Protocolo de San Salvador. Este, en efecto, es el primer instrumento convencional que reconoce el derecho a un ambiente sano en el *corpus* de los derechos humanos. El art. 11.1 que establece que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”. La táctica de la Corte al respecto es interesante y merece ser resaltada. El protocolo adicional al Pacto de San José no reconoce justiciabilidad al derecho al ambiente. Este es “únicamente” protegido por la vía de los informes periódicos que los Estados parte deben transmitir a la Comisión Interamericana (art. 19.6). Sin embargo, la Corte no alude a este elemento de orden procedimental y no se ata al contenido del Protocolo. Esto es una manera de importar, a su jurisprudencia, la protección del medioambiente que, de golpe, se convertirá en un parámetro de su interpretación. La muerte de la defensora del medioambiente —presidenta de PROSALANTE— fue considerada por la Corte, “de manera evidente”, como una “privación de su derecho a asociarse libremente” (párr. 152) y recordó el efecto amedrentador que este tipo de crímenes tienen “sobre las otras personas vinculadas a este tipo de causas” (párr. 153). En este contexto, la violación del art. 16.1, en combinación con el artículo 1.1 fue declarada.

¹⁵⁰ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 47.

¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 49.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 50.

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 51.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 52.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

sobre la estabilidad laboral. Además de mencionar la existencia precisa en el *corpus juris* interamericano de una disposición consagrada al hecho de que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos” (art. 11. 1 del Protocolo de San Salvador), y que los “Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” (art. 11.2),¹⁵⁵ consideró que este derecho debía “considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26”.¹⁵⁶ Este *obiter* es fundamental. Ni más ni menos, la Corte, en función consultiva, afirma sin ambages la justiciabilidad de este derecho. El mensaje enviado a todos los defensores del medioambiente es fuerte: saben desde ahora que, en el contencioso, no estarán obligados a desplegar los tesoros de la ingeniería argumentativa para llegar, con fundamento en el vector de los derechos civiles y políticos, a obtener una protección del medioambiente, como en el caso *Kawas*. Habiendo establecido la justiciabilidad, la Corte extiende al medioambiente la teoría de la “doble dimensión” que utilizaba hasta ahora en favor de la libertad de expresión.¹⁵⁷ En su dimensión colectiva, el derecho al ambiente sano “constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras”, mientras que en su dimensión individual, su violación “puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida”. La Corte enfatiza en este *dictum* que “La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”.¹⁵⁸

Luego de proclamar la justiciabilidad del derecho a un ambiente sano gracias a una audacia interpretativa de primer orden, la Corte Interamericana abordó su “autonomía”. Este, sin duda,

¹⁵⁵ *Ibidem*, párr. 56.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párr. 57.

¹⁵⁷ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 30.

¹⁵⁸ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 59.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

es un pasaje que muestra la visión de futuro del juez interamericano de derechos humanos. Aunque el derecho contemporáneo, especialmente algunos ordenamientos jurídicos internos, camuflan ciertos avances que constituyen una “tendencia” (como el preámbulo de la Constitución boliviana y el art. 71 de la Constitución ecuatoriana que atribuye a la *Pacha Mama* derechos o algunos fallos innovadores como los de la Corte Constitucional colombiana¹⁵⁹ y la Corte Constitucional ecuatoriana¹⁶⁰) nunca antes un juez internacional se había aventurado a afirmar que el derecho a un ambiente sano, como derecho autónomo, “a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”.¹⁶¹ La naturaleza como sujeto de derechos... es este el progreso magistral del juez regional de los derechos humanos. Dicho de otro modo, no solamente se trata de proteger la naturaleza en la medida que ella se encuentra intrínsecamente ligada a los seres humanos y al goce efectivo de los derechos —algunos siendo más susceptibles que otros a ser afectados por los daños causados al medio ambiente—,¹⁶² sino por su “importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”.¹⁶³

En épocas en las que las degradaciones ambientales se multiplican —y son responsables indirectas de la creación del “contentioso climático”—¹⁶⁴ ya no se puede ser pusilánime. Muchos de los actores lo han entendido y hacen primar la imaginación y la audacia, imbuidas de una fuerte dosis de voluntarismo político,

¹⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-622, 10 noviembre de 2016, párr. 9.27-31.

¹⁶⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 218-15-SEP-CC, 9 de julio de 2015.

¹⁶¹ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 62.

¹⁶² *Ibidem*, párr. 64.

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 62.

¹⁶⁴ Huglo, Christian, *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*, Bruselas, Bruylant, 2018.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

con el fin provocar cambios.¹⁶⁵ Entre estos actores, los jueces se ubican en la primera línea porque pueden hacer que las interpretaciones clásicas del derecho evolucionen y aceptar la actualización en lo que atañe al medioambiente. Con su estatus como jurisdicción internacional, la señal dada por la Corte Interamericana en favor de la protección de la naturaleza, y en consecuencia de los seres humanos que viven en ella, es significativa. Ella merece ser celebrada, estudiada y difundida.

La profundización de la nueva aproximación argumentativa basada en el artículo 26 de la Convención Americana ha iniciado. Por ahora,¹⁶⁶ el derecho a la “estabilidad laboral”,¹⁶⁷ el derecho al trabajo en sí mismo,¹⁶⁸ el derecho a un ambiente sano¹⁶⁹ y el derecho a la salud¹⁷⁰ han sido declarados derechos “autónomos” y directamente justiciables con fundamento en la disposición convencional recién citada. A cada oportunidad que se le presenta, la Corte aprovecha para afinar su forma de razonar. Así, en el fallo *San Miguel de Sosa* se señala la obligación en cabeza de los Estados de no discriminar los trabajadores en función de sus opiniones políticas. En el caso concreto, el despido arbitrario de tres mujeres constituyó, para la Corte, “una forma de desviación de poder”.¹⁷¹ Igualmente, en el caso *Poblete Vilches*, relacionado con

¹⁶⁵ Por ejemplo, véase la versión comentada de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Picod y Huglo, Bruselas Bruylant, 2018, p. 137, prólogo de C. Lepage.

¹⁶⁶ Al 31 de julio de 2018.

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*; Corte IDH. *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, *supra*.

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *supra*.

¹⁶⁹ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17.

¹⁷⁰ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*.

¹⁷¹ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *supra*, párr. 221: “En el presente caso, la Corte concluyó que la terminación arbitraria de la relación laboral de las presuntas víctimas con el Consejo Nacional de Fronteras constituyó una forma de desviación de poder, pues se utilizó una cláusula establecida en su contrato como velo de legalidad para encubrir la verdadera finalidad de tal medida, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión. Es decir, ellas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario, el cual ocurrió en un contexto de denuncias de

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

la falta de cuidados en favor de un adulto mayor que conllevaron a su muerte, la Corte presenta dos precisiones. Una general, en la que hace explícitas las dos obligaciones que derivan del artículo 26. Por un lado, “la adopción de medidas generales de manera *progresiva*” que implican la prohibición de toda regresión. Por otro, “la adopción inmediata de medidas eficaces que garanticen el acceso indiscriminado a las prestaciones reconocidas por cada derecho”.¹⁷² La otra precisión es específica al derecho a la salud. La Corte presentó con detalles el alcance y contenido de este derecho, basándose en las disposiciones constitucionales chilenas y teniendo en cuenta el *corpus juris* internacional de la materia. Con fundamento en dicha comparación, la Corte estuvo en capacidad de constatar la “consolidación” del derecho, lo que le permitió establecer una serie de estándares bastante precisos, tanto en lo que se refiere a las emergencias médicas como en lo que atañe al tratamiento de adultos mayores vulnerables.¹⁷³

En este punto del análisis debe señalarse, sin embargo, que este proceder de la Corte no se produjo sin resistencia internas. El punto de vista de los jueces minoritarios no pasó inadvertido. El juez uruguayo Alberto Pérez Pérez empezó la disputa. Lo hizo tímidamente en el caso *Suárez Peralta* al precisar que no se debían comprender las referencias al derecho a la salud como un reconocimiento de la competencia de la Corte en materia de derechos sociales.¹⁷⁴ Lo hizo con más claridad en el caso *Gonzales Llyu*, en el que, luego de analizar los antecedentes de la Conven-

despidos semejantes y de otras formas de represalia para quienes habían decidido ejercer sus libertades al firmar por la solicitud de referendo. Así, su despido tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones”.

¹⁷² Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 104.

¹⁷³ En este contexto fue que la Corte declaró, en favor del señor Poblete Vilches, la vulneración del “derecho a la salud sin discriminación mediante servicios necesarios y urgentes en relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor”. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 118-143.

¹⁷⁴ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 1, voto razonado del juez Alberto Pérez Pérez.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

ción Americana, concluye que la mayoría de Estados no tuvieron jamás la intención de integrar estos derechos en el régimen de protección establecido por ella.¹⁷⁵ Sobre este punto concordó el entonces presidente, Humberto Sierra Porto, emitiendo su primer voto separado desde que integró la Corte. Vale la pena recordar que el juez Sierra Porto, cuando fue miembro de la Corte Constitucional colombiana, una de las más activas y progresistas en materia de derechos sociales, estaba a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales,¹⁷⁶ pero en el contexto del Sistema Interamericano, niega cualquier fuerza normativa al artículo 26, ya que dicha disposición se limita a consagrar la necesidad de su “desarrollo progresivo”. Esta resistencia, a la que se sumó el juez chileno Vio Grossi, se manifestó de manera constante ulteriormente.

Ante cada avance, efectuado a través de fallos —*Lagos del Campo, Petroperú, San Miguel de Sosa y Poblete Vilches*— o de opiniones consultivas —medioambiente y derechos humanos—, el juez Sierra Porto presentó, de manera detallada y debidamente razonada, argumentos encaminados a cuestionar no solamente la nueva interpretación del artículo 26, que en su concepto sería contraria a la letra y el espíritu de la Convención, y a señalar las incoherencias y lagunas argumentativas en los casos en los que la Corte mezcló la nueva aproximación al artículo 26 y la protección indirecta a través de los derechos civiles y políticos, como en el caso *Poblete Vilches*.¹⁷⁷

Estas disidencias, que demuestran que las formas de interpretar el derecho y, por ende, de rendir justicia, son siempre diversas, no pueden ser tomadas a la ligera. Ellas permiten, indirectamente, presagiar otra resistencia, más política, por parte de los poderes constituidos de los Estados que podrían rebelarse contra una interpretación que sea considerada demasiado audaz, por lo que llevaría a una forma de “reforma judicial de la

¹⁷⁵ Voto razonado del Juez Alberto Pérez Pérez en el caso Corte IDH. *Gonzales Lluy*.

¹⁷⁶ Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷⁷ Véanse párrs. 6 y ss. de su voto concordante en este caso.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

Convención”.¹⁷⁸ En todo caso, aunque los Estados aceptasen sin desdén estos avances jurisprudenciales, el otro gran reto sería lograr hacerlos efectivos en su seno, lo que en materia de derechos sociales es, en general, lejos de ser el caso.¹⁷⁹

BIBLIOGRAFÍA

- Anaya, James y Grossman, Claudio, “The Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002.
- Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.
- Ayala Corao, Carlos, “La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región andina”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 131, 2008.
- Burgogue-Larsen, Laurence, “El aperturismo: la técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, 2015.
- y Úbeda de Torres, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2008.

¹⁷⁸ El párr. 88 del fallo *Poblete Vilches* es significativo en este punto y muestra claramente el punto de vista del Estado, que no se debe subestimar: “Asimismo, en sus alegatos finales indicó el Estado que apoya la justiciabilidad de los DESC vía conexión con los Derechos Civiles y Políticos, mas no reconoció la competencia de la Corte para declarar la vulneración del artículo 26 de la Convención en forma directa. El Estado agregó que si bien la Corte puede incorporar diversos criterios interpretativos en el desarrollo de su jurisprudencia, el tribunal internacional debe respetar los límites jurisdiccionales de su competencia contenciosa y tener en consideración cuáles fueron las obligaciones contraídas por los Estados al momento de ratificar la Convención”.

¹⁷⁹ Langford, Malcolm; Rodríguez Garavito, César y Rossi Julieta (dirs.), *La lucha por los derechos económicos y sociales. Los fallos judiciales y la política por su cumplimiento*, Bogotá, Dejustica, 2017.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

- Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores, 2014.
- Carozza, Paolo G., “Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law”, en *American Journal International Law*, vol. 38, 2003.
- Cartabia, M., “Le principe de proportionnalité, langage commun des Cours constitutionnelles”, en Alen, A., Spreutels, J.; Lavrysen, L.; Nihoul, P.; Peremans, E.; Renaud, B.; Theunis, J. y Verrijdt, W. (dirs.), *Cour constitutionnelle 1985-2015*, Bélgica, La Charte, 2016.
- Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunix, *Courts and Social Transformation in new Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot-Burlington, Routledge, 2006.
- Gros Espiell, H., “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l’homme: analyse comparative”, en *Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 218, 1989.
- Huglo, Christian, *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*, Bruselas, Bruylant, 2018.
- Jung, Courtney; Hirschl, Ran y Rosevear, Evan, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, núm. 62, 2014.
- Langford, Malcolm (dir.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- ; Rodríguez Garavito, César y Rossi Julieta (dirs.), *La lucha por los derechos económicos y sociales. Los fallos judiciales y la política por su cumplimiento*, Bogotá, Dejusticia, 2017.
- Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Facultad de Derecho, 2003.
- Mejía R., Joaquín A., “Cinco mitos sobre los DESC”, en *Revista CEJIL*, año II, núm. 3, sep, 2007.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

- Melish, Tara J., “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL*, núm. 1, 2005.
- , “The Inter-American Court of Human Rights”, en Langford, M. (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2006.
- Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2017.
- Pasqualucci, Jo. M., “The Right to a Dignified Life (Vida digna): the integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 1, 2008.
- Pérez, Olga Lucía y Amato, Victoria, “Pedro Huilca Tecse y los derechos de los trabajadores en el Perú”, en *Revista CEJIL*, núm. 3, diciembre de 2007.
- Rodríguez Rescia, Víctor, *Los derechos económicos sociales y culturales en el marco del sistema interamericano: mecanismos para su protección*, San José, Costa Rica, IIDH, 2004.
- Roman, Diane, “La justiciabilité des droits sociaux: les arguments classiques en faveur d’un *self restraint* juridictionnel”, en Roman, Diane (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012.
- Sudre, F., “Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l’homme: de quoi est-il question?”, en *JCP*, 13 mar 2017.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

*Aída Díaz-Tendero Bollain**

1. INTRODUCCIÓN: EL CASO *POBLETE VILCHES* COMO PARTEAGUAS

El caso *Poblete Vilches* constituye un hito. Es la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) se pronuncia de manera directa sobre el derecho a la salud de las personas mayores.¹ Si bien este Tribunal, en este caso concreto,

* Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, UNAM.

¹ Se denomina persona mayor o personas mayores, preferentemente, frente a anteriores denominaciones como adulto mayor, o persona adulta mayor, a partir de la adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores por la Organización de los Estados Americanos (OEA), en junio de 2015. En cuanto a la edad, a partir de la cual se considera a una persona mayor, el consenso internacional generado por las organizaciones internacionales del Sistema de Naciones Unidas, particularmente la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ha establecido los 60 años de edad como límite etario inferior para el grupo de personas mayores. En general, en los países más desarrollados se establece a partir de 65 años y en los países menos desarrollados a partir de los 60 años, Salmerón, Juan Antonio *et al.*, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Madrid, Dykinson, 2014. La mayor parte de los países de la región de América Latina y el Caribe comparten el criterio de los 60 años, salvo

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

no aplicó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHMP o Convención), en tanto los hechos son anteriores a la misma, lo cierto es que una vez que considera el derecho a la salud dentro de la protección de la Convención Americana, la Corte utiliza un amplio *corpus iuris*.

Que la Corte haya interpretado que la protección del derecho a la salud se deriva de la Convención Americana no es una cuestión menor, como tampoco lo es la multiplicidad² de instrumentos presentes en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso *Poblete Vilches* que protegen el derecho a la salud.

Si bien, con base en este amplio abanico de instrumentos de diversa índole, la Corte ha cumplido su función de garante de los derechos humanos, y específicamente del derecho a la salud, la región de América Latina y el Caribe cuenta, desde el 15 de junio de 2015, con un tratado internacional de carácter vinculante que protege específicamente el derecho a la salud de las personas mayores, además de un amplio abanico de derechos de este grupo etario.

Costa Rica y Ecuador. Por su parte, se considera persona muy mayor a la de 75 años y más.

² Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art.5.e), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12.1), Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2.1), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25), Carta Social de las Américas (art. 17), Carta Social Europea (art. 11), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 16), Declaración y Programa de Acción de Viena (secc. II, inc. 41), observación general 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas 2008, E/C.12/2000/4, y observaciones generales 3, 4, 5, 6, 15, 16, 18, 19 y 20. Asimismo, el Grupo de Trabajo de la OEA para el análisis de los Informes Anuales sobre Indicadores de Progreso referido al análisis del derecho a la salud.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

Firmada en el seno de la Organización de los Estados Americanos por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, a los que se sumó Bolivia en 2016, la Convención ha sido ratificada por Costa Rica (12 de octubre de 2016), Uruguay (7 de noviembre de 2016), Bolivia (13 de marzo de 2017), y recientemente se ha adherido El Salvador (18 de abril de 2018). Por su parte, Argentina³ (30 de junio de 2017) y Chile⁴ (11 de julio de 2017) la han ratificado con reservas.

Entró en vigor el 11 de enero de 2017, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, tal y como se establece en la CIPDHPM.

³ Argentina formuló las siguientes reservas: la declaración interpretativa al art. 31: “Las obligaciones contraídas en los incisos cuarto y quinto del artículo 31 deben entenderse como obligaciones de medios, enderezadas a las adopción de medidas, atendiendo a un criterio de progresividad y a los condicionamientos políticos propios del diseño de competencias constitucionales”; y al art. 23: “El gobierno argentino establece que no quedarán sujeta a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de «utilidad pública» o «interés social», lo que estos entiendan por «indemnización justa»”.

⁴ Chile formuló las siguientes reservas: en cuanto a conceptos: el enfoque de curso de vida será entendido como el continuo de la vida de la persona, desde el inicio de su existencia hasta la última etapa de su vida, que, condicionada por diversos factores, como el familiar, social, económico, ambiental y/o cultural, configuran su situación vital, siendo el Estado el encargado de desarrollar este enfoque en sus políticas públicas, planes y programas, con especial interés en la vejez; la identidad de género a que alude la Convención será entendida en armonía con lo dispuesto en su legislación nacional; en cuanto a los arts. 5 y 18, párrafo segundo, ambos en relación con el art. 2 de la misma Convención, no impiden, de ninguna forma, la adopción de medidas legítimas, razonables y proporcionadas, como son las que, fundadas en las exigencias, ya sea del funcionamiento de una institución, o en las propias de la naturaleza del cargo o función, establecen límites de edad para desempeñar ciertos cargos o funciones públicas, por lo que no podrán considerarse como constitutivas de un acto de discriminación; en relación con el artículo 11 de la Convención, el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud al que ella se refiere deberá ser prestado en conformidad a los requisitos tanto formales como sustantivos y a todas las demás disposiciones aplicables en la materia vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

2. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES EN LOS ANTECEDENTES DE LA CIPDHPM

Con anterioridad a la Convención, existían a nivel regional numerosas fuentes normativas de distinta categoría jurídica, diverso alcance y disímil contenido, que complejizaban la definición de los derechos mínimos de las personas mayores. Esto es, no existía vacío jurídico sino dispersión de los derechos de este grupo en distintos instrumentos.⁵ Como parte de la pluralidad de instrumentos anteriores a la Convención, tanto en alcance, como en categoría y contenido, se han ordenado en instrumentos universales, regionales y latinoamericanos:

2.1. Instrumentos universales

A partir de las distintas recopilaciones que hacen Rocío Barahona,⁶ Mónica Roqué⁷ y Sergio Vieira⁸ se pueden hacer las siguientes observaciones sobre la paulatina inserción del enfoque de los derechos humanos de las personas mayores y rastrear desde esa perspectiva la presencia del derecho a la salud:

⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Propuesta de estrategia para avanzar, desde la perspectiva de América Latina y el Caribe, hacia una convención internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad”, LC/L.3220(CEP.2010/5), documento presentado al Comité Especial de la CEPAL sobre Población y Desarrollo, Santiago de Chile, mayo 2010.

⁶ Barahona, Rocío, “Nivel de vida adecuado, derechos humanos y envejecimiento”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.

⁷ Roqué, Mónica, “De la necesidad y fundamento de un tratado internacional sobre personas mayores”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI...*, cit.

⁸ Vieira, Sergio, “Una perspectiva internacional basada en el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento de las Naciones Unidas”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI...*, cit.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 —recuérdese que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948 en Bogotá, se adelantó por más de siete meses a aquella— no se hace referencia alguna a la vejez, al envejecimiento ni a las personas mayores. Sus disposiciones se aplican a todos los miembros de la sociedad, pero no se alude a ellos en específico en ningún momento.

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el artículo 9 alude —dentro del derecho a la seguridad social— a las prestaciones por vejez. Incluso se adelanta el hoy tan vigente tema de las pensiones no contributivas.⁹

El Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (1982) señala con detalle las medidas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos de las personas mayores en cumplimiento de los pactos internacionales, lo cual constituye su mayor valor, si bien se enfoca en el envejecimiento en los países desarrollados, en opinión de Rocío Barahona.

Los Principios de las Naciones Unidas a Favor de las Personas de Edad (1991) se corresponden con los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —que entró en vigor en 1976—, tal y como señala Rocío Barahona. Los principios que se sugiere guíen los programas nacionales son los de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad.

En 1995 se realizó la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social que promovió el concepto de una sociedad para todas las edades, noción que volvió a enfatizarse en 1999, durante el Año Internacional de las Personas de Edad, señala Sergio Vieira.

⁹ Las pensiones contributivas son aquellas que se derivan del historial de cotización del trabajador y se perciben una vez cumplidos cierto número de años de cotización a la seguridad social y, adicionalmente, haber cumplido cierta edad. Las no contributivas se otorgan por tener una edad determinada —universales— o por cumplir este requisito y además pertenecer a un estrato socioeconómico vulnerable o no percibir pensiones contributivas —por comprobación de medios—.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

La Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002 emana de la Segunda —y última hasta el día de hoy— Asamblea Mundial sobre Envejecimiento convocada por Naciones Unidas. Uno de los grandes cambios entre una y otra Asamblea —identificado por Sergio Vieira— es la concepción de las personas mayores como agentes de cambio en lugar de sujetos pasivos, así como contribuyentes y no solo beneficiarios del desarrollo económico y social. Asimismo, debe subrayarse la integración de los principios (1991) en el espíritu del documento, así como el enfoque de derechos humanos.

Un segundo gran cambio global acontecido a lo largo de los veinte años que transcurrieron entre la Primera Asamblea y esta (1982-2002), ha sido la intensificación del proceso de envejecimiento en los países desarrollados y el inicio del mismo en los países en desarrollo, como los de la región latinoamericana.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008 se ocupó de los contenidos normativos del derecho a la seguridad social, al determinar:

Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para establecer planes de seguridad social que concedan prestaciones a las personas de edad, a partir de una edad determinada prescrita por la legislación nacional. El Comité subraya que los Estados partes deben establecer una edad de jubilación apropiada a las circunstancias del país y para la que se tenga en cuenta, entre otras cosas, el tipo de trabajo, en especial si se trata de un trabajo en ocupaciones peligrosas, y la capacidad de trabajar de las personas de edad. Los Estados Partes deben establecer, hasta el máximo de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas, servicios sociales y otros tipos de ayuda para todas las personas mayores que, al cumplir la edad de jubilación prescrita en la legislación nacional, no tengan cubiertos los periodos mínimos de cotización exigidos, o por cualquier otra causa no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otro tipo de prestación o ayuda de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos.¹⁰

¹⁰ Observación general 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/19, 2008, párr. 15.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

La edad se encuentra en los motivos prohibidos de discriminación¹¹ en el siguiente tenor:

La edad es un motivo prohibido de discriminación en diversos contextos. El Comité ha destacado la necesidad de ocuparse de la discriminación contra los trabajadores desempleados de más edad que buscan trabajo o acceso a la capacitación y readiestramiento profesional, y contra las personas de más edad que viven en la pobreza con acceso desigual a las pensiones universales de las personas mayores como resultado de su lugar de residencia.¹²

En 2008, el Comité de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes estableció los grupos que corren mayor riesgo de ser torturados en la observación general número 2, y entre ellos señaló a las personas mayores, tal y como apunta Mónica Roqué.

Señala la misma autora que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también se ha ocupado del tema a partir de 2009, cuando elaboró una nota conceptual sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 2010, prioriza los derechos de las mujeres mayores en la recomendación 27,¹³ así como en la 7,¹⁴ que incluye todos los aspectos que afectan la vida de las mujeres mayores, tanto de 60 años como de edades más avanzadas.¹⁵

¹¹ Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada. La discriminación obstaculiza o deja sin efectos el reconocimiento, el goce y el ejercicio de los derechos humanos.

¹² Observación general 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/20, 2008, párr. 29.

¹³ Recomendación 27 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CETFDCM/C/GC/27, 2010.

¹⁴ Recomendación 7 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CETFDCM/C/GC/7, 2010.

¹⁵ Ara Begum, Ferdous, "Women, Lifecycle and Human Rights", en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI...*, cit.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), en su resolución¹⁶ de 2012 en relación con los derechos humanos de las personas de edad, exhorta a todos los Estados a garantizar el disfrute pleno y equitativo de los derechos de las personas mayores, incluyendo la adopción de medidas para luchar contra la discriminación, la negligencia, el abuso y la violencia, y para abordar las cuestiones relacionadas con la integración social y la asistencia sanitaria adecuada. En el ámbito universal, es en esta resolución de 2012 en la que se encuentra por primera vez el derecho a la salud de las personas mayores.

2.2. Instrumentos regionales

2.2.1. *Ámbito europeo*

Los principios detrás de la Carta Social Europea (1961) —revisada en 1996— son la autonomía y la independencia de las personas mayores, y ya se introducen temas como el respeto a la vida privada, que debe garantizarse en las instituciones de cuidado de largo plazo.

La recomendación sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores del Consejo de Europa, aprobada en 2014, consiste en un instrumento no vinculante pero que proporciona orientación para aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea a las personas mayores.

Los principios que guían la recomendación son la autonomía, por una parte, y la protección por otra, y ambos guían este instrumento. Mencionará Nicola D. Cangemi¹⁷ que ambos principios son interdependientes y, en este sentido, uno es ineficaz sin el otro.

¹⁶ Resolución 21 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/CDH/21/L15, 2012.

¹⁷ Cangemi, Nicola Daniele, “La Recomendación sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del Consejo de Europa”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

Resulta muy innovador el hecho de que la recomendación no defina la edad a partir de la cual se considera que una persona es mayor.

Se define a las personas mayores como aquellas cuya edad constituye, sola o en interacción con otros factores —incluyendo las percepciones y las actitudes—, un obstáculo para el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones.¹⁸

Algunos de los temas abordados en la recomendación europea son la no discriminación de las personas mayores, especialmente la discriminación múltiple¹⁹ (mujeres mayores, migrantes de edad o personas mayores con discapacidad); la autonomía y la participación en la toma de decisiones; la protección de las personas mayores frente a la violencia, el abuso —físico, psicológico, emocional, financiero, sexual— y el descuido intencional o no intencional, tanto en el hogar como en una institución de cuidado de largo plazo. En cuanto al sistema de justicia, se mencionan aspectos como la mejora de las condiciones de detención, la prestación de asistencia jurídica gratuita y el derecho a un juicio rápido. Asimismo, se favorecen el acceso y la adaptación de la vivienda para facilitar la movilidad y el fortalecimiento de su participación en la sociedad.

La salud de las personas mayores ocupa un lugar preponderante e incluye la atención de calidad y los cuidados paliativos.

2.2.2. *Ámbito africano*

En la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 pueden encontrarse disposiciones relativas a los an-

¹⁸ *Ibidem*, pp. 32-33

¹⁹ Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación, por ejemplo: edad e identidad de género, o edad y etnicidad, así como orientación sexual, migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, y también la discriminación ejercida hacia personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos originarios, grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

cianos y las personas con discapacidad que enfatizan su mayor necesidad de protección. Por su parte, en el Protocolo de Maputo de 2003 (protocolo a la Carta Africana) se subraya la especial vulnerabilidad de las mujeres mayores, especialmente en el texto que señala Sandra Huenchuan:

[...] y pide a los Estados adoptar una serie de medidas en consonancia con su desarrollo físico, necesidades económicas y sociales, así como su acceso a la formación ocupacional y profesional, y a garantizar el derecho de las mujeres de edad avanzada a vivir libres de violencia, incluido el abuso sexual.²⁰

En la quincuagésima primera sesión ordinaria de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, celebrada en Banjul en mayo de 2012, se distribuyó un avance de proyecto para la protección de los derechos de las personas mayores, que fue aprobado en 2016. Algunas de sus características son los principios de independencia, dignidad, realización personal, participación y atención. Es de notable relieve, por no aparecer en otros instrumentos semejantes, la alusión a las injustas acusaciones de brujería que padecen las mujeres de edad avanzada y, en este tenor, señala Yeung K.J. Yeung Sik Yuen:

Se promueve la eliminación de las prácticas sociales y culturales perjudiciales que las afectan, incluyendo las acusaciones de brujería, los abusos relacionados con la propiedad y el derecho a la tierra, y la protección de los derechos de herencia.²¹

Hay algunas coincidencias entre el protocolo de África y la recomendación europea, por ejemplo, en relación con los derechos considerados: el derecho a tomar decisiones, al empleo, la protección social, la protección contra el abuso y las prácticas tradicionales nocivas, el cuidado y el apoyo. En ambos instru-

²⁰ Huenchuan, Sandra, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI...*, cit., pp. 40-41.

²¹ Yeung Sik Yuen, Yeung Kam John, “La protección de los derechos de las personas mayores en África”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez...*, cit., p. 40.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

mentos se incluye la protección especial para grupos específicos de personas mayores, y se establecen las obligaciones de los Estados al respecto. Entre estos grupos se encuentran las mujeres mayores, las personas de edad que tienen a su cuidado huérfanos y niños en situación de vulnerabilidad, y en el protocolo africano, específicamente niños que han perdido a sus padres por causa del VIH/sida. En el caso de la recomendación europea se considera a las personas mayores en situación de cárcel, y en su informe explicativo se llama la atención acerca de la situación específica de las mujeres mayores, los inmigrantes mayores y las personas de edad con discapacidad.

2.2.3. *Ámbito latinoamericano*

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 (Bogotá) alude a la vejez en su artículo XVI, en la explicación del derecho a la seguridad social:

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Es interesante resaltar la percepción sobre la vejez que se hace presente en este artículo, como circunstancia que imposibilita mental o físicamente para obtener los medios de subsistencia, es decir, es una visión de la vejez asociada a la vulnerabilidad y a la dependencia.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en 1969 aunque entra en vigor a partir de 1978, también llamada Pacto de San José, no se alude a la vejez ni a las personas mayores.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988) dedica el artículo 17 a la protección de las personas mayores e incluye el derecho a la atención médica especializada. Reconoce la situación

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

específica de las personas mayores y es un instrumento de orden vinculante:

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. Los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

En cuanto a los preparativos o acciones concretas dirigidas a la elaboración de la Convención, debe mencionarse en primer lugar la elaboración de la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2003, que es el antecedente de la Declaración de Brasilia de 2007, en cuyo artículo 26 se menciona el compromiso de “impulsar la elaboración de una convención sobre los derechos humanos de las personas de edad en el seno de las Naciones Unidas”.²² Esto es, la Declaración de Brasilia constituye la contribución de América Latina y el Caribe a la Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que se celebraría en 2008. En opinión de Sandra Huenchuan, hay un antes y un después de la Declaración de Brasilia, en tanto la preocupación por la situación de vulnerabilidad en el ejercicio de derechos en que se encuentra la población mayor en el mundo y, especialmente, en la región latinoamericana. Una revisión de la misma pone de manifiesto el importante antecedente que constituye para la Convención. En concreto, en materia de derecho a la salud, se destacan los siguientes temas: la atención que debe proporcionarse a las con-

²² CEPAL, Informe sobre la aplicación de la estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, LC/L.2749(CRE-2/3), Santiago de Chile, 2007, p. 10.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

secuencias sanitarias (entre otras) derivadas del ritmo de envejecimiento demográfico (inc. 2); los efectos del VIH/sida en las personas de edad (inc. 5); el acceso equitativo a los servicios de salud integrales, oportunos y de calidad (inc. 12), y que se brinden cuidados paliativos²³ a las personas de edad que padecen enfermedades en fase terminal y se preste apoyo a sus familiares (inc. 15).

Finalmente, la Carta de San José sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe se adoptó en la Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en 2012 y aborda gran parte de los temas que son tratados en la Convención.

El aporte esencial de este abanico fue instalar sólidamente los derechos de personas mayores en el debate y crear la necesidad de la elaboración de un instrumento regional vinculante.

3. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Este instrumento coloca a la Organización de los Estados Americanos a la vanguardia del derecho internacional de los derechos humanos de las personas mayores y constituye un referente tanto para el trabajo que se desarrolla en las Naciones Unidas como en otras regiones del mundo.²⁴ Es preciso destacar importantes aportaciones, tanto en el enfoque como en los contenidos del instrumento.

²³ Siguiendo la definición de la Convención los cuidados paliativos para las personas mayores consisten en la atención que necesitan las personas mayores para enfrentar, en un entorno adecuado, el dolor y otros síntomas angustiantes.

²⁴ Acevedo, Wendy, "El Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Organización de los Estados Americanos", en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014, pp. 48-49.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

En cuanto a las concepciones del envejecimiento²⁵ y la vejez²⁶ y al enfoque de derechos humanos aplicado a las personas mayores, la Convención introduce un cambio paradigmático en este sentido, puesto que promueve su empoderamiento y una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad. Frente a la concepción predominante que ha construido la vejez como una etapa de carencias de todo tipo, conforme al nuevo paradigma las personas mayores son sujetos de derecho, no solamente beneficiarios y, por tanto, disfrutan de ciertas garantías y tienen determinadas responsabilidades respecto de sí mismos, su familia y su sociedad, con su entorno inmediato y con las futuras generaciones.²⁷

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario enfatizar la protección jurídica hacia las personas mayores, sobre todo hacia aquellas que por obvias razones constituyen grupos denominados “frágiles” en el sentido de que son más vulnerables, y de que pueden ejercer con menor facilidad, por diferentes razones, acciones de autodefensa de sus intereses o derechos lesionados.²⁸

El reto de un instrumento dedicado a la protección de los derechos humanos de las personas mayores es establecer un balance entre la dimensión empoderadora de la persona mayor y la

²⁵ Envejecimiento: proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio (definición de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores).

²⁶ Vejez: construcción social de la última etapa del curso de vida (definición de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores).

²⁷ Huenchuan, Sandra y Rodríguez-Piñero, Luis, *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.

²⁸ Martínez Maroto, Antonio, “Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores”, en Fernández-Ballesteros, Rocío (dir.), *Gerontología social*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2009.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

dimensión protectora,²⁹ tarea que no es sencilla en absoluto, y que es uno de los objetivos de la CIPDHPM. El derecho a la salud integra ambas dimensiones, dado que el derecho a la salud de la persona mayor debe estar protegido y al mismo tiempo la persona mayor debe estar empoderada para tomar decisiones respecto a su propia salud.

Finalmente, el enfoque de un instrumento de esta naturaleza debe incluir, como lo hace la Convención, el enfoque de género. La feminización del envejecimiento³⁰ tiene al menos dos manifestaciones: por una parte, las mujeres sobreviven a los hombres en todos los países del mundo³¹ y como consecuencia, en el último tramo de vida, la mayor parte de las mujeres son viudas, divorciadas o solteras. Debido a su mayor longevidad, a la diferencia de edades entre cónyuges y menor propensión a volver a casarse que los hombres, las mujeres mayores viven solas en mayor proporción que los hombres mayores. En esas circunstancias, son más susceptibles de sufrir aislamiento social y privaciones económicas. Por otra parte, la mayor parte del cuidado de las personas mayores recae sobre las mujeres, esto es, sobre las hijas, nietas y nueras.

En relación con los contenidos, es evidente que en su elaboración han participado tanto juristas como científicos de la gerontología y el envejecimiento. Es un instrumento de vanguardia que introduce novedosos conceptos en materia de envejecimiento y vejez. Asimismo, sorprende el balance que evidencia la Convención entre la dimensión civil, social y política de los derechos, sin subrayar ni obviar ninguna de las dimensiones, en la línea del argumento de que los derechos sociales están entrelazados con los civiles y políticos que sugiere un análisis de los mismos siguiendo la matriz marshalliana³² de 1949. Recuérdesse que, de acuerdo

²⁹ Doron, Israel, "Jurisprudential Gerontology: Theorizing the Relationships Between Law and Aging", en Bengtson, Vern L. *et al.*, *Handbook of Theories of Aging*, Nueva York, Springer, 2009.

³⁰ O'Rand, Angela M. y National Academy on Ageing, *The vulnerable majority: older women in transition* (Advisory Panel Report), Nueva York, Syracuse University, 1994.

³¹ Salvo en el África Subsahariana.

³² Marshall, Thomas H., "Citizenship and Social Class", en Marshall, Thomas H., *Class, Citizenship, and Social Development*, Nueva York, Anchor Books, 1949, pp. 71-133.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

con la clasificación de Thomas H. Marshall, la ciudadanía plena está compuesta por las dimensiones civil, política y social:

La ciudadanía civil consiste en los derechos necesarios para la libertad individual, entre los que figuran las libertades de expresión, de pensamiento y de religión, el derecho a la propiedad, el derecho a cerrar contratos válidos y el derecho a la justicia. Esta etapa de desarrollo tuvo lugar —en el entorno geográfico e histórico del autor— en el siglo XVIII y las instituciones asociadas son los tribunales.

La ciudadanía política se enmarca cronológicamente en el siglo XIX y está relacionada fundamentalmente con el derecho al voto y de asociación, mientras que las instituciones correspondientes son el parlamento y los concejos de gobierno local.

La ciudadanía social se refiere a los derechos al bienestar y a la seguridad económica, y se ubica en el siglo XX con la extensión del sistema educativo y los servicios sociales del Estado de bienestar. Entre los derechos sociales figuran: el derecho a un empleo y a un salario, a la protección social —jubilación, seguridad social, desempleo, bajas laborales por enfermedad, maternidad o paternidad, accidentes laborales—, a una vivienda, a la educación, a la sanidad, a un medioambiente saludable, al acceso a la cultura y a todos los ámbitos de la vida pública.

Thomas H. Marshall considera que la ciudadanía social es el corolario de la ciudadanía civil y de la ciudadanía política. Esta progresión es interesante porque presenta una sucesión escalonada según la cual, para la existencia de la dimensión social es precisa la preexistencia de las dimensiones política y social, de la misma manera que para la existencia plena de la dimensión política se requiere de una consolidada dimensión civil.

En la actualidad existe un consenso en torno a esta progresión, si bien se añade la necesidad del cumplimiento de la dimensión social, para el efectivo ejercicio de las dimensiones civil y política. El ejemplo más evidente sería que para el ejercicio autónomo e independiente del derecho pasivo al voto, se requiere una mínima dimensión social de la ciudadanía, esto es, una satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano, sin la cual,

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

el voto que se ejercería podría ser susceptible de intercambios (compra del voto) y, por tanto, no ejercerse libremente, desembocando en una falta de dimensión política de la ciudadanía basada en un déficit de la dimensión social de la ciudadanía.

La vigencia de esta clasificación, así como de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los tres órdenes de derechos necesarios para la ciudadanía plena, se ha reforzado actualmente, si bien su largo andar en el derecho internacional se originó en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán (1968), como recuerda Humberto Nogueira, cuando se precisó “que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales”.³³ Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles”.³⁴ En este mismo tenor, la Organización de los Estados Americanos estableció en 1988, en el preámbulo del Protocolo de San Salvador, que:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana [...] exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.³⁵

En cuanto al alcance, la CIPDHPM integra ambas esferas del Sistema Interamericano, dándoles competencia a la Corte y la Comisión, mientras que el Protocolo de San Salvador les da com-

³³ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, p. 151.

³⁴ Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1977.

³⁵ OEA, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

petencia a ambos órganos solamente en el caso de dos derechos sociales concretos: educación y de tipo sindical.

CUADRO 1. Derechos civiles, políticos y sociales presentes en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Ciudadanía civil	A la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5), a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6), a la independencia y autonomía (art. 7), a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9), a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11), a la libertad personal (art. 13), a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14), a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15), a la privacidad y a la intimidad (art. 16), a la propiedad (art. 23), igual reconocimiento como personas ante la ley (art. 30), a la justicia (art. 31)
Ciudadanía política	Derechos políticos (votar libremente y ser elegido) (art. 27), de reunión y asociación (art. 28)
Ciudadanía social	A la participación e integración comunitaria (art. 8), derechos de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo (art. 12), a la seguridad social (art. 17), al trabajo (art. 18), a la salud (art. 19), a la educación (art. 20), a la cultura (art. 21), a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22), a la vivienda (art. 24), a un medioambiente sano (art. 25), a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26), situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29)

Elaboración propia con base en la CIPDHPM y en T.H. Marshall (1949)

Como ya se mencionó, es muy significativo que la Convención recoja derechos civiles, políticos y sociales; recuérdese que el Protocolo de San Salvador (1988) introduce únicamente derechos sociales, mientras que la Convención Americana so-

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

bre Derechos Humanos establece solo derechos civiles y políticos.

4. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CIPDHPM

4.1. Derechos civiles en el ámbito de la salud

A la luz del caso *Poblete Vilches* se deduce que los derechos civiles violados específicamente —y por tanto, los derechos civiles involucrados y/o relacionados en/con el derecho a la salud— son, al menos, los siguientes: discriminación por razón de edad (art. 5); derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6); derecho a la independencia y autonomía (art. 7); derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10); derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11); derecho a la libertad de expresión y de opinión, y al acceso a la información (art. 14), y derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16).

El derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5) es el primer artículo de la Convención relativo a los derechos de las personas mayores propiamente. En este artículo se introducen conceptos como el de interseccionalidad³⁶ sin aludir a dicha denominación. La interseccionalidad es uno de los conceptos que, pese a su largo uso desde la década de los ochenta como marco explicativo de los procesos de estratificación social, sigue siendo uno de los conceptos que genera mayor consenso en las teorías actuales de sociología del envejecimiento, tal y como reconoce Vern L. Bengtson.³⁷ El reconocimiento en este artículo

³⁶ La interseccionalidad describe procesos micro respecto de la forma en que cada individuo y grupo ocupa una posición social en las estructuras entrelazadas de opresión. Deben estudiarse conjuntamente las dimensiones y relaciones de clase, género, raza-etnia, Dressel, Paula, Minkler, Meredith y Yen, Irene, "Gender, Race, Class, and Aging: Advances and Opportunities", en Minkler, Meredith y Estes, Carroll L., *Critical gerontology: Perspectives from political and moral economy*, Nueva York, Baywood, 1999.

³⁷ Bengtson, Vern L. et al., *Handbook of Theories of Aging*, Nueva York, Springer, 2009.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

de una ampliación de los criterios de discriminación³⁸ es muy relevante, dado que en la discriminación por edad en la vejez³⁹ se incluyen género, discapacidad, orientación sexual,⁴⁰ identidad de género,⁴¹ migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, indigenismo, y también la ejercida hacia personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos tradicionales, grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales.

³⁸ Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada —definición de la Convención—.

³⁹ Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (definición de la Convención).

⁴⁰ La distinción entre orientación sexual e identidad de género requiere, primeramente, de la diferenciación entre género y sexo. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas: “La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas”, ONU, Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, América del Sur, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas Derechos Humanos, 2012, p. 3.

⁴¹ La identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”, *Idem*. En este grupo se incluyen el transgenerismo, el transexualismo y la intersexualidad.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

El derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6) tiene como principal especificidad que se garantice el acceso a los cuidados integrales —incluidos los cuidados paliativos—⁴² así como que se manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, y que se evite el sufrimiento innecesario y las intervenciones inútiles. Asimismo, se precisa el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento libre e informado, para lo cual existe en el mismo instrumento un artículo específico que enuncia el derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11). Este artículo tiene cabida en la dimensión civil de la ciudadanía, pero también en la dimensión social, por tratarse de un derecho civil referido a un ámbito social. Por tratarse de un derecho civil, se presentará a continuación:

Según el derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, la información que se proporcione debe ser adecuada, clara y oportuna, presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor. Por otra parte, las instituciones y los profesionales de la salud “no podrán administrar tratamiento, intervención o investigación alguna sin el consentimiento informado de la persona mayor” —salvo en los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado—. Este derecho de la persona mayor incluye aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos —incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria— y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Asimismo, los Estados deben establecer un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar su voluntad anticipada e

⁴² La atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan (definición de la Convención).

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos.

El derecho a la independencia y a la autonomía (art. 7) abunda en el derecho a tomar decisiones, a definir el plan de vida —conforme a la cultura y tradiciones de la persona mayor, si así lo desea— y a desarrollar una vida autónoma e independiente conforme a sus tradiciones y creencias. Merece especial atención la inclusión del componente cultural/tradicional en este derecho. Asimismo, está incluida la libertad de residencia, en este tenor, “que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir [...] y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”. Este inciso en concreto representa una de las tensiones más claras entre el individuo y la familia,⁴³ inclinándose el texto por el individuo —la persona mayor—.

El artículo 9 se dedica a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia. En su contenido refuerza nuevamente la no discriminación derivada de las dimensiones como la raza, la etnia, la identidad indígena y la cultura, el género, el sexo, y todas las descritas en el artículo, acotando la vida sin violencia a especificidades como el abuso financiero o patrimonial, la expulsión de su comunidad, el maltrato,⁴⁴ el abandono⁴⁵ o la negligencia⁴⁶ dentro y fuera del ámbito familiar.

⁴³ Para una mayor profundización entre la tensión individuo-familia, consúltese Doron, Israel, “Jurisprudential Gerontology: Theorizing the Relationships Between Law and Aging...”, *cit.*

⁴⁴ Acciones u omisiones, realizadas intencionada o negligentemente, que no tienen carácter de accidentalidad, y hacen referencia a daños físicos, psíquicos y/o económicos, independientemente de que ocurra en una relación de confianza (definición de la Convención).

⁴⁵ La falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral (definición de la Convención).

⁴⁶ Error involuntario o falta no deliberada, incluido entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias (definición de la Convención).

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

El artículo 14 —que señala el derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información— y el artículo 16 —el derecho a la privacidad y a la intimidad— se fundamentan en el principio “igualdad de condiciones y no discriminación”:

- El derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14) consiste en la igualdad de condiciones en el ejercicio de este derecho por parte de la persona mayor.
- El derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16) en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, contiene una alusión especial a los actos de higiene. Por otra parte, subraya la tutela de este derecho especialmente en el caso de las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo. Y podría añadirse la aplicabilidad de este derecho, a la luz de *Poblete Vilches*, a los casos de hospitalización.

4.2. Derechos políticos en el ámbito de la salud

En la clasificación de Thomas H. Marshall, la participación y el derecho de asociación son claramente derechos políticos, sin embargo, en la CIPDHPM está contenido tanto en el artículo 27 “Derechos políticos” como en el artículo 28 “Derecho de reunión y de asociación”:

Crear y fortalecer mecanismos de participación ciudadana con el objeto de incorporar en los procesos de toma de decisión en todos los niveles de Gobierno las opiniones, aportes y demandas de la persona mayor y de sus agrupaciones y asociaciones. (art. 27.d)

Fortalecer las asociaciones de personas mayores y el desarrollo de liderazgos positivos que faciliten el logro de sus objetivos y la difusión de los derechos enunciados en la presente Convención. (art. 28.b)

También el actuar de las asociaciones responsables de que ciertos casos lleguen a los tribunales internacionales para defender, por ejemplo, el derecho —social— a la salud, podría considerarse un derecho político ejerciendo la exigibilidad de un derecho social. Dicho de otro modo, por el papel tan relevante que

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

desempeña el derecho político de asociación en la exigibilidad y justiciabilidad de todos los derechos, podría considerarse que el derecho político de asociación es transversal, y su vocación pandimensional o multidimensional.⁴⁷

4.3. Derechos sociales en el ámbito de la salud

Son derechos de este tipo el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. Este segundo derecho contextualiza al primero. El derecho a la seguridad social alude directamente a los Estados de bienestar, o entre nosotros, regímenes de bienestar⁴⁸ que tutelan o positivizan dicho derecho a través de la política social y sus dos brazos, a saber, la seguridad social y la asistencia social.

El derecho a la salud propiamente (art. 19) está muy desarrollado en la Convención y pueden destacarse varios aspectos: en primer lugar, la atención que se presta a la medicina tradicional, alternativa y complementaria, que ocupa dos incisos diferentes dentro del artículo (a y k). En segundo lugar, la mención del envejecimiento activo,⁴⁹ paradigma que ha tenido diversas denominaciones a lo largo de la historia de la gerontología, pero que

⁴⁷ Sobre la idea de la pandimensionalidad *Cfr.*, Díaz-Tendero, Aída, “Derechos humanos de las personas mayores en Centroamérica y el Caribe” en Díaz-Tendero, Aída (coord.), *Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe*, Ciudad de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe-UNAM (en dictamen).

⁴⁸ Para una valoración de los diferentes regímenes de bienestar en los países de la región de América Latina y el Caribe según los criterios taxonómicos de los diferentes autores latinoamericanos, consúltese Díaz-Tendero, Aída, “Political Economy of Aging in Latin America and the Caribbean: Economic (In) Security of Older Persons in the Twenty-First Century”, en *Open Journal of Social Sciences*, vol. 5, núm. 8, ago, 2017, pp. 83-100.

⁴⁹ Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población (art. 2 de la Convención).

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

sigue constituyendo uno de los más vigentes paradigmas sobre envejecimiento. En tercer lugar, la alusión a la salud sexual y reproductiva de la persona mayor y la inclusión de los servicios de salud asequibles y de calidad para el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual en esta población. En cuarto lugar, el objetivo de mejoramiento del estado nutricional de la persona mayor. En quinto lugar, la contemplación de servicios socio-sanitarios para el tratamiento de enfermedades que generan dependencia como las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer. En sexto lugar, el objetivo de hacer posible la accesibilidad a los servicios de cuidados paliativos. En séptimo lugar, se propone la disponibilidad y acceso a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, “incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos” (inc. *m*). En el inciso *n* se garantiza el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, abundando en el artículo 14, descrito en la dimensión civil.

Si se lee el artículo 19 a la luz del caso *Poblete Vilches* se aprecian los siguientes aspectos: en primer lugar, que el encabezado del artículo reza: “[1]a persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación”. En el inciso *i* se establece que se deben “fortalecer las capacidades de los trabajadores de los servicios de salud, sociales y socio-sanitarios integrados y de otros actores, en relación con la atención de la persona mayor, teniendo en consideración los principios contenidos en la presente Convención”. Asimismo, en el inciso *n* se precisa el deber de “garantizar a la persona mayor el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, sean físicos o digitales”.

Es oportuno presentar, junto al derecho a la salud, los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado de largo plazo⁵⁰ (art. 12) que, como se adelantó, podrían considerarse asi-

⁵⁰ Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio (definición de la Convención).

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

milables a los derechos de las personas hospitalizadas. Se incluyen varios aspectos, como el sistema integral de cuidados, la cobertura de servicios sociales, la seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda. Se introduce que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar⁵¹ y mantener su independencia y autonomía. Incluye también medidas de apoyo para los cuidadores; necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados; respeto a la dignidad e integridad física y mental; así como garantizar el acceso de la persona mayor a la información, privacidad e intimidad en los actos de higiene. El citado artículo advierte sobre la mayor vulnerabilidad de la mujer mayor.

Si bien son numerosos los incisos del artículo 19 de la Convención que los impartidores de justicia pueden y podrán utilizar para proteger el derecho a la salud de las personas mayores, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho a la seguridad social (art. 17), y sobre los dos artículos pueden hacerse algunos señalamientos:

A pesar de los amplios contenidos y específicas alusiones a temas cruciales en el ámbito de la salud de las personas mayores, es preciso señalar con ánimo crítico que no se contextualiza de manera suficiente la falta de cobertura de los sistemas de salud y de seguridad social de la región. La mayor parte de los países de América Latina y el Caribe se caracterizan por la desprotección en el ámbito de la salud y de la seguridad social de amplios sectores de personas mayores y de todos los grupos etarios, dependiendo en gran medida de la posición que ocupan en la estratificación social derivada de la raza/etnia, tipo de localidad (rural/urbana), género y clase, entre otras dimensiones. En este sentido, la cobertura de los sistemas de seguridad social y de los sistemas de salud en América Latina y el Caribe tiene un fuerte sesgo urbano, de clases medias y altas, y de género. La condición rural, indígena, perteneciente a minorías o a un estrato de ingreso bajo, resulta en una alta desprotección. Si alguna de las condiciones anteriores se

⁵¹ El grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas, sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos (definición de la Convención).

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

suma a ser mujer mayor,⁵² las vulnerabilidades aumentan considerablemente. Es criticable, por tanto, que la positivización de un derecho tan importante por sí mismo y también para el derecho a la salud, como el derecho a la seguridad social (art. 17), contenga la limitación “dentro de los recursos disponibles”, cuando son los sistemas de seguridad social las estructuras que contienen a los sistemas de salud.

Recuérdese también que la “salud” constituye junto a la “seguridad económica” y los “medioambientes favorables” las tres áreas prioritarias de acción señaladas por Naciones Unidas en la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, celebrada en 2002 en Madrid y, por tanto, se esperaría una mayor profundización y proyección de la positivización de la dimensión social de este derecho en un instrumento como la Convención.

5. CONTEXTO JURÍDICO REGIONAL

La Convención constituye la primera herramienta con vocación vinculante, a nivel mundial, que recopila y estandariza los derechos humanos de las personas mayores.

En el ámbito regional, la firma de la Convención coincide con relevantes fenómenos jurídicos transnacionales en auge en América Latina y el Caribe, como el impulso a la justiciabilidad de los derechos humanos. Sandra Huenchuan cita a Lynn Hunt cuando escribe que:

Los derechos humanos solo cobran sentido cuando adquieren un contenido político, es decir, cuando se positivizan. No son los derechos humanos en la naturaleza, son los derechos humanos en sociedad, y por consiguiente deben ser garantizados en el campo político.⁵³

⁵² Cfr. Díaz-Tendero, Aída, *La Teoría de la Economía Política del Envejecimiento. Un nuevo enfoque para la gerontología social en México*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2012.

⁵³ Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets Editores, 2009, cit. por Huenchuan, Sandra, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento...”, cit., p. 26.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

Si los derechos humanos de las personas mayores se refirieran únicamente a un ideal de conducta —como ocurre con los actuales Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, aprobados por la resolución 46/91 de la Asamblea General— no sería tan complicado su reconocimiento por parte de la comunidad internacional. El disenso surge por la necesidad de que los derechos humanos estén vinculados a un instrumento positivo como un requisito *sine qua non*, puesto que, tal y como señala Francisco J. Gutiérrez:

Es exactamente la posibilidad de que la conducta sea exigible, lo que distingue la obligación jurídica de una obligación moral.⁵⁴

Los derechos humanos de las personas mayores deben estar formalizados positivamente, puesto que solo de esa forma se convertirían en una condición necesaria y suficiente para imponer una exigencia a un tercero —obligación— que se funda en la elección de este efecto por parte del titular del derecho. Asimismo, el avance en la tutela efectiva de los derechos de un grupo etario repercute en la justiciabilidad de los derechos de todos los demás grupos etarios, de toda la ciudadanía.

El impulso a la justiciabilidad de los derechos sociales es también un importante fenómeno jurídico transnacional en América Latina y el Caribe que contextualiza la Convención, tal y como muestra la actuación de la Corte en el caso *Poblete Vilches*. Según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), los Estados tienen obligaciones generales y deben tomar medidas adecuadas. Además se deben crear recursos legales para defender los derechos sociales. Todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, en algún aspecto, dimensiones de justiciabilidad, esto es, aspectos significativos que pueden ser llevados ante los tribunales, señalan Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor.⁵⁵ Explican los autores mexicanos que ha sido

⁵⁴ Gutiérrez Suárez, Francisco Javier, *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*, Getafe, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2011, p. 27.

⁵⁵ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Ciudad de México, Editorial Flores-IIIJ-UNAM, 2014.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

una práctica reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y precisar las obligaciones de los Estados. A partir del principio *pro personae* se efectúa la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos del Pacto de San José.

6. EPÍLOGO

El envejecimiento poblacional se ha reconocido como un fenómeno sin precedentes y se ha reparado en su posible impacto en el ejercicio de los derechos humanos. El crecimiento en números relativos y absolutos de las personas mayores en las regiones en desarrollo, y especialmente en América Latina y el Caribe, se caracterizará por producirse a una velocidad mucho mayor que la de los países más avanzados en la transición demográfica, como los europeos.⁵⁶ Esto es, los Estados, las sociedades, las instituciones y las familias tendrán menos tiempo para prepararse para el envejecimiento de sus poblaciones.

Los instrumentos internacionales que se han ordenado como antecedentes universales, regionales y latinoamericanos de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores han evolucionado desde la visibilización de las personas mayores en un primer momento, el reconocimiento de las personas mayores como susceptibles de ciertas vulnerabilidades y necesitados de protección en un segundo momento, hasta una visión empoderadora que enfatiza que la persona mayor es sujeto de derecho, basándose en los principios de independencia y autonomía. Sin embargo, el empoderamiento no debe opacar la vulnerabilidad que presentan ciertos sectores de la población mayor. Un balance entre protección y autonomía

⁵⁶ ONU, *World Economic and Social Survey 2007. Development in an Aging World*, Department of Economic and Social Affairs, Nueva York, 2007.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

es necesario, tal y como lo expresa Nicola G. Cangemi, al comentar la recomendación europea:

Propone un equilibrio entre la autonomía y la protección de las personas mayores. Al respecto, es importante no tener temor de hablar acerca de la protección, y hacer hincapié en que ello no implica un enfoque “paternalista” porque la autonomía y la protección son interdependientes, y una es ineficaz sin la otra.⁵⁷

En el caso de los países en desarrollo es aún más delicado lograr el balance de la dimensión protectora con la dimensión de autonomía, dado que los Estados tienen todavía un déficit considerable en la positivización o tutela efectiva de la primera.

La vejez por sí misma no representa una situación de vulnerabilidad. Sin embargo, la notoria inequidad social que caracteriza a las sociedades latinoamericanas y los altos índices de pobreza que se registran configuran una situación de alta vulnerabilidad para millones de personas mayores. En la región, envejecer es una experiencia muy diferente según el grupo étnico-cultural de pertenencia, el género, el nivel económico y social, el tipo de localidad —rural/urbano—, independientemente de otras características que condicionan la vejez como la salud física y psicológica, así como las redes y el medioambiente —físico o social— más o menos favorables que, por lo demás, también están relacionadas con las diferencias de clase, género, tipo de localidad y raza/etnia.⁵⁸

A partir de este contexto, parecería que la dimensión social de la ciudadanía o derechos sociales serían los primeros que el Estado debe garantizar, dado que, en palabras de Norberto Bobbio:

Los derechos sociales tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales

⁵⁷ Cangemi, Nicola Daniele, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸ Díaz-Tendero, Aída, *La teoría de la economía política del envejecimiento...*, *cit.*

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social.⁵⁹

Sin embargo, si bien el déficit en materia de derechos sociales de las personas mayores —en materia de salud, pero también pensiones y medioambientes favorables— requiere de acciones progresivas y contundentes por parte del Estado, el círculo virtuoso que tiene por principios la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos civiles, políticos y sociales muestra la importancia de avanzar en las tres dimensiones simultáneamente, sin obviar ni subestimar ninguna de ellas.

Entre los múltiples aciertos de la CIPDHPM se encuentra la precisión y detalle con los que se particularizan derechos que son comunes a otros instrumentos de derechos del hombre o del ciudadano al caso de las personas mayores. La clasificación de los derechos presentes en la Convención según la matriz marshalliana evidencia en primer lugar el amplio espectro contenido en este instrumento y, en segundo lugar, la fortaleza con la que se asienta la dimensión civil de la ciudadanía de las personas mayores, o dicho de otro modo, los derechos civiles de las personas mayores.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores tiene la potencialidad de ser el faro para el desarrollo progresivo y simultáneo de las tres dimensiones de la ciudadanía de las personas mayores. A la luz del caso *Poblete Vilches* queda muy clara la violación de derechos pertenecientes a las esferas civil y social que desembocan en la vulneración del derecho a la salud, así como la vinculación entre dichas esferas.

Finalmente, se espera la ratificación o adhesión por parte de todos los Estados de la región de este instrumento que establezca y proteja los derechos humanos de las personas mayores y que guiará a los impartidores de justicia de todos los niveles, así como a los tomadores de decisiones en materia de políticas públicas.

⁵⁹ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 151.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo, Wendy, “El Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Organización de los Estados Americanos”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014.
- Ara Begum, Ferdous, “Women, Lifecycle and Human Rights”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.
- Barahona, Rocío, “Nivel de vida adecuado, derechos humanos y envejecimiento”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.
- Bengtson, Vern L. et al., *Handbook of Theories of Aging*, Nueva York, Springer, 2009.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Cangemi, Nicola Daniele, “La Recomendación sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del Consejo de Europa”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014.
- Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Ciudad de México, Editorial Flores-IIJ-UNAM, 2014.
- Díaz-Tendero, Aída, *La teoría de la economía política del envejecimiento. Un nuevo enfoque para la gerontología social en México*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2012.
- , “Political Economy of Aging in Latin America and the Caribbean: Economic (In) Security of Older Persons in the Twenty-First Century”, en *Open Journal of Social Sciences*, vol. 5, núm. 8, ago, 2017.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

- Doron, Israel, “Jurisprudential Gerontology: Theorizing the Relationships Between Law and Aging”, en Bengtson, Vern L. *et al.*, *Handbook of Theories of Aging*, Nueva York, Springer, 2009.
- Dressel, Paula, Minkler, Meredith y Yen, Irene, “Gender, Race, Class, and Aging: Advances and Opportunities”, en Minkler, M. y Estes, Carroll L., *Critical gerontology: Perspectives from political and moral economy*, Nueva York, Baywood, 1999.
- Gutiérrez Suárez, Francisco Javier, *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*, Getafe, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2011.
- Huenchuan, Sandra, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.
- y Rodríguez-Piñero, Luis, *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.
- Marshall, Thomas H., “Citizenship and Social Class”, en Marshall, Thomas H., *Class, Citizenship, and Social Development*, Nueva York, Anchor Books, 1949.
- Martínez Maroto, Antonio, “Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores”, en Fernández-Ballesteros, Rocío (dir.), *Gerontología social*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2009.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009.
- O’Rand, Angela M. y National Academy on Ageing, *The vulnerable majority: older women in transition* (Advisory Panel Report), Nueva York, Syracuse University, 1994.
- Roqué, Mónica, “De la necesidad y fundamento de un tratado internacional sobre personas mayores”, en Huenchuan, San-

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

dra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.

Salmerón, Juan Antonio *et al.*, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Madrid, Dykinson, 2014.

Vieira, Sergio, “Una perspectiva internacional basada en el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento de las Naciones Unidas”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.

Yeung Sik Yuen, Yeung Kam John, “La protección de los derechos de las personas mayores en África”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas*

*Manuel Eduardo Góngora Mera***

1. INTRODUCCIÓN

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), la discriminación ha sido definida, en términos generales, como toda diferencia de trato —tanto restricciones y exclusiones como preferencias— cuyos motivos sean ilegítimos —juzgados a partir de los objetivos y propósitos de los tratados internacionales de derechos humanos—¹ y que tenga por objeto

* Este artículo fue originalmente publicado en: Clérico, Laura; Ronconi, Liliana, y Aldao, Martín (eds.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 133-159. La presente versión contiene algunas actualizaciones puntuales.

** Manuel Góngora es investigador posdoctoral del *Lateinamerika-Institut (Freie Universität Berlin)* en el marco de la red *desiguALdades.net*. Es abogado y magister en Derecho Económico (Universidad Javeriana de Bogotá); magister en Economía Internacional y Políticas de Desarrollo (*Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*) y doctor en Derecho Público (*Humboldt-Universität zu Berlin*).

¹ *Cfr.* Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, recomendación general 32, 2009, párrs. 7-8.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas.² Discriminación en la salud significa que el titular del derecho es discriminado en el ejercicio de su derecho a la salud (*v. gr.*, en el acceso a un servicio de salud o durante un tratamiento médico) por alguno de los motivos prohibidos en el DIDH: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.³ Adicionalmente, la discriminación *por* la salud puede definirse como aquella discriminación que es motivada por causas asociadas al estado de salud mismo del titular de derecho, incluyendo, entre otras: enfermedad, predisposición genética —o de otro tipo— a una enfermedad, edad o discapacidad. Sería el caso, por ejemplo, de un niño al que se le niega una plaza de estudios por ser portador del VIH.

El derecho a la no discriminación ha sido reconocido como derecho autónomo en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), lo cual impone a los Estados obligaciones correlativas de realización del derecho. Garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna constituye una de las obligaciones inmediatas de los Estados —esto es, no se trata de una obligación de cumplimiento progresivo ni está sometida a la disponibilidad de recursos—.⁴ Más aún, garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria —en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados— ha sido considerada como parte del nivel mínimo de satisfacción del derecho a

² Cfr. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, No discriminación, observación general 18, 1989, párr. 7.

³ Cfr. Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); art. 2(1) del PIDCP; art. 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); art. 2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁴ Cfr. art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Consúltese al respecto: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, observación general 14, 2000, párr. 30.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

la salud a cargo de los Estados.⁵ Estas garantías reforzadas frente al derecho a la no discriminación en la salud y la prohibición de discriminación por el estado de salud han abierto la vía judicial —nacional e internacional— para combatir su vulneración.

El presente texto es un estudio de casos de discriminación múltiple o interseccional en la salud y por el estado de salud en la jurisprudencia latinoamericana. Se tendrán en cuenta tanto sentencias nacionales como decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular, casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El estudio de casos ofrece una radiografía de los debates nacionales y regionales en torno al tema y resulta especialmente útil para analizar cómo los jueces han resuelto algunas de las cuestiones centrales respecto de las relaciones entre el derecho a la salud y el derecho a la no discriminación: ¿Cómo se configura una discriminación interseccional en/por la salud? ¿Cómo abordar jurídicamente la intersección de motivos de discriminación en el marco de los sistemas nacionales de salud? ¿Quiénes son los sujetos que requieren medidas especiales de protección en consideración a las formas múltiples de discriminación en la salud y por el estado de salud? En la primera parte se hará una presentación sumaria del concepto general de discriminación interseccional a la luz del DIDH; en la segunda parte se aplica este concepto en relación con el derecho a la salud y se destaca el desarrollo judicial de la perspectiva interseccional; en la tercera parte se analizan algunos casos concretos de discriminación interseccional en la jurisprudencia latinoamericana (nacional y del Sistema Interamericano).

2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL EN EL DIDH

Como se observa de la redacción de los artículos citados del DIDH, los motivos prohibidos de discriminación fueron originalmente concebidos como causas separadas, exclusivas o alternativas de discriminación —en particular, por el uso de conjunciones

⁵ Cfr. *ibidem*, párr. 43.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

disyuntivas o/u—. La evolución del DIDH muestra un tránsito de listas enunciativas y generales —como en la DUDH y el PIDCP— hacia el análisis separado y progresivamente detallado de un único factor de discriminación, por ejemplo, la discriminación basada en criterios raciales o étnicos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR); la discriminación basada en el sexo, como en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM); o la discriminación basada en la discapacidad, como en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Tan solo desde la última década, algunos organismos de las Naciones Unidas empezaron a considerar formas de discriminación que combinan dos o más motivos prohibidos. Este cambio de paradigma puede constatarse a partir de la Conferencia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia en Durban (2001).⁶ La Declaración de Durban incorporó el concepto de “discriminación múltiple” en el DIDH para referirse a “motivos conexos” que “agravan” la discriminación basada en criterios raciales, de color, linaje u origen nacional o étnico, citando enunciativamente el sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social, situación económica o el nacimiento (*cfr.* párr. 2 de la Declaración). Desde entonces se han propuesto diversos términos para describir la discriminación basada en la concurrencia de dos o más motivos prohibidos: “discriminación múltiple”, “doble/triple discriminación”, “discriminación acumulativa”, “discriminación compuesta”, “discriminación multidimensional”, “discriminación agravada”, “discriminación intersectorial”, “discriminación interseccional”, etcétera.

La expresión “discriminación múltiple” se ha impuesto en el lenguaje del DIDH —particularmente en diversos mecanismos de las Naciones Unidas—, mientras que en un sector importante de la doctrina se ha preferido el enfoque de interseccionalidad

⁶ El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial ya se había referido previamente a la Conferencia en Durban acerca de las posibles combinaciones entre motivos raciales y de género de la discriminación, pero subsumiendo la discriminación de género a la discriminación racial, *cfr.* recomendación general 25, relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, 2000.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

(*intersectionality*); esto tiene que ver en parte con el hecho de que este segundo concepto ganó reconocimiento en círculos académicos estadounidenses desde los años ochenta del siglo xx, en la medida en que resultaba especialmente útil para abordar las limitaciones procesales relacionadas con el tema en ese país.⁷ El adjetivo “múltiple” tiene una connotación matemática —semejante a la de conceptos como “doble” o “triple” discriminación— y hace énfasis en el carácter compuesto de las causas de discriminación, pero no sugiere nada acerca de cómo interactúan esas causas entre sí ni si operan separada o simultáneamente. Por ello, “discriminación múltiple” podría referirse a casos en los que una persona es discriminada por diferentes motivos prohibidos en diferentes circunstancias, por ejemplo, una mujer indígena puede ser discriminada en su acceso a la educación por el hecho de ser mujer o puede ser discriminada en el sistema público de salud por el hecho de ser indígena.⁸

En contraste, la metáfora de la *intersección* no solo describe una discriminación basada en diferentes motivos; en su acepción geométrica, evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos; esa discriminación puede tener un efecto sinérgico —superior a la suma simple de varias formas de discriminación— o puede activar/desencadenar una forma de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos (*trigger effect*). Por ejemplo: una turista afroamericana en Ecuador proba-

⁷ El tít. VII de la Civil Rights Act de 1964 (base de la legislación antidiscriminatoria en Estados Unidos) solo permitía plantear demandas de discriminación racial o de género, pero no por ambas simultáneamente. Kimberly Crenshaw desarrolló el concepto de *intersectionality* para destacar que la legislación estadounidense no estaba diseñada para atender la particular experiencia de discriminación que sufren las mujeres negras, ya que las categorías de género y “raza” estaban diseñadas de manera excluyente; su metodología crítica consistía en examinar decisiones judiciales que rechazaron demandas presentadas con una perspectiva concurrente de “raza” y género.

⁸ Sobre esta interpretación del concepto de discriminación múltiple, *cfr.* Makkonen, Timo, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights-Abo Akademi University, 2002.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

blemente no sea tan vulnerable a la discriminación en ese contexto por el solo hecho de ser mujer o extranjera, mientras que una afrocolombiana desplazada que se dedica al comercio informal en las calles de Quito es mucho más vulnerable a la discriminación, en la medida en que la concurrencia de factores de género, nacionalidad y clase social puede desencadenar prejuicios y marginalización.

Pese a las diferentes connotaciones, las expresiones “discriminación múltiple” y “discriminación interseccional” en muchos casos se emplean indistintamente o bajo relaciones de género/especie.⁹ Para los propósitos de este texto se consideran sinónimas, si bien se prefiere emplear el segundo término por capturar mejor la idea de concurrencia e interacción sinérgica de motivos de discriminación conforme a la multidimensionalidad de las desigualdades. Adicionalmente, el concepto de interseccionalidad se enmarca en un debate mucho más amplio sobre identidad y desigualdad, con el cual se trata de ir más allá de meras connotaciones matemáticas —discriminación como suma simple de diversas experiencias separadas según el género, etnia, nacionalidad, etc.—. Las categorías y divisiones sociales que enmarcan desigualdades entre individuos o grupos —género, sexualidad, etnicidad, “raza”, clase social, religión, nacimiento, etc.— se intersectan de diversos modos en diferentes contextos, reforzándose mutuamente o contrarrestando efectos discriminatorios. Esta pertenencia multidimensional no se puede reducir analíticamente al ejercicio de sumar/acumular identidades, ya que la combinación es altamente contextual: depende de condiciones históricas, culturales, políticas y sociales específicas. La experiencia de discriminación de una afrocolombiana que fue desplazada por el conflicto armado y vive refugiada en Ecuador es diferente a la de los refugiados colombianos en Ecuador, a la de las mujeres ecuatorianas, a la de las mujeres afrodescendientes —ecuatorianas y extranjeras— en Ecuador, a la de los pobres en Ecuador —hombres y mujeres ecuatorianos o extranjeros—, etc. En este caso, las desigualdades de género, origen nacional y clase social son inseparables y se refuerzan mutuamente, configurando una experiencia muy particular de discriminación.

⁹ Cfr., v. gr., principio 12 de la Declaración de Principios para la Igualdad (Equal Rights Trust, 2008).

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

3. DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL RELACIONADA CON EL DERECHO A LA SALUD: DESARROLLO JUDICIAL DEL CONCEPTO

Como se mencionó previamente, el concepto de *interseccionalidad* tuvo su origen en las limitaciones procesales estadounidenses para responder a casos en que existía una discriminación conjunta por motivos raciales y de género. Ni la legislación doméstica de la mayoría de países ni los tratados internacionales obligaba —ni actualmente obliga— a abordar casos de discriminación múltiple con un enfoque interseccional.¹⁰ De ahí que el desarrollo del concepto haya estado en gran medida a cargo de los jueces, si bien de manera aislada y episódica.¹¹

¹⁰ Como excepciones se pueden citar el art. 4 de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (Ley Federal Alemana de Igualdad de Trato), que regula el trato diferenciado por varios motivos —*unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe*—, según el cual la diferencia de trato solo se puede justificar si la justificación abarca todos los motivos por los que se da la diferencia de trato; también el art. 7 del anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación en España, que define la discriminación múltiple y establece una regla similar a la del art. 4 de la norma alemana en mención. En el DIDH se puede citar también el art. 25 de la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según el cual los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta intersecciones de discapacidad con género, pobreza (lit. a), edad (lit. b), y ruralidad (lit. c).

¹¹ En Estados Unidos, inicialmente las cortes fueron reticentes a aceptar casos planteados en términos interseccionales y tendieron a separar la evidencia planteada según si probaba discriminación racial o discriminación de género, como si no tuvieran relación entre ellas. El resultado generalmente era el fracaso de la demanda o la distorsión artificial de la experiencia de discriminación. Un primer paso hacia el reconocimiento de discriminación múltiple fue la doctrina de la discriminación *sex-plus*, mediante la cual se analiza la discriminación de género en concurrencia con una característica variable que afecte la igualdad de oportunidades en el empleo, como el matrimonio o la maternidad; *v. gr.*, en *Phillips vs. Martin Marietta Corp.*, 1971, un caso de discriminación en la contratación laboral de mujeres con hijos en edad preescolar, la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que un empleador no puede justificar una política de contratación con el argumento de que no discrimina a una porción del grupo —en este caso, mujeres sin hijos en edad preescolar, cuya presencia era mayoritaria en

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

Una primera dificultad consiste en establecer a qué casos se puede limitar el concepto. No puede restringirse a combinaciones de género y “raza” solo porque ese fue su origen, pero tampoco debería extenderse a cualquier combinación, pues podría llegarse al absurdo de que, dado que prácticamente en toda discriminación concurren varias condiciones o circunstancias personales o sociales, toda discriminación tendría que calificarse como múltiple. No parece existir una manera de establecer *a priori* qué combinaciones deben ser tratadas como discriminación múltiple y en qué casos se subsumen factores de discriminación en una causa central de discriminación. La respuesta judicial a este interrogante ha sido establecer si la interacción de diversos motivos prohibidos genera una forma específica de discriminación; en caso afirmativo, el enfoque de interseccionalidad resulta útil como criterio de interpretación judicial, en la medida en que la apreciación interdependiente de los motivos prohibidos permite a los jueces tratar de manera integral experiencias de discriminación intragrupal usualmente invisibilizadas.

Siguiendo este criterio, a continuación se presentarán cinco situaciones en las que la concurrencia de dos o más motivos prohibidos genera una forma muy específica de discriminación

la fuerza laboral—. Sin embargo, la doctrina *sex-plus* solo aplicaba frente a subgrupos de mujeres en los que la característica adicional terminaba subsumida en la discriminación de género y no se consideraban otras formas de discriminación. El primer caso en que se aceptó un enfoque interseccional fue *Jefferies vs. Harris County Community Action Association*, 1980, en el que la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito sostuvo que la discriminación contra las mujeres afroamericanas podía existir incluso en ausencia de discriminación contra hombres negros o mujeres blancas. En *Hicks vs. Gates Rubber Company*, 1987, la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito consideró la evidencia de hostilidad racial conjuntamente con la evidencia de acoso sexual. Esto abrió la puerta a otros casos en los que comenzaron a analizarse las bases raciales de la discriminación de género y las bases sexistas de la discriminación racial, *v. gr.*, *Lam vs. University of Hawaii*, 1994, un caso sobre discriminación racial, sexual y de origen —se denegó la promoción de una mujer de ascendencia vietnamita como directora de un programa de estudios en la Universidad de Hawaii—, en el que se reconoció que las mujeres asiáticas estaban sujetas a estereotipos que no son compartidos ni con hombres asiáticos ni con mujeres blancas (*v. gr.*, “geisha”, “dragon lady”, “concubina”).

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

en o por la salud. Los tres primeros casos —esterilización forzada, restricciones en el acceso a servicios de salud, y mutilación genital femenina— ilustran graves prácticas de discriminación interseccional por género, etnicidad, edad y clase social en las instituciones y políticas públicas de salud sexual y reproductiva. Los últimos dos casos —personas discapacitadas en reclusión y pacientes con SIDA— representan formas de discriminación por el estado de salud con notorias intersecciones de color, clase social, orientación sexual y/o discapacidad.

4. CASOS DE DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL RELACIONADA CON EL DERECHO A LA SALUD EN AMÉRICA LATINA

4.1. Esterilización forzada

Las mujeres indígenas latinoamericanas han estado sometidas a tipos particulares de discriminación en los que se intersectan las desigualdades étnicas y de género con la vulnerabilidad por exclusión social y pobreza crónica: desde la violencia sexual cometida durante conflictos armados hasta el abuso estructural como empleadas domésticas. En materia de salud, uno de los ejemplos más dramáticos de discriminación interseccional contra mujeres indígenas es la esterilización forzada —definida como la realización injustificada de tratamiento médico o quirúrgico con el propósito de privar al paciente de su capacidad reproductiva sin su consentimiento o negándole intencionalmente la información debida—. La esterilización forzada surgió a mediados del siglo XIX en Estados Unidos como una política estatal dirigida principalmente contra hombres como “terapia” o punición por delitos o desórdenes sexuales; durante el movimiento eugenésico en boga a principios del siglo XX se empleó contra personas con discapacidades físicas o enfermedades mentales sin distinción explícita de género; sin embargo, en su desarrollo posterior terminó afectando primordialmente a las mujeres.¹² En el debate

¹² La legislación sobre esterilización forzada se aplicó en al menos 30 estados de Estados Unidos, en Indiana desde 1907 hasta principios de la

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

latinoamericano, el criterio de género no ha estado vinculado necesariamente con la discapacidad, sino con la etnicidad, ante diversas denuncias de esta práctica contra mujeres indígenas (v. gr., en Guatemala, Perú y Bolivia), aunque también existan reportes de vasectomías forzadas de indígenas (v. gr. en México).¹³

década de 1960 —aunque varias de estas leyes fueron derogadas solo en la década de 1980—. La esterilización fue aplicada con objetivos distintos según el género: los hombres esterilizados durante la segunda mitad del siglo XIX eran generalmente personas condenadas por crímenes como violación, sodomía o pedofilia, y se buscaba con ello controlar su agresión y eliminar su conducta criminal, *cfr.* Largent, Mark A., *Breeding Contempt: The History of Coerced Sterilization in the United States*, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, 2008, p. 6. Las mujeres en cambio, usualmente eran esterilizadas para controlar su sexualidad y con propósitos eugenésicos, *cfr.* Largent, Mark A., *op. cit.*, pp. 18-20. Con el tiempo se observa una feminización de la práctica: entre 1907 y 1920, el 42% de las esterilizaciones fueron efectuadas a mujeres, mientras que entre 1920 y 1940 ascendió a 58%; para 1961, de un total de 62 162 esterilizaciones oficialmente reportadas desde 1907 en Estados Unidos, el 61% correspondía a mujeres, *cfr.* Kluchin, Rebecca, *Fit to be Tied: Sterilization and Reproductive Rights in America, 1950-1980*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2009, p. 17. El programa estadounidense de esterilización forzada tuvo impacto directo en Puerto Rico (a través de la ley 116 de 1937, que implantó un programa de esterilización masivo que en 1965 había esterilizado a un tercio de las mujeres de la isla, *cfr.* Mass, Bonnie, “Puerto Rico: A Case Study of Population Control”, en *Latin American Perspectives*, vol. 4, núm. 4, 1977, pp. 71-74, e inspiró las legislaciones de diversos países europeos, incluyendo la Alemania nazi, Suiza, Francia, Gran Bretaña, Dinamarca, Noruega, Finlandia y Suecia, *cfr.* Schwartz, Michael, “Eugenik und «Euthanasie»: Die internationale Debatte und Praxis bis 1933/45”, en Henke, Klaus-Dietmar (ed.), *Tödliche Medizin im Nationalsozialismus: von der Rassenhygiene zum Massenmord*, Colonia: Böhlau, 2008, pp. 69-75. Especialmente en los países escandinavos es notoria la feminización, particularmente en Suecia, donde 93% de las esterilizaciones entre 1935 y 1975 fueron practicadas a mujeres, *cfr.* Broberg, Gunnar y Tydén, Mattias, “Eugenics in Sweden: Efficient Care”, en Broberg, Gunnar y Roll-Hansen, Nils (eds.), *Eugenics and the Welfare State: Sterilization Policy in Denmark, Sweden, Norway and Finland*, Michigan, Michigan State University Press, 2005, pp. 108-110. Actualmente existen reportes de un programa de esterilización en Uzbekistán que aprovecha las cesáreas para realizar histerectomías y ligadura de trompas sin el consentimiento de las pacientes.

¹³ Instituciones locales y federales de derechos humanos y ONG en México han denunciado diversos casos de esterilizaciones forzadas contra hom-

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

A la luz del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al entrelazarse con criterios étnicos o raciales, la esterilización forzada sobrepasa las cuestiones de autonomía reproductiva y puede adoptar elementos de crimen de lesa humanidad (art. 7.1.g del Estatuto) o incluso genocidio (art. 6.d) del Estatuto, en armonía con el artículo II.d de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, si es parte de una práctica extendida o sistemática.

Este es un aspecto que ha sido discutido en Perú por hechos acaecidos durante el gobierno de Alberto Fujimori. Entre 1995 y 2000, a través de un plan de control de natalidad —financiado ampliamente con recursos de la USAID— denominado “Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar”, alrededor de 330 mil mujeres y unos 25 mil hombres fueron esterilizados según cifras oficiales. Durante su primer periodo, Fujimori ya había instaurado un programa nacional de población que efectuó las primeras reformas sobre la materia. El programa fue implementado en el segundo periodo de gobierno de Fujimori, después de su asistencia a la Conferencia Mundial de Beijing sobre los Derechos de la Mujer. La legislación fue reformada para autorizar la esterilización y se estableció su gratuidad. Estas normas fueron redactadas con un lenguaje de derechos humanos, prometiendo un mayor control de la mujer sobre su cuerpo y sus elecciones

bres y mujeres indígenas en Chiapas, Guerrero y Oaxaca al menos desde 1999. En algunas ocasiones, los funcionarios de salud responsables hicieron promesas y ofrecimientos (*v. gr.*, la construcción de un centro de salud, becas, despensas, etc.) para lograr la aceptación de los indígenas. En otros casos, los programas de transferencias sociales estaban condicionados con la esterilización o ingestión de anticonceptivos. Estas denuncias llevaron a la imposición de sanciones para quienes practicaran esterilización sin la voluntad del paciente y al establecimiento del bilingüismo en programas de información y orientación sobre planificación familiar en las comunidades indígenas (art. 67 Ley General de Salud). En las observaciones finales del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial a México, CERD/C/MEX/CO/15, 4 de abril de 2006, párr. 17, el Comité exhortó a México a adoptar todas las medidas necesarias para poner fin a la práctica de esterilizaciones forzadas, a que investigue y castigue a los responsables, y a velar por que las víctimas dispongan de recursos justos y eficaces.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

sexuales y reproductivas, así como un mejoramiento de la salud materna e infantil.¹⁴

Aunque no hay datos exactos sobre el número de esterilizaciones efectuadas sin el consentimiento informado de las indígenas, existen diversos indicios y casos documentados de la aplicación masiva, compulsiva y sistemática de la anticoncepción quirúrgica en el marco del programa de salud reproductiva:

1. se privilegiaba la esterilización como método anticonceptivo y se promovía como el único método eficaz;
2. no se ejecutó en áreas urbanas sobrepobladas, sino en espacios rurales aislados con prevalencia indígena;
3. la gran mayoría de las mujeres esterilizadas eran campesinas o amas de casa indígenas, analfabetas o con educación primaria, de escasos recursos;
4. el plan fijó sus metas exclusivamente en función de mujeres en edad reproductiva;
5. existen denuncias acerca de órdenes al personal de salud de efectuar las esterilizaciones de acuerdo con un sistema de cuotas e incentivos; quien alcanzaba un número determinado de esterilizaciones por mes recibía beneficios económicos y quien no cumplía con la cuota podía ser despedido, y
6. en muchos casos, las operaciones se efectuaban sin adecuado tiempo de espera y sin considerar la historia clínica de la mujer; esto fue particularmente grave durante los denominados “festivales de la salud”, destinados fundamentalmente a la promoción de ligaduras de trompas.¹⁵

Las denuncias acerca de las irregularidades del programa de planificación familiar comenzaron a llegar a los tribunales puerua-

¹⁴ Cfr. Boesten, Jelke, “Free Choice or Poverty Alleviation? Population Politics in Peru under Alberto Fujimori”, en *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, núm. 82, 2007, pp. 3-20.

¹⁵ Reyes, María Elena, “Intentando redefinir la justicia: el caso de las esterilizaciones forzadas en Perú”, en Waisman, Viviana (ed.), *Cuerpos nuestros: Redefiniendo la justicia*, Lima, CLADEM-Women’s Link Worldwide, 2004, pp. 19-31; y Vasquez, Ernesto, “Invisible Women: Forced Sterilization, Reproductive Rights, and Structural Inequalities in Peru of Fujimori and Toledo”, en *Estudios e pesquisas en psicologia*, Río de Janeiro, año 6, núm. 1, 2006, pp. 109-124.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

nos incluso durante el régimen de Fujimori. Ante la inoperancia de las vías judiciales nacionales, organizaciones de derechos humanos llevaron el caso al Sistema Interamericano. En 1999, la Comisión Interamericana tuvo conocimiento del caso de María Mamérita Mestanza Chávez, una indígena de escasos recursos que fue forzada a un procedimiento quirúrgico de esterilización por el personal médico de un centro de salud y que le ocasionó la muerte. En octubre de 2000, la CIDH declaró admisible la denuncia; el Estado peruano respondió las peticiones de la CIDH y en octubre de 2002 se firmó un acuerdo de solución amistosa en el cual el Estado reconoció su responsabilidad internacional por violación de los artículos 1.1 (prohibición de discriminación por múltiples motivos), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal) y 24 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por la esterilización forzada de María Mestanza. En agosto de 2003 se firmó el acuerdo final sobre reparaciones y medidas preventivas, en las que Perú se comprometió a impulsar investigaciones judiciales para la sanción de los responsables, así como realizar modificaciones legislativas y de políticas públicas sobre los temas de salud reproductiva y planificación familiar, eliminando de su contenido cualquier enfoque discriminatorio y respetando la autonomía de las mujeres.¹⁶

Pese a este resultado favorable para las víctimas de las esterilizaciones forzadas, se han dado pocos avances en la investigación y sanción de estos hechos en Perú; de hecho, los delitos relacionados con la política de esterilizaciones masivas no fueron incluidos durante el procesamiento judicial de Fujimori después de su extradición desde Chile —pese a la denuncia de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso en junio de 2003 contra Fujimori por delitos de lesa humanidad y tortura— y la legislación nacional respecto del tipo penal aplicable sigue siendo vaga. En octubre de 2011, el Estado peruano anunció a la CIDH que reabría el caso *Mestanza Chávez* y otros casos de esterilización forzada durante el régimen de Fujimori como delitos de lesa humanidad. En julio

¹⁶ CIDH, *María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, solución amistosa, informe 71/03, petición 12.191, 10 de octubre de 2003.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

de 2016, la fiscal a cargo de la investigación anunció el archivo del proceso, pero fue reabierto en noviembre de 2018, con denuncia penal al expresidente Fujimori y a cuatro exministros de Salud de su gobierno.

4.2. Acceso a servicios de salud en situaciones de violencia institucional castrense

Existen varios casos en la jurisprudencia mundial que abordan restricciones en el acceso a servicios de salud por la intersección de formas de discriminación racial, de género, de clase y casta.¹⁷ En Latinoamérica, los casos están típicamente relacionados con la falta de servicios de salud en zonas rurales pobladas primordialmente por comunidades étnicas, la prestación de servicios de salud sin tener en cuenta las especificidades culturales de los pueblos indígenas, o la atención discriminatoria de funcionarios de la salud que niegan a las mujeres indígenas o afrodescendientes ciertos servicios o los ofrecen sin la diligencia con la que se atiende a los hombres o a mujeres blancas. Por ejemplo, *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*¹⁸ es un caso de discriminación en la atención obstétrica básica para el tratamiento de complicaciones comunes del embarazo en el que se concluyó que la falta de servicios apropiados de salud materna tiene efectos diferenciales sobre el derecho de la mujer a la vida y, por tanto, constituye una discriminación contra la mujer con arreglo a los artículos 2 y 12.1 de la CEDM.¹⁹ En este caso se constató además una situación genera-

¹⁷ Ilustrativos a este respecto son varios casos de la Suprema Corte de Delhi (India), *cfr. Laxmi Mandal vs. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors*, W.P.(C), 8853 de 2008; *Jaitun vs. Maternity Home, MCD, Jangpura & Ors*, W.P., 10700 de 2009; y *Court of its own Motion vs. U.O.I.*, W.P. (C), 5913 de 2010.

¹⁸ *Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, comunicación 17/2008 del CEDAW/C/49/D/17/2008, agosto 10 de 2011.

¹⁹ CEDM. Artículo 12. 1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia [...].

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

lizada de discriminación interseccional contra mujeres afrodescendientes de bajos recursos en los servicios de salud en Brasil.²⁰

El fenómeno de discriminación interseccional en materia de salud sexual y reproductiva también es preocupante en el sur de México respecto de mujeres indígenas, no solo debido a que el riesgo de morir por causa materna es más del doble para una mujer indígena que una no indígena, sino a que las mujeres en general han sufrido desproporcionadamente la violencia en sus diferentes dimensiones.²¹ En este contexto, la discriminación en el acceso a la salud compromete no solo la integridad personal de la mujer indígena, sino también su acceso al sistema de justicia, especialmente cuando los responsables de los actos violentos son agentes del Estado.

²⁰ “El Comité toma nota del argumento de la autora de que la señora da Silva Pimentel Teixeira fue objeto de doble discriminación, por ser una mujer de ascendencia africana y sobre la base de su condición socioeconómica. A este respecto, el Comité recuerda sus observaciones finales sobre el Brasil, aprobadas el 15 de agosto de 2007, en que se señaló la existencia de la discriminación de hecho contra las mujeres, especialmente contra las mujeres de los sectores más vulnerables de la sociedad, como las mujeres de ascendencia africana. También señaló que esa discriminación se veía exacerbada por las disparidades regionales, económicas y sociales. El Comité también recuerda su recomendación general 28 (2010) sobre las obligaciones básicas de los Estados parte en virtud del artículo 2 de la Convención, en que reconoce que la discriminación contra la mujer basada en el sexo y el género está indisolublemente vinculada a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la condición jurídica y social, la edad, la clase, la casta y la orientación sexual y la identidad de género. El Comité observa que el Estado parte no descarta que la discriminación pueda haber contribuido, en cierta medida pero no decisivamente a la muerte de la hija de la autora. El Estado parte también reconoce que la convergencia o asociación de los diferentes elementos descritos por la autora pueden haber contribuido a que no se prestara a su hija la atención de emergencia necesaria, lo cual ocasionó su muerte. En estas circunstancias, el Comité concluye que la señora da Silva Pimentel Teixeira fue objeto de discriminación, no solo por ser mujer, sino también por ser de ascendencia africana y por su condición socioeconómica.” *Ibidem*, párr. 7.7.

²¹ *Cfr.* Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Cuestiones indígenas –derechos humanos y cuestiones indígenas– Misión a México, E/CN.4/2004/80/Add.2, 23 de diciembre de 2003, párr. 46.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

La dimensión interseccional de las violaciones sexuales contra mujeres indígenas en el sur de México ya había sido identificada en el Sistema Interamericano en 2001, en el caso de las *hermanas González Pérez vs. México*,²² por hechos ocurridos pocos meses después de la rebelión del EZLN en 1994. La Comisión Interamericana destacó que las víctimas —integrantes de la etnia tzeltal— habían sufrido una humillación agravada por su condición indígena, dado el desconocimiento del idioma de sus violadores y de las autoridades intervinientes, y por el repudio posterior de su propia comunidad.²³ Pero es en los dos casos de la Corte Interamericana fallados en agosto de 2010 contra México (*Fernández Ortega*²⁴ y *Rosendo Cantú*²⁵) en los que se debate efectivamente acerca de los efectos de la discriminación en la salud contra mujeres indígenas en contextos de “violencia institucional castrense”. Las circunstancias de hecho que originaron ambos casos son similares: la violación sexual de mujeres indígenas por parte de personal del Ejército en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero y de extrema vulnerabilidad de la población indígena en diferentes ámbitos, como los servicios de salud y la administración de justicia, particularmente por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos para trasladarse a lejanos centros de salud o a los órganos judiciales, y por la exposición a tratos abusivos ante estas instancias públicas. Esto restringe el acceso a la salud por desconfianza o miedo a represalias de los militares responsables estacionados en la zona, situación que se agrava para la mujer indígena, ya que la denuncia de violación sexual puede generar además el rechazo de su comunidad, sin mencionar el conflicto cultural que supone el sometimiento a exámenes ginecológicos a cargo de personal médico masculino. Y aun en el caso de que la

²² Cfr. CIDH, *Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, informe 53/01, caso 11.565, 4 de abril de 2001.

²³ *Ibidem*, párr. 95.

²⁴ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

²⁵ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

víctima solicite atención médica sin denunciar la agresión, puede terminar sometida a revictimización en caso de que acuda posteriormente a las instancias judiciales y deba justificar su silencio. Ambas situaciones se pueden contrastar en los casos en estudio. En *Fernández Ortega*, la víctima denunció la agresión, pero hubo un retraso en su atención médica debido a la falta de personal médico especializado en la zona; las pruebas ginecológicas se extraviaron por deficiencias en la cadena de custodia, y no se efectuó dictamen psicológico alguno. Sobre estos hechos, México reconoció su responsabilidad.²⁶ Adicionalmente, el funcionario del Ministerio Público se rehusó inicialmente a recibir la denuncia de la víctima al enterarse que los acusados del delito eran militares y solo la recibió luego de la intervención de la Comisión de Derechos Humanos de Guerrero. Tampoco habían traductores que hablaran me'paa y por ello, la víctima tuvo que ser asistida por una persona de su comunidad para poder interponer la denuncia. La Comisión Interamericana subrayó que estos y otros obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia representan formas de discriminación “combinadas” por ser mujeres, indígenas y pobres; en casos de violación sexual, los investigadores frecuentemente rebaten las denuncias, hacen recaer la carga de la prueba sobre la víctima, y los mecanismos de investigación son defectuosos.²⁷ Con base en estas consideraciones y en el reconocimiento parcial de México, la Corte Interamericana concluyó que el Estado violó los derechos a la no discriminación, a garantías judiciales y a protección judicial de los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la CADH.²⁸

Por su parte, en *Rosendo Cantú*, la víctima caminó varias horas para recibir asistencia médica —los hechos ocurrieron en una zona montañosa aislada—, pero negó que hubiera sido violada al personal de salud —quienes hablaban un idioma que ella no dominaba—. Los representantes de la víctima alegaron, en primer lugar, que la violación sexual constituyó una forma extrema de discriminación agravada por su condición de niña e indígena en situación de pobreza, “lo que implicó que fuera víctima de una

²⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México*, *supra*, párrs. 16-19, 190.

²⁷ *Ibidem*, párr. 185.

²⁸ *Ibidem*, párrs. 198, 200-201.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

intersección de discriminaciones”; por ello, solicitaron a la Corte que declarara al Estado responsable por la violación de los artículos 5 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.²⁹ En segundo lugar, los representantes alegaron que a la víctima se le impidió el acceso a los servicios primarios de salud inmediatamente después de la violación sexual, bajo el argumento de que no contaban con equipo técnico “y por temor a los militares” y, unos días después, por “no contar con cita médica”.³⁰ El Estado reconoció su responsabilidad respecto de la dilación en la atención médica especializada, la falta de atención especializada a su favor considerando su condición de niña, el retraso en la investigación de los hechos y la afectación que dicho retraso ha causado en su integridad personal. Sin embargo, el Estado controversió los argumentos del segundo grupo de alegatos advirtiendo que la víctima recibió atención médica cuando se presentó al sistema de salud público y que solo se le atendió por dolor abdominal al negar en dos ocasiones que había sido violada. La Corte consideró que el hecho de que no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas debía contextualizarse en las circunstancias del caso y la víctima —una menor de edad perteneciente a una comunidad indígena—, por lo que no debía desacreditar el conjunto de sus declaraciones.³¹ La Corte también observó que, una vez conocidos los hechos por las autoridades, la víctima no recibió atención psicológica y hubo un retraso en la atención médica especializada.³² Pese a lo anterior, la Corte no encontró elementos probatorios suficientes que le permitieran concluir que la víctima no fue atendida por las razones señaladas por sus representantes.³³

4.3. Mutilación genital femenina

La mutilación genital femenina (MGF) es una práctica con serias consecuencias inmediatas y permanentes para la salud física y

²⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra*, párr. 82.

³⁰ *Ibidem*, párr. 129.

³¹ *Ibidem*, párr. 95.

³² *Ibidem*, párr. 103.

³³ *Ibidem*, párr. 130.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

mental de las mujeres. Sin embargo, durante décadas, el tema no fue abordado como tema de salud pública debido —entre otros factores— a la dificultad de atribuir responsabilidades directas por MGF al Estado —ya que la mutilación usualmente es efectuada en la esfera privada y no en centros públicos de salud y, además, ocurre por presión de la familia o la comunidad, mas no como política del Estado—. Por otro lado, cierto relativismo cultural criticaba la imposición neocolonial de construcciones occidentales sobre feminidad/género y reconocía el valor simbólico y social de la práctica en los contextos culturales donde se desarrolló —usualmente está relacionada con la identidad étnica de la mujer y su madurez o pureza sexual frente a la sociedad—. La acción estatal se limitó a promover que el procedimiento quirúrgico fuera efectuado de la manera menos lesiva y se atendiera adecuadamente a pacientes con complicaciones —hemorragias, infecciones, etc.—. Esto generó una tendencia a medicalizar la práctica en algunos países —especialmente en Eritrea, Mali, Mauritania y Egipto—. ³⁴

Desde la década de 1980, la campaña internacional para eliminar la MGF llevó a abandonar progresivamente el enfoque de salud individual por un enfoque de derechos humanos. ³⁵ Bajo esta perspectiva, la MGF representa una forma de discriminación de género cuya persistencia está vinculada a presiones culturales, tradicionales y económicas; ³⁶ constituye además una vio-

³⁴ Por ejemplo, en el caso de Egipto, se ha estimado que la proporción de operaciones efectuadas por personal médico entrenado se incrementó de 17 a 55% en 1995 —comparando la experiencia de madres e hijas en ese año— y a 61% en 2000. Cfr. El-Zanaty, Fatma *et al.*, *Egypt Demographic and Health Survey 1995*, Cairo-Calverton, Ministry of Health and Population-National Population Council-Macro International, 1996, pp. 173-177, disponible en <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR71/FR71.pdf> El-Zanaty, Fatma y Way, Ann, *Egypt Demographic and Health Survey 2000*, Cairo-Calverton, Ministry of Health and Population-National Population Council-Macro International, 2001, pp. 191-194, disponible en http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACL857

³⁵ Snow, R. C., “Editorial: Female genital cutting: distinguishing the rights from the health agenda”, en *Tropical Medicine & International Health*, vol. 6, núm. 2, 2001, pp. 89-91.

³⁶ Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 14, 1990.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

lación a la integridad personal y una forma de violencia contra la mujer, por lo que es obligación del Estado erradicar los conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ese tipo de prácticas tradicionales,³⁷ así como prohibir la MGF en su legislación y elaborar programas educativos enfocados en su eliminación.³⁸ Esto ha llevado a la inclusión de un tipo penal contra la MGF en países africanos donde la MGF es practicada ampliamente,³⁹ pero también en varios países receptores de inmigración africana;⁴⁰ además, explica las recientes condenas por MGF en Estados Unidos⁴¹ y España⁴² —o los casos penales en Francia, que datan incluso de 1983—. ⁴³

En relación con los motivos de discriminación involucrados, es preciso hacer algunas aclaraciones. La MGF no está intrínsecamente asociada a una etnia y religión, pese a la falsa percepción de que se trata exclusivamente de un ritual islámico africano. Si bien en algunos contextos la práctica es el resultado de la combinación de la identidad étnica y la identidad musulmana,⁴⁴ la

³⁷ Cfr. Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, párr. 38.

³⁸ Cfr., v. gr. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, párrs. 124 (i), 232 (h), 277 (d), 283 (d).

³⁹ V. gr., en Senegal, Ghana, Togo, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinea, República Centroafricana, Egipto, Djibouti y Tanzania.

⁴⁰ Varios países no africanos han promulgado leyes para penalizar esta práctica, incluyendo Suecia, Gran Bretaña, Suiza, Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Estados Unidos y España.

⁴¹ Cfr. *State vs. Adem*, núm. 04-B-01291-5, *Gwinnett County Superior Court Georgia*, fallo de 2006, que condenó a diez años de prisión al padre etíope de una niña sometida a MGF en territorio estadounidense.

⁴² Cfr. Audiencia Provincial de Teruel, rollo penal núm.12/2011, juzgado de instrucción núm. 1 de Alcañiz, fallo que condenó a seis y dos años de cárcel, respectivamente, al padre y madre gambianos de una niña que sufrió una ablación cuando tenía menos de un año.

⁴³ Cour de Cassation, sentencia de agosto 20 de 1983. Cfr. en detalle Winter, Bronwyn, "Women, the Law and Cultural Relativism in France: The Case of Excision", en *Journal of Women in Culture and Society*, vol. 19, núm. 4, 1994, pp. 939-972.

⁴⁴ V. gr., en Guinea-Bissau, Senegal y Gambia, cf. Johnson, M., "Making Mandinga or Making Muslims? Debating Female Circumcision, Ethnicity, and

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

MGF también ha sido practicada en Europa y Estados Unidos⁴⁵ y se ha reportado en grupos cristianos, judíos y animistas; por otro lado, varios países musulmanes ni siquiera la practican. La combinación de edad y género, en cambio, sí juega un papel central, dado que en la mayoría de casos la MGF se realiza a niñas entre los 4 y los 12 años, esto es, opera bajo un sistema subordinado de relaciones de género y en una edad en la que la autonomía personal está restringida en la medida en que los padres pueden tomar decisiones médicas a su nombre, incluso en contra de su voluntad. La dimensión étnica de la MGF agrega complejidad al entrelazamiento edad-género, pues como rito de iniciación puede adquirir gran significado para la identidad étnica y el mantenimiento de tradiciones culturales de una comunidad. El caso de la MGF entre indígenas Emberá-chamí en Colombia ilustra las dificultades para abordar jurídicamente estas intersecciones de edad, género y etnicidad.

Si bien no existe claridad acerca de los orígenes de esta práctica entre los Emberá, contemporáneamente se interpreta como una forma de preparar a la mujer al matrimonio y prevenir el pecado de la infidelidad. La práctica ganó visibilidad en los medios tras el fallecimiento de una niña recién nacida como consecuencia de una ablación genital en 2007. En enero de 2008 se inició un proceso judicial para establecer si la MGF practicada a tres niñas indígenas constituía violencia intrafamiliar y maltrato infantil. Tres problemas jurídicos fueron objeto de debate en el proceso:

1. ¿está protegida la ablación bajo la regla general de respeto de la diversidad étnica y cultural (art. 7 de la Constitución)?;
2. ¿puede el Estado restringir la autonomía de las comunidades indígenas (que incluye el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el art. 246 de la Constitución) e intervenir en estos casos para juzgar y eliminar la práctica?, y

Islam in Guinea-Bissau and Portugal”, en Hernlund, Y. y Shell-Duncan, B. (eds.), *Transcultural bodies: Female Genital Cutting in Global Context*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2007, pp. 208-211.

⁴⁵ V. gr., por ginecólogos en Europa y Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo XIX como “terapia” para curar desórdenes sexuales y mentales.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

3. si la ablación no está protegida por la diversidad cultural y el Estado puede intervenir, ¿debe prohibirla terminantemente y perseguir penalmente a los responsables de estas prácticas?

En sentencia de julio de 2008,⁴⁶ el juez competente concluyó que: 1. la ablación no está protegida por el principio de diversidad étnica y cultural, puesto que pone en peligro el derecho a la vida y la integridad corporal, el cual pertenece al núcleo de derechos intangibles —reconocido como tal en los tratados de derechos humanos y sobre el cual hay consenso intercultural—. ⁴⁷ En consecuencia, 2. si bien se aplica la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas en consideración a que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, en este caso se cumplen las condiciones fijadas por la Corte Constitucional colombiana (CCC) para restringir la autonomía de la comunidad. ⁴⁸ Pese a que el artículo 4.2 de la ley 294 de 1996 ordena que la respectiva autoridad indígena sea la competente para conocer de los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas, en casos de ablación la comunidad indígena no

⁴⁶ Sentencia del 24 de julio de 2008, Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico, Colombia.

⁴⁷ Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, *cfr.* sentencias T-349/1996 y C-139/1996, la diversidad étnica y cultural reconocida constitucionalmente en el art. 7 está limitada cuando su ejercicio implique el desconocimiento de objetivos constitucionales de mayor rango; tales límites incluyen cuatro derechos intangibles: 1. el derecho a la vida y la integridad corporal, 2. la prohibición de la esclavitud, 3. la prohibición de la tortura, y 4. el debido proceso —y en materia penal, la legalidad de los delitos y las penas—. Según la Corte Constitucional, este mayor rango se explica en que: 1. únicamente respecto de estos derechos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural, y 2. estos son derechos que, de acuerdo con el DIDH, no pueden ser suspendidos ni siquiera en eventos de conflicto armado.

⁴⁸ Según la Corte Constitucional colombiana, *cfr.* sentencia T-349/1996, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades étnicas cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1. que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía, y 2. que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. *Cfr.* además: sentencias T-254/1994, T-523/1997, T-9332/2001, T-1022/2001, T-1127/2001, T-048/2002, T-239/2002.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

tiene facultades para asumir el conocimiento de la causa y decidir independientemente sobre el tema, por no operar esa jurisdicción como manifestación de la autonomía étnica en casos en los cuales se desconocen los mínimos jurisprudenciales establecidos por la CCC para que prime la autonomía indígena y, en consecuencia, corresponde a la jurisdicción ordinaria determinar las medidas de protección si fueran procedentes. 3. Finalmente, en relación con la adecuada respuesta del Estado en estos casos, el juez fue contundente al expresar que las autoridades estatales no pueden implementar políticas públicas que busquen una transformación progresiva de la práctica, sino que deben prohibirla de inmediato. En este sentido, criticó las políticas del Ministerio del Interior y de Justicia, el Instituto de Bienestar Familiar y la Defensoría del Pueblo, diseñadas como “procedimientos pedagógicos interculturales para transformar la práctica”, por ser insuficientes, ineficaces y lentas para evitar que las niñas de la comunidad indígena corran riesgo en sus vidas e integridad personal con el argumento del respeto a la autonomía étnica. El juez sostuvo que la única decisión admisible a la luz de las consideraciones precedentes era la eliminación inmediata y urgente de la ablación.

Otro asunto diferente es que, una vez prohibida totalmente la práctica, no se acuda a la aplicación de sanciones penales contra las madres o parteras de la comunidad que incumplan la prohibición, ya que la ablación no puede considerarse como un acto meramente individual y, por tanto, su tratamiento debe sustraerse a la normatividad de la ley 294 de 1996 —ley contra la violencia intrafamiliar— y la legislación penal colombiana, por cuanto las conductas que allí se describen parten de la base de comportamientos dolosos o culposos dentro del ámbito individual que no existen en esos casos. Estas personas son inimputables, ya que en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no pudieron actuar culpablemente, pues no comprendían la ilicitud debido a una cosmovisión diferente derivada de su diversidad sociocultural.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (*cfr.* sentencia C-370/2002), en tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, por ejemplo, el diálogo intercultural.

Como resultado de la sentencia y los diálogos con la comunidad promovidos por las Naciones Unidas bajo el proyecto “Emberá Wera”, las autoridades indígenas declararon públicamente en 2009 que prohibirían la ablación en su comunidad. Sin embargo, debido a que los Emberá han sido víctimas de desplazamiento forzado, aún se presentan casos individuales de MGF en las ciudades a las que han tenido que huir, donde se practica clandestinamente la ablación en espacios privados. En enero de 2018 falleció una niña Emberá en Bogotá tras complicarse la infección que contrajo luego de que su propia madre efectuara la ablación.

4.4. Discriminación interseccional contra personas con discapacidad mental recluidas en instituciones psiquiátricas

En entornos institucionales, las personas que se encuentran en circunstancias de privación de libertad de tipo punitivo⁴⁹ o de restricción a la autonomía por razones terapéuticas son particularmente vulnerables a formas perversas de discriminación múltiple. Las personas con discapacidad mental a menudo son objeto de discriminación en la sociedad a raíz de su condición; empero, cuando se encuentran bajo internación para recibir tratamiento de salud, no solo son vulnerables por los estigmas y prejuicios derivados de su estado de salud, sino por la conjunción con otras categorías de discriminación como la edad, el color de piel o el estatus social. Por ello, más allá de la exclusión cotidiana y las difíciles condicio-

⁴⁹ Cfr., v. gr., Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Malawi African Association and others vs. Mauritania*, comunicados 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 y 210/98, 2000, sentencia de 11 de mayo de 2005.

El caso se basa en la denuncia de prácticas de esclavitud y discriminación racial institucionalizada contra la población negra en Mauritania, especialmente en centros de detención. La Comisión encontró que el estado de salud de los detenidos se deterioraba debido a las condiciones de reclusión, lo que hacía al Estado responsable por la violación de la prohibición de discriminación y del derecho a la salud de los presos.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

nes de vida en sociedad, ciertos grupos pueden resultar arbitrariamente segregados en y a través de instituciones psiquiátricas. Al respecto, la Corte Interamericana ha reconocido la existencia de un vínculo “directo y significativo” entre discapacidad, pobreza y exclusión social, y ha contado a los grupos de personas que viven en condiciones de extrema pobreza, los niños y adolescentes en situación de riesgo, y las poblaciones indígenas entre aquellos que enfrentan un riesgo incrementado de padecer discapacidades mentales.⁵⁰ También ha reconocido la “vulnerabilidad intrínseca” de las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos de salud en instituciones psiquiátricas a padecer torturas u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, debido al desequilibrio de poder entre pacientes y personal médico. Esta vulnerabilidad es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de enfermedades psiquiátricas.⁵¹

Este pronunciamiento fue efectuado con ocasión del caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, el primer caso en el que la Corte analizó violaciones de derechos humanos contra personas con enfermedades mentales. Los hechos se referían a las condiciones inhumanas y degradantes de la internación de una persona con discapacidad mental y su fallecimiento como consecuencia de los ataques y golpes sufridos durante el tratamiento psiquiátrico. Si bien los hechos ocurrieron en un establecimiento de salud privado, la Corte consideró que cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la regulación y supervisión de la prestación de servicios de interés público, como la salud, los Estados no pueden escapar a sus obligaciones positivas a través de la privatización de los servicios de salud y, en consecuencia, retienen su responsabilidad por cualquier violación a derechos convencionales derivados de la mala praxis médica en instituciones privadas de salud.⁵² Más aún, según la Corte, los Estados tienen el deber

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 104.

⁵¹ *Ibidem*, párrs. 106-107, 129.

⁵² En sentido similar se pronunció la Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171, párrs. 117-137, donde la Corte se pronuncia sobre la responsabilidad estatal en eventos de mala praxis médica.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

de supervisar que la prestación de los servicios esté libre de discriminación y adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral, o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.⁵³ Los Estados tienen, además, obligaciones especiales de protección de la vida e integridad personal de las personas que están bajo el cuidado de centros de salud que funcionan dentro del sistema único de salud del Estado, en razón a que estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Estas obligaciones no solo se refieren a la abstención estatal de violar estos derechos, sino que conllevan la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. Entre estas medidas se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.⁵⁴

Durante el caso, Brasil reconoció su responsabilidad respecto a la falta de supervisión adecuada del centro de salud privado en cuestión, y mostró evidencia de haber efectuado importantes reformas en la atención de salud mental tras abandonar el modelo de manicomios y adoptar un esquema descentralizado y regionalizado basado en la rehabilitación y reinserción social. También se creó en el nordeste brasileño una unidad ambulatoria macro-regional de psiquiatría para evitar la internación.⁵⁵

4.5. Discriminación interseccional contra pacientes con SIDA

Existe ya una amplia jurisprudencia en numerosos países respecto a la prohibición de discriminación contra personas con VIH

⁵³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párrs. 96 y 105.

⁵⁴ *Ibidem*, párrs. 103-104.

⁵⁵ *Cfr.*, *ibidem*, párr. 46 (2), literales a y c (Declaraciones de José Jackson Coelho Sampaio y Luís Farah de Tófoli propuestas por el Estado).

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

en diversos ámbitos —laborales, educativos, médicos, etc.—.⁵⁶ Pero más allá de los casos individuales, el uso de la vía judicial ha sido parte de las estrategias más generales destinadas a corregir y reformular políticas de salud y acciones de los Estados respecto de la atención a los enfermos de SIDA. Incluso en países como Chile, Perú y Venezuela, las sentencias judiciales nacionales y las decisiones interamericanas han sido trascendentales para el establecimiento mismo de programas masivos de atención. Este litigio de interés público ha sido promovido globalmente por diversas ONG de derechos humanos o de prevención de la enfermedad, y ha sido particularmente relevante en relación con la accesibilidad económica de medicinas,⁵⁷ el acceso universal a nuevos tratamientos⁵⁸ y el financiamiento externo de programas de prevención.⁵⁹

Con todo, el litigio de interés público también puede iniciarse a partir de la experiencia individual de discriminación contra una persona o un grupo de personas cuando refleja formas de discriminación generalizadas según el contexto cultural y social, por ejemplo, en países donde:

⁵⁶ *Cfr., v. gr.*, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Randon Bragdon vs. Sidney Abbott et al.*, junio 25 de 1998 (discriminación en el acceso a servicios dentales); Tribunal Supremo de la Judicatura de Bombay (India), *A, C & Ors. vs. Union of India & Ors.*, writ petition N° 1322, 1999 (discriminación en el matrimonio); Corte Constitucional de Sudáfrica, *Hoffmann vs. S.A. Airways*, 2000 (discriminación en el empleo); Tribunal Industrial de Botswana, *Diau vs. Botswana Building Society (BBS)*, caso N° IC 50/03, 2003 (discriminación en el empleo); Tribunal Superior de Sudáfrica, *Perreira vs. Buccleuch Montessori Pre-School and Primary (Pty)*, caso N° 4377/02, 2003 (discriminación en la educación); Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-469 de 2004, T-238 de 2008 y T-273 de 2009 (discriminación en el empleo).

⁵⁷ *Cfr., v. gr.*, Corte de Justicia Administrativa de Egipto, caso N° 2457/64, demanda contra el decreto 373/2009 del Ministerio de Salud (nuevo sistema de precios de medicamentos), abril 27 de 2010.

⁵⁸ *Cfr., v. gr.*, Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health & Others vs. Treatment Action Campaign & Others*, 2002 (5) SA 721 (CC).

⁵⁹ *Cfr., v. gr.*, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *Alliance for Open Society International y otros vs. USAID y otros*, agosto 8 de 2008.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

1. se penalizan las prácticas homosexuales y por esta vía se restringe el acceso a la salud de pacientes homosexuales con SIDA;⁶⁰
2. se discrimina en la atención entre pacientes con SIDA y otros pacientes con mejores diagnósticos de salud;⁶¹
3. se niega el suministro de medicamentos antirretrovíricos a personas de escasos recursos,⁶² o
4. se interrumpe la entrega de estos medicamentos a pacientes afiliados al sistema de salud público⁶³ o privado.⁶⁴

Estos casos sugieren patrones de discriminación que no solo están basados en el estado personal de salud, ya que se intersecan con categorías de género, orientación sexual, “raza”, edad y condición económica que refuerzan actitudes y prejuicios clasistas, homofóbicos y racistas. En efecto, como lo destaca UNAIDS, la discriminación contra personas con VIH/SIDA no se debe solo a la enfermedad, sino a lo que esta connota.⁶⁵ En el contexto so-

⁶⁰ Suprema Corte de Delhi (India), *Naz Foundation vs. Government of NCT of New Delhi and Others*, W.P.(C), N° 7455 de 2001.

⁶¹ *Cfr.*, v. *gr.*, Corte de Apelaciones de Chile, sentencia de 28 de agosto de 2001, núm. 3.025-2.001; Corte Suprema de Chile, sentencia de 9 de octubre de 2001, rol 3.599-2001-10-16.

⁶² *Cfr.*, v. *gr.*, Tribunal Constitucional del Perú, exp. núm. 2945-2003-AA/TC, 20 de abril de 2004, y exp. núm. 2016-2004-AA/TC, 5 de octubre de 2004; Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *NA y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, exp. núm. 14.625, 14 de agosto de 1998, y *Cruz del Valle Bermúdez y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, exp. núm. 15.789, 15 de julio de 1999.

⁶³ *Cfr.*, v. *gr.*, Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Asociación Benghalensis y otros vs. Ministerio de Salud y Acción Social*, fallos 323:1339, junio 1 de 2000; CIDH, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, informe 27/09, Fondo caso 12.249, 20 de marzo de 2009.

⁶⁴ *Cfr.*, v. *gr.*, Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Hospital Británico de Buenos Aires vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, s/amparo, fallos 324:754, 13 de marzo de 2001.

⁶⁵ “The stigma and discrimination that people with HIV/AIDS face are unusually multiple and complex. Individuals tend not to be stigmatised and discriminated against *only* on the grounds of HIV/AIDS status, but also in accordance with what this connotes. Recent UNAIDS sponsored research in India and Uganda shows that women with HIV/AIDS may be doubly stigmatised both as «women» and as «people living with HIV/AIDS» when their identity becomes known. Likewise, Black people with HIV/AIDS find

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

ciocultural y religioso latinoamericano, la enfermedad se ha asociado con pobreza, drogadicción, inmoralidad sexual o promiscuidad, estigmatizando particularmente a personas de color de escasos recursos y a miembros de la comunidad LGBT.⁶⁶ Durante mucho tiempo, la jurisprudencia de la región no se ocupó de estas intersecciones. Sin embargo, esto está cambiando, como lo muestra el *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*. Allí la Corte Interamericana sostuvo que en el caso bajo estudio se produjo una discriminación interseccional. Se trataba de la violación del derecho a la educación de una niña de cinco años que fue expulsada del jardín infantil. La Corte concluyó que la niña sufrió una discriminación interseccional por su edad, su género, y su condición de pobreza y de persona con VIH, “derivando en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”.⁶⁷ El propio juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor citó en su voto concurrente la versión original de este artículo (2013) como base doctrinaria.

themselves stigmatised as both «infected» and «Black» (and by extension, Black women with HIV/AIDS as «infected», «women» and «Black»). [...] Intersectionality is therefore central to an understanding of how gender, race, age, social background and sexuality combine together to determine who is infected and, once infected, who is able to access medications and health care”. *Cfr.* UNAIDS/WHO 2000: 5, 8.

⁶⁶ Un caso ilustrativo a este respecto es la sentencia T-301 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que el accionante demandó a la Policía local por discriminación. Relató que él y un grupo de amigos había sido objeto de hostigamientos y retenciones por parte de miembros de la Policía debido a su condición homosexual y a ser señalados como portadores del VIH y expendedores de drogas. Las retenciones debían servir para implementar una base de datos y prevenir la propagación de la enfermedad. La Corte Constitucional concluyó que, con base en un juicio de proporcionalidad, la detención preventiva no puede sustentarse en que se tiene conocimiento de la presencia en un determinado sector de una persona con VIH; más aún, está prohibido que un ente administrativo como la policía cree bancos de datos que contengan este tipo de información. Para la Corte resulta inconstitucionalmente discriminatorio que las personas homosexuales sean arrestadas bajo fundamentos peligrosistas consistentes en que cometen ciertos delitos con ocasión de su opción sexual.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr 290.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

5. CONCLUSIONES

El estudio de casos ha ofrecido información acerca de cinco materias relacionadas con la discriminación interseccional en ejercicio del derecho a la salud por razón de género, color/etnicidad, clase social, orientación sexual, edad y estado de salud. Esta lista de casos no puede entenderse taxativamente, pues existen diversas materias que podrían añadirse a este análisis (*v. gr.*, aborto y anticoncepción en adolescentes indígenas o afrodescendientes pobres; acceso a tratamientos de salud para niños migrantes indocumentados, etcétera).

La pregunta acerca de cómo se configura una discriminación interseccional en/por la salud ha sido resuelta de modos muy diversos por los jueces. La Corte Interamericana tradicionalmente ha seguido una tesis de conexidad —vinculación directa e inmediata— entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención de la salud humana,⁶⁸ y a través de esta vía ha hecho responsable al Estado por violación a la no discriminación en la salud por motivos conexos.

En los últimos años, la Corte Interamericana ha empleado la figura del “agravante”: una forma de discriminación que se acumula a otra y agrava la violación de los derechos de la víctima (*v. gr.*, *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú vs. México*). Adicional a la tesis de agravación, en otros casos, la Corte Interamericana ha reconocido la existencia de vínculos directos entre diversas formas de discriminación y ha reconocido a ciertos grupos de personas como población en situación de riesgo incrementado a padecer discriminación (*v. gr.*, *Ximenes Lopes vs. Brasil*). Por su parte, para establecer si se configura una discriminación múltiple, la Comisión Interamericana y diversos jueces en el continente parecen preferir una metodología de argumentación contrafáctica: si no hubieran concurrido los motivos prohibidos, separadamente no se habría llegado a un resultado discriminatorio —como se vio en los casos *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*, y el de las *hermanas González Pérez vs. México*—.

En otros casos, los jueces abordan la conexidad entre los derechos a la vida, la integridad personal y la salud para resolver

⁶⁸ *Cfr.*, *v. gr.*, Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador*, *supra*, párr. 117.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

conflictos con el derecho a la diversidad étnica y cultural y el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas y afrodescendientes —como se vio en el caso de MGF en Colombia—. Los jueces también pueden encontrar en el derecho internacional los instrumentos para procesar hechos de discriminación interseccional como delitos de lesa humanidad —como lo ejemplifica la reapertura del caso *Mestanza Chávez* en Perú—. Y finalmente, en muchos otros casos, los jueces aún se limitan a constatar que existieron diversas formas de discriminación, pero no necesariamente las abordan concurrentemente y más bien prefieren subsumirlas en una causa central de discriminación.

Lo que debe destacarse del análisis previo es que el enfoque de discriminación interseccional resulta particularmente útil para abordar jurídicamente las situaciones de discriminación que ocurren en el marco de los sistemas nacionales de salud, especialmente respecto de la atención en salud sexual y reproductiva, el tratamiento de enfermedades altamente estigmatizadas como el SIDA, y la internación y tratamientos de salud en instituciones psiquiátricas. Particular supervisión sobre potenciales discriminaciones múltiples debería efectuarse también frente a la atención en la salud en zonas rurales pobladas primordialmente por comunidades étnicas históricamente desfavorecidas y a la formación profesional adecuada de los funcionarios de la salud en estas zonas para que tengan en cuenta las especificidades culturales de las poblaciones que atienden.

En relación con los sujetos que requieren medidas especiales de protección en consideración a las formas múltiples de discriminación en y por la salud a las que están expuestos, los casos previamente analizados sugieren que los Estados deberían considerar mecanismos reforzados de protección en la salud a las mujeres indígenas y afrodescendientes latinoamericanas, así como a las personas con discapacidades y en situación de reclusión —tanto punitiva como terapéutica—, debido al alto riesgo de discriminación interseccional. Se sugiere además una mirada sistemática a las formas particulares de discriminación que padecen los pacientes con SIDA, sobre todo cuando las categorías de orientación sexual, clase social y etnicidad se intersectan.

El enfoque interseccional no es inmune a críticas. Posinterseccionalistas han señalado los riesgos del enfoque, por ejemplo

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

dificultar la cohesión entre grupos sociales ante el problema de regresión infinita —la tendencia de grupos sociales a dividirse en cada vez más pequeños subgrupos—;⁶⁹ también ha sido cuestionado por no capturar adecuadamente la complejidad de relaciones de poder y subordinación involucradas en eventos de discriminación,⁷⁰ descuidando el estudio de instituciones, discursos y regímenes disciplinarios. Sin embargo, el enfoque puede ser valioso en la medida en que sea capaz de visibilizar situaciones muy particulares de discriminación que no se detectan si no se abordan integralmente. Los jueces deberían prestar mayor atención a la concurrencia de formas de discriminación y acudir a la interseccionalidad como criterio de interpretación judicial en contextos como el latinoamericano, donde ser mujer afrodescendiente o indígena supone diversas formas de discriminación que no se agotan simplemente en el género, el color de piel o la cultura, sino que han estado históricamente entrelazadas con la exclusión social, política y económica. Frente a situaciones como las estudiadas aquí, la discriminación no debería abordarse a partir de una sola categoría de análisis, sino que cada categoría involucrada en el caso concreto —étnica, etaria, de clase, de género, etc.— debería ser valorada en su real dimensión y apreciada integralmente. Por supuesto, esto también supone desde el plano de las políticas de salud un esfuerzo adicional por dar respuesta adecuada a los retos que imponen estas complejas formas de discriminación en el contexto de sociedades tan diversas como las latinoamericanas.

BIBLIOGRAFÍA

Boesten, Jelke, “Free Choice or Poverty Alleviation? Population Politics in Peru under Alberto Fujimori”, en *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, núm. 82, 2007.

⁶⁹ Ehrenreich, Nancy, “Subordination and Symbiosis: Mechanisms of Mutual Support Between Subordinating Systems”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, núm. 71, 2002, pp. 251-324.

⁷⁰ Levit, Nancy, “Theorizing the Connections among Systems of Subordination”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, núm. 71, 2002, pp. 227-250.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

- , *Intersecting Inequalities: Women and Social Policy in Peru 1990-2000*, University Park-Pennsylvania State University Press, 2010.
- Broberg, Gunnar y Tydén, Mattias, “Eugenics in Sweden: Efficient Care”, en Broberg, Gunnar; Roll-Hansen, Nils (eds.), *Eugenics and the Welfare State: Sterilization Policy in Denmark, Sweden, Norway and Finland*, Michigan, Michigan State University Press, 2005.
- Caetano, André J. y Potter, Joseph E., “Politics and Female Sterilization in Northeast Brazil”, en *Population and Development Review*, vol. 30, núm. 1, 2004.
- Ehrenreich, Nancy, “Subordination and Symbiosis: Mechanisms of Mutual Support Between Subordinating Systems”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, núm. 71, 2002.
- El-Zanaty, Fatma *et al.*, *Egypt Demographic and Health Survey 1995*, Cairo-Calverton, Ministry of Health and Population-National Population Council-Macro International, 1996, disponible en <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR71/FR71.pdf>
- y Way, Ann, *Egypt Demographic and Health Survey 2000*, Cairo-Calverton, Ministry of Health and Population-National Population Council-Macro International, 2001, disponible en http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACL857.pdf
- Johnson, M., “Making Mandinga or Making Muslims? Debating Female Circumcision, Ethnicity, and Islam in Guinea-Bissau and Portugal”, en Hernlund, Y. y Shell-Duncan, B. (eds.), *Transcultural bodies: Female Genital Cutting in Global Context*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2007.
- Kluchin, Rebecca, *Fit to be Tied: Sterilization and Reproductive Rights in America, 1950-1980*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2009.
- Largent, Mark A., *Breeding Contempt: The History of Coerced Sterilization in the United States*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2008.
- Levit, Nancy, “Theorizing the Connections among Systems of Subordination”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, núm. 71, 2002.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

- Makkonen, Timo, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights-Abo Akademi University, 2002.
- Mass, Bonnie, “Puerto Rico: A Case Study of Population Control”, en *Latin American Perspectives*, vol. 4, núm. 4, 1977.
- Reyes, María Elena, “Intentando redefinir la justicia: el caso de las esterilizaciones forzadas en Perú”, en Waisman, Viviana (ed.), *Cuerpos nuestros: Redefiniendo la justicia*, Lima, CLADEM-Women’s Link Worldwide, 2004.
- Schwartz, Michael, “Eugenik und Euthanasie: Die internationale Debatte und Praxis bis 1933/45”, en Henke, Klaus-Dietmar (ed.), *Tödliche Medizin im Nationalsozialismus: von der Rasenhygiene zum Massenmord*, Colonia, Böhlau, 2008.
- Snow, R. C., “Editorial: Female genital cutting: distinguishing the rights from the health agenda”, en *Tropical Medicine & International Health*, vol. 6, núm. 2, 2001.
- Torres, Mary Ann, “The Human Right to Health, National Courts and Access to HIV/AIDS Treatment: A Case Study from Venezuela”, en *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1, 2002.
- Toubia, Nahid, “Female Circumcision as a Public Health Issue”, en *The New England Journal of Medicine*, núm. 331, 1994.
- UNAIDS/World Health Organization, *Fighting HIV-Related Intolerance: Exposing the Links between Racism, Stigma and Discrimination*, Ginebra, UNAIDS-WHO, 2000.
- Vasquez, Ernesto, “Invisible Women: Forced Sterilization, Reproductive Rights, and Structural Inequalities in Peru of Fujimori and Toledo”, en *Estudios e pesquisas en psicologia*, Río de Janeiro, año 6, núm. 1, 2006.
- Winter, Bronwyn, “Women, the Law and Cultural Relativism in France: The Case of Excision”, en *Journal of Women in Culture and Society*, vol. 19, núm. 4, 1994.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales*

Óscar Parra Vera**

1. INTRODUCCIÓN

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) aún suscita debates tanto a nivel internacional como nacional. Sin embargo, los debates se han ido transformando y podría decirse que avanzan a una velocidad distinta según la jurisdicción correspondiente. Mientras que en algunos ámbitos nacionales (como Colombia y Argentina) no se discute sobre la posibilidad de impulsar una protección judicial directa de los DESC, en el ámbito interamericano solo hasta 2015 y 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió sus primeras decisiones sobre la justiciabilidad directa del Protocolo de San Salvador¹ y del artículo 26 de la Convención

* Versión escrita de la ponencia presentada por el autor en el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, “Balance a 25 años de jurisprudencia”, organizado por la Corte Constitucional de Colombia. Pasto, septiembre 29 de 2017.

** Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz. Abogado y master en Teoría del Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Master en Criminología y Justicia Penal de la Universidad de Oxford. Se desempeñó como abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

ÓSCAR PARRA VERA

Americana sobre Derechos Humanos,² respectivamente. Luego de 38 años de funcionamiento, el Tribunal Interamericano da este importante paso en 2017 para impulsar el uso de la Convención Americana hacia una mayor lucha contra la exclusión y la pobreza. Por su parte, apenas en 2015 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emite su primera decisión en un caso contencioso sobre seguridad social a la luz del Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).³

Debido a estos distintos tiempos de los DESC, se explican a su vez los diversos matices que alcanzan los debates sobre impacto, eficacia, implementación y cumplimiento de las decisiones judiciales adoptadas en cada jurisdicción. Dada mi experiencia de trabajo de una década en el Sistema Interamericano, se me ha pedido la elaboración de unas reflexiones generales sobre el impacto y el cumplimiento de fallos judiciales sobre derechos sociales con el objetivo de generar diálogos en torno a la experiencia internacional y nacional en la materia. Para ello, en este texto tomo como ejemplos algunos debates asociados al cumplimiento de decisiones de la Corte Interamericana y la implementación de la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional. Comenzaré con una breve nota conceptual sobre el tema de análisis, para luego seguir con reflexiones en torno al escenario interamericano y posteriormente el escenario nacional.

2. BREVE NOTA CONCEPTUAL

Dado el objetivo de esta ponencia, es pertinente diferenciar entre el análisis sobre impacto de decisiones judiciales y la valoración sobre su cumplimiento. Entre las contribuciones ana-

² Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

³ El Comité concluyó que España violó el derecho a la vivienda de una mujer, identificada como I.D.G., cuyo hogar fue objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria debido a la falta de pago de las cuotas del préstamo hipotecario a una entidad bancaria. Véase Comité DESC, comunicación 2/2014, Documento E/C.12/55/D/2/2014, 13 de octubre de 2015.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

líticas ofrecidas por la Corte Constitucional en esta materia se encuentra la distinción entre un cumplimiento alto, intermedio o bajo de ciertas órdenes emitidas. Por ejemplo, en el auto 411 de 2015, la Corte determinó una metodología y matrices de valoración para evaluar el cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia T-760 de 2008 desde tres aspectos: si las medidas han sido conducentes para cumplir las órdenes, los resultados de las medidas que hayan sido consideradas conducentes, y los avances pertinentes. La Corte sistematizó estos criterios en estas tres matrices:

Matriz 1

Elementos a evaluar		Incumplimiento general	Nivel de cumplimiento			Cumplimiento general
			Bajo	Medio	Alto	
Medidas	No existen	X				
	Inconducentes		X			
	Conducentes		X	X	X	X

Matriz 2

Elementos a evaluar		Incumplimiento general	Nivel de cumplimiento			Cumplimiento general
			Bajo	Medio	Alto	
Resultados	No acreditados		X			
	No permiten evidenciar que se va a superar la problemática		X			
	Permiten evidenciar que se va a superar la problemática			X	X	X

ÓSCAR PARRA VERA

Matriz 3

Elementos a evaluar		Incumplimiento general	Nivel de cumplimiento			Cumplimiento general
			Bajo	Medio	Alto	
Avances	No hay avances significativos			X		
	Hay avances significativos, pero no han concurrido en su totalidad la falla				X	
	Superaron la falla estructural que dio origen a la orden					X

Como se observa, estas matrices constituyen un complemento importante a los avances ya desarrollados previamente por la Corte en el auto 226 de 2011, en relación con el uso de indicadores estructurales, de proceso y de resultados para evaluar el cumplimiento de las órdenes.

Ahora bien, una orden judicial puede cumplirse poco pero, al mismo tiempo, tener un impacto muy alto.

Al respecto, cabe resaltar que autores como César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, reconstruyendo diversos elementos del debate estadounidense respecto a la relación entre las decisiones judiciales y el cambio social, propone diferenciar cuatro tipos de efectos de las sentencias. En primer lugar, los efectos directos que impactan en quienes litigan los casos, sus beneficiarios o sus destinatarios. En segundo lugar se encuentran los efectos indirectos que se derivan de un fallo sin estar expresamente consagrados en las órdenes emitidas y que pueden afectar tanto a los actores que participan en el fallo, como a aquellos que no lo fueron. En tercer lugar, los efectos instrumentales se relacionan con los cambios materiales en la conducta de los actores, mientras que, en cuarto lugar, los efectos simbólicos se concentran en el impacto de las sentencias en transformaciones culturales e ideológicas respecto a los asuntos discutidos en el

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

caso.⁴ Además de estos elementos, cabe resaltar que la implementación e impacto del litigio en temas como el derecho a la salud depende de muy diversas variables, tales como: *i.* el tipo de población beneficiaria; *ii.* los actores del sistema; *iii.* el tipo de normas que reconocen el derecho a la salud; *iv.* el tipo de proceso de implementación ordenado por la corte; *v.* si se adoptan cronogramas precisos para el cumplimiento; *vi.* si el tribunal respectivo es más o menos activo en la supervisión; *vii.* el tipo de aliados —en otras ramas del poder público o en movimientos sociales— que tiene una corte para impulsar el diálogo y el cumplimiento, y *viii.* el contexto social.⁵

Precisado lo anterior, a continuación ofrezco algunas reflexiones en torno a desafíos en materia de eficacia e implementación de las decisiones interamericanas y tomo el caso de la sentencia T-760 de 2008 para reflexionar sobre los aportes y desafíos que genera la experiencia colombiana en materia de sentencias estructurales sobre derechos sociales.

3. ALGUNAS LECCIONES DE LA SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO INTERAMERICANA

Tal como señalé en la introducción, solo hasta 2017, 38 años después de su funcionamiento, la Corte IDH emitió su primer caso

⁴ Rodríguez Garavito resalta que dichos efectos pueden interrelacionarse entre sí, de tal forma que sea posible aludir a efectos instrumentales directos e indirectos o efectos simbólicos directos e indirectos. Véase Rodríguez Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011. También véase Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010; en este libro se alude a seis efectos de la sentencia “estructural” emitida por la Corte Constitucional en esta materia: efecto desbloqueador, efecto deliberativo, efecto creador, efecto de políticas públicas, efecto coordinador y efecto social.

⁵ Yamin, Alicia Ely, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Right. Can courts bring more justice to health?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, pp. 333-372.

ÓSCAR PARRA VERA

sobre justiciabilidad directa de los DESC a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. En 1969, cuando se aprobó la Convención, los Estados estaban divididos entre quienes defendían la justiciabilidad de dichos derechos y quienes la rechazaban. Como punto intermedio de consenso se aprobó un artículo 26 que hacía una remisión a la Carta de la OEA y que generó diversas interpretaciones sobre dicha remisión. Algunas posturas consideraban que dicha Carta no consagraba derechos exigibles, mientras que otras perspectivas veían en la remisión a la Carta el escenario para impulsar la más amplia justiciabilidad. En 1988, casi 20 años después de emitida la Convención Americana, los Estados parte fueron convocados para resolver estos debates a través de la adopción de un Protocolo Adicional a dicha Convención en materia de DESC. A pesar de que el objetivo de este nuevo tratado era clarificar el escenario de exigibilidad de los DESC, los Estados consideraron que solo era procedente la justiciabilidad respecto al derecho a la educación y a los derechos sindicales (sin incluir la huelga). El Protocolo no se pronunció sobre cómo correspondía entender el alcance normativo del artículo 26.

De ahí en adelante, la Corte IDH tuvo, durante varios años, un enfoque en el cual se concentró en aproximarse al tema a la luz del concepto de vida digna, lo cual le permitía utilizar los artículos 4 (vida) y 5 (integridad personal) de la Convención sin tener que pronunciarse sobre el artículo 26. Pero en 2017, se abrió la puerta para un análisis de justiciabilidad directa y, por ello, será necesario esperar cómo se va decantando la jurisprudencia en la materia. Lo cierto es que esta senda abre la posibilidad de pensar en discusiones complejas a fondo, ya que es muy difícil abordar cuando se declara la violación de derechos por la vía de la conexión/vida digna. Por ejemplo, el significado que la priorización en salud pueda tener en casos concretos o debates específicos en torno a la progresividad y la escasez de recursos. Pensemos, por ejemplo, en temas de control de precios de medicamentos u otros temas que hacen parte del análisis de derechos sociales en torno al sistema financiero y logístico en el que se insertan.

Por otra parte, en el Sistema Interamericano son emergentes los debates preliminares sobre priorización. A través de medidas cautelares se han solicitado tratamientos y atención médica que,

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

en principio, podrían no haber sido objeto de priorizaciones a nivel interno. Es lo que ha ocurrido en algunos casos extremos sobre enfermedades de alto costo. En casos contenciosos también ha llegado el debate sobre priorización. Un caso relevante en esta discusión es el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, sobre la violación de los derechos sexuales y reproductivos como consecuencia de la prohibición de la fecundación *in vitro* en dicho país. En ese caso, la Corte IDH, como reparación, ordenó que se incorporara en la política pública de salud el suministro de la FIV a personas que no tuvieran los recursos para costearla a través de entidades privadas. Esta decisión fue muy criticada, teniendo en cuenta que la inclusión de tratamientos como la FIV en los sistemas públicos de salud es debatida en el derecho comparado, pues en algunos países no se ha considerado como una prestación que deba ser priorizada por encima de otras intervenciones más urgentes en materia de salud pública y salud colectiva.

Cabe resaltar que la implementación de estos fallos ha generado diversos tipos de debates a nivel interno de los Estados. En el caso *Artavia*, el Gobierno presentó un proyecto de ley para regular el acceso a la FIV. Dicho proyecto fue rechazado y bloqueado por minorías que representaban intereses de religiones particulares y que contaban con una suerte de posibilidad de vetar estas iniciativas. Por tal razón, el Gobierno decidió regular el acceso al tratamiento por vía de decreto. Sin embargo, ello fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, con una interpretación muy restringida del principio de reserva de ley en la regulación de derechos fundamentales.

El Gobierno costarricense sometió este choque entre instituciones ante la Corte IDH, solicitando que dicho Tribunal Internacional apoyara los esfuerzos de implementación impulsados por el ejecutivo. El Tribunal de San José hizo una de las primeras audiencias públicas de supervisión de cumplimiento en su historia y emitió un pronunciamiento arbitrando entre los diversos choques interinstitucionales. Ello muestra el enorme dinamismo que ha alcanzado la supervisión de cumplimiento en el ámbito interamericano.

En relación con la supervisión de cumplimiento de sentencias que realiza la Corte IDH, cabe resaltar que la Convención Ame-

ÓSCAR PARRA VERA

ricana no contiene una norma expresa que consagre esta facultad. Actualmente es el artículo 69 del Reglamento de la Corte el que rige la etapa de supervisión. Cabe recordar que fue la propia Corte la que decidió iniciar esta supervisión, lo cual fue explicado en la sentencia sobre competencia en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* de 2003. Ahí se precisó que esta potestad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y que el fundamento jurídico de esa competencia se encuentra en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el artículo 30 del Estatuto de la Corte.⁶

Inicialmente, el procedimiento era únicamente por escrito y se realizaba mediante solicitud de informes a los Estados y las correspondientes observaciones de los representantes de las víctimas y de la Comisión Interamericana. Desde 2007 se comenzó a convocar audiencias privadas de supervisión de cumplimiento de sentencias. Al inicio de esta etapa se valoró el cumplimiento de los casos más antiguos, donde el paso del tiempo generaba especiales desafíos para la implementación y el cumplimiento. Hoy en día las audiencias de supervisión son una práctica constante en la mayoría de casos. En ellas el Tribunal busca que las partes lleguen a acuerdos específicos que impulsen el cumplimiento y destraben los posibles obstáculos que frenan los avances. Asimismo, se promueve el planteamiento de cronogramas de cumplimiento a trabajar entre todos los involucrados. Tanto en la vía escrita como en el procedimiento oral, la Corte recibe la información y emite resoluciones, estableciendo si ha existido un cumplimiento total o parcial de lo ordenado.

En 2010, la Corte inició la supervisión del cumplimiento de determinadas medidas de reparación en diversos casos de un mismo país. En dicho año comenzó la supervisión conjunta de medidas de rehabilitación —atención médica y psicológica— en nueve casos colombianos, la supervisión estratégica de la obligación de investigar y sancionar en 11 casos guatemaltecos, y la cuestión de titulación de tierras de pueblos indígenas en tres ca-

⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 104, párr. 82.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

sos paraguayos. En 2014, el Tribunal conformó una unidad dentro de su Secretaría dedicada exclusivamente a la supervisión de cumplimiento de sentencias.

En 2015, cabe resaltar dos hitos en materia de supervisión de cumplimiento. En primer lugar, se realizó una primera audiencia privada conjunta respecto a todos los casos hondureños pendientes de cumplimiento, fragmentando la audiencia en temas transversales a dichos casos —impunidad, defensores de derechos humanos y situación carcelaria—. Esta audiencia privada, realizada en la capital de Honduras durante un periodo extraordinario de la Corte en dicho país, reunió a varias organizaciones de derechos humanos y diversas instancias estatales con competencia en los temas mencionados. Esta audiencia fue de carácter histórico, teniendo en cuenta que fue la primera vez que se hacía en el país responsable de las violaciones, lo cual permitía mayor y mejor participación tanto de las organizaciones de la sociedad civil involucradas, como de las autoridades estatales pertinentes. El segundo hito se relaciona con la audiencia pública de supervisión de cumplimiento del caso *Artavia*, ya mencionada previamente. Esta audiencia fue relevante porque evidenció el papel que puede jugar una audiencia pública —y no privada— de supervisión de cumplimiento, en términos de movilizar a diversos actores institucionales, sociales y políticos en torno a la implementación de lo ordenado por los órganos interamericanos.

Por otra parte, cabe resaltar que la Convención Americana estipula en su artículo 65, la posibilidad de someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA los casos de incumplimiento de los fallos. Sin embargo, en los contados casos en los que la Corte ha ejercido esta facultad, resulta cuestionable la efectividad de esta medida y la respuesta política de los Estados miembros de la OEA. Una de las razones de esta situación podría ser la falta de procedimientos para dar seguimiento, dentro de la propia Asamblea General, a la decisión de aplicar el artículo 65 por parte de la Corte.

La implementación de decisiones sobre derechos sociales se enmarcará en estos escenarios institucionales de supervisión de cumplimiento. El ámbito interamericano puede enriquecerse de la experiencia colombiana sobre el monitoreo de las órdenes

ÓSCAR PARRA VERA

emitidas en sentencias estructurales, tal como se analiza a continuación.

4. ALGUNOS HITOS Y DEBATES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SENTENCIA T-760 DE 2008⁷

Como es sabido, a través de la sentencia T-760 de 2008,⁸ la Corte Constitucional colombiana adoptó una serie de órdenes judicia-

⁷ En este texto retomo algunos elementos de Oscar Parra Vera, “La protección del derecho a la salud a través de sentencias estructurales: notas sobre algunos retos y lecciones de la sentencia T-760 de 2008 a sus ocho años de implementación”, en Corleto, Julieta di (coord.) *Los desafíos del litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Perspectivas nacionales e internacionales*, Buenos Aires, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación, 2017, pp. 51-70; Parra Vera, Óscar y Yamin, Alicia Ely, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 2591-2649. Información actualizada sobre la implementación del caso —hasta 2015— se deriva de investigaciones del autor y en parte de entrevistas realizadas en junio de 2015 junto a Alicia Ely Yamin —directora de la investigación— y Julián Urrutia. Sobre esta investigación véase Yamin, Alicia Ely, *Case Study: Colombian Constitutional Court Case T-760/08*. A report submitted to the Open Society Foundation’s Law and Health Initiative and Open Society Justice initiative by Alicia Ely Yamin and the Policy Initiatives Team, FXB Center for Health and Human Rights at Harvard University, 2016. Agradezco en particular el diálogo sostenido en junio de 2015 con Pedro Santana, ACEMI, Juanita Durán, Franky Urrego, Mauricio Torres, Carolina Corcho, Óscar Bernal, Óscar Andía, Francisco Yepes y —en septiembre de 2015— con Aquiles Arrieta. Asimismo, fue fundamental la entrevista sostenida con el magistrado Jorge Iván Palacio y funcionarios de su despacho, quienes estaban a cargo del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008. En todo caso, las opiniones que desarrollo en este escrito no comprometen a ninguno de los entrevistados. Si bien el análisis cubre los desafíos hasta 2015, algunos de ellos ya superados, se toman algunos elementos de las entrevistas para efectuar un análisis muy general y abstracto sobre los desafíos de las sentencias estructurales.

⁸ Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia, véase Yamin, Alicia Ely y Parra Vera, Óscar, “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”, en *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2010, pp. 431-459, y Yamin, Alicia Ely; Parra Vera, Óscar y Gianella, Camila, “Colombia.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

les cuyo objetivo central lo constituía desbloquear, en forma estructural, una serie de obstáculos para el acceso a la salud. Como es de esperarse, ello generó enormes desafíos, más aún si se tiene en cuenta que un importante antecedente de esta sentencia es que entre 1999 y 2008 se habían interpuesto más de 500 000 acciones de tutela relativas al derecho a la salud.⁹ Los defectos del sistema de salud, en particular, la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, explican en gran medida el hecho de que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa. Tal vez no había ninguna otra institución más consciente que la propia Corte de las distorsiones que podía causar cierto tipo de intervención judicial en la política de salud, y de las consecuencias desafortunadas de las que tenía que ocuparse persona por persona por los problemas denunciados mediante las tutelas. Las órdenes estructurales contenidas en la T-760/08 intentan ser una respuesta al diagnóstico que hacía la Corte de la situación.

4.1. Algunos hitos en la implementación

Para efectuar una supervisión detallada de la implementación de la sentencia, la Corte decidió crear una “Sala de Seguimiento”, conformada por un equipo de trabajo liderado por 3 magistrados de la Corte. En nueve años, la Sala de Seguimiento ha emitido decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la sentencia. La sentencia ha tenido un enorme impacto en relación con el flujo de recursos en el sistema de salud. En un primer momento, para cumplir con la sentencia, el Gobierno im-

Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, CMI-Harvard University Press, 2011. Véase Rodríguez Garavito, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Bernal, Óscar y Gutiérrez, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012; y Lamprea Montealegre, Everaldo, *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)*, Bogotá, Uniandes, 2015.

⁹ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, 2009.

ÓSCAR PARRA VERA

pulsó un estado de excepción relacionado con la emergencia económica y social. Ello fue rechazado por la Corte, que resaltó que no era necesario utilizar un estado de excepción para tal efecto. Posteriormente, el Gobierno adoptó diversas medidas respecto a la corrupción en el manejo de recursos y respecto al control de precios de medicamentos.

En el auto 78 de 2012, la Corte retomó los autos emitidos entre 2008 y 2012 como antecedentes para convocar a una audiencia de rendición de cuentas en relación con los temas de flujo de recursos. Además, hizo un balance y señaló las dificultades que impiden avanzar en el cumplimiento de las órdenes generales sobre flujo de recursos, entre ellos, la insuficiencia en las fuentes de financiación del sistema y la incertidumbre acerca de la eficacia de las medidas adoptadas por los órganos de regulación. Por otra parte, evidenció la *suficiencia de recursos* asignados al sector salud, pero denunció que estos eran dilapidados. En efecto, para la Corte, lo que causa el desequilibrio financiero del sistema es la “indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control”. El Tribunal reiteró consideraciones ya desarrolladas al declarar inexecutable la emergencia social, y resaltó la existencia de sobrecostos debida a la intermediación de los medicamentos, aspecto que hace que los medicamentos en Colombia tengan un precio excesivamente mayor al de otros países.¹⁰

Como un importante efecto instrumental de la sentencia cabe resaltar que en estos años se ha producido un fuerte empoderamiento de algunas instancias de control¹¹ con fundamento en los derroteros señalados por la Corte. Se trata de un efecto directo asociado a los cambios en las conductas de los órganos destinatarios de la decisión y es también un indicador de proceso sobre los avances en los esfuerzos institucionales para implementar la sentencia. La sentencia T-760 generó espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de

¹⁰ Auto 263, 16 de noviembre de 2012, cdo. 4.2.10.

¹¹ Particularmente la Contraloría General de la República y las Superintendencias de Salud y de Industria y Comercio, así como procesos disciplinarios impulsados por la Procuraduría General de la Nación.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

control para impulsar sus tareas de inspección y vigilancia. Además, la Corte, a través de la sentencia y sus autos de supervisión, ha señalado una hoja de ruta sobre los principales asuntos en los que deberían focalizarse las tareas de supervisión.

Respecto a los impactos en relación con la precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios, al emitirse la sentencia, varios economistas argumentaron que la universalización y la unificación que ordenó la sentencia T-760/08 era insostenible, teniendo en cuenta la crisis en la financiación del sistema, derivada del hecho de que el número de ciudadanos en el régimen contributivo era muy inferior al del régimen subsidiado. A pesar de estas objeciones en algunos sectores, durante varios años el gobierno ha adoptado medidas sobre unificación y actualización del POS, y estas medidas han sido analizadas en muchos autos específicos emitidos por la Corte. Por ejemplo, en el auto 105 de 8 de junio de 2010, la Corte formuló diversas preguntas a la CRES relacionadas con los acuerdos que hasta ese momento había emitido dicho órgano con el objetivo de actualizar el POS. Entre otros aspectos, el Tribunal indagó sobre los antecedentes y criterios para la emisión de dichos acuerdos, los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios, pero que van a ser incluidos gradualmente, las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas “zonas grises” y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios. En los últimos años, la Corte ha continuado con un nivel de indagación profundo sobre la naturaleza y alcance de las medidas de regulación en estas materias.

La Corte convocó a una audiencia pública en la que intervinieron ministerios, órganos de control y representantes de la sociedad civil. Posteriormente, la Sala de Seguimiento emitió el auto 226 de 2011, en el cual se fijaron parámetros y niveles de cumplimiento que el Gobierno y la CRES debían seguir cuando realizaran las actualizaciones integrales del Plan de Beneficios, las cuales ocurrieron en 2011 y 2012. Es importante resaltar que en dicho auto 226, la Sala de Seguimiento dialogó con los desa-

ÓSCAR PARRA VERA

rrolos más importantes en el derecho internacional respecto a indicadores de derechos humanos. En particular, fue mencionada la experiencia en la materia del Relator Especial de Naciones Unidas para el Derecho a la Salud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros documentos relevantes de Naciones Unidas.

La Corte ha emitido algunos pronunciamientos críticos de los procesos de actualización y unificación que se han hecho en algunos momentos. Por ejemplo, en el auto 261 de 16 de noviembre de 2012 la Corte señaló que no se habían evidenciado medidas tendentes a racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, no se había gestionado incentivo alguno para procurar la cotización de quienes tienen capacidad económica, y que en los procesos de unificación de los planes no se había acreditado la participación activa de los usuarios y la comunidad médica.¹² Estos problemas han sido enfrentados en los últimos años por las autoridades competentes, y las medidas adoptadas han sido objeto de valoración por la Corte.

Finalmente, cabe resaltar que la sentencia ha tenido un importante impacto en reformas al sistema de salud y en la ley estatutaria sobre el derecho a la salud. El Gobierno Santos ha impulsado diversas reformas al sistema de salud y algunas de las propuestas han estado influenciadas por lo señalado en la sentencia T-760, especialmente respecto a la concepción del derecho a la salud como derecho fundamental y los alcances que podría tener su posible limitación.

4.2. Debates sobre la incertidumbre en relación con la información presentada por los actores

Durante entrevistas efectuadas a mediados de 2015, algunos actores señalaban como algo problemático que la Corte permaneciera demasiado tiempo sin pronunciarse sobre los informes que le presentan las partes sobre algunas de las órdenes. En este

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sala de Seguimiento a la sentencia, auto 261, T-760 de 2008, 16 de noviembre de 2012.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

aspecto, cabe decir que el monitoreo de T-760 tiene problemas similares al monitoreo que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido criticado porque en algunos casos pasan meses o años sin que se emitan decisiones que evalúen la información remitida por las partes. Para ciertas instituciones puede generarse un nivel de desgaste debido a la producción de informes sin recibir respuesta o, incluso, cuando se reciben órdenes que complejizan la función pública por el hecho de que se requiere focalizar esfuerzos para responder a solicitudes puntuales efectuadas por la Corte. En algunos casos se ha criticado a la Corte por ciertos niveles de inflexibilidad en la concesión de plazos.

Por otra parte, cierta tensión ha surgido en la valoración de los informes que los grupos de interés presentan ante la Corte. Un debate tiene relación con la forma en que la Sala de Seguimiento podría haberle dado algún peso a ciertas posturas de los Grupos de Seguimiento sin contrastar la información con la postura del Gobierno en el tema respectivo o sin contrastar en general la postura del actor que suministra una postura. Este aspecto es relevante para enfatizar las diferencias entre este caso y el proceso de seguimiento a una sentencia estructural, previamente emitida, en relación con desplazamiento forzado (la famosa sentencia T-025 de 2004). Dicha sentencia se relacionaba con un tema en el que los actores involucrados no enfrentaban las enormes diferencias y asimetrías entre sí, como sí ocurre con los actores en el sistema de salud —particularmente dentro de la sociedad civil— que defienden intereses muchas veces contrapuestos —médicos, grupos de pacientes, aseguradoras, etcétera—.

Lo anterior tiene a su vez relación con los debates en torno a cómo priorizar en salud, lo cual exige valorar, como punto de partida, el tipo de intereses que manejan los participantes en el monitoreo de la implementación del fallo. Ello hace fundamental la transparencia en la información. Un debate, por ejemplo, gira en torno a las bases de datos sobre tutelas. La Defensoría del Pueblo ha utilizado la información disponible en la Corte Constitucional, pero se ha concentrado en variables muy particulares que en ocasiones no ofrecen exhaustiva información sobre cuestiones tan relevantes como la pertinencia técnica de las solici-

ÓSCAR PARRA VERA

tudes.¹³ Asimismo, se ha criticado que algunas son registradas como tutela respecto a temas POS, cuando de lo que se trata es de aspectos en los que sí se tuvo acceso a POS, pero existe debate en algunas variables del tratamiento.

En el futuro, un tema relevante para la implementación de la sentencia y la valoración del alcance de la protección judicial del derecho a la salud debería estar marcado por una discusión pública sobre la metodología y alcances de las bases de datos que vienen utilizando tanto instituciones como organizaciones y universidades. Eliminar cualquier barrera irrazonable en el acceso a las bases de datos constituye una regla ineludible para fortalecer la discusión pública en esta materia y enfrentar la complejidad derivada del uso de metodologías diferentes —pero quizás complementarias— para evaluar las razones que explican que todavía exista un uso masivo de la tutela para el acceso a la salud, a pesar de que han transcurrido más de nueve años desde la emisión de la sentencia T-760.

Cabe recordar que uno de los objetivos de la T-760 era que la tutela no sea más un mecanismo necesario de acceso a la salud y que, por ende, el número de tutelas disminuya.

4.3. Debates sobre el cierre o la interpretación amplia de algunas órdenes

Otros debates que han surgido en la implementación de sentencias nacionales e interamericanas se relacionan con la forma como se ha extendido la supervisión judicial hacia aspectos que parecieran no estar directamente ligados con las órdenes inicialmente emitidas en el fallo original.

Por ejemplo, en determinado momento se ha criticado el intento de la Corte Constitucional de evaluar el acceso efectivo a servicios más allá de la actualización y unificación de los planes,

¹³ Al respecto, una persona entrevistada en 2015 mencionó los esfuerzos por recolectar información respecto a si los jueces evaluaron el perfil socioeconómico del litigante, para ver si la persona tenía capacidad económica para cubrir la prestación con recursos propios, y si el juez había revisado la pertinencia técnica de la solicitud.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

lo cual resulta complejo, particularmente cuando se trata de hacer informes de resultados en salud de los respectivos regímenes de acceso. Ello extiende el marco de análisis inicialmente previsto en el fallo y se complejiza, aún más, si se tienen en cuenta las dificultades que puede enfrentar un Tribunal para mantener un equipo que esté solamente dedicado al seguimiento de la sentencia. La tarea de este equipo podría volverse infinita.

A pesar de que a nivel internacional y comparado algunas cortes tienen mayores incentivos para intentar cerrar las órdenes relacionadas con remedios judiciales que emiten, surgen debates sobre los escenarios donde, en la realidad, los tribunales adoptan decisiones para interpretar ampliamente las órdenes y abrirlas hacia temas no previstos.

El debate sobre la inclusión o no de la Ley Estatutaria de Salud (ley 1751 de 2015) dentro del análisis de la implementación de la T-760 adquiere especial relevancia en esta discusión. En cinco años de lo que iba su mandato hasta ese momento, el presidente Santos había radicado personalmente solo dos leyes ante el Congreso: la ley de víctimas y la Ley Estatutaria sobre el Derecho a la Salud. Ello dimensiona el valor político que se le quería dar a esta ley como un punto de partida para solucionar problemas estructurales del sistema de salud.

En términos generales, en esta ley se consagró expresamente el entendimiento del derecho a la salud como derecho fundamental y diversas reglas sobre su limitación. Diversos movimientos sociales, cercanos al Movimiento Nacional por la Salud y a la acción de la Secretaría de Salud durante la Alcaldía del anterior alcalde de Bogotá, veían en la Ley Estatutaria una visión de la salud radicalmente distinta al modelo neoliberal adoptado en la ley 100 de 1993. Por el contrario, desde algunas intervenciones públicas del Ministerio de Salud se observa la defensa de la Ley Estatutaria como un escenario de defensa del modelo, pues se ve en esta ley un conjunto de ajustes para corregir las imperfecciones del mercado en esta materia, y la posibilidad de impulsar el concepto de integralidad en la atención a la salud y el análisis de priorización en salud en forma adecuada.¹⁴

¹⁴ Incluso el ministro de Salud ha manifestado disenso respecto a la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional de los alcances de esta Ley

ÓSCAR PARRA VERA

Quienes defienden la Ley Estatutaria como un rompimiento del modelo adoptado en 1993 defienden a su vez que la Corte Constitucional involucre en el seguimiento de la sentencia T-760 un análisis de dicha ley. En alguna medida, se ve allí el camino para que la Corte Constitucional efectuara una crítica más profunda contra el modelo de la Ley 100. Por el contrario, algunas personas entrevistadas consideran que tal tipo de análisis en el seguimiento de la T-760 desborda el objetivo central de dicho fallo, que se concentró en las principales barreras de acceso a la salud. Asimismo, desde esta perspectiva, si la Corte entrara en una crítica fuerte contra el modelo de salud, podría abrir una puerta de críticas a su legitimidad para hacerlo, e incluso, a las condiciones de posibilidad para hacer un seguimiento razonable a la implementación del fallo.

Sea cual sea la decisión que adopte la Corte Constitucional en la materia, ello constituirá un ejemplo de los desafíos en el monitoreo de sentencias estructurales.

En efecto, al momento de la emisión de la sentencia, algunos movimientos sociales manifestaron su escepticismo porque la T-760 se anclaba en el lenguaje de la Ley 100, que se denuncia como neoliberal. Lo interesante del asunto es que, paradójicamente dentro del movimiento por la salud, la sentencia haya constituido un punto de encuentro para volver a dinamizar la movilización y cómo la lucha por la Ley Estatutaria implicó un acercamiento entre grupos contrarios a la Ley 100 que no se habían acercado en el pasado —la Junta Médica, el Movimiento Nacional por la Salud, etcétera—. ¹⁵

Asimismo, corresponde debatir críticas en torno a una presunta “microgerencia” en el marco del seguimiento de la T-760.

Estatutaria, en relación con las posibles limitaciones razonables y proporcionales que puede tener el derecho a la salud.

¹⁵ Entrevistas efectuadas a Mauricio Torres y Carolina Corcho fueron especialmente relevantes para entender la complejidad y dinamismo de la discusión sobre la movilización social por la salud en Colombia y la adopción de la Ley Estatutaria del derecho a la salud. Sobre los debates específicos en torno a la movilización por la salud en Colombia, véase Torres Tovar, Mauricio, *Lucha social contra la privatización de la salud*, Documentos ocasionales, núm. 77, Bogotá, CINEP, 2012.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

Se critica en este punto la presunta utilización del seguimiento al fallo estructural como justificación para analizar la situación específica de centros de salud en las zonas más pobres de Colombia. Es previsible que surjan algunos problemas para el monitoreo el que se involucre un análisis de situaciones críticas específicas en algunas regiones o en algunos temas como parte del seguimiento de la T-760.¹⁶ Por una parte, el seguimiento de la sentencia se transformaría en un escenario poco idóneo para plantear todos los debates complejos del sistema de salud. Por otra parte, la posibilidad de cerrar la sentencia sería inviable. En entrevista con el entonces magistrado Jorge Iván Palacio y miembros de su despacho fue explicado el análisis del Hospital de Quibdó —una de las ciudades más pobres de Colombia— como un caso ilustrativo de problemas, sin que se tenga una pretensión necesariamente micro. El énfasis en dicho hospital se explicaba en el hecho de llevar varios años intervenido por el Estado y, por ello, resultar ilustrativo de las fallas del sistema. Este enfoque es muy relevante y valioso para dinamizar la implementación de la sentencia T-760, pero pueden surgir discusiones sobre la complejidad de abrir el seguimiento a muchos escenarios que resulten siendo ilustrativos de dichas fallas.

En el marco de lo que analizo en este segmento, otro desafío para la implementación de la sentencia lo constituye el hecho de que los procesos de seguimiento de sentencias enfrentan el reto del cambio en la composición de cortes y juzgados. Es posible que quien esté a cargo de la implementación tenga una visión diferente de las controversias en juego respecto al juez que emi-

¹⁶ En el auto 100 de 2014, sobre la construcción de un puesto de salud en un municipio concreto, la Sala de Seguimiento concluyó que “4. Lo expuesto sugiere que los resultados obtenidos con la política pública, *prima facie*, no son los esperados, por cuanto diferentes fuentes como los informes de las autoridades, las peticiones ciudadanas, los reportes de los medios de comunicación y la propia jurisprudencia de esta Corporación dan cuenta de casos en los que pacientes siguen siendo sometidos a una atención extemporánea, a pesar de haber transcurrido más de cinco años después de que se ordenara corregir dichas circunstancias, a través de la sentencia T-760 de 2008”. Este tipo de enfoques puede resultar problemático porque casos individuales, procesos judiciales con debates probatorios específicos e información de prensa no contrastada, sin mayor participación del Ministerio de Salud, pueden guiar el enfoque del seguimiento por encima de un debate más abierto y transparente liderado por la propia Corte.

ÓSCAR PARRA VERA

tió el fallo. El magistrado Manuel José Cepeda fue el ponente de la sentencia (2008) y el magistrado Jorge Iván Palacio estuvo a cargo de su implementación entre 2009 y 2017. En 2017 asumió como magistrado sustanciador el magistrado José Fernando Reyes Cuartas. Es de esperarse que el cambio en los magistrados sustanciadores enriquezca y dinamice el análisis, sin embargo, también involucra necesariamente nuevas visiones en torno al sentido que debe tomar la intervención judicial en casos estructurales, y nuevas visiones sobre los principios de separación y complementariedad entre los poderes públicos.

5. ALGUNOS RETOS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN

La insistencia de la sentencia T-760 de 2008 en que se garantice la debida participación de todos los actores relevantes e involucrados y afectados con las políticas de acceso a la salud constituye una influencia de lo que desde el derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido como enfoque de derechos en relación con las políticas sociales. Conviene entonces precisar algunos elementos conceptuales sobre qué estamos entendiendo como participación. Desde un marco de derechos humanos, la participación debe incluir: *i.* mecanismos institucionales para asegurar que la población pueda participar; *ii.* construcción y fortalecimiento de capacidades para la participación; *iii.* mecanismos de participación en las diferentes etapas del proceso —desde la elaboración de la agenda hasta la elaboración de las herramientas de monitoreo y evaluación—, y *iv.* mecanismos de rendición de cuentas y revisión dinámica y permanente de decisiones relevantes.

Desde esta perspectiva, la participación es más que una herramienta de consulta utilizada para explorar las necesidades y opiniones de la población. La participación es un mecanismo de construcción colectiva, una herramienta democrática que permite a las sociedades debatir sobre sus valores, estructuras y hacia dónde se quieren dirigir.¹⁷ Las deficiencias que pueda tener un

¹⁷ Gianella, Camila, Parra Vera, Óscar; Yamin, Alicia Ely y Torres, Mauricio, “¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la defini-

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

proceso de participación pueden poner en riesgo la legitimidad de los resultados de la implementación de la sentencia T-760 de 2008, así como el apoyo por parte de la sociedad a la misma.

En este punto, la participación ciudadana no puede entenderse como participación individual de usuarios, clientes, consumidores de servicios de salud, en lugar de ciudadanos titulares del derecho a la salud. La opinión de “clientes” no puede tener un peso superior al de la deliberación colectiva y crítica que debe hacer la ciudadanía a través de diversas formas organizativas.¹⁸ En este punto, los ciudadanos deben contar con información para entender el alcance de las consultas, la revisión de las decisiones adoptadas y la rendición de cuentas. Ello implica que permanentemente las personas reciban documentos o material asociado a la implementación de la sentencia, cuyo contenido sea completo, pertinente, confiable y comprensible.¹⁹

La participación debe entonces ir más allá de la posibilidad que tienen los usuarios, como consumidores, de regular el trabajo de los proveedores de servicios de salud. En ocasiones ello resulta complejo, teniendo en cuenta el contexto en el que se da la relación entre el proveedor de los servicios de salud y los usuarios, donde, por regla general, el proveedor suele tener el poder del conocimiento y, por ello, mayor poder en la toma de decisiones.²⁰ En otras palabras, en el marco de la atención integral en salud se debe propender por una participación que no se refiera únicamente a relaciones individuales proveedor-usuario/

ción pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008”, en *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 1, 2009, pp. 1-13. También publicado en AA.VV, *La Sentencia T-760: alcances y limitaciones*, Cuadernos del Doctorado en Salud Pública, núm. 11, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010, pp. 107-132.

¹⁸ Gianella, Camila; Parra Vera, Óscar, Yamin, Alicia Ely y Torres, Mauricio, “¿Deliberación Democrática o Mercadeo Social?...”, *cit.*

¹⁹ Estos son los criterios que ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia al valorar la información que es suministrada por instituciones tanto a dicho Tribunal como a organizaciones encargadas del monitoreo de algunos de los fallos emitidos por tal corporación.

²⁰ Entrevista a Norman Daniels, Thomas Bossert y William Hsiao, disponible en <http://www.semana.com/noticias-salud-seguridad-social/mejor-debil-del-sistema-salud-colombiano/125943.aspx>.

ÓSCAR PARRA VERA

consumidor, sino más bien a la participación de ciudadanos y comunidades en la implementación y revisión de las políticas de acceso a la salud. Es en este escenario donde resulta posible una participación que permite un diálogo democrático entre técnicos, expertos y ciudadanos.

Cabe resaltar que este modelo de participación crítica debe entenderse como un proceso constructivo permanente. Asimismo, la medición o valoración de la participación debe involucrar una narrativa, contextualizada y dialógica, en la cual se deben situar los problemas que las personas encuentran para acceder a las prestaciones en salud que les corresponden.

Retomando las características de un modelo de participación basado en el enfoque de derechos humanos, y tal como lo plantean autores como Torres, Méndez y Carmona, la participación social y el servicio a la ciudadanía pueden proyectarse en acción política organizada para empoderar a la ciudadanía, fortalecer su tejido social, con miras a construir poder para incidir efectivamente en el conjunto de decisiones públicas en salud, a favor de la resolución de las necesidades sociales y sanitarias.²¹ Esta visión sobre participación y empoderamiento es también compartida por la antigua Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda, quien presentó su enfoque sobre participación como un mecanismo para desafiar formas de dominación que privan a las personas de agencia y autodeterminación.²² De ahí que la política de participación deba ser diferente según los contextos de cada ciudad y municipio, dependiendo de las dinámicas de articulación entre los individuos y grupos vulnerables y fortaleciendo dinámicas construidas “desde abajo”, a partir de procesos dinámicos de escucha y diálogo permanente.²³

²¹ Torres-Tovar, M., Méndez-Sandoval, I. y Carmona-Moreno, Luz Dary, “Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá”, 2015.

²² Informe ante el Consejo de Derechos Humanos, 2013.

²³ En similar sentido respecto a la participación en diversas políticas de salud, Yamin, Alicia Ely, *Power, Suffering and the Struggle for Dignity: Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2016, cap. 6, “Power and Participation”, pp. 157-

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

Lo anterior no demerita la participación institucionalizada, sin embargo, le quita cierto nivel de protagonismo en algunos contextos. En efecto, en ocasiones, cuando los espacios y la forma de participación en salud están ligados a las instituciones de atención sanitaria, se limita la discusión a asuntos relacionados tan solo con la prestación de servicios de salud, sin que se logre integrar un contexto de discusión más amplio, por ejemplo, la discriminación estructural que sufren algunos grupos en diversos espacios sociales e institucionales. El impulso de participación social se verá fortalecido cuando surjan más demandas de participación en forma espontánea desde las comunidades.

Algo que debe evitarse en las tareas futuras se relaciona con lo que podría asociarse a la “participación inducida” y la “participación instrumentalizada”.²⁴ En estos escenarios se convoca a la comunidad y se esgrime su participación para legitimar decisiones que la institucionalidad ya ha tomado, sin contar efectivamente con la opinión de las comunidades. También se debe evitar la “participación sin eficacia”, es decir, aquella donde la capacidad de incidencia de las comunidades sobre la toma de decisiones es muy precaria.

Otro aspecto que merece especial atención se relaciona con la importancia de determinar hasta qué punto pueden existir problemas en los mecanismos democráticos de representación que generen una fractura entre los líderes sociales y sus bases. En otras palabras, un eventual “divorcio” entre representados y representantes que están lejos de las bases comunitarias. Lógicas clientelares, luchas entre micropoderes y afanes innecesarios o protagonismo pueden agravar aún más este tipo de situaciones.²⁵ Asimismo, en zonas donde el conflicto armado ha tenido especial impacto en aterrorizar a la población, ello impacta directamente

179; y Loewenson, R.; Laurell, A.C.; Hogstedt, C.; D’Ambruoso, L. y Shroff, Z., *Investigación-acción participativa en sistemas de salud: Una guía de métodos*, Harare, TARSC-AHPSR-WHO-IDRC Canada-EQUINET, 2014.

²⁴ Torres-Tovar, M., Méndez-Sandoval, I. y Carmona-Moreno, L. D., “Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá...”, *cit.*, y Yamin, Alicia Ely, *Power, Suffering and the Struggle for Dignity...*, *cit.*

²⁵ Torres-Tovar, M. y otros, *op. cit.*

ÓSCAR PARRA VERA

en el miedo de las personas a movilizarse y, en general, ofrece más temores respecto al involucramiento en procesos de participación social.²⁶

En el caso de la participación en salud en el marco de la implementación de la sentencia T-760 de 2008, algunas críticas han surgido por la excesiva fe en la existencia de un proceso deliberativo y también por ignorar las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos afectados de la población. En este punto, la justicia dialógica puede tener serias limitaciones si el contexto respectivo impide una discusión transparente e integral de las variables relevantes. En particular, es relevante distinguir entre un cumplimiento nominal con la sentencia de la Corte y las estrategias para eludir su cumplimiento efectivo.

Por otra parte, algunos temas centrales no han ameritado mayor discusión. En efecto, a pesar del repetido argumento de la escasez de recursos, no se ha promovido un debate público transparente en los órganos legislativos o en otros foros sobre los alcances de un POS unificado y sobre los debates que podría generar la expansión de beneficios y cobertura de cara a la sostenibilidad financiera de todo el sistema.

El contexto colombiano, además de presentar desigualdades sociales extremas, se caracteriza por la presencia de ciertos grupos de interés —como el de las aseguradoras— que están bien organizados y ejercen una gran influencia económica, mientras que los pacientes más pobres tienen pocos o inexistentes medios económicos y sus procesos de organización son limitados y atraviesan diversas dificultades. Por consiguiente, es muy posible que algunas “reglas del juego” para una deliberación democrática sobre los parámetros del derecho a la salud refuercen los profundos desequilibrios de poder. Algunos críticos consideran que durante algunos momentos de la implementación de la sentencia podría haber ocurrido ello, por ejemplo, en momentos en los que ni la llamada CRES (Comisión de Regulación en Salud) ni la Superintendencia de Salud habían sido capaces de supervisar a las

²⁶ Experiencias de participación en salud en Colombia, Guatemala y Perú son ejemplos al respecto. Véase Yamin, Alicia Ely, *Power, Suffering and the Struggle for Dignity...*, cit., cap. 6, pp. 157-179.

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

EPS, las grandes farmacéuticas enriquecidas con los precios de medicamentos u otros poderosos grupos de interés, como algunos congresistas con intereses en el sector. Por lo pronto, cabe resaltar que durante el control sobre la emergencia social y la supervisión de cumplimiento de la sentencia T-760, la Corte ha iniciado un control sobre la forma en que algunas EPS se han enriquecido y utilizado grandes cantidades de dinero de la salud en gastos excesivos de administración, intermediación y transacciones comerciales. Este aspecto es fundamental para repensar no solo el modelo establecido en la ley 100, sino también qué valor le otorga la sociedad colombiana al derecho a la salud.

6. CONCLUSIONES

En este texto he ofrecido un diálogo muy preliminar entre desarrollos importantes a nivel interamericano y nacional respecto a la implementación de decisiones judiciales. Asimismo, he aludido a ciertos niveles de eficacia de algunas decisiones en materia de derechos sociales. Como lo demuestran las experiencias analizadas, el ámbito de monitoreo o supervisión de cumplimiento tiene una vocación de conciliación que en ocasiones entra en tensión con el ámbito adjudicativo en el marco de la contención entre partes. Ello ha generado que, a través del impulso de diálogos en las fases de monitoreo, la intervención de las cortes adquiera especial dinamismo y creatividad para hacer realidad la materialización de los derechos sociales.

Sin embargo, tanto en las decisiones interamericanas como en sentencias estructurales colombianas se pueden observar complejos retos para el activismo judicial “dialógico”, puesto que las profundas desigualdades sociales y de poder, la violencia y sus consecuencias directas para la movilización social, así como la precariedad del Estado de derecho, hacen que el verdadero diálogo democrático sea extremadamente difícil. Las propias razones sociopolíticas, que llevaron a una mayor judicialización de los derechos sociales, limitan también las posibilidades de conseguir cambios sociales transformadores en el campo de los derechos sociales mediante la intervención judicial.

ÓSCAR PARRA VERA

Constantemente se seguirá debatiendo sobre el modelo de gestión judicial más apropiado para enfrentar los desafíos asociados a la implementación de decisiones en derechos sociales que tengan una vocación de impacto estructural. En particular, seguirán los debates entre visiones más amplias y más restringidas sobre el alcance de las órdenes emitidas y su relación con principios de separación y complementariedad entre los poderes públicos. Las cortes deben continuar su labor creativa en el impulso de un rol diligente del poder judicial para contribuir en la superación de las crisis institucionales que generan la precariedad en la materialización de los derechos sociales, sin entregar exclusivamente a los jueces la responsabilidad final por las transformaciones estructurales que se necesitan en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *La Sentencia T-760: alcances y limitaciones*, Cuadernos del Doctorado en Salud Pública, núm. 11, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.
- Corleto, Julieta di (coord.) *Los desafíos del litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Perspectivas nacionales e internacionales*, Buenos Aires, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación, 2017.
- Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, 2009.
- Gianella, Camila, Parra Vera, Óscar; Yamin, Alicia Ely y Torres, Mauricio, “¿Deliberación democrática o mercadeo social? Los dilemas de la definición pública en salud en el contexto del seguimiento de la sentencia T-760 de 2008”, en *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 1, 2009.
- Lamprea Montealegre, Everaldo, *Derechos en la práctica. Jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)*, Bogotá, Uniandes, 2015.
- Loewenson, R.; Laurell, A.C.; Hogstedt, C.; D’Ambruoso, L. y Shroff, Z., *Investigación-acción participativa en sistemas de*

Reflexiones generales en torno al impacto y los retos...

salud: Una guía de métodos, Harare, TARSC-AHPSR-WHO-IDRC Canada-EQUINET, 2014.

Parra Vera, Óscar y Yamin, Alicia Ely, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

Rodríguez Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.

Rodríguez Garavito, César, “La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones”, en Bernal, Óscar y Gutiérrez, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

Torres Tovar, Mauricio, *Lucha social contra la privatización de la salud*, Documentos ocasionales núm. 77, Bogotá, CINEP, 2012.

Torres-Tovar, M., Méndez-Sandoval, I. y Carmona-Moreno, Luz Dary, “Experiencia de diseño de la política de participación social en salud en Bogotá”, 2015.

Yamin, Alicia Ely, *Power, Suffering and the Struggle for Dignity: Human Rights Frameworks for Health and Why They Matter*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2016.

—, “Power, Suffering, and Courts: Reflections on Promoting Health Rights through Judicialization”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Right. Can courts bring more justice to health?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.

—; Parra Vera, Óscar y Gianella, Camila, “Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?”, en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts bring more justice to health?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.

ÓSCAR PARRA VERA

— y Parra Vera, Óscar, “Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates”, en *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 33, núm. 2, 2010.

PARTE II

Perspectivas comparadas

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales: ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia?*

*Christina Binder***

*Thomas Schobesberger****

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Tribunal Europeo) sobre derechos sociales es una materia particularmente fascinante. A pesar de la muy enfatizada indivisibilidad de los derechos humanos, los derechos económicos y sociales no han recibido la misma atención que los derechos civiles y políticos.

A nivel universal, ambas “generaciones de derechos” están consagradas en dos pactos diferenciados —el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹ y el

* Esa contribución es la versión revisada y actualizada de un artículo que fue publicado en F.I. Ugartemendia Eceizabarrena/A. Saiz Arnaiz, Alejandro y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *La garantía jurisdiccional de los derechos humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, IVAP, 2015, pp. 99-119.

** Es catedrática en la Bundeswehr Universidad en Múnich.

*** Ha sido asistente universitario en la Universidad de Viena.

¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966. Para el estado de ratificación, compruébese en <https://treaties.un.org>

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)—² con obligaciones estatales diferentemente establecidas en sus respectivos textos. El artículo 2 del PIDCP establece una clara obligación de resultado, requiriendo al Estado “respetar” y “asegurar” los derechos del PIDCP.³ El artículo 2 del PIDESC, al contrario, se caracteriza por el principio de realización progresiva. Establece una obligación de conducta y solo obliga a los Estados a tomar medidas para lograr “hasta el máximo de los recursos de que disponga[n]” los derechos consagrados en el Pacto.⁴

También la supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales es diferente. Mientras que un Protocolo Opcional que establecía comunicaciones individuales fue adoptado al mismo tiempo que el PIDCP, en 1966, y entró en vigor diez años después, para tener un desarrollo similar, en el caso del PIDESC se tuvo que esperar hasta 2008 y 2013, respectivamente. Igualmente, la aceptación por los Estados de los protocolos opcionales difiere considerablemente: mientras que 116 Estados han firmado hasta ahora el Protocolo Opcional del PIDCP, el Protocolo Opcional del PIDESC⁵ solo tiene 23 ratificaciones hasta la fecha.⁶

² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966. Para el estado de ratificación, consúltese <https://treaties.un.org/>

³ Art. 2 del PIDCP: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto [...]”.

⁴ Ar. 2 del PIDESC: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas [...]”.

⁵ Colección de Tratados de las Naciones Unidas, disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en

⁶ Para un resumen integral y matizado sobre el PIDESC, véase Saul, Ben; Kinley, David y Mowbray, Jaqueline, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, OUP, 2014; Véase también Alston, Philip y Quinn, Gerald, “The nature and scope of states parties’ obligations under the International Covenant on Econo-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

Lo mismo ocurre a nivel regional en Europa. Ambas generaciones de derechos —derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales— están consagradas en dos instrumentos diferentes: la (revisada) Carta Social Europea (CSE)⁷ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, Convenio Europeo). Por razones evidentes, la CSE ha sido llamada durante mucho tiempo la “hermana pequeña” del CEDH. Los derechos y las obligaciones estatales en la CSE son bastante menos exigentes que aquellos establecidos en el CEDH. Los Estados parte en la CSE pueden proceder a una ratificación a la Carta y —salvo por cinco de siete artículos fundamentales— ratificar selectivamente los derechos que prefieren considerar como vinculantes (sistema de aceptación, art. 20 de la CSE).⁸ La supervisión de las obligaciones estatales también es diferente: los procedimientos de las demandas individuales e interestatales en el marco del CEDH frente a un sistema principalmente basado en informes estatales en el caso de la CSE.⁹ Lo que es más, el Comité Europeo de Derechos Sociales es el único competente para adoptar decisiones no vinculantes sometidas a la aprobación por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (CdE), mientras que en el caso del CEDH, existe un Tribunal de pleno derecho competente para emitir decisiones vinculantes.¹⁰

mic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 9, núm. 2, 1987, 156-229.

⁷ Council of Europe Publishing, *The European Social Charter*. 2012; y Council of Europe Publishing, *European Social Charter. Collected Texts*, 4ª ed., 2003.

⁸ Hasta la fecha, 43 Estados han ratificado la CSE original o revisada. En cuanto al estatus de las firmas y ratificaciones, consúltese en <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter>

⁹ Para una visión general sobre los procedimientos disponibles a través de los derechos económicos, sociales y culturales, véase Lukas, Karin, “The European Committee of Social Rights – The European Monitor in the Social Sphere”, en *Austrian Review of International and European Law*, núm. 16, 2011, pp. 83-95. Véase especialmente el cap. V: “The Interaction of the European Committee of Social Rights with the European Court of Human Rights”. Véase también la parte II de *The European Social Charta* de Búrca, Gráinne de y Witte, Bruno de, *Social Rights in Europe*, OUP, 2005.

¹⁰ Para una visión general y valoración de las sentencias internacionales y nacionales sobre derechos sociales, véase Langford, Malcolm (ed.), *Social*

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

Las razones tradicionales detrás de esta diferencia están en la distinción entre derechos “negativos” y “positivos”. Los derechos civiles y políticos requieren del Estado solo abstenerse de actuar, es decir, no torturar o interferir en la libertad de expresión (“derechos negativos”). Los derechos económicos, sociales y culturales, por otra parte, requieren obligaciones estatales positivas, por ejemplo, la provisión de vivienda o el establecimiento de instituciones hospitalarias y educativas y, por tanto, dependen más de los medios financieros de los Estados.¹¹ A la luz de estas consideraciones, los derechos económicos, sociales y culturales han sido vistos durante mucho tiempo como imposibles de ser sometidos al cumplimiento judicial.

Esta distinción tradicional/clásica entre derechos civiles y políticos, así como derechos económicos, sociales y culturales ha sido acertadamente cuestionada.¹² Por ejemplo, incluso los más

Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2008.

¹¹ Es significativo que, a diferencia del PIDESC, la Carta Africana sobre Derechos del Hombre y de los Pueblos no someta los derechos socioeconómicos a la doctrina de la “realización progresiva”, es decir, la dependencia de los derechos sociales y económicos de los recursos disponibles por el Estado (art. 2 del PIDESC). Ahora bien, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, consciente de que los recursos escasos y el “problema de pobreza” son ciertamente un factor en las economías africanas, en el asunto *Salud Mental Gambiana* estableció que los recursos disponibles son una limitación de las obligaciones estatales, mientras que mantendrían la obligación nuclear de tomar pasos concretos, dirigidos y no discriminatorios —*Gambian Mental Health Case (Purohit y otros vs. Gambia)*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación 241/01, 2003, *African Human Rights Law Review*, núm. 96, apdo. 84—. Véase Viljoen, Frans, “The African Regional Human Rights System”, en Krause, Catarina y Scheinin, Martin (eds.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Abo Akademi University Institute for Human Rights, 2009. También véase Chirwa, Danwood Mzikenge, “African Regional Human Rights System: The Promise of Recent Jurisprudence on Social Rights”, en Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008.

¹² Véase Nowak, Manfred, “Introduction to Human Rights Theory”, en Nowak, Manfred; Januszewski, Karolina M. y Hofstätter, Tina (eds.), *All Human Rights For All – Vienna Manual on Human Rights*, Intersentia, 2011, pp. 269-279; y Nowak, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Brill, 2003, pp. 23-27.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

arquetípicos derechos “negativos/civiles”, tales como la prohibición de torturas o el derecho a un juicio justo, requieren de la acción positiva estatal, como la formación de la policía o el establecimiento de un sistema jurisdiccional que funcione. Más aún, en varios derechos civiles existen obvias “dimensiones sociales”, incluyendo el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH), que abarca aspectos de los derechos a la vivienda o a la salud; la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del CEDH); o el —global— derecho a la vida (art. 2 del CEDH).¹³ En ese contexto, parece de particular interés examinar en qué medida los derechos económicos y sociales están protegidos en la jurisprudencia del TEDH. Esta contribución se enfocará en algunos de los más centrales derechos sociales, es decir, los derechos relacionados con la salud y la vivienda.

Primero se abordarán los desafíos de la protección de los derechos sociales en el marco del CEDH (parte 2). En la parte 3 se mostrará que hay, no obstante, “dimensiones sociales de los derechos” inherentes en las disposiciones del CEDH, la cuales también están reconocidas en la jurisprudencia del TEDH. Al ser así, el Tribunal a veces se divide entre la protección judicial/cumplimiento de los derechos individuales y las implicaciones sociales más amplias cuando esta protección afecta a las políticas económicas y sociales estatales, a la vista de los limitados presupuestos estatales. Esto conduce a una posición de autocontención judicial por parte del Tribunal, quien otorga un amplio margen de apreciación a los Estados. Aun así, en ciertos ámbitos el TEDH supera su posición de autocontención, como se mostrará en la parte 4. Tales casos incluyen ejemplos en los que el Estado asume la responsabilidad directa o indirecta de la situación individual de miseria económica/social del particular, o situaciones en las que la persona se encuentra bajo la directa responsabilidad o custodia del Estado, como los presos. Un cierto nivel de protección puede igualmente alcanzarse por la vía del principio de no discriminación y de las garantías procesales. Finalmente, se mostrará que el Tribunal parece moverse cautelosamente hacia una mayor protección de los derechos sociales.

¹³ Drzewicki, K. (ed.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Abo Akademi University, 1994.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Varios factores plantean desafíos a la protección de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del TEDH. Estos incluyen la concepción del CEDH como un tratado “típico” de derechos civiles y políticos, las limitaciones institucionales del TEDH y el enfoque tradicional del Tribunal en la protección de los derechos sociales.

2.1. El CEDH como un tratado “típico” de derechos civiles y políticos

El CEDH es un tratado “típico” de derechos civiles y políticos. Protege “derechos y libertades” (art. 1). Las obligaciones de los Estados están encuadradas en términos de un deber de abstenerse de actuar, es decir, como obligaciones negativas.¹⁴

Por ejemplo, el artículo 8 del Convenio Europeo afirma que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Establece, por tanto, una protección para el actual hogar de la persona, pero no contiene una referencia a una provisión necesaria de vivienda —o el necesario establecimiento de viviendas sociales—. Otro ejemplo es el artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH, el cual establece un derecho a la instrucción, que “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción”. También el artículo 2 del Protocolo 1, en consecuencia, está encuadrado como un derecho de acceso a los servicios educativos existentes, pero no incluye un deber estatal de establecer esos servicios educativos.¹⁵

¹⁴ Como trabajo fundamental sobre los derechos consagrados en el CEDH y sus protocolos, *cfr.* Grabenwarter, Christoph, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Hart Publishing, 2014.

¹⁵ Véase, no obstante, Rainey, Bernadette; Wicks, Elizabeth y Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 7^a ed., OUP, 2014, p. 521, sobre las obligaciones positivas de los Estados para acomodar los deseos parentales que derivan de sus creencias religiosas. Véa-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

El CEDH no incorpora en absoluto otros derechos sociales, como el derecho a la salud, la protección social o la seguridad social. Un papel proactivo del TEDH en relación con los derechos sociales —aquí derechos relativos a la salud y a la vivienda— encuentra, por tanto, sus primeros límites en el propio texto del Convenio.

2.2. Las limitaciones institucionales del TEDH

Además de los límites del texto del CEDH, existen ciertas limitaciones institucionales del TEDH.

Un argumento se refiere al bien conocido debate sobre la justiciabilidad de los derechos sociales. Ciertamente, este debate parece de alguna forma haber sido superado tras la adopción del Protocolo Opcional al PIDESC y la mayor imposición de cumplimiento judicial de los derechos sociales a nivel interno por los tribunales nacionales. Parece, por tanto, que ya no es cuestionable que también los derechos sociales puedan someterse a la ejecución judicial.

De alguna manera, está relacionada la cuestión de si los tribunales están necesariamente mejor situados para decidir asuntos con implicaciones financieras más amplias que afectan a las políticas estatales económicas y sociales.¹⁶ Según este argumento, más bien deberían ser los parlamentos, puesto que ofrecen una plataforma para el debate, representan a los diferentes sectores de la población y tienen además un mandato democrático para decidir asuntos más amplios de política.¹⁷

se también Grabenwarter, Christoph, *The European Convention on Human Rights...*, cit., p. 398.

¹⁶ Véase, respectivamente, Lester, Lord; Hill, Herne y O’Cinneide, Colm, “The effective protection of socio-economic rights”, en Ghai, Yash. y Cottrell, Jill (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Practice: The Role of Judges in Implementing Economic, Social and Cultural Rights*, Interights Publishing, 2004, pp. 17-23.

¹⁷ Véase la falta de voluntad del Tribunal Europeo para decidir sobre obligaciones cuando se refieren a vivienda: “Que el Estado provea fondos para permitir a todos tener un hogar es un asunto político y no una decisión judicial”, TEDH, *Jane Smith vs. United Kingdom*, Appl. 25154/94, 18 de enero de 2001, FJ 106.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

Es más, el papel del TEDH es por definición subsidiario. Es un instrumento de última instancia en el ámbito de la protección de los derechos humanos. Especialmente en el campo de los derechos sociales —los cuales afectan a las políticas estatales financieras e impactan la distribución de recursos en el seno de una sociedad—, los gobiernos nacionales están mejor situados para decidir y más cercanos a la situación. Esto también lo reconoce el TEDH. En palabras de Clements y Simmons: “El Tribunal Europeo sin embargo reconoció que las cuestiones que conciernen la distribución de recursos escasos son con frecuencia mejor abordadas por cada gobierno”.¹⁸

En suma, hay limitaciones institucionales obvias para el Tribunal a la hora de decidir asuntos que tienen dimensiones sociales de amplio alcance. A la vista de estas consideraciones, no es sorprendente que el enfoque del TEDH en torno a los derechos sociales haya sido por mucho tiempo —y aún sea— cauteloso.

2.3. El enfoque tradicional/clásico del TEDH a los derechos sociales

Generalmente, el TEDH adopta una posición de deferencia —o autocontención judicial— y otorga un amplio margen de apreciación¹⁹ a las autoridades internas. Por ejemplo, el Tribunal confirmó el amplio margen de apreciación estatal en el ámbito del derecho a la salud y a la atención médica en *Pentiacova y otros vs.*

¹⁸ Clements, Luke y Simmons, Alan, “European Court of Human Rights: Sympathetic Unease”, en Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence – Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 409 (trad. no oficial al español).

¹⁹ Respecto a la práctica del Tribunal sobre el margen de apreciación, véase Gomien, Donna; Harris, David J. y Zwaak, Leo, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg-Council of Europe Publishing, 1996, pp. 215-218. Para un análisis y crítica sustantivos del concepto y de cómo el Tribunal recurre a él, véase Letsas, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006, pp. 705-732. Para una evaluación comparativa, véase Candia, Gonzalo, “Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, 1 Pontificia Universidad Católica de Chile Law School, Working Paper, 2014, disponible en SSRN.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

Moldavia.²⁰ Los demandantes se habían quejado de la insuficiente financiación pública del tratamiento de hemodiálisis. El TEDH consideró primero que el artículo 8 del CEDH era ciertamente relevante en las demandas sobre financiación pública para facilitar la movilidad y calidad de vida de los demandantes impedidos —como hizo en un número de otros casos, por ejemplo en *Sentges*—.²¹ Sin embargo, la demanda fue declarada inadmisibles debido al amplio margen de apreciación y a la necesaria configuración estatal de las prioridades a la vista de los limitados presupuestos estatales. El TEDH, por tanto, dejó en manos de las autoridades nacionales decidir la mejor manera de asignar recursos financieros.²²

Esto quedó aún más claro en *Sentges vs. Países Bajos*.²³ Un hombre con una discapacidad física había solicitado que se le proveyera de un brazo robótico; la financiación del mismo fue denegada por las autoridades holandesas. El TEDH reconoció el vínculo entre la petición del demandante y su vida privada (art. 8 del CEDH). Ahora bien, de nuevo, el Tribunal consideró que la demanda caía dentro del amplio margen de apreciación del Estado en el contexto de la asignación de recursos limitados y consideró la demanda inadmisibles a la vista del hecho de que el demandante ya disfrutaba de un cierto nivel de asistencia pública. En palabras del Tribunal Europeo:

Incluso asumiendo que en el presente caso tal especial vínculo de hecho existe [...] ha de tomarse en consideración el justo equilibrio

²⁰ TEDH, *Pentiacova and others vs. Moldova*, Appl. 11462/03, 8 de enero de 2005 (admisibilidad).

²¹ TEDH, *Sentges vs. The Netherlands*, Appl. 27677/02, 8 de julio de 2003 (admisibilidad).

²² El Tribunal es menos tolerante en relación con el margen de apreciación cuando se refiere a obligaciones no financieras. Véase, por ejemplo, párr. 128, de *Öneryildiz, infra* n. 38: “[E]nfrentado a un asunto tal como [una explosión de gas metano que mata a personas y destruye propiedades], las autoridades no pueden legítimamente basarse en su margen de apreciación, el cual de ninguna de las maneras les dispensa de su deber de actuar en tiempo y manera apropiada y sobre todo consistente”. (Trad. no oficial al español).

²³ TEDH, *Sentges vs. The Netherlands*, Appl. 27677/02, 8 de julio de 2003 (admisibilidad).

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

entre intereses concurrentes del particular y los de la comunidad en conjunto y el amplio margen de apreciación de que disponen a este respecto los Estados a la hora de determinar los pasos a adoptar para asegurar el cumplimiento del Convenio [...]. Este margen de apreciación es incluso más amplio cuando, como en el presente caso, las cuestiones impliquen una valoración de las prioridades en el contexto de asignación de los recursos limitados del Estado.²⁴

La posición de deferencia del TEDH hacia las autoridades internas también se evidencia en el ámbito de los derechos relacionados con la vivienda y, más particularmente, en relación con los desalojos forzosos. En el caso de los desalojos forzosos, el Tribunal se centra principalmente en la existencia de salvaguardas procesales, pero normalmente no cuestiona la evaluación sustantiva de las autoridades. Por ejemplo, en *Jane Smith vs. Reino Unido*²⁵ —al igual que, en términos similares, en otros casos tales como *Thomas y Jessica Coster vs. Reino Unido*²⁶ o *Chapman vs. Reino Unido*²⁷—, el Tribunal encontró que en el caso de familias gitanas que no habían obtenido permisos para estacionar sus caravanas en el Reino Unido, no había una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH), ni de su derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo 1) o del derecho a un juicio justo (art. 6 del CEDH). Las familias habían afirmado, *inter alia*, que la decisión del Gobierno de Reino Unido violaba su derecho a la vida privada y familiar, puesto que vivir en caravanas sería parte de su tradicional estilo de vida y el número de lugares donde estacionar caravanas era estadísticamente menor al número de gitanos. Si bien el Tribunal aceptó el “argumento del estilo de vida”, consideró que las medidas de desalojo eran conformes con el derecho, perseguían un objetivo legítimo —protección de los derechos de terceros y del medioambiente— y estableció que las autoridades internas gozaban de un amplio margen de apreciación para determinar la necesidad de tomar tales medidas. Al hacerlo, el Tribunal afirmó:

²⁴ *Idem*.

²⁵ TEDH, *Jane Smith vs. United Kingdom*, Appl. 25154/94, 18 de enero de 2001.

²⁶ TEDH, *Coster vs. United Kingdom*, Appl. 24876/94, 18 de enero de 2001.

²⁷ TEDH, *Chapman vs. United Kingdom*, Appl. 27238/95, 18 de enero de 2001.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

Es importante recordar que el artículo 8 no otorga en sí mismo un derecho a obtener un hogar. Ni la jurisprudencia del Tribunal reconoce tal derecho. [...] El que el Estado ofrezca fondos que permitan a todos tener un hogar es un tema político y no una decisión judicial.²⁸

El TEDH, en consecuencia, declinó las obligaciones positivas estatales de Reino Unido conforme al artículo 8 del CEDH, el derecho a la vida privada y familia, y no estableció que hubiera habido tales violaciones.

De lo anteriormente dicho resulta evidente que el Tribunal es cuidadoso a la hora de leer las obligaciones positivas estatales —“las dimensiones de los derechos sociales”— en el texto del CEDH. Más bien, el Tribunal generalmente destaca el amplio margen de apreciación de los Estados en cuanto a la adopción de políticas sociales y toma una posición de deferencia con respecto a asuntos que impliquen cuestiones más amplias de asignación de recursos.²⁹

3. LAS DIMENSIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES EN DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DEL CEDH

Numerosas disposiciones en el CEDH consagran necesariamente una dimensión social, la cual también se reconoce en la jurisprudencia del Tribunal. Esto será recalcado con particular atención en los derechos relacionados con la salud y la vivienda, como insinúan el artículo 8 —derecho a la vida privada y familiar—, el artículo 3 —prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes—, el artículo 2 —derecho a la vida— y el artículo 1 del Protocolo 1 —protección de la propiedad—.

Por ejemplo, el TEDH ha reconocido que el artículo 8 del CEDH también comprendería el derecho a ser protegido frente a casos severos de contaminación medioambiental y, por tanto, sostuvo indirectamente un derecho a la salud. En *López Ostra vs.*

²⁸ Cfr. TEDH, *Jane Smith*, *supra*, párr. 106 (trad. no oficial al español).

²⁹ Véase Costa, J. P., “European Court of Human Rights: Consistency of Its Case-Law and Positive Obligations”, en *The Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 26, núm. 3, 2008, p. 449.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

España,³⁰ el Tribunal afirmó que el disfrute efectivo por la demandante de su derecho a la vida privada y familiar había sido vulnerado por los problemas de salud y las molestias causadas por una planta de residuos que operaba en sus inmediaciones. España había fallado al valorar el interés comunitario de tener una planta de tratamiento de aguas y el disfrute de la recurrente de su derecho al respeto de su vivienda y de su vida privada y familiar. El Tribunal, por consiguiente, constató una violación del artículo 8. En *Guerra y otros vs. Italia*,³¹ el Tribunal afirmó que la falta por parte del Estado, al no ofrecer a la población local información sobre el factor de riesgo de contaminación y cómo proceder en el supuesto de un accidente en una factoría química cercana, equivalía a una violación del artículo 8 del CEDH. En *Tatar vs. Rumania*,³² al ocultar estudios sobre impactos medioambientales y de salud, se consideró que Rumania vulneró sus obligaciones positivas de evaluar los riesgos y consecuencias de los procesos industriales peligrosos y mantener al público informado. Esto constituía una vulneración del artículo 8. La jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 del CEDH refleja, así, obvias dimensiones sanitarias del derecho a la vida privada y familiar y muestra que la salud de los demandantes puede protegerse basándose en el derecho a la vida privada y familiar.

En casos severos, incluso el artículo 3 del CEDH, la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes —el clásico ejemplo de un derecho “negativo”—, puede tener dimensiones de derechos sociales. Por ejemplo, la detención en condiciones deficientes e inadecuadas en prisiones que también tengan un impacto en las condiciones sanitarias de los detenidos fueron vistas como incompatibles con la dignidad humana de los presos y, por consiguiente, fueron consideradas violacio-

³⁰ TEDH, *López Ostra vs. Spain*, Appl. 16798/90, 9 de diciembre de 1994. Para un análisis, véase también Heringa, Aalt Willem, “Private Life and the Protection of the Environment, *López Ostra vs. Spain*”, en *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 2, núm. 2, 1995, p. 196. Más aspectos son abordados por Desgagne, R., “Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights”, en *American Journal of International Law*, vol. 89, núm. 2, 1995, pp. 263-294.

³¹ TEDH, *Guerra and others vs. Italy*, Appl. 14967/89, 19 de febrero de 1998.

³² TEDH, *Tatar vs. Romania*, Appl. 67021/01, 27 de enero de 2009.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

nes del artículo 3 (*Ananyev y otros vs. Rusia*,³³ *Iacov Stanciu vs. Rumania*³⁴ y *Torreggiani y otros vs. Italia*³⁵).³⁶ Los temas relativos a la salud de los prisioneros, fueron en consecuencia, igualmente abordados a través del artículo 3 del CEDH.

En los casos más extremos, que implicaban la muerte de personas, el derecho a la vida también ofreció protección (art. 2 del CEDH). Por ejemplo, en *Budayeva y otros vs. Rusia*,³⁷ el incumplimiento de las autoridades a la hora de aplicar políticas de ordenación del suelo y de socorro de emergencia, a la luz del previsible riesgo de un desprendimiento que condujo a la pérdida de vidas, fue considerado como violatorio de aspectos sustantivos y procedimentales del artículo 2 del CEDH. Otro ejemplo del reconocimiento del Tribunal de un incumplimiento del Estado a la hora de proteger el derecho a la vida es *Öneryildiz vs. Turquía*.³⁸ En dicho caso, las autoridades locales de Estambul habían fracasado al intentar evitar una explosión inminente de metano que tuvo lugar en un basurero, o al menos a la hora de avisar de los peligros a los habitantes que vivían en las cercanías del vertedero,³⁹ y determinó que se había vulnerado el artículo 2 del CEDH.

Los derechos relacionados con la vivienda fueron incorporados sobre todo en el derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo 1), el cual fue interpretado en términos amplios, de modo y manera que se protegieran también las posesiones/el hogar de personas

³³ TEDH, *Ananyev and others vs. Russia*, Appl. 42525/07 y 60800/08, 10 de enero de 2012.

³⁴ TEDH, *Iacov Stanciu vs. Romania*, Appl. 35972/05, 24 de julio de 2012.

³⁵ TEDH, *Torreggiani and others vs. Italy*, Appl. 43517/09, 35315/10, 37818/10, 46882/09, 55400/09, 57875/09 y 61535/09, 8 de enero de 2013.

³⁶ Véase sección 4.1 para una discusión de la jurisprudencia relevante.

³⁷ TEDH, *Budayeva and others vs. Russia*, Appl. 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02 y 21166/02, 20 de marzo de 2008.

³⁸ TEDH, *Öneryildiz vs. Turkey*, Appl. 48939/99, 30 de noviembre de 2004. Véase *infra* sobre los aspectos relativos a la vivienda del asunto.

³⁹ Que las autoridades turcas hubieran establecido el vertedero de basura y autorizado su funcionamiento, lo que dio lugar primero a los peligros, y luego descuidaran el peligro, fueron consideradas circunstancias agravantes por el Tribunal. Finalmente, la inadecuada investigación de la responsabilidad penal de las personas con negligencia en sus deberes fue también considerada una vulneración del artículo 2 CEDH.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

que no hubieran adquirido la propiedad y estuvieran viviendo allí ilegalmente, pero con la aceptación del Estado. En *Öneryildiz vs. Turquía*,⁴⁰ por ejemplo, el TEDH consideró que el derecho a la propiedad del demandante se había vulnerado en el supuesto de destrucción de su casa por una explosión de metano de un vertedero de basura, sin tener en cuenta el hecho de que Öneryildiz y sus familiares se hubieran asentado en el lugar sin permiso.

El Tribunal consideró que un “bien”, en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1, también cubría el interés del propietario en su vivienda, el cual resultaba suficiente “para constituir un interés sustantivo y en consecuencia un «bien» en el sentido de la regla establecida en la primera frase del artículo 1 del Protocolo 1”, con independencia del hecho de si el demandante era realmente el titular de la propiedad.⁴¹ Al considerar si Turquía había cumplido con sus obligaciones conforme al artículo 1 del Protocolo 1 a raíz del accidente, el Tribunal afirmó que la compensación concedida no podía entenderse adecuada si el gobierno no aceptaba formalmente ninguna responsabilidad en la tragedia y la cantidad concedida al demandante aún no había sido pagada. Hubo, por tanto, una violación del artículo 1 del Protocolo 1. *Öneryildiz*, así pues, deja claro que el TEDH puede estar dispuesto a interpretar “bien” de una manera que incluso abarque acuerdos ilegales —o el “interés del propietario” conectado a ellos—. Desde otra perspectiva, el Tribunal incluyó las dimensiones relacionadas con la vivienda en el alcance del artículo 1 del Protocolo 1.⁴²

En definitiva, los aspectos relativos a la salud y a la vivienda se encuentran dentro del alcance de distintas disposiciones del

⁴⁰ TEDH, *Öneryildiz vs. Turkey*, *supra*.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 129. Antes, el TEDH había establecido que en “palabras del Tribunal”: “El concepto de «posesiones» no se limita a «posesiones existentes» sino que también puede cubrir activos, incluyendo reclamaciones, al respecto de las que el demandante puede argumentar que al menos tiene una razonable y «legítima expectativa» de obtener un disfrute de un derecho de propiedad [...]”, *ibidem*, párr. 124 (trad. no oficial al español).

⁴² Sobre un mayor desarrollo de la obligación de los Estados referente a la vivienda, véase Sarigiannidis, Miltiadis y Pervou, Ioanna, “Adequate housing: Seeking Justiciability through the Right to Property”, 11 *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, vol. 11, 22 mar 2013, pp. 27-40, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2337448>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

Convenio Europeo, incluyendo los artículos 2, 3, 8 del CEDH y el artículo 1 del Protocolo 1.⁴³ Esto también se reconoce en la jurisprudencia del Tribunal Europeo. En ciertos casos, incluso se perciben dimensiones sociales más amplias en diferentes disposiciones del CEDH.

4. ¿NUEVAS TENDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS SOCIALES? LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE DERECHOS RELACIONADOS CON LA SALUD Y LA VIVIENDA

4.1. Introducción

La jurisprudencia del TEDH relativa a los derechos relacionados con la salud y la vivienda evidencia la obvia tensión entre el papel del Tribunal como garante de los derechos individuales y las implicaciones sociales más amplias —es decir, las políticas estatales financieras/económicas— que sus fallos pueden tener. Así, es poco sorprendente que el Tribunal limite su protección de los derechos sociales a situaciones cuidadosamente delimitadas. Se basa en “elementos” adicionales para delimitar/circunscribir su jurisprudencia sobre derechos sociales y aliviar la tensión entre la protección de los derechos humanos individuales y las más amplias implicaciones sociales. Las siguientes áreas/factores pueden identificarse como propicios para que el Tribunal considere las dimensiones sociales de los derechos y para establecer las violaciones del CEDH:

- En primer lugar, el Tribunal estará dispuesto a considerar que hay una violación cuando los graves déficits socio-económicos puedan, directa o indirectamente, ser atribuidos al Estado, es decir, cuando fueron causados por la acción estatal.
- También, cuando las personas están bajo la directa responsabilidad del Estado o bajo su custodia, como en el

⁴³ Nótese que los pagos de la seguridad social también están comprendidos en el artículo 1 del Protocolo 1. Véanse apdos. 40-42, TEDH, *Burdov vs. Russia*, Appl. 59498/00, 7 de mayo de 2002.

caso de los presos, se encuentran mayores dimensiones sociales.

- Igualmente se apoya en el principio de no discriminación; los beneficios sociales han de ser otorgados de manera no arbitraria.
- Instrumentos adicionales para circunscribir la acción estatal en relación con los derechos sociales son las obligaciones procesales de las autoridades nacionales, incluyendo el deber de informar a la población o cubrir los estándares de las garantías procesales a la hora de conceder los beneficios de la seguridad social.
- En general, en casos de vulnerabilidad específica, el Tribunal podría incluso proteger un contenido esencial de los derechos sociales —es decir, principalmente en el caso de grupos vulnerables—.

En la jurisprudencia de los derechos relacionados tanto con la salud como con la vivienda, los anteriormente mencionados factores contribuyen a considerar una mayor dimensión social en las disposiciones del CEDH.

4.2. Derechos relacionados con la salud, incluyendo los beneficios de la seguridad social⁴⁴

Como se ha dicho, el CEDH no establece explícitamente derechos relacionados con la salud. El Tribunal derivó la protección

⁴⁴ Véase también Toebes, Brigit C. A., *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia, 1999; Toebes, Brigit C. A., “The right to health”, en Eide, Asbørn; Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2ª ed., Dordrech, Martinus Nijhoff, 2001, pp. 169-190; y Leary, Virginia A., “The right to health in international human rights law”, en *Health and human rights*, vol. 1, núm. 1, 1994, Autumn, pp. 24-56. Puede encontrarse más información en World Health Organization, “25 questions and answers on health and human rights”, 2002; Chapman, Audrey y Russell, Sage (eds.), *Core obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Nueva York, Intersentia, 2002; Hendriks, A., “The right to health in national and international jurisprudence”, en *European Journal of Health Law*, vol. 5, núm. 4, 1998, pp. 389-408; Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Harvard University Press, 2011.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

de estos derechos, principalmente del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH), y —en los más severos casos— del artículo 2 del CEDH, el derecho a la vida, o del artículo 3 del CEDH, la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

4.2.1. Responsabilidad del Estado por la situación de privación socioeconómica

Los Estados disponen generalmente de un amplio margen de apreciación en lo que se refiere a las características de los sistemas de bienestar y a la provisión de asistencia sanitaria.⁴⁵ Ahora bien, cuando el Estado tiene la directa responsabilidad sobre una materia, debe ofrecer cobertura médica gratuita. En *Burdov vs. Rusia*,⁴⁶ el no pago de un subsidio sanitario, en razón de las radiaciones de Chernóbil por falta de financiación, fue considerado una violación del artículo 1 del Protocolo 1 —El Tribunal consideró que la reclamación contra el Estado estaba “bien” incluida en el sentido del artículo—. ⁴⁷ En *Oyal vs. Turquía*,⁴⁸ el no proveer a un paciente que había sido infectado con VIH, a través de transfusiones en el momento del nacimiento, con una cobertura médica total y gratuita para toda la vida fue considerado una violación del artículo 2 del CEDH. Turquía no había logrado impedir la infección por VIH y, posteriormente, no ofreció un tratamiento apropiado, mientras que los tribunales turcos habían tardado mucho tiempo en investigar. Por tanto, las obligaciones positivas de ofrecer beneficios de seguridad social/sanitarios están fundadas en la responsabilidad —directa u obviamente indirecta— del Estado en la situación del momento.

⁴⁵ Véase la sección 2 sobre la aproximación tradicional del Tribunal y el concepto del margen de apreciación.

⁴⁶ TEDH, *Burdov vs. Russia*, Appl. 59498/00, 7 de mayo de 2002.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 40-42.

⁴⁸ TEDH, *Oyal vs. Turkey*, Appl. 4864/05, 23 de marzo de 2010.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

4.2.2. *Personas bajo la custodia del Estado*

Existe también una obligación estatal de salvaguardar el derecho a la salud de una persona cuando está bajo la custodia del Estado, como en las prisiones. En tales casos, la salud y el bienestar del detenido han de ser debidamente asegurados. En *Ananyev y otros vs. Rusia*,⁴⁹ las inadecuadas condiciones de detención, especialmente las insuficientes instalaciones sanitarias e higiénicas,⁵⁰ se consideraron incompatibles con la dignidad humana de los presos⁵¹ y, por consiguiente, violatorias principalmente del artículo 3 del CEDH, prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. En *Iacov Stanciu vs. Rumania*,⁵² el Tribunal consideró que “las condiciones en prisión, en particular la masificación y la falta de acceso a la higiene, así como el tratamiento inapropiado de los problemas de salud [del preso]” equivalían a una vulneración del artículo 3.⁵³ Finalmente, en *Torreggiani vs. Italia*,⁵⁴ el Tribunal consideró que las condiciones de la prisión de tres metros cuadrados por persona y la falta de agua caliente a lo largo de un amplio periodo conjuntamente también violaban el artículo 3. El Estado tiene, por consiguiente, obligaciones adicionales para aquellos que están detenidos. Desde que la persona está bajo la custodia del Estado, este último asume la responsabilidad del demandante/preso y ha de asegurar su bienestar, al menos a un nivel mínimo.

⁴⁹ TEDH, *Ananyev and others vs. Russia*, *supra*.

⁵⁰ El TEDH lo dijo de forma poética al establecer que los prisioneros tenían que tener “sus comidas y responder a las necesidades naturales en [...] pésimas condiciones”, *ibidem*, párr. 166.

⁵¹ El Tribunal afirmó: “El Estado debe asegurar que una persona sea detenida en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana, que la manera y el método de ejecución de la medida no le sometan a un estrés o angustia de una intensidad que exceda del inevitable nivel de sufrimiento inherente a la detención y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén garantizados adecuadamente”, *ibidem*, párr. 141 (trad. no oficial al español.)

⁵² TEDH, *Iacov Stanciu vs. Romania*, *supra*.

⁵³ *Ibidem*, párr. 187.

⁵⁴ TEDH, *Torreggiani and others vs. Italy*, *supra*.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

El Estado tiene más obligaciones en lo que se refiere a la provisión de atención médica a las personas detenidas, lo cual de nuevo se deriva sobre todo del artículo 3 del CEDH. En *Mouisel vs. Francia*,⁵⁵ el Tribunal consideró en el caso de un detenido con una enfermedad física grave —leucemia—, que el artículo 3 requería que los Estados protegieran la integridad física de las personas privadas de libertad. Tenían, por consiguiente, que recibir tratamiento médico adecuado. En términos comparables, en *McGlinchey y otros vs. Reino Unido*,⁵⁶ el Tribunal estableció que existió una violación del artículo 3 cuando una mujer no fue admitida en un hospital de manera conveniente al padecer vómitos por abstinencia del consumo de heroína y sufrir, en consecuencia, una deshidratación severa. Igualmente, en *Khudobin vs. Rusia*,⁵⁷ la falta de asistencia médica cualificada y a tiempo a un seropositivo que sufría epilepsia, fue considerada una violación del artículo 3 del CEDH. Finalmente, también en *Vladimir Vasilyev vs. Rusia*,⁵⁸ el no haber ofrecido a un prisionero el calzado ortopédico adecuado fue considerada una violación del artículo 3 del CEDH. En todos estos casos, las obligaciones positivas estatales en lo que se refiere a la provisión de asistencia médica/respeto de la salud de los presos se extraen del Convenio Europeo, puesto que las personas estaban bajo la custodia directa del Estado.

4.2.3. Prohibición de discriminación

Las obligaciones positivas pueden también derivar de la prohibición de discriminación en lo que se refiere a los beneficios de la seguridad social. Los Estados han tenido generalmente un amplio margen de apreciación en lo que se refería al establecimiento de sistemas de seguridad social.⁵⁹ Aun así, una vez estableci-

⁵⁵ TEDH, *Mouisel vs. France*, Appl. 67263/01, 14 de noviembre de 2002.

⁵⁶ TEDH, *McGlinchey and others vs. United Kingdom*, Appl. 50390/99, 29 de abril de 2003.

⁵⁷ TEDH, *Khudobin vs. Russia*, Appl. 59696/00, 26 de octubre de 2006.

⁵⁸ TEDH, *Vladimir Vasilyev vs. Russia*, Appl. 28370/05, 10 de enero de 2012.

⁵⁹ En relación con el margen de apreciación, véase TEDH, *Pentiacova and others vs. Moldova*, *supra*, y los artículos citados en la nota 19 de este libro.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

dos, no deben ser discriminatorios. Por ejemplo, en *Gaygusuz vs. Austria*,⁶⁰ el TEDH consideró que la negativa de las autoridades a otorgar asistencia de emergencia a un hombre desempleado que había agotado el derecho al subsidio por desempleo, con base únicamente en que no tenía la nacionalidad austriaca, era una discriminación no fundada en ningún “objetivo de justificación razonable”⁶¹ y, por tanto, una violación del artículo 14 del CEDH.

4.2.4. Obligaciones positivas estatales debidas a otros factores

También cuando la responsabilidad directa del Estado no está comprometida, los Estados pueden, bajo ciertas circunstancias, tener sin embargo obligaciones positivas en lo que se refiere a la provisión de asistencia médica, sobre todo conforme a los artículos 2 y 8 del CEDH.

En *Van Kück vs. Alemania*,⁶² la negativa de las autoridades alemanas a ordenar a la compañía de seguro de salud el reembolso máximo de los costes del tratamiento de reasignación de género de un transexual, sin tomar en consideración más estudios, excedía del margen de apreciación de que disponían. El TEDH, en consecuencia, sostuvo que ello violaba los artículos 6 y 8 del CEDH.

En *Passannante vs. Italia*,⁶³ la demanda fue considerada inadmisibles por ser manifiestamente infundada. Aun así, el TEDH estableció que cuando existía un sistema estatal para la provisión de asistencia sanitaria basado en contribuciones obligatorias, cualquier demora excesiva en la provisión del servicio médico al que el paciente tuviera derecho podría dar lugar a un asunto, según el artículo 8 del CEDH, si la tardanza fuera a tener probablemente un impacto serio en la salud del demandante.

Los Estados también están obligados a adoptar las medidas apropiadas para proteger la vida de los pacientes y a tener igual-

⁶⁰ TEDH, *Gaygusuz vs. Austria*, Appl. 17371/90, 16 de septiembre de 1996.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 50 (trad. no oficial al español).

⁶² TEDH, *Van Kück vs. Germany*, Appl. 35968/97, 12 de junio de 2003.

⁶³ TEDH, *Guisepina Passannante vs. Italy*, Appl. 32647/96, 12 de junio de 2003 (admisibilidad).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

mente un sistema judicial efectivo e independiente, de manera que la causa de la muerte de los pacientes pueda ser determinada y las responsabilidades atribuidas.⁶⁴ En *Byrzykowski vs. Polonia*,⁶⁵ el TEDH sostuvo que la ausencia de una investigación efectiva y rápida sobre la muerte de la mujer del demandante y los daños en la salud de su hijo, tras un parto por cesárea, constituían una violación del artículo 2 del CEDH.

Los anteriores asuntos muestran que diferentes factores pueden inducir al TEDH a incluir dimensiones relativas a la salud en el CEDH.

4.2.5. Estándares de las garantías procesales

Los estándares de las garantías procesales también limitan la discrecionalidad de los Estados en lo que concierne la asignación de los beneficios de la seguridad social. De hecho, el TEDH utiliza estos estándares para evaluar el trato de los Estados a las demandas sobre seguridad social. En *Salesi vs. Italia*,⁶⁶ el Tribunal encontró que el excesivo plazo de un procedimiento que buscaba el pago de una prestación de asistencia social constituía una violación del artículo 6 del CEDH y concedió una compensación (véase también *Feldbrugge vs. Países Bajos*,⁶⁷ donde el Tribunal sostuvo que restringir el acceso a una institución de apelación al que se recurría podría constituir una violación del art. 6 del CEDH). En *Kerojärvi vs. Finlandia*,⁶⁸ la ocultación al demandante de documentos relevantes en un procedimiento que pretendía una compensación en relación con heridas de guerra se consideró una violación del artículo 6 del CEDH.

En general, las obligaciones positivas estatales en el ámbito de los derechos relacionados con la salud se han establecido con base en varios motivos, incluyendo la responsabilidad directa del

⁶⁴ TEDH, *Calvelli y Ciglio vs. Italy*, Appl. 32967/96, 12 de junio de 2003.

⁶⁵ TEDH, *Byrzykowski vs. Poland*, Appl. 11562/05, 27 de junio de 2006.

⁶⁶ TEDH, *Salesi vs. Italy*, Appl. 13023/87, 26 de febrero de 1993.

⁶⁷ TEDH, *Feldbrugge vs. The Netherlands*, Appl. 8562/79, 29 de mayo de 1986.

⁶⁸ TEDH, *Kerojärvi vs. Finland*, Appl. 17506/90, 19 de julio de 1995.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

Estado por la situación de miseria socioeconómica, como en *Burdov*⁶⁹ y *Oyal*;⁷⁰ o el hecho de que una persona esté bajo la directa responsabilidad/custodia del Estado en una prisión, como en *Khudobin*.⁷¹ El margen de discreción estatal en lo que se refiere a los derechos relacionados con la salud también se encuentra limitado por el principio de no discriminación y los estándares de las garantías procesales. El Tribunal, por tanto, “arbitra” la tensión entre la protección de los derechos individuales y las cuestiones de asignación de recursos en la sociedad al limitarla a ciertos grupos de casos.

Se detectan tendencias similares en el caso de los derechos relacionados con la vivienda.

4.3. Derechos relacionados con la vivienda⁷²

En el caso de los derechos relacionados con la vivienda, también resulta evidente la tensión entre la protección de los derechos individuales y cuestiones más amplias de asignación de recursos en la sociedad. De nuevo, el TEDH protegerá los derechos a la vivienda en situaciones claramente delimitadas y, en consecuencia, se embarcará en un cuidadoso acto de equilibrio.

4.3.1. Responsabilidad del Estado por la destrucción de la propiedad

El TEDH reconoció derechos relacionados con la vivienda cuando los hogares de los demandantes se vieron directamente des-

⁶⁹ Véase TEDH, *Burdov vs. Russia*, *supra*.

⁷⁰ Véase TEDH, *Oyal vs. Turkey*, *supra*.

⁷¹ Véase TEDH, *Khudobin vs. Russia*, *supra*.

⁷² Leckie, Scott, “The right to housing”, en Eide, Asjörn, Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook...*, cit, pp. 149-168; Leckie, Scott (ed.), *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2003; Hohmann, Jessie, *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*, Hart Publishing, 2013.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

truidos por la acción estatal. En *Selçuk y Asker vs. Turquía*,⁷³ el Tribunal estableció que el presunto incendio de viviendas por las fuerzas de seguridad en el sureste de Turquía constituía una violación de los artículos 3, 8, y 13 del CEDH, y del artículo 1 del Protocolo 1. Más específicamente, al establecer una violación del artículo 3 del CEDH, el Tribunal consideró las circunstancias personales de los propietarios, su conexión emocional con sus casas y la pérdida de su propiedad, que les forzó a abandonar su villa. Sobre este fundamento, se entendieron vulnerados el artículo 8 del CEDH y el artículo 1 del Protocolo 1, en consideración a las “particularmente graves e injustificadas injerencias en los derechos de los demandantes al respeto a su vida privada y familiar y a sus domicilios, y al pacífico disfrute de sus posesiones”.⁷⁴ También se consideró infringido el artículo 13 del CEDH, puesto que las autoridades encargadas no llevaron a cabo ninguna investigación del incidente (véase también el caso similar *Dulas vs. Turkey*).⁷⁵

En *Khamzayev y otros vs. Rusia*⁷⁶ y *Kerimova y otros vs. Rusia*,⁷⁷ las incursiones militares aéreas rusas sobre un pueblo de Chechenia en la lucha contra presuntos terroristas mataron a civiles y destruyeron edificios residenciales. El TEDH estableció las violaciones del artículo 8 del CEDH y del artículo 1 del Protocolo 1, en relación con varios demandantes. Al hacerlo, el Tribunal criticó, *inter alia*, que las leyes rusas relevantes “no [definieran] con suficiente claridad el alcance de esos poderes y la manera en que se ejercerían como para permitir a un particular la adecuada protección frente a la arbitrariedad [...]”, y fue por eso que “el instrumento jurídico en cuestión, formulado en términos vagos y generales, no puede servir como fundamento jurídico suficiente para una injerencia tan drástica como la destrucción de las vi-

⁷³ TEDH, *Selçuk y Asker vs. Turkey*, Appl. 23184/94 y 23185/94, 24 de abril de 1998.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 86 (trad. no oficial al español).

⁷⁵ TEDH, *Dula vs. Turkey*, Appl. 25801/94, 30 de enero de 2001.

⁷⁶ TEDH, *Khamzayev and others vs. Russia*, Appl. 1503/02, 3 de mayo de 2011.

⁷⁷ TEDH, *Kerimova and others vs. Russia*, Appl. 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 y 5684/05, 3 de mayo de 2011.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

viendas y propiedades de los particulares”. En consecuencia, el TEDH halló que “en ausencia de una decisión individualizada o una orden que claramente indicase los motivos y condiciones para infligir daños sobre las propiedades y [...] el hogar [de los demandantes], y que podría haber sido recurrida en un tribunal”, la injerencia con los derechos de los demandantes según el artículo 1 del Protocolo 1 y según el artículo 8 del CEDH no eran “legales” en el sentido del Convenio y consideró que se había incurrido en violación.⁷⁸

En este contexto, también *Hadareni Moldovan y otros vs. Rumania*, núm. 2⁷⁹ vale la pena ser mencionado. La destrucción de un poblado gitano por una multitud de habitantes del pueblo y agentes de policía, que no había podido ser prevenida por el Estado, no fue una violación directa del artículo 8 del CEDH, porque Rumania aún no era parte del Convenio en el momento en que tuvo lugar la destrucción. Aun así, las posteriores pobres condiciones de vida de los habitantes gitanos que se dieron tras el incidente (muchos de ellos tuvieron que mudarse con familiares en condiciones de masificación o permanecer en alojamientos indignos tales como “sótanos, graneros, establos, etc. [...]”)⁸⁰ se consideraron una violación del artículo 8 del CEDH. El TEDH consideró, particularmente, que puesto que los agentes de policía habían instigado a la muchedumbre y no habían protegido las propiedades, la posterior situación de la gente afectada era atribuible al Estado. Esto se vio agravado por el hecho de que el Estado no persiguió efectivamente a aquellos implicados en la destrucción de las casas. Es más, las condiciones de vida subsiguientes fueron lo suficientemente malas como para equipararse a una vulneración del artículo 3 del CEDH. En palabras del TEDH:

Considera además que las condiciones de vida de los demandantes en los últimos diez años, en particular el ambiente severamente masificado e insalubre y su efecto perjudicial en la salud y bienestar de los demandantes, combinado con la duración del periodo en el

⁷⁸ *Ibidem*, párrs. 217-219 (trad. no oficial al español).

⁷⁹ TEDH, *Moldovan and others vs. Romania*, núm. 2, Appl. 41138/98 y 64320/01, 12 de julio de 2005.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 103 (trad. no oficial al español).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

que los demandantes tuvieron que vivir en tales condiciones y la actitud general de las autoridades, deben haberles causado un sufrimiento mental considerable, menoscabando por lo tanto su dignidad humana y haciendo surgir en ellos sentimientos tales como para causar humillación y degradación.⁸¹

Sobre este fundamento, se consideró que Rumania había violado el artículo 3 del CEDH. En general, también los derechos relacionados con la vivienda están protegidos por el Convenio Europeo cuando el Estado asume una responsabilidad directa por la situación.

4.3.2. Garantías procesales

El requisito de las garantías procesales puede igualmente ofrecer cierta protección en lo que se refiere a los derechos relacionados con la vivienda. En el caso de los desalojos forzosos, el Tribunal se centró principalmente en la existencia de garantías procesales para valorar la injerencia de las autoridades internas con estos derechos—incluso si, por el contrario, el Tribunal habitualmente no cuestionaba la valoración sustantiva de las autoridades—.⁸²

En *Saghinadze y otros vs. Georgia*,⁸³ el TEDH halló que el desalojo forzoso de los demandantes (personas de Abjasia desplazadas internamente de su hogar sin una decisión judicial que ordenase el desahucio, sin la provisión de un alojamiento similar o de una compensación monetaria adecuada y en ausencia del posterior recurso judicial efectivo) constituía una violación del artículo 1 del Protocolo 1 y del artículo 8 del CEDH. En *Connors vs. Reino Unido*,⁸⁴ el desalojo de gitanos de un lugar determinado donde habían vivido en una caravana durante 13 años,

⁸¹ *Ibidem*, párr. 110 (trad. no oficial al español).

⁸² Véase, respectivamente, los asuntos discutidos en la sección 2.3, *Jane Smith, Coster y Chapman vs. United Kingdom*, donde el Tribunal no encontró vulneraciones.

⁸³ TEDH, *Saghinadze and others vs. Georgia*, Appl. 18768/05, 27 de mayo de 2010.

⁸⁴ TEDH, *Connors vs. United Kingdom*, Appl. 66746/01, 27 de mayo de 2004.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

en razón de un procedimiento sumario de desahucio a cargo de autoridades locales, se consideró una violación del artículo 8 del CEDH por ausencia de garantías procesales. Aunque el TEDH aceptó el margen de apreciación de las autoridades internas en relación con asuntos tan complejos como las políticas de vivienda para la población gitana e itinerante en el caso en cuestión, el Tribunal halló que los esquemas que permitían desalojos sumarios sin posterior recurso judicial del particular no eran justificables. También en *Buckland vs. Reino Unido*,⁸⁵ el desalojo de un *parking* de caravanas tras las alegaciones de molestias y conducta antisocial se consideró que adolecía de las adecuadas garantías procesales: en particular, la orden automáticamente emitida por el Tribunal que permitió al propietario desahuciar al inquilino se entendió desproporcionada y, consiguientemente, violatoria del artículo 8 del CEDH.⁸⁶

4.3.3. *¿Hacia la protección de un contenido esencial de los derechos relacionados con la vivienda?*

El TEDH parece moverse hacia la necesaria protección a ofrecer cobijo en el caso de individuos particularmente vulnerables. En *Yordanova vs. Bulgaria*,⁸⁷ el Tribunal sostuvo que el desalojo de la comunidad gitana búlgara de suelo libre —cuyos miembros habían vivido sin interés de convertirse en propietarios, pero con la aquiescencia del Estado— constituía una violación del artículo 8 del CEDH a la vista de la particular vulnerabilidad de los demandantes. El Tribunal afirmó que si bien no existía un derecho a obtener una casa conforme al artículo 8, “[...] puede derivar del artículo 8 del Convenio una obligación de asegurar protección a

⁸⁵ TEDH, *Buckland vs. United Kingdom*, Appl. 40060/08, 18 de septiembre de 2012.

⁸⁶ Adviértase que en *Buckland*, debido a la naturaleza automática de la orden, el TEDH consideró que la injerencia con el artículo 8 CEDH era desproporcionada, incluso aunque existía la oportunidad de tener la evaluación de un tribunal independiente e incluso posponer el procedimiento de desalojo, lo que en realidad se hizo.

⁸⁷ TEDH, *Yordanova and others vs. Bulgaria*, Appl. 25446/06, 24 de abril de 2012.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

individuos particularmente vulnerables en casos excepcionales [...]”.⁸⁸ El Tribunal razonó que:

[...] el estatus desfavorecido del grupo de los demandantes debe ser un factor a tener en cuenta al considerar los planteamientos para abordar su asentamiento ilegal y, si su traslado es necesario, a la hora de decidir el momento, modalidades y, en su caso, la ordenación de alojamiento.⁸⁹

Se entendió que se había incurrido en una violación del artículo 8 del CEDH.

En efecto, también otros casos resultan de interés para ver las obligaciones positivas estatales a la luz de la vulnerabilidad específica de los demandantes, incluso aunque no siempre se haya infringido el CEDH. En *O’Rourke vs. Reino Unido*,⁹⁰ el TEDH se refirió a una obligación positiva estatal para proveer alojamiento al demandante, al ser una persona sin hogar que sufría de asma y de una infección de las vías respiratorias. Aun así, el Tribunal también afirmó que las autoridades internas se habían liberado de esta obligación al ofrecer alojamiento temporal en un hotel al demandante mientras estaban pendientes las investigaciones

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 130 (trad. no oficial al español).

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 133 (trad. no oficial al español). De modo interesante, el Tribunal no halló tal obligación hacia un grupo vulnerable en el caso *Chapman vs. United Kingdom*, *supra*, y otros casos del pueblo gitano que fueron desalojados de la tierra que ocupaban. Mientras el Tribunal estableció una diferencia entre aquellos y *Yordanova*, debido a las medidas de las autoridades, que carecían de proporcionalidad y que resultaban estar más allá de las garantías judiciales en *Yordanova*, el Tribunal también consideró que el margen estatal de apreciación era menos amplio que en *Chapman*. Parece, por tanto, que el Tribunal habría aceptado algo de la censura que recibió por su uso excesivo de la doctrina del margen de apreciación, y lo transformó en una posición más crítica hacia la acción del poder interno. Véase para una valoración, Remiche, Adélaide, “*Yordanova and others vs. Bulgaria: The Influence of the Social Right to Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One’s Home*”, en *Human Rights Law Review*, vol. 12, núm. 4, 2012, pp. 787-800. Véase también Selejan-Gutan, Bianca, “*Social and economic rights in the context of the economic crisis*”, *Romanian Journal of Comparative Law*, vol. 2, 2013, pp. 139-158.

⁹⁰ TEDH, *O’Rourke v United Kingdom*, Appl. 39022/97, 26 de junio de 2001.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

para determinar si era o no una persona sin hogar. La demanda fue, así, considerada manifiestamente infundada.

De este modo, también en relación con los derechos referidos a la vivienda, el TEDH estableció obligaciones positivas estatales en ciertas situaciones claramente delimitadas, tales como la responsabilidad del Estado por la falta de vivienda. Es más, uno puede preguntarse si existe un cuidadoso movimiento del Tribunal hacia un contenido esencial de los derechos relacionados con la vivienda en situaciones de particular miseria. *Yordanova vs. Bulgaria* apuntaría en esa dirección.

5. CONCLUSIÓN

En materia de protección de los derechos sociales, el TEDH se encuentra en una posición difícil. Ha de establecer un delicado equilibrio entre su mandato para proteger los derechos individuales y las más amplias implicaciones sobre recursos financieros de los Estados y las consecuencias para las políticas económicas que tales decisiones pueden tener. El TEDH intenta establecer este equilibrio otorgando generalmente un amplio margen de apreciación a los Estados. Aun así, en situaciones claramente delimitadas ha mostrado que estaría dispuesto a adoptar un planteamiento más firme y a extraer también las dimensiones sociales del Convenio Europeo. En tales casos, de forma positiva, también se ha evidenciado en la jurisprudencia del TEDH la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales.

BIBLIOGRAFÍA

Alston, Philip y Quinn, Gerald, “The nature and scope of states parties’ obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 9, núm. 2, 1987.

Búrca, Gráinne de y Witte, Bruno de, *Social Rights in Europe*, OUP, 2005.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

- Candia, Gonzalo, “Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, *Pontificia Universidad Católica de Chile Law School, Working Paper*, núm. 1, 2014, disponible en SSRN.
- Chapman, Audrey y Russell, Sage (eds.), *Core obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Nueva York, Intersentia, 2002.
- Chirwa, Danwood Mzikenge, “African Regional Human Rights System: The Promise of Recent Jurisprudence on Social Rights”, en Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008.
- Clements, Luke y Simmons, Alan, “European Court of Human Rights: Sympathetic Unease”, en Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence – Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008.
- Costa, J. P., “European Court of Human Rights: Consistency of Its Case-Law and Positive Obligations”, en *The Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 26, núm. 3, 2008.
- Desgagne, R., “Integrating Environmental Values into the European Convention on Human Rights”, en *American Journal of International Law*, vol. 89, núm. 2, 1995.
- Drzewicki, K. (ed.), *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Abo Akademi University, 1994.
- Gomien, Donna; Harris, David J. y Zwaak, Leo, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg-Council of Europe Publishing, 1996.
- Grabewarter, Christoph, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Hart Publishing, 2014.
- Hendriks, A., “The right to health in national and international jurisprudence”, en *European Journal of Health Law*, vol. 5, núm. 4, 1998.

CHRISTINA BINDER Y THOMAS SCHOBESBERGER

- Heringa, Aalt Willem, “Private Life and the Protection of the Environment, *López Ostra vs. Spain*”, en *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, vol. 2, núm. 2, 1995.
- Hohmann, Jessie, *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*, Hart Publishing, 2013.
- Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008.
- Leary, Virginia A., “The right to health in international human rights law”, en *Health and human rights*, vol. 1, núm. 1, 1994, Autumn.
- Leckie, Scott (ed.), *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2003.
- , “The right to housing”, en Eide, Asbjørn, Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2ª ed., Dordrech, Martinus Nijhoff, 2001.
- Lester, Lord; Hill, Herne y O’Cinneide, Colm, “The effective protection of socio-economic rights”, en Ghai, Yash y Cottrell, Jill (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Practice: The Role of Judges in Implementing Economic, Social and Cultural Rights*, Interghts Publishing, 2004.
- Letsas, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, núm. 4, 2006.
- Lukas, Karin, “The European Committee of Social Rights – The European Monitor in the Social Sphere”, en *Austrian Review of International and European Law*, núm. 16, 2011.
- Nowak, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Brill, 2003.
- , “Introduction to Human Rights Theory”, en Nowak, Manfred; Januszewski, Karolina M. y Hofstätter, Tina (eds.), *All Human Rights For All – Vienna Manual on Human Rights*, Intersentia, 2011.
- Rainey, Bernadette; Wicks, Elizabeth y Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, 7ª ed., OUP, 2014.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales:...

- Remiche, Adélaide, “*Yordanova and others vs. Bulgaria: The Influence of the Social Right to Housing on the Interpretation of the Civil Right to Respect for One’s Home*”, en *Human Rights Law Review*, vol. 12, núm. 4, 2012.
- Sarigiannidis, Miltiadis y Pervou, Ioanna, “Adequate housing: Seeking Justiciability through the Right to Property”, *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies*, núm. 11, 22 mar 2013, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2337448>
- Saul, Ben; Kinley David y Mowbray, Jaqueline, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, OUP, 2014.
- Selejan-Gutan, Bianca, “Social and economic rights in the context of the economic crisis”, en *Romanian Journal of Comparative Law*, vol. 2, 2013.
- Toebe, Brigit C. A., “The right to health”, en Eide, Asbjørn; Krause, Catarina y Rosas Allan (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2ª ed., Dordrech, Martinus Nijhoff, 2001.
- , *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Intersentia, 1999.
- Viljoen, Frans, “The African Regional Human Rights System”, en Krause, Catarina y Scheinin, Martin (eds.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Abo Akademi University Institute for Human Rights, 2009.
- Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Harvard University Press, 2011.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Encarna Carmona Cuenca**

1. INTRODUCCIÓN

Es conocida la diferente justiciabilidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos y sociales —derechos sociales— en las diversas instancias nacionales e internacionales de protección de los derechos. En especial, los derechos sociales de prestación —educación, protección de la salud, vivienda y protección social, entre otros— presentan muchas dificultades para su justiciabilidad. La principal razón que se arguye es la dificultad económica: los Estados precisarían tener una capacidad económica muy elevada para hacer efectivos esos derechos y los tribunales —nacionales e internacionales— no deben sustituir a los parlamentos y gobiernos estatales en la definición de las políticas públicas.

En el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), encargado de proteger los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la regla es la inadmi-

* Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad de Alcalá. Este trabajo ha sido publicado en el núm. 100 de la *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 2017, que ha autorizado esta segunda publicación.

ENCARNA CARMONA CUENCA

sión de demandas basadas en derechos sociales no reconocidos expresamente pero, a pesar de ello, se ha otorgado cierta eficacia a algunos de estos derechos a través de diversas técnicas, como ya se ha estudiado en varios trabajos. Una de estas técnicas ha sido la aplicación de la conocida doctrina de las *obligaciones positivas del Estado*.

En este trabajo trato de analizar cómo se ha aplicado esta doctrina a la protección de los derechos sociales de prestación y cuáles son sus posibilidades y límites. En primer lugar, intento acotar el tema, definiendo los derechos que son objeto de este trabajo y que son los que plantean las mayores dificultades de justiciabilidad: los derechos sociales de prestación.

En segundo lugar, hago referencia a la doctrina de las obligaciones positivas del Estado, tal y como la ha establecido el TEDH, quien la ha aplicado, en primer lugar y sobre todo, a los derechos civiles y políticos.

En tercer lugar, destaco algunas de las técnicas que ha utilizado el TEDH para otorgar cierta eficacia jurídica a los derechos sociales de prestación.

En cuarto lugar, me centro en la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado a la protección de los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia del TEDH. Trato de extraer de la jurisprudencia del TEDH algunas definiciones de las obligaciones positivas del Estado para proteger los derechos sociales de prestación. Es posible apreciar cómo estas obligaciones están mucho menos definidas y concretizadas que las derivadas de los derechos civiles y políticos.

Por último, intento obtener alguna conclusión sobre cuáles son las posibilidades y límites de la aplicación de esta doctrina a la protección de los derechos sociales de prestación.

2. LOS DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN Y SU PROBLEMÁTICA JUSTICIABILIDAD

En los distintos ámbitos de protección de los derechos humanos —Naciones Unidas, Consejo de Europa, Sistema Interamericano,

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

constituciones nacionales...— es una constante la diferente justificabilidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales. Mientras que aquellos gozan de sistemas de garantía mucho más elaborados y judicializados, los derechos sociales son protegidos por sistemas más cercanos al *soft law*.

Es significativa la situación en el ámbito del Consejo de Europa. Allí se aprobaron dos convenios distintos para la protección de ambas categorías de derechos: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que fue adoptado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950, y la Carta Social Europea (CSE), aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961 y revisada en 1996. Mientras que el sistema del CEDH incluye un Tribunal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas decisiones tienen fuerza vinculante para los Estados (art. 46 del CEDH) y un procedimiento de demandas individuales, el órgano de control de la CSE es el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y el sistema de protección se basa en la presentación de informes por los Estados. Además, partir de 1998, para los Estados que han ratificado el Protocolo Adicional a la CSE de 1995, el sistema incluye la posibilidad de interponer reclamaciones colectivas. Como resultado de estas reclamaciones colectivas, el CEDS remitirá informes al Comité de Ministros, quien puede emitir recomendaciones a los Estados.¹

¹ Sobre la protección de los derechos sociales de prestación en los distintos órganos internacionales europeos, véase Jimena Quesada, Luis, “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”, en Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, IJ-UNAM-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, 2011; y Chatton, Gregor T., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, UNED. Sobre la protección en los órganos internacionales: Binder, Christina; Hofbauer, Jane A.; Piovesan, Flávia; Steiner, Anna Zoe y Steiner, Elisabeth (eds.), *Social Rights in the Case Law of Regional Human Rights Monitoring Institution*, Amberes-Viena-Graz, Intersentia, 2016.

ENCARNA CARMONA CUENCA

Sin embargo, se ha puesto de manifiesto en la doctrina la necesaria *indivisibilidad de los derechos humanos*,² su imprescindible interconexión. Sin la garantía de, al menos, un mínimo nivel de derechos sociales, no es posible el disfrute de derechos como la libertad de pensamiento, la libertad de expresión o los derechos al honor, intimidad e inviolabilidad del domicilio, entre otros. Y, del mismo modo, no se pueden disfrutar plenamente los derechos sociales si no es en un contexto de garantía de la libertad.

Esta idea fue consagrada a nivel internacional en la famosa Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 25 de junio de 1993, según la cual:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.³

Ahora bien, no todos los derechos sociales tienen la misma naturaleza. En las declaraciones de estos derechos se suelen incluir figuras diversas. Sintetizando, podemos distinguir dos grandes categorías de derechos sociales:⁴ *a) derechos sociales de libertad*, de naturaleza similar a la mayoría de los derechos civiles y políticos reivindicados en las revoluciones liberales, es decir, se trata de derechos que exigen, fundamentalmente, una actitud negativa, de no injerencia, del Estado. De este tipo son los derechos de libre sindicación y de huelga, y *b) derechos sociales de prestación*.⁵ Estos otorgan al sujeto un título para exigir

² Véase, por ejemplo, Escobar Roca, Guillermo, “Indivisibilidad y derechos sociales. De la Declaración Universal a la Constitución”, en *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2012, Universidad Olavide.

³ Parágrafo 5, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

⁴ Véase Laporta San Miguel, Francisco Javier, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón Carrillo, Jerónimo (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, 2004, Madrid, CEPC, pp. 298-300.

⁵ Sobre los derechos sociales de prestación véase Escobar Roca, Guillermo, “Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)”, en

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

que se le entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre ellos, podemos encontrar supuestos en los que se trata de demandar la entrega de un bien —derecho a una vivienda digna—, la prestación de un servicio —educación, protección de la salud...— o la percepción de una asignación económica —pensiones, subsidios...—. ⁶

Aquí me referiré, entonces, a los *derechos sociales de prestación*, pues son los que plantean mayores dificultades con relación a su justiciabilidad. De hecho, son, en su mayor parte, los derechos que quedan excluidos del CEDH y relegados a la Carta Social Europea. Digo en su mayor parte, porque hay una excepción: el derecho a la educación, que está reconocido en el artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH, si bien hay que reconocer que la jurisprudencia, que se ha ocupado de este derecho, se ha centrado más en su dimensión de derecho de libertad —sobre todo, en el derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos— que en su dimensión de derecho de prestación. ⁷

Como se ha visto, la principal dificultad que plantean los derechos sociales de prestación es la relativa a su justiciabilidad. La crítica tradicional pone de manifiesto que para que un Estado pueda garantizar plenamente los derechos a la educación, a la protección de la salud, a una vivienda digna o a una protección social mínima ha de contar con unos medios económicos muy

Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 459-647.

⁶ Laporta considera, también, que, entre los derechos sociales, son frecuentes los que denomina “derechos racimo”, es decir, derechos en los que pueden encontrarse componentes de ambas categorías; p. ej., el derecho al trabajo contiene un derecho de libertad —la libertad de ejercer una profesión— y varios derechos de prestación —derecho a un salario digno, a unas dignas condiciones de trabajo y a una prestación en caso de desempleo, entre otras—. Véase Laporta San Miguel, Francisco Javier, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema...”, *cit.*, pp. 300-301.

⁷ Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio, “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier; Fernández, Pablo Antonio; Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl (eds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 276.

ENCARNA CARMONA CUENCA

abundantes, por no decir ilimitados.⁸ Por otra parte, se afirma también que los jueces y tribunales no deben sustituir a los gobiernos y parlamentos en la definición de las políticas públicas que traten de hacer realidad estos derechos, pues la elaboración de los presupuestos generales del Estado es misión de los poderes legislativo y ejecutivo, no del poder judicial.⁹

A pesar de ello, numerosos trabajos doctrinales tratan de justificar la aptitud de los derechos sociales de prestación para ser calificados de derechos fundamentales y para gozar de un cierto nivel de eficacia jurídica, sometida siempre a un juicio de ponderación con otros bienes y derechos.¹⁰ Además, ya se garantiza habitualmente de forma universal un derecho de prestación típico, como es el derecho de educación básica obligatoria.¹¹ Del

⁸ Véase Forsthoff, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, en Abendroth, Wolfgang; Forsthoff, Ernst y Doehring, Karl, *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986.

⁹ Con referencia a la Constitución española, Francisco Bastida argumenta bien sobre dificultad de la consideración de los derechos sociales de prestación reconocidos en el cap. III, tít. primero como derechos fundamentales, si partimos de un concepto de “fundamentalidad jurídica”. Véase Bastida, Francisco J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales-CEPC, 2008, vol II, pp. 1083-1101.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005; Alexy, Robert (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007; Carmona Cuenca, Encarna, “¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales-CEPC, 2008, vol II, pp. 1103-1118; Pisarello, Gerardo (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: Potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2009; Koch, Ida E., *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009; Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria...*, cit.; y Chatton, Gregor T., *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Génova, Shulthess Médias Juridiques, 2013.

¹¹ Así lo hace la Constitución española en su art. 27.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

mismo modo, podrían garantizarse otros derechos sociales de prestación, siempre que se estableciesen unos niveles mínimos factibles.¹² La fijación de estos niveles mínimos es tarea principal del legislador, pero los tribunales deberían poder establecer también unos estándares básicos de protección en caso de actividad legislativa injustificadamente restrictiva o de ausencia flagrante de tal actividad en la protección de los derechos sociales de prestación.¹³ Y en alguna ocasión lo han hecho, como veremos más adelante al estudiar la jurisprudencia del TEDH sobre derechos sociales.

3. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Con relación al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la técnica de las obligaciones positivas del Estado ha sido definida como el proceso interpretativo que permite deducir de una disposición convencional obligaciones estatales de acción que no están prescritas expresamente en tal Convenio.¹⁴ El TEDH ha sido la primera instancia jurisdiccional internacional que ha reconocido la posibilidad de que los derechos convencionales —en especial, como veremos, los derechos civiles y políticos—

¹² Véase Carmona Cuenca, Encarna, “¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?...”, *cit.*

¹³ Del modo en que lo hace, por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano en sus sentencias 80/2010, 22 de febrero, y 275/2016, 16 de diciembre, en las que ha considerado inconstitucionales las restricciones legislativas establecidas en materia de protección de alumnos con discapacidad —relativas a los profesores de apoyo y al transporte escolar— por contravenir el “núcleo indisponible de garantía” del derecho a la educación de las personas con discapacidad grave. Aunque el Tribunal reconoce un margen de discrecionalidad del legislador en la protección de los derechos fundamentales, considera que, en este caso, se ha vulnerado el núcleo esencial del derecho que debe ser respetado en todo caso. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales, véase Díaz Crego, María, “Derechos sociales y amparo constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012.

¹⁴ Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, París, Dalloz, 2014, p. 24.

ENCARNA CARMONA CUENCA

generen no solo obligaciones negativas, sino también obligaciones positivas a cargo del Estado. Pero, en esta línea argumentativa, ha recibido dos influencias fundamentales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Derecho Internacional Público general.¹⁵

Ya en el caso *Lingüístico Belga*,¹⁶ tanto la Comisión (informe de 24 de junio de 1965) como el TEDH (sentencia de 23 de julio de 1968) establecieron que los derechos reconocidos en el Convenio podían generar obligaciones positivas, obligaciones de hacer a cargo de los Estados.¹⁷ En este caso, el gobierno belga alegaba que, según la concepción liberal clásica, los derechos civiles y políticos reconocidos en el Convenio tenían una naturaleza distinta a la de los derechos sociales reconocidos en la Carta Social Europea. Así, mientras aquellos solo generaban obligaciones negativas por parte de los Estados para proteger la libertad, estos generaban auténticas obligaciones positivas. Precisamente por esta razón, el sistema de protección de estos instrumentos normativos era distinto y más judicializado que el del Convenio Europeo.

Pero, en este caso, los demandantes habían alegado que el derecho a la educación del artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH —en realidad, un derecho social de prestación— no solo exigía obligaciones negativas del Estado, sino verdaderas obligaciones “de hacer”. El TEDH parece darles la razón. En palabras de la Comisión, que el Tribunal hace suyas:

Los derechos reconocidos por el Convenio no son todos “negativos” hay que examinar cada materia y cada disposición de forma independiente sin dejarse llevar por una doctrina “de cierta edad” —la doctrina clásica de las libertades individuales— que “puede conservar un cierto valor filosófico”, pero “no tiene carácter normativo”.¹⁸

¹⁵ No puedo extenderme aquí en estas influencias sobre el TEDH, puede verse Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives...*, cit., pp. 35 y ss.

¹⁶ Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica.

¹⁷ Véase Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives...*, cit., p. 1.

¹⁸ TEDH, *Belgian Linguistic Case*, 23 de julio de 1968, Fundamentos de Derecho I-A-1.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

Más adelante, el Tribunal establece:

La formulación negativa significa [...] que las Partes Contratantes no reconocen un derecho a la educación que les obligue a mantener a su costa o subvencionar un sistema de enseñanza de una forma o en una escala determinadas. De ello no cabe deducir, sin embargo, que el Estado carezca de toda obligación positiva para asegurar el respeto de este derecho, tal como el artículo 2 del Protocolo lo protege. Puesto que un “derecho” existe, este es garantizado, en virtud del artículo 1 del Convenio, a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante.

Este reconocimiento de las obligaciones positivas se consolidó en los famosos casos *Marckx*¹⁹ y *Airey*,²⁰ de 1979. En el caso *Marckx*, el TEDH afirmó que el derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH incluía unas obligaciones positivas del Estado para garantizar que las demandantes pudieran desarrollar una “vida familiar normal”, lo que suponía la integración de la menor en su familia desde el momento de su nacimiento. Afirmaba que el Estado podía satisfacer esta obligación con los medios que juzgase más oportunos pero, como en este caso no lo había realizado, consideró que se había vulnerado este derecho.

El caso *Airey* aporta interesantes reflexiones sobre el contenido prestacional de los derechos civiles y políticos, y se afirma que estos no suponen únicamente obligaciones negativas del Estado, sino también deberes positivos de este para asegurar su efectividad. En este caso, una mujer con tres hijos demandó al Estado por no haberle permitido acceder a los tribunales para defenderse de los malos tratos de su esposo contra ella y sus hijos. En concreto, el Tribunal establece que “el deber de asegurar el derecho de acceso a los tribunales entra en esta categoría de deberes positivos del Estado”.²¹ Y condena al Estado por no haber cumplido con estos deberes positivos derivados del artículo 6.1 y, nuevamente, del derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH.

¹⁹ TEDH, *Marckx vs. Belgium*, 13 de junio de 1979.

²⁰ TEDH, *Airey vs. Ireland*, 9 de octubre de 1979.

²¹ *Ibidem*, párr. 25.

ENCARNA CARMONA CUENCA

A pesar de que el origen de la técnica de las obligaciones positivas del Estado se sitúa en una interpretación del derecho a la educación del artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH,²² el mayor desarrollo de este concepto se ha producido con relación a los derechos civiles y políticos reconocidos en el Convenio. Madelaine afirma que no deja de ser una herramienta de adaptación de la norma convencional a los Estados liberales europeos contemporáneos. No solo no desafía el liberalismo, sino que tiende a asegurar su promoción. Convierte al Estado en protector de las libertades.²³

Los derechos convencionales a los que se ha aplicado en mayor número de ocasiones esta técnica han sido: el derecho a la vida (art. 2); el derecho a no sufrir torturas (art. 3); el derecho a la libertad y seguridad (art. 5); el derecho a un juicio justo (art. 6), y el derecho a la vida privada y familiar (art. 8). De estos derechos se han derivado obligaciones positivas del Estado relativas a la investigación de asesinatos y torturas, la planificación y control de las operaciones de las fuerzas de seguridad, la medidas de protección de los detenidos, la provisión de condiciones adecuadas para detenidos y presos, las medidas para evitar las desapariciones durante la custodia de detenidos, la investigación de las desapariciones, los deberes del Estado para garantizar un juicio justo, el reconocimiento oficial de las personas transexuales, el establecimiento de la paternidad, la reunión de los niños con sus padres, el respeto del estilo de vida de las minorías, la protección del domicilio y un largo etcétera.²⁴

En menor medida se ha aplicado también a las libertades de pensamiento, expresión, reunión y asociación, al derecho a un recurso efectivo y a la prohibición de discriminación (arts. 9, 10, 11, 13 y 14 del CEDH) y, así, se han reconocido obligaciones positivas referentes a la protección de la libertad de expresión o de las asambleas pacíficas o a la provisión de recursos internos frente a las violaciones de los derechos convencionales.

²² En concreto, en el caso *Lingüístico Belga*, que se acaba de comentar.

²³ Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives...*, cit., p. 467.

²⁴ El número de sentencias que establecen obligaciones positivas derivadas de estos derechos es incontable. Véase una buena recopilación jurisprudencial en Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

Como justificación de la introducción de esta técnica de las obligaciones positivas del Estado, el Tribunal ha invocado dos principios generales: En primer lugar, la obligación general de los Estados parte, establecida en el artículo 1 del CEDH, de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y, en segundo lugar, el principio de interpretación efectiva, que exige que los derechos sean aplicados práctica y efectivamente, no de forma teórica o ilusoria.²⁵ De manera más clara, el Tribunal ha establecido estas obligaciones con relación a las personas sobre las que el Estado posee un control más pleno y, por ello, tienen menos autonomía para hacer valer sus derechos por sí mismas —población reclusa, personas con discapacidad bajo tutela del Estado...—.²⁶

A pesar de su frecuente utilización, el concepto de obligaciones positivas del Estado no deja de ser un concepto bastante huido. En la doctrina se han puesto de manifiesto las incoherencias de la jurisprudencia del TEDH sobre esta técnica y la difícil distinción entre obligaciones negativas y obligaciones positivas en la mayoría de los casos. Madelaine opina que la técnica de las obligaciones positivas solo podría aplicarse en aquellos supuestos en que está en juego una actuación del Estado consistente en una ejecución “física” o concreta como, por ejemplo, la obligación de investigar denuncias de muerte, torturas o desapariciones. Pero si se trata de obligaciones estatales de aprobar un marco legislativo o una actuación administrativa o incluso una decisión jurisdiccional no es fácil distinguir si estamos en presencia de una obligación positiva o negativa.²⁷

Con todo, también se ha puesto de manifiesto en la doctrina la importancia de esta técnica para garantizar los derechos humanos reconocidos en el Convenio. Xenos pone de manifiesto que es la primera vez en la historia de la humanidad en que una persona —y no solo un ciudadano— puede plantear un conflic-

²⁵ Así lo estableció el TEDH en el mencionado caso *Airey vs. Ireland*.

²⁶ Kenna, Padraic, “El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en *Revista de Derecho Político*, núm 74, 2009, UNED, p. 488.

²⁷ Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives...*, cit., pp. 467-470. CIARF

ENCARNA CARMONA CUENCA

to ante un tribunal nacional o internacional en el que se discuta cuáles son las concretas obligaciones del Estado para proteger los derechos y en el que se pueda condenar al Estado por no haber adoptado las medidas de protección adecuadas.²⁸ Esto supone un desplazamiento de la iniciativa legislativa del legislador al pueblo. Pero también supone la atribución de una cierta potestad legislativa al Tribunal de Estrasburgo. Se ha dicho que el juez europeo sustituye a los Estados parte y a los legisladores nacionales en tanto creador de derecho.²⁹

En cuanto a los concretos derechos que generan obligaciones positivas del Estado, el Tribunal Europeo ha aplicado esta técnica interpretativa, fundamentalmente a los derechos civiles y políticos reconocidos en el Convenio, como hemos visto. En general, puede afirmarse que la jurisprudencia del TEDH ha rechazado consagrar obligaciones de prestación social sobre la base de esta argumentación.³⁰ Volveremos sobre esta cuestión más adelante, al estudiar cómo se ha utilizado en la jurisprudencia europea el concepto de obligaciones positivas del Estado para proteger los derechos sociales de prestación.³¹

4. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

4.1. Planteamiento general

Como se ha visto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos protege esencialmente derechos civiles y políticos, mientras que los derechos económicos y sociales son reconocidos por la Carta Social Europea. Aunque en el seno del Consejo de Europa ha habido varios intentos de incluir estos últimos derechos en el texto del Convenio, no se ha llegado a un acuerdo sobre esta po-

²⁸ Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres-Nueva York, Routledge, 2012, pp. 204-205.

²⁹ Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives...*, cit., p. 467.

³⁰ *Ibidem*, p. 470.

³¹ Véase más adelante, apartado 5 de este trabajo.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

sibilidad.³² Más bien se han puesto de manifiesto las dificultades que plantearía otorgar al TEDH la facultad de decidir sobre la justificabilidad de derechos que implican importantes obligaciones prestacionales de los Estados.

Las únicas excepciones a esta ausencia de derechos económicos y sociales en el CEDH serían el reconocimiento de la libertad sindical como parte del contenido del derecho de asociación del artículo 11 del CEDH —por tanto, un derecho social de libertad— y el derecho a la educación —este sí un derecho social de prestación— en el artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH. Por esta razón, en general, el TEDH —y antes la Comisión— han declarado inadmisibles las demandas fundadas en estos derechos sociales de prestación.³³

Sin embargo, ya a partir del mencionado caso *Airey vs. Irlanda* (de 1979), el Tribunal ha entendido, en numerosas ocasiones, que no es posible trazar una separación absoluta entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales:

Aunque el Convenio establece una serie de derechos de carácter esencialmente civil y político, algunos de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica o social [...] El mero hecho de que una interpretación del Convenio pudiera extenderse hacia la esfera de los derechos sociales y económicos no supondría un factor decisivo contra dicha interpretación; no existe una separación drástica entre esa esfera y lo recogido por el Convenio.

De esta forma, a pesar del tenor literal del Convenio, en múltiples sentencias el TEDH ha entrado a conocer demandas que

³² Sobre estos intentos, véase Morte Gómez, Carmen y Salinas Alcega, Sergio, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Embid Irujo, Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 366-377. Estos autores no consideran recomendable la incorporación de los derechos económicos y sociales al CEDH, pues se incrementaría en gran medida el volumen de trabajo, ya de por sí muy considerable, del Tribunal Europeo.

³³ Así lo hace en la decisión de inadmisibilidad el TEDH, *Salveti vs. Italy*, 9 de julio de 2002. Véase Sudre, Frédéric, “La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme: «un exercice de jurisprudence fiction»?”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 55, 2003, p. 755.

ENCARNA CARMONA CUENCA

tenían un importante contenido económico y social y, es más, ha llegado a reconocer auténticos derechos sociales de prestación a partir de los derechos que sí están reconocidos en el texto del Convenio. Para ello, ha utilizado diversos mecanismos de protección indirecta,³⁴ realizando lo que se ha denominado una interpretación *evolutiva*³⁵ del CEDH.

Una parte de la doctrina se muestra, en términos generales, partidaria de esta extensión de la protección ofrecida por el TEDH a los derechos sociales. En concreto, Sudre afirma que esta extensión es conveniente y ello tanto por razones de principio como por razones de oportunidad.³⁶ En cuanto a las primeras, expone que no hay que perder de vista la indivisibilidad de los derechos humanos y que tanto los derechos civiles y políticos como los económicos y sociales son igualmente inherentes a la dignidad humana y deben ser protegidos. En cuanto a las razones de oportunidad, pone de manifiesto que la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 18 de diciembre de 2000,³⁷ supone la introducción de un documento que reconoce de forma indiferenciada los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales.³⁸ Si el Convenio Europeo quiere seguir siendo

³⁴ Véase López Guerra, Luis, “La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, y Pérez Alberdi, M. Reyes, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, ambos en Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 297-317 y 319-332, respectivamente. Pérez Alberdi concluye que la protección de los derechos sociales ofrecida por el Tribunal Europeo es insuficiente y que sigue siendo necesaria la garantía de la Carta Social Europea.

³⁵ Véase Daugareilh, I., “La Convention Européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et la protection social”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, vol. 37, núm. 1, 2001, p. 126.

³⁶ Sudre, Frédéric, “La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme...”, *cit.*, pp. 755-757.

³⁷ Texto al que el Tratado de Lisboa, aprobado el 13 de diciembre de 2007, otorga el mismo valor jurídico de los tratados constitutivos de la Unión Europea.

³⁸ Aunque en la versión de la Carta de 2007 se introduce la distinción entre *derechos y principios* (arts. 51 y 52) y se otorga una menor eficacia jurídica a estos últimos, por lo que se refiere a su invocabilidad ante los tribunales.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

un texto de vanguardia en la protección de los derechos humanos en Europa, no debe descartar, en principio, la protección de ninguno de estos derechos, incluidos los económicos y sociales.

Sin embargo, también se ponen de manifiesto en la doctrina las dificultades que conlleva la extensión de la competencia del TEDH a la protección de los derechos económicos y sociales y, muy particularmente, a los derechos sociales de prestación. Se dice que, para garantizar estos derechos, es preciso contar con medios económicos suficientes y que son los Estados los que deben establecer la política económica en el interior del país, en particular, es misión de los poderes legislativo y ejecutivo la definición de esa política económica. En atención a estas consideraciones, el Tribunal Europeo se ha mostrado, en general, muy cauteloso a la hora de establecer la violación de un derecho social de prestación por parte del Estado.³⁹ En general, ha adoptado una posición de deferencia —o autocontención judicial— y ha otorgado un amplio *margen de apreciación* a los Estados.⁴⁰

Así lo hizo, por ejemplo, en la decisión de inadmisibilidad *Pentiacova y otros vs. Moldavia*, de 4 de enero de 2005, en la que

Es cierto que no se determina claramente qué preceptos reconocen *derechos* y cuáles establecen *principios*, con una menor justiciabilidad, pero, en una interpretación sistemática y teniendo en cuenta el derecho comparado europeo, los derechos sociales de prestación entrarían, en general, en la categoría de *principios*. Véanse las conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón, presentadas el 18 de julio de 2013 en el asunto C-176-12 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³⁹ Véase, entre otros, Binder, Christina y Schobesberger, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales ¿Nuevas tendencias en la jurisprudencia?”, en Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio; Saiz Arnáiz, Alejandro y Morales Antoniazzi, Mariela, *La garantía jurisdiccional de los derechos humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2015, p. 104; y Clements, Luke y Simmons, Alan, “European Court of Human Rights. Sympathetic Unease”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 409.

⁴⁰ Sobre la aplicación por el TEDH de la doctrina del margen de apreciación, véase García Roca, Javier, *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.

ENCARNA CARMONA CUENCA

resolvía sobre una prestación sanitaria. Los demandantes se habían quejado de la insuficiente financiación pública en el tratamiento de la hemodiálisis. Aunque el Tribunal reconoció que el asunto podría entrar en el ámbito del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH, inadmitió la demanda, pues consideró que en esta materia son los Estados quienes deben configurar las prioridades a la vista de las limitaciones presupuestarias. De forma muy gráfica se expresó también el Tribunal en el caso *Jane Smith vs. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 2001, sobre el derecho a la vivienda: “El artículo 8 no reconoce el derecho a obtener un domicilio, como tampoco lo hace la jurisprudencia del Tribunal [...] Que el Estado provea fondos para permitir a todos tener un hogar es un asunto político y no una decisión judicial”.⁴¹

A pesar de ello, en algunos casos el TEDH se ha mostrado más inclinado a reconocer la vulneración de un derecho social de prestación derivado de uno de los derechos reconocidos en el Convenio. Esto ha sucedido en determinadas circunstancias que podríamos sintetizar como sigue: a) cuando se han producido daños que son responsabilidad directa del Estado; b) cuando se trata de personas que se encuentran bajo la custodia del Estado, como la población reclusa, y c) cuando se trata de personas especialmente vulnerables, como las minorías étnicas o las personas con discapacidad.⁴²

Para ello ha utilizado diferentes mecanismos, algunos de los cuales —los que considero más importantes— trataré de sintetizar a continuación:⁴³ a) aplicación de la prohibición de discrimi-

⁴¹ Párrs. 105 y 106. Y lo reitera en el caso *Chapman vs. Reino Unido*, de la misma fecha.

⁴² Véase Binder, Christina y Schobesberger, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales...”, *cit.*, pp. 109-110.

⁴³ Otros mecanismos utilizados por el TEDH para proteger indirectamente derechos sociales de prestación han sido: a) la interpretación extensiva del derecho a un proceso equitativo del art. 6 del CEDH y b) la interpretación de algunos derechos sociales de prestación como límites a derechos reconocidos en el Convenio. Véase, por ejemplo, Sudre, Frédéric, “La «permeabilité» de la Convention Européenne des Droits de l’Homme aux droits sociaux”, en *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mougeon*, Bruselas, Bruylant, 1998; Malinverni, G., “The Protection of Social Rights in the Case

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

minación del artículo 14 del CEDH a determinadas prestaciones sociales; b) ampliación del contenido de varios derechos reconocidos en el Convenio, y c) aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado a los derechos sociales de prestación.

Ha sido particularmente fructífera la combinación de las técnicas b) y c), es decir, la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas del Estado a algunos derechos sociales de prestación no reconocidos en el Convenio, sino derivados de otros derechos civiles y políticos que sí aparecen expresamente en el mismo. Después de una breve referencia a esta ampliación del contenido de los derechos clásicos, en el siguiente epígrafe me referiré a la doctrina de las obligaciones positivas del Estado como técnica de protección de los derechos sociales de prestación.

4.2. Aplicación de la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH a determinadas prestaciones sociales

Este mecanismo constituye una interpretación avanzada y ya consolidada de la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH. Como es sabido, este artículo garantiza la prohibición de discriminación “en el goce de los derechos reconocidos” en el propio Convenio. Una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha entendido que esta cláusula no puede ser interpretada de forma autónoma y solo puede ser alegada en combinación con otro artículo del Convenio.⁴⁴ Esto significa que, si se trata de un derecho social de prestación diferente del derecho a

Law of the European Court of Human Rights”, en Hanschel, D.; Graf von Kielmansegg, S.; Kischel, U. y Lorz, R.A. (ed.), *Praxis des internationalen Menschenrechtsschutzes –Entwicklung und Perspektiven*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2008; y Morte Gómez, Carmen y Salinas Alcega, Sergio, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, *cit.*

⁴⁴ Carmona Cuenca, Encarna, “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 y Protocolo nº 12”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2014.

ENCARNA CARMONA CUENCA

la educación del artículo 2 del Protocolo 1, no podrá serle aplicada la cláusula del artículo 14 del CEDH.

En el caso *Gaygusuz vs. Austria*, de 16 de septiembre de 1996, el demandante alegaba discriminación por razón de nacionalidad en el disfrute de una prestación económica de urgencia. Era muy dudoso que esta prestación pudiera encuadrarse en alguno de los derechos reconocidos en el CEDH. Sin embargo, el Tribunal interpretó que se trataba un *derecho patrimonial* y que, como tal, formaba parte del ámbito de aplicación del derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 1 del Protocolo 1 al Convenio. A partir de ahí, el TEDH apreció una vulneración del artículo 1 del Protocolo 1 combinación con el artículo 14 del CEDH en la denegación de la prestación al demandante por razón de su nacionalidad. A partir de esta sentencia, la doctrina consideró que esta interpretación, si se consolidaba, podría suponer la incorporación de un buen número de derechos sociales de prestación al sistema de protección del Convenio Europeo.⁴⁵

Con posterioridad, se ha reiterado esta interpretación relativa al derecho a recibir prestaciones económicas en los casos *Wessels-Bergervoet vs. Holanda*, de 4 de junio de 2002, y *Willis vs. Reino Unido*, de 11 de junio de 2002, —ambos relativos a pensiones de viudedad y discriminación por razón de género—. También en el caso *Koua Poirrez vs. Francia*, de 30 de septiembre de 2003, en el que se aprecia violación del artículo 14, en combinación con el artículo 1 del Protocolo 1 al CEDH provocada por la negativa a conceder una prestación por incapacidad a un solicitante extranjero por motivo de nacionalidad.

La aprobación del Protocolo 12 al CEDH en 2000 supuso la extensión de la prohibición de discriminación a todos los derechos, tanto del Convenio como de la legislación interna de los Estados. En un trabajo de 2003, Sudre consideraba que el Protocolo 12 estaba llamado a sustituir al artículo 14 del CEDH, por tratar-

⁴⁵ Sudre, Frédéric, “La «permeabilité» de la Convention Européenne des Droits de l’Homme aux droits sociaux...”, *cit.*, pp. 474-475. Véase, también Carmona Cuenca, Encarna, “La prohibición de discriminación...”, *cit.*; y Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, S., “Los derechos económicos, sociales y culturales...”, *cit.*, pp. 285-287.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

se de una *lex specialis* sobre igualdad y prohibición de discriminación.⁴⁶ También afirmaba que, con la aplicación de este Protocolo, los derechos sociales podrían ser plenamente protegidos por el Tribunal Europeo. Sin embargo, esta interpretación no ha sido incorporada por el Tribunal. Por una parte, hasta la fecha, la aplicación de este Protocolo ha sido excepcional.⁴⁷ Y, por otra parte, como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, el Protocolo 12 no atribuye al TEDH la competencia para verificar si un Estado ha reconocido y protege un derecho social, sino únicamente para pronunciarse respecto al derecho a no sufrir discriminación en el disfrute de dicho derecho social.⁴⁸

En los últimos años, y como consecuencia de la crisis económica generalizada, se han presentado numerosas demandas ante el TEDH contra los recortes de prestaciones sociales y, en concreto, de las pensiones. Amparándose en la interpretación que hemos visto, los demandantes alegaban violación del artículo 1 del Protocolo 1 en combinación con el artículo 14 del CEDH. Sin embargo, el Tribunal ha mantenido una postura más restringida en el reconocimiento de vulneraciones en estos casos.⁴⁹ Así, por ejemplo, en las decisiones de inadmisión *Frimu y otros vs. Rumania*, de 7 de febrero y 13 de noviembre de 2012, se afirma que las circunstancias económicas y sociales pueden justificar la reducción de las prestaciones sociales y que a estas reducciones debe aplicarse el principio de proporcionalidad.

⁴⁶ Sudre, Frédéric, “La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme...”, *cit.*, pp. 774-779.

⁴⁷ Sobre todo, debido a que este Protocolo no ha sido ratificado por todos los Estados parte del Convenio. La única vez que el TEDH ha considerado vulnerado el art. 1 del Protocolo 12 ha sido en el caso *Sejdic y Finci vs. Bosnia Hercegovina*, de 22 de diciembre de 2009, en un caso de discriminación étnica relativa a la posibilidad de concurrir a unas elecciones y, aun así, se declaró vulnerado también el art. 14 en combinación con el art. 3 del Protocolo 1.

⁴⁸ Morte Gómez, Carmen y Salinas Alcega, Sergio, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, *cit.*, pp. 388-391.

⁴⁹ Véase López Guerra, Luis, “Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, UNED, pp. 404-405.

ENCARNA CARMONA CUENCA

4.3. Ampliación del contenido de varios derechos reconocidos en el Convenio

En su jurisprudencia, el TEDH ha llevado a cabo una ampliación del contenido inicial de los derechos del Convenio para incluir nuevas facetas de los mismos, algunas de las cuales constituyen auténticos derechos sociales prestacionales. No solo el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo 1 al CEDH ha servido para este fin, también otros preceptos del Convenio han sido utilizados para proteger determinados derechos sociales de prestación. En particular, el TEDH ha argumentado con base en el derecho a la vida (art. 2), la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3) y el derecho a la vida privada y familiar (art. 8) para proteger el derecho a la protección de la salud, a la vivienda o a la protección social, entre otros.

El derecho a la vida del artículo 2 del CEDH ha sido utilizado por el Tribunal Europeo en combinación con la doctrina de las obligaciones positivas del Estado para salvaguardar —en mayor o menor medida— el derecho a la protección de la salud en los casos *Calvelli y Ciglio vs. Italia*, de 17 de enero de 2002, y *Oyal vs. Turquía*, de 23 de marzo de 2010. También se ha realizado esta interpretación (considerar incluidos en el ámbito de protección del art. 2 del CEDH nuevos contenidos sociales) en la decisión de inadmisión *Nitecki vs. Polonia*, de 21 de marzo de 2001, aunque finalmente no se otorgase la protección.

La prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes del artículo 3 del CEDH ha servido de base también para preservar el derecho a la protección de la salud en varios casos relativos a las condiciones sanitarias e higiénicas de las prisiones,⁵⁰ como veremos en el siguiente epígrafe.

Es más discutible considerar que se haya utilizado el artículo 3 del CEDH para garantizar la protección contra la pobreza. La interpretación tradicional mantenía un concepto muy riguroso de “tratos inhumanos y degradantes”, que no incluía la pobre-

⁵⁰ Por ejemplo, en el caso *Ananyev and others vs. Russia*, 10 de enero de 2012.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

za. Así, en la decisión *Volsem vs. Bélgica*, de 9 de mayo de 1990, el Tribunal inadmitió una demanda basada en el artículo 3 del CEDH, considerando que el corte de electricidad a una madre soltera de tres hijos por falta de pago no podía incluirse en el ámbito de aplicación de este precepto.

Sudre se preguntaba en 2003 si el concepto de “tratos degradantes” podría aplicarse a las condiciones de vida miserables que impone la pobreza extrema y la exclusión social (contempladas en el art. 30 de la Carta Social Europea revisada). El autor afirmaba que esta posibilidad no era del todo ilusoria a la vista de la decisión de inadmisibilidad *Larioshina vs. Rusia*, de 23 de abril de 2002, en la cual se afirmaba que:

El Tribunal considera que una demanda sobre la cuantía totalmente insuficiente de una pensión y de otras prestaciones puede, en principio, caer en el ámbito de aplicación del art. 3 del Convenio, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes. Sin embargo, sobre la base de los antecedentes del caso, el Tribunal no encuentra ningún indicio de que la cuantía de la pensión de la demandante y de las prestaciones sociales adicionales haya causado un daño en su salud física o mental capaz de alcanzar el mínimo de gravedad para caer en el ámbito de aplicación del art. 3 del Convenio.

Sin embargo, esta interpretación no se ha reiterado en casos posteriores. Al contrario, como hemos visto en el apartado 4.2, ante las demandas por las reducciones de las pensiones de los últimos años, el Tribunal ha opuesto las “circunstancias económicas y sociales” como justificación de los “recortes”.

El derecho a la vida privada y familiar ha servido de base para ciertas argumentaciones en las que se ampliaba su ámbito de protección para incluir contenidos relativos a la protección de la salud (caso *Roche vs. Reino Unido*, de 19 de octubre de 2005), la vivienda (decisión de inadmisibilidad *Marzari vs. Italia*, de 4 de mayo de 1999 y caso *Winterstein y otros vs. Francia*, de 17 de octubre de 2013) o la protección de las personas con discapacidad (decisión de inadmisibilidad *La Parola y otros vs. Italia*, de 30 de noviembre de 2000), aunque no siempre se haya otorgado la protección.

ENCARNA CARMONA CUENCA

5. EN ESPECIAL: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE PRESTACIÓN A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO

Como hemos visto más arriba,⁵¹ la doctrina de las obligaciones positivas del Estado, en la interpretación del TEDH, supone que los derechos garantizados en el Convenio no imponen únicamente a los Estados obligaciones de no injerencia, sino que también establecen obligaciones de realizar determinadas acciones —adoptar una legislación o determinadas políticas o llevar a cabo actuaciones materiales...—. Esta doctrina se ha aplicado fundamentalmente a los derechos civiles y políticos reconocidos en el CEDH, como también se ha puesto de manifiesto.

En principio, parecería que esta técnica interpretativa está particularmente indicada para proteger los derechos sociales de prestación y, de hecho, la primera vez que el TEDH argumentó con base en ella fue en un caso sobre el derecho a la educación.⁵² López Guerra se pregunta si la doctrina de las obligaciones positivas del Estado aplicada a algunos derechos clásicos, como el derecho a la vida (art. 2 del CEDH), el derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos y degradantes (art. 3 del CEDH) o el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH), podría servir para garantizar unas prestaciones sociales mínimas, unas condiciones básicas de subsistencia —mínimo vital, atención sanitaria, vivienda...—.⁵³

Sin embargo, en las ocasiones en que se ha utilizado con relación a estos derechos, el Tribunal se ha mostrado muy cauto, no la ha aplicado con el mismo “entusiasmo” que con relación a los derechos civiles y políticos.⁵⁴ Y esto, como pone de manifies-

⁵¹ Apartado 3.

⁵² En el *Caso Lingüístico Belga*, como se ha visto.

⁵³ López Guerra, Luis, “La protección de los derechos económicos y sociales...”, *cit.*, pp. 314-316; y López Guerra, Luis, “Crisis económica y derechos humanos...”, *cit.*, pp. 404-405.

⁵⁴ Sudre habla de “ilusión óptica” (*trompe l’oeil*) para referirse a la doctrina de las obligaciones positivas del Estado con relación a los derechos sociales. Véase Sudre, Frédéric, “La «permeabilité» de la Convention Européenne des Droits de l’Homme aux droits sociaux...”, *cit.*, p. 468.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

to Sudre, es expresión de una “voluntad deliberada”.⁵⁵ En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo destaca el amplio margen de apreciación de los Estados en cuanto a la adopción de las políticas sociales y mantiene una posición de deferencia con respecto a materias que requieren decisiones importantes sobre la distribución de recursos.⁵⁶

En la decisión de inadmisibilidad *Zehnalova y Zehnal vs. República Checa*, de 14 de mayo de 2002, el TEDH realiza unas interesantes afirmaciones de carácter general sobre las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del CEDH. Afirma que la frontera entre estas y las obligaciones negativas inherentes a este precepto es difusa y que, en cualquier caso, hay que tener en cuenta el equilibrio entre los derechos individuales y los intereses generales. Por ello, otorga un margen de apreciación al Estado. De forma muy significativa, se pregunta por la frontera entre los derechos del Convenio y los derechos de la Carta Social Europea para responder que, aunque ciertamente, la continua evolución de la sociedad europea requiere cada vez mayores esfuerzos de los gobiernos nacionales para hacer frente a los déficits de protección de derechos sociales y para intervenir cada vez más en las relaciones entre particulares, existen unos límites en cuanto al reconocimiento de las obligaciones positivas del Estado. En este caso, la demandante alegaba que la falta de accesos especiales para personas con discapacidad a ciertos edificios abiertos al público vulneraba el artículo 8 del CEDH y que existían obligaciones positivas del Estado para garantizar estos accesos. El Tribunal consideró que solo cuando la deficiencia afectase al núcleo del derecho a la vida privada y familiar de la interesada —a su desarrollo personal y a sus relaciones con otras personas— podría hablarse de obligaciones positivas del Estado, lo que no sucedía en este caso, y consideró inaplicable el artículo 8 del CEDH.

La técnica de las obligaciones positivas del Estado ha sido aplicada, con mayor o menor fortuna, a algunos derechos socia-

⁵⁵ Sudre, Frédéric, “La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme...”, *cit.*, p. 764.

⁵⁶ Binder, Christina y Schobesberger, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales...”, *cit.*, p. 106.

ENCARNA CARMONA CUENCA

les de prestación. Aquí me referiré a dos derechos que han sido objeto de diversos pronunciamientos del TEDH: protección de la salud y vivienda.

5.1. El derecho a la protección de la salud

Entre las sentencias que se han ocupado del derecho a la protección de la salud, se pueden distinguir las que se refieren a la asistencia sanitaria o a prestaciones sanitarias y las que se refieren a la actuación del Estado para prevenir daños a la salud causados por catástrofes medioambientales o industrias contaminantes y peligrosas. Mientras que la definición de las obligaciones positivas relacionadas con esta actividad preventiva se ha realizado de manera más clara y completa, la definición de un pretendido derecho a la asistencia sanitaria no ha llegado a formularse de modo concluyente, salvo en algunos casos muy concretos, como veremos.

Sobre las obligaciones positivas del Estado con relación a la prevención de daños causados por catástrofes medioambientales, se ha pronunciado el TEDH en la sentencia *Budayeva y otros vs. Rusia*, de 20 de marzo de 2008, en la que reconoció vulneración del artículo 2 del CEDH por la falta de protección del Estado en un caso de deslizamientos de tierras que habían causado la muerte de varias personas. Y, con relación a los daños causados por industrias o actividades contaminantes o peligrosas, se pronunció el Tribunal en el caso *López Ostra vs. España*, de 9 de diciembre de 1994.⁵⁷ En esta sentencia se reconoció la vulneración del artículo 8 del CEDH, debido a la falta de protección estatal frente a las emanaciones de humos, olores y ruidos de una industria situada junto a la vivienda de la demandante, que había causado problemas de salud a su familia.

Una síntesis de las obligaciones positivas estatales en estos casos puede verse en el caso *Tatar vs. Rumania*, de 27 de enero de 2009, que trae causa de un grave accidente ecológico ocasionado por una industria minera. En él se enumeran las obligaciones

⁵⁷ También en el caso *Öneryildiz vs. Turkey*, de 30 de noviembre de 2004.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

estatales en la materia derivadas del artículo 8 del CEDH: poner en marcha un marco legislativo y administrativo dirigido a la prevención efectiva del daño al medioambiente y la salud humana; garantizar la protección efectiva de los ciudadanos cuyas vidas podrían estar expuestas a los peligros inherentes a la industria en cuestión; realizar las investigaciones y estudios apropiados, con el fin de prevenir y evaluar de antemano las consecuencias de las actividades que puedan causar daños; garantizar el acceso público a los resultados de estos estudios, así como a la información general, para evaluar el peligro al que cada uno se expone y, por fin, asegurar que las personas afectadas sean capaces de acudir a los tribunales contra cualquier decisión, acto u omisión si consideran que sus intereses no se han tenido suficientemente en cuenta en el proceso de toma de decisiones.⁵⁸ En esta sentencia se consideró vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH.

Sobre el derecho a la asistencia sanitaria, puede citarse, en primer lugar, el caso *Berktaş vs. Turquía*, de 1 de marzo de 2001, que afirmó, como *obiter dictum* y sin extraer mayores consecuencias, la obligación positiva del Estado, en virtud del artículo 2 del CEDH, de “proteger la vida del individuo contra terceros o contra el riesgo de enfermedad”.

El derecho a la asistencia sanitaria fue el objeto de la ya citada decisión de inadmisibilidad *La Parola y otros vs. Italia*. Los demandantes alegaban que los Estados parte del Convenio habían asumido la obligación de asegurar a todos los ciudadanos y, en particular, a los menores y personas con discapacidad, los derechos a la vida y a la salud, lo que se traducía en el derecho a una asistencia sanitaria efectiva. El Tribunal admitió la existencia de obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 8 del CEDH, pero, sin definir las, consideró que el comportamiento de este se había ajustado a esas obligaciones, dada la cuantía de los subsidios que recibían los demandantes por su condición de personas con discapacidad.

En el ya citado caso *Calvelli y Ciglio vs. Italia*, los demandantes alegaron vulneración del derecho a la vida por el fallecimiento

⁵⁸ TEDH, *Tatar vs. Rumania*, 27 de enero de 2009, párr. 88.

ENCARNA CARMONA CUENCA

de su hijo como consecuencia de negligencia médica en el parto, que tuvo lugar en una clínica privada. El Tribunal consideró que, en virtud del artículo 2 del CEDH, el Estado estaba obligado a tener establecido un marco reglamentario que requiriera a los hospitales, tanto públicos como privados, a la adopción de medidas adecuadas para asegurar la protección de la vida de sus enfermos y también un sistema judicial que permitiera la investigación de los casos de defunciones de personas que se encontraran bajo la responsabilidad de profesionales de la sanidad. En este caso no se estableció finalmente la vulneración del derecho a la vida, porque los demandantes habían llegado a un acuerdo con los responsables de la clínica, pero el Tribunal afirmó claramente que el artículo 2 del CEDH incluía determinadas obligaciones positivas del Estado tendentes a proteger la salud de las personas bajo su jurisdicción, lo que puede verse como un reconocimiento implícito del derecho a la protección de la salud.

De forma más clara, el TEDH estableció una serie de obligaciones positivas del Estado derivadas del artículo 2 del CEDH en el caso *Oyal vs. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, en el que se había producido un contagio de VIH a través de una transfusión sanguínea en el momento del nacimiento del demandante. Las obligaciones definidas consistían en varios deberes del Estado: impedir la transmisión del VIH a través de las transfusiones, prestar asistencia sanitaria total y gratuita a los infectados por este medio, ofrecer un tratamiento apropiado e investigar las negligencias médicas en relación con el contagio de VIH. En este caso, en que el Tribunal estimó producida una vulneración del artículo 2 del CEDH, se tuvo en cuenta la responsabilidad indirecta del Estado en el momento de producción del daño.⁵⁹

En la Decisión de Inadmisión *Nitecki vs. Polonia*, de 21 de marzo de 2001, el demandante alegaba la vulneración del artículo 2 del CEDH por la negativa del Estado de reembolsarle el coste íntegro de un medicamento que era imprescindible para mantener su vida. Aunque no se admitió a trámite la demanda porque el Estado había abonado 70% del coste del medicamento, lo cual

⁵⁹ Binder, Christina y Schobesberger, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales...”, *cit.*, p. 111.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

se consideró adecuado por el Tribunal en este caso, se afirmó expresamente que:

En lo que respecta al alcance de las obligaciones positivas del Estado en materia de prestación de servicios de salud, el Tribunal ha señalado que la cuestión puede plantearse bajo el ámbito de aplicación del art. 2 cuando se demuestre que las autoridades de un Estado parte ponen en peligro la vida de un individuo mediante la negación de la asistencia sanitaria que se han comprometido a poner a disposición de la población en general.

En el caso *Roche vs. Reino Unido*, de 19 de octubre de 2005, el demandante sufría diversos problemas de salud que él consideraba consecuencia de su participación en varias pruebas con gas mostaza y gas nervioso realizadas bajo los auspicios de las Fuerzas Armadas Británicas. El Tribunal recordó los requisitos para considerar que existe una obligación positiva del Estado: “Para saber si existe tal obligación, es preciso tener en cuenta el justo equilibrio entre el interés general y los intereses contrapuestos del individuo en cuestión”.⁶⁰ Aunque el Tribunal desvinculó algunos de los padecimientos del demandante de las pruebas realizadas, estimó que la falta de información sobre las consecuencias de tales pruebas causó al demandante una gran incertidumbre y fue causa de sus problemas de estrés y ansiedad. Por ello, consideró vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH.

Los casos en los que sí se ha establecido claramente una obligación positiva del Estado de prestar asistencia sanitaria completa son los relativos a las personas que se encuentran bajo la custodia del Estado, esto es, las personas detenidas y la población reclusa. Así se ha afirmado, aun sin mencionar expresamente el término *obligación positiva*, en los casos *Ananyev y otros vs. Rusia*, ya citado, y *Iacov Stanciu vs. Rumania*, de 24 de julio de 2012, entre otros. Sí habla de obligaciones positivas la sentencia piloto *Torreggiani vs. Italia*, de 8 de enero de 2013, en la que se afirma que el Estado tiene la obligación positiva de asegurarse de que una persona detenida esté en condiciones de que sean compati-

⁶⁰ TEDH, *Roche vs. United Kingdom*, 19 de octubre de 2005, párr. 157.

ENCARNA CARMONA CUENCA

bles con el respeto a la dignidad humana, que no se le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente.⁶¹

5.2. El derecho a la vivienda

Con relación al derecho a la vivienda, existen varias sentencias y decisiones de las que se puede deducir que el Tribunal no reconoce un derecho subjetivo a obtener una vivienda ni una obligación del Estado de garantizar una vivienda a las personas bajo su jurisdicción, según hemos visto. Sin embargo, en varios pronunciamientos se establecen diferentes tipos de obligaciones positivas con relación a la vivienda, en las que se muestra que el Tribunal no es indiferente a este derecho reconocido en el artículo 31 de la Carta Social Europea revisada.

En la mencionada decisión *Marzari vs. Italia*, el demandante era una persona con discapacidad que había dejado de pagar el alquiler del apartamento donde vivía, porque este no se adaptaba a sus necesidades especiales y hasta tanto se llevaran a cabo las reformas necesarias. Como consecuencia de ello, fue desalojado de esta vivienda. La demanda fue inadmitida porque el Tribunal entendió que las autoridades locales habían cumplido sus obligaciones positivas con relación al artículo 8 del CEDH —pusieron a disposición del demandante otro apartamento— pero, aunque no concretó en qué consistían tales obligaciones, realizó unas afirmaciones interesantes:

El Tribunal considera que, si bien el artículo 8 no garantiza la resolución por parte del Estado de los problemas relacionados con la vivienda, el que el Estado rehúse la asistencia a una persona con una discapacidad grave puede incluirse en el ámbito de aplicación del art. 8 debido al impacto negativo de esta decisión en la vida privada de la persona.

⁶¹ TEDH, *Torregiani vs. Italy*, 8 de enero de 2013, párr. 65.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

En la decisión de inadmisión *Codona vs. Reino Unido*, de 7 de febrero de 2006, el Tribunal especificó más en qué consistiría la obligación positiva del Estado derivada del artículo 8 del CEDH con relación al acceso a la vivienda de una familia gitana: El Estado debía facilitar su modo de vida nómada, aunque solo en el caso de que existiese un espacio adecuado para ello, lo que no se daba en la especie.

Por el contrario, en el caso *Moldovan y otros vs. Rumania*, de 12 de julio de 2005, el Tribunal apreció vulneración de los artículos 3 y 8 del CEDH por incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado. En este caso, en el que agentes privados con la participación de agentes estatales habían demolido las viviendas de los recurrentes, la sentencia estableció que el Estado había incumplido sus obligaciones positivas de respeto y protección de la vida privada y familiar de las personas bajo su jurisdicción, lo que incluye la protección de sus hogares. No queda claro, sin embargo, en qué deben consistir estas obligaciones positivas y, además, otorga un margen de apreciación al Estado que, en este caso, fue excedido.

Algo más claro en la determinación de las concretas obligaciones positivas con respecto a la vivienda, fue la sentencia dictada en el citado caso *Öneryildiz vs. Turquía* que estableció vulneración del artículo 1 del Protocolo 1 al CEDH —derecho de propiedad— por la destrucción de la vivienda del recurrente, causada por una explosión de gas metano producida en un vertedero próximo a dicha vivienda (así como vulneración del art. 2 del CEDH —derecho a la vida— por la muerte de nueve parientes del demandante en dicha explosión). Es interesante destacar que esta vivienda había sido construida ilegalmente, sin la correspondiente autorización oficial. Aun así, las autoridades habían tolerado esta vivienda por varios años, con lo que se había producido un reconocimiento *de facto* del interés patrimonial del recurrente y su familia en dicha vivienda. La sentencia reconoce vulneración de las obligaciones positivas sustantivas y procedimentales del Estado en relación con el derecho a la vida del artículo 2 del CEDH, pero también examina la cuestión desde el punto de vista del artículo 1 del Protocolo 1 al CEDH —derecho de propiedad—. Y concluye que el Estado incumplió sus obligaciones positivas de

ENCARNA CARMONA CUENCA

proteger la propiedad del recurrente, que consistían en medidas de protección para impedir la destrucción de su vivienda.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aunque los derechos sociales de prestación no están expresamente reconocidos en el CEDH (salvo el derecho a la educación del art. 2 del Protocolo 1), el Tribunal Europeo, en su jurisprudencia, ha protegido de alguna forma varios de estos derechos, como el derecho a la protección de la salud, a la vivienda, a la protección social o a la protección de las personas con discapacidad. Para ello ha utilizado varias técnicas, en especial, la inclusión de estos derechos sociales prestacionales en el ámbito de protección de alguno de los derechos que sí están protegidos en el Convenio, en especial, el derecho a la vida (art. 2), la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes (art. 3), el derecho a la vida privada y familiar (art. 8) y el derecho de propiedad (art. 1, Protocolo 1).

Otra de las técnicas utilizadas ha sido la doctrina de las obligaciones positivas del Estado. Pero el TEDH ha aplicado esta doctrina en mucha mayor medida con relación a los derechos civiles y políticos que con relación a los derechos sociales de prestación. No es solo porque estos últimos no están expresamente reconocidos en el Convenio Europeo —con la salvedad indicada—, sino también porque el Tribunal ha considerado que las decisiones sobre el gasto que implica la garantía de estos derechos prestacionales es una decisión que, en general, le corresponde adoptar a los Estados y, concretamente, al poder legislativo y al poder ejecutivo estatales. En este punto, el Tribunal de Estrasburgo ha adoptado una postura de autocontención y ha dejado un amplio margen de apreciación a los Estados en la determinación del contenido concreto de las obligaciones derivadas de derechos como la protección de la salud, la vivienda, la protección social o, incluso, el derecho a la educación —caso *Lingüístico Belga*, de 1968—. Así, en la decisión de inadmisibilidad *Zehnalova y Zehnal vs. República Checa* (de 2002) consideró, en una interpretación restrictiva, que las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del CEDH en lo referente a la protección de las personas con dis-

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

capacidad solo podían afirmarse cuando la deficiencia afectaba al núcleo del derecho a la vida privada y familiar, lo que no sucedía en este caso.

Aun así, existen varias sentencias y decisiones en las que el Tribunal impone obligaciones positivas a los Estados derivadas de ciertos derechos sociales de prestación. En algunas de estas resoluciones se habla de ciertas obligaciones positivas del Estado sin definirlas detalladamente —caso *Berktoy vs. Turquía*, de 2001, sobre la asistencia sanitaria— y en otras se reconoce la existencia de ciertas obligaciones positivas, pero se deniega la protección porque se considera que el Estado ha cumplido adecuadamente con ellas —*Nitecki vs. Polonia*, de 2001, sobre asistencia sanitaria; *La Parola y otros vs. Italia*, de 2000, sobre asistencia sanitaria y protección de las personas con discapacidad o *Marzari vs. Italia*, de 1999, sobre el derecho a la vivienda—.

Finalmente, existen algunas sentencias en las que el Tribunal detalla cuáles son esas obligaciones —incluso hay casos en que condena al Estado por incumplirlas—. Esto ha sucedido, en primer lugar, cuando se han producido unos daños en los que existe una responsabilidad directa o indirecta del Estado —*Tatar vs. Rumania*, de 2009, y *Oyal vs. Turquía*, de 2010, sobre protección de la salud y *Öneryildiz vs. Turquía*, de 2004, sobre el derecho a la vivienda—. En segundo lugar, también se han afirmado concretamente cuáles son las obligaciones positivas derivadas de derechos sociales de prestación cuando se trata de personas que están bajo la tutela directa del Estado, como los detenidos y los internos en prisiones —*Torreggiani vs. Italia*, de 2013, sobre protección de la salud y el bienestar—. Lo mismo se ha hecho en casos relativos a personas especialmente vulnerables, como la minoría gitana —*Codona vs. Reino Unido*, de 2006, sobre el derecho a la vivienda—.

Se puede afirmar que la protección de los derechos sociales de prestación ofrecida por la doctrina de las obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es todavía incipiente y poco desarrollada. Pero marca un camino que habrá que seguir explorando en el futuro. Es cierto que son los Estados quienes deben tomar la iniciativa en la protección de estos derechos, pero también es cierto que las instancias interna-

ENCARNA CARMONA CUENCA

cionales tienen un importante papel que cumplir. Como el mismo Tribunal reconoció en la decisión de inadmisibilidad *Zehnalova y Zehnal vs. República Checa*, la continua evolución de la sociedad europea requiere cada vez mayores esfuerzos de los gobiernos nacionales para hacer frente a los déficits de protección, de los derechos sociales. En mi opinión, cuando un Estado incumpla de forma flagrante con el mínimo exigible de protección, según los estándares internacionales comúnmente aceptados, los tribunales internacionales y, de forma especial por la vinculatoriedad de sus sentencias, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede y debe obligarle a adaptar su legislación y sus políticas a esos estándares mínimos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.
- Alexy, Robert (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- Bastida, Francisco J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentación de los derechos”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales-CEPC, 2008, vol II.
- Binder, Christina y Schobesberger, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales ¿Nuevas tendencias en la jurisprudencia?”, en Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio; Saiz Arnáiz, Alejandro y Morales Antoniazzi, Mariela, *La garantía jurisdiccional de los derechos humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2015.
- ; Hofbauer, Jane A.; Piovesan, Flávia; Steiner, Anna Zoe y Steiner, Elisabeth (eds.), *Social Rights in the Case Law of Re-*

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

- gional Human Rights Monitoring Institution*, Amberes-Viena-Graz, Intersentia, 2016.
- Carmona Cuenca, Encarna, “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 y Protocolo nº 12”, en: García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2014.
- , “¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales-CEPC, 2008, vol II.
- Chatton, Gregor T., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, UNED.
- , *Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels*, Génova, Shulthess Médias Juridiques, 2013.
- Clements, Luke y Simmons, Alan, “European Court of Human Rights. Sympathetic Unease”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008.
- Daugareilh, I., “La Convention Européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et la protection social”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, vol. 37, núm. 1, 2001.
- Díaz Crego, María, “Derechos sociales y amparo constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012.
- Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela anti-discriminatoria*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- , “Indivisibilidad y derechos sociales. De la Declaración Universal a la Constitución”, en *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2012, Universidad Olavide.
- Forsthoff, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, en Abendroth, Wolfgang; Forsthoff, Ernst y Dohering, Karl, *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986.

ENCARNA CARMONA CUENCA

- García Roca, Javier, *El margen de apreciación en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Madrid, Civitas, 2010.
- Jimena Quesada, Luis, “La jurisprudencia europea sobre derechos sociales”, en Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, IJ-UNAM-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht un Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, 2011.
- Kenna, Padraic, “El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en *Revista de Derecho Político*, núm 74, 2009, UNED.
- Koch, Ida E., *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
- Laporta San Miguel, Francisco Javier, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón Carrillo, Jerónimo (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, 2004, Madrid, CEPC.
- López Guerra, Luis, “Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, UNED.
- , “La protección de los derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, París, Dalloz, 2014.
- Malinverni, G., “The Protection of Social Rights in the Case Law of the European Court of Human Rights”, en Hanschel, D.; Graf von Kielmansegg, S.; Kischel, U. y Lorz, R. A. (ed.), *Praxis des internationalen Menschenrechtsschutzes. Entwicklung und Perspektiven*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2008.

Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado...

- Morte Gómez, Carmen y Salinas Alcega, Sergio, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Embid Irujo, Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009.
- Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- Pérez Alberdi, M. Reyes, “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Terol Becerra, Manuel y Jimena Quesada, Luis (dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Pisarello, Gerardo (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: Potencialidades y límites*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio, “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en García Roca, Javier; Fernández, Pablo Antonio; Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl (eds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2012.
- Sudre, Frédéric, “La «permeabilité» de la Convention Européenne des Droits de l’Homme aux droits sociaux”, en *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mougeon*, Bruselas, Bruylant, 1998.
- , “La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme: «un exercice de jurisprudence fiction»?”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, núm. 55, 2003.
- Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres-Nueva York, Routledge, 2012.

PARTE III
Textos y contextos: el derecho a la salud
a propósito de *Poblete Vilches*

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de *Poblete Vilches vs. Chile*

Pedro A. Villarreal*

1. INTRODUCCIÓN

En la medida en que las necesidades de salud de la sociedad están sujetas a una constante transformación, las obligaciones derivadas del derecho a la salud deben mantenerse a la par. Por un lado, los contenidos de este derecho necesitan adaptarse también a los cambios tecnológicos en el ámbito de la medicina y en el de la salud pública. Pero, por otro lado, a pesar de los notables avances científicos desde el surgimiento formal de las obligaciones del Estado frente a la salud de la población —o quizá debido a ellos—, los obstáculos para la obtención del “más alto nivel posible de salud”, conforme al Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), han ido de la mano de la llamada transición epidemiológica, conforme a la cual la población pasó de una mayor incidencia de enfermedades infectocontagiosas, a una creciente prevalencia de enfermedades crónico-degenerativas.¹

* Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Algunos pasajes de este capítulo han sido tomados de la tesis doctoral del autor, sustentada en la UNAM.

¹ Gómez-Dantés, Octavio *et al.*, “Sistema de salud de México”, en *Salud Pública de México*, vol. 53, supl. 2, 2011, p. 222.

PEDRO A. VILLARREAL

La reciente sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Poblete Vilches vs. Chile*² es un reflejo de estas circunstancias. A lo largo de este capítulo se arguye que el camino que se debe recorrer para la cabal satisfacción del derecho a la salud transita inevitablemente por su dimensión colectiva. Ello también se desprende del contenido de la observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), que se erige como una interpretación autoritativa, si bien legalmente no vinculante, del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Lo anterior permite precisar, con mayor detalle, cuáles son las obligaciones de los Estados, tanto desde su dimensión individual como desde su dimensión colectiva. Entre los que conforman a esta última se encuentran los distintos elementos que deben presentar los servicios de salud, y en estas líneas se subraya el de la *calidad* como un factor *sine qua non*.

A raíz de lo anterior, esta contribución se centra en el derecho a la salud en su vertiente tanto internacional, a partir del artículo 12 del PIDESC, como regional latinoamericana, particularmente a partir del contenido del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Aun cuando este último instrumento no prevé el derecho a la salud de manera explícita,³ la sentencia dictada recientemente en el caso *Poblete Vilches vs Chile* ante la Corte IDH da un salto en este sentido, al alejarse de casos previos en los que se adoptaba el llamado “enfoque indirecto”, consistente en la protección a través de la

² Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349. Para una exposición de los hechos de este caso, véase también en este volumen Liliana Ronconi, “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?”.

³ Por el contrario, este derecho se encuentra previsto a nivel regional en el artículo 10 del Primer Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”, que entró en vigor en 1999. Sin embargo, al no haber ratificado Chile dicho Protocolo, la Corte IDH no aplicó su contenido en la sentencia del caso *Poblete Vilches vs. Chile*.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

invocación del derecho a la vida (art. 4 de la CADH) y a la integridad personal (art. 5.1 de la CADH).⁴ Ahora bien, el reto que se describe en estas líneas no es en absoluto exclusivo del ámbito internacional. Por el contrario, algunos órganos jurisdiccionales nacionales en América Latina, como la Corte Constitucional de Colombia, también se han enfrentado a los retos sistémicos de los sistemas de salud a través de la emisión de sentencias estructurales que proporcionan lineamientos para las autoridades en materia de prestación de servicios médicos.⁵ Sin embargo, la amplia divergencia de los criterios de interpretación judicial a través de distintos contextos nacionales implica que, por el momento, no se puede asumir un modelo único como exportable. En ese sentido, no se puede pasar por alto la irresoluta problemática relativa al papel del juez en la tutela del derecho a la salud a nivel colectivo. El criterio de resolver problemas estructurales a través de sentencias judiciales de amplio alcance no es aceptado en todas las jurisdicciones.

Dicho esto, el presente capítulo no aporta argumentos a favor o en contra de uno u otro enfoque judicial. Más bien, el objetivo del presente trabajo estriba en proporcionar mayores elementos encaminados a delinear la dimensión colectiva del derecho a la salud en lo referente a los servicios que los Estados están obligados a proporcionar y, específicamente, en el *cómo* deben proporcionarlos. En aras de tender un puente entre los ámbitos internacional general y el regional interamericano, se abordarán, en conjunto, la observación general 14 del Comité DESC, distintas resoluciones y reportes de organismos internacionales y regionales, para, por último, ligarlos a algunos de los argumentos vertidos en las sentencias de la Corte IDH en los casos *Albán*

⁴ Para mayor información sobre la adopción de este enfoque por la Corte IDH, véase Parra Vera, Óscar, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Clérico, Laura; Aldao, Martín y Ronconi, Liliana (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 762.

⁵ Véase particularmente la sentencia T-760 de 2008 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, relacionada con la garantía del acceso a los servicios de salud para diversos sectores de la población.

PEDRO A. VILLARREAL

Cornejo y otros vs Ecuador,⁶ *Suárez Peralta vs. Ecuador*,⁷ *Ximenes Lopes vs. Brasil*⁸ y, por último, *Poblete Vilches vs. Chile*.

2. EL DERECHO A LA SALUD EN LOS ÁMBITOS INTERNACIONAL Y REGIONAL: COMPONENTES GENERALES

El derecho humano a la salud y sus distintas formulaciones en los tratados sobre derechos humanos ha sido y sigue siendo fuente de inspiración normativa y compromisos en el ámbito internacional. Recientes avances en esta temática han robustecido la meta de superar la pregunta relativa a si este derecho podía ser algo más que una aspiración programática.⁹ Este debate incluye también al resto de los DESC en general, especialmente en lo tocante al problema consistente en cómo individualizarlos.¹⁰

⁶ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171.

⁷ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2003. Serie C, núm. 261.

⁸ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149.

⁹ Algunos señalan que el derecho a la salud ha adquirido una presencia más central dentro de los debates políticos nacionales. En este sentido, véase Harrington, John y Stuttaford, Maria, "Introduction", en Harrington, John y Stuttaford, Maria (eds.), *Global Health and Human Rights*, Estados Unidos, Routledge, 2010, p. 5. Para una visión crítica de esta afirmación, véase Tobin, John, *The Right to Health in International Law*, Estados Unidos, Oxford University Press, 2012, pp. 3 y 6; sin embargo, este último autor también reconoce la creciente presencia del derecho a la salud en los respectivos debates.

¹⁰ Se ha hecho constante énfasis en superar la división entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales. Véanse los Principios de Limburgo de 1986, relativos a la aplicación del PIDESC; asimismo, las Directrices de Maastricht sobre las Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997, en su párr. 4. Véase también Aguilar Cavallo, Gonzalo, "¿Son los derechos sociales solo aspiraciones? Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Bogdandy, Armin von et al. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, IJ-UNAM-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Re-

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

La Corte IDH aludió a un “consenso regional” en cuanto a la consagración del derecho a la salud a nivel nacional.¹¹ Empero, ello deja pendiente la cuestión relativa a la aplicación de este derecho a casos particulares, pues es necesario tomar en cuenta las características de cada país en cuanto a las modalidades de provisión de servicios de salud, en el entendido de que no hay un solo “modelo ganador”. Ahora bien, el hecho de que cada país represente un contexto diferente para el ejercicio del derecho a la salud no le resta fuerza normativa, sino que más bien, es un recordatorio de por qué este derecho requiere de una implementación calibrada, dependiendo del diseño institucional elegido por cada país.¹² De este modo, ante la ausencia de “balas mágicas” (*magic bullets*)¹³ para lidiar con las deficiencias de los sistemas de salud, la problemática adquiere un talante multifactorial en el que hay intersecciones. Las siguientes líneas se centran en algunas de estas últimas, tomadas a partir de la normativa internacional y regional-interamericana, así como de diversos textos,

cht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 198-199.

- ¹¹ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párr. 113.
- ¹² Un ejemplo de un marco conceptual que pudiese servir de referencia para emprender comparaciones a lo largo de distintos sistemas de salud, es el uso de los llamados “tipos ideales”, en el sentido weberiano, que permiten extraer rasgos generales para elaborar clasificaciones. Así, la mayoría de los países de América Latina, Chile incluido, se encontrarían en un modelo estilo “bismarckiano”, en el que los servicios son financiados, en mayor o menor medida dependiendo del país, por contribuciones de empleadores y empleados a la seguridad social, y la provisión de los servicios de salud ocurre, también en mayor o menor medida, a través de entes tanto públicos como privados. Por supuesto, cabe aclarar que los tipos ideales no existen en su forma pura, sino que se trata de aproximaciones. Para mayores detalles, véase las propuestas de clasificación en Wendt, Claus; Frisina, Lorraine y Rothgang, Heinz, “Healthcare System Types: A Conceptual Framework for Comparison”, en *Social Policy & Administration*, vol. 43, núm. 1, 2009, pp. 70 y ss.
- ¹³ La expresión es a menudo empleada en el ámbito médico para referirse a la investigación y desarrollo de nuevos productos farmacéuticos capaces de combatir una enfermedad, por lo general transmisible, de manera eficaz. Véase Fauci, Anthony S. y Morens, David M., “The Perpetual Challenge of Infectious Diseases”, en *The New England Journal of Medicine*, vol. 366, núm. 5, feb, 2014, pp. 454-461.

instrumentos interpretativos y directrices de carácter jurídico no vinculante.

3. BREVE SEMBLANZA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN TORNO AL DERECHO A LA SALUD

Ya sea a partir de su codificación en un instrumento jurídico, o bien si se postula su existencia con independencia de la codificación, lo cierto es que, por cuestiones pragmáticas, el origen de los derechos humanos en el ámbito internacional se remonta a su configuración o positivización en determinados instrumentos jurídicos. Por tanto, el hecho de que se citen tratados como punto de referencia para el surgimiento de un derecho no implica afirmar que solo existiría a partir de ese momento. Hecha esta aclaración, a continuación se introducen algunos de los principales instrumentos, tanto internacionales como regionales, en los que se consagra el derecho a la salud de manera explícita.

3.1. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud

El primer instrumento normativo a nivel internacional que introdujo una definición legal de salud fue la Constitución de la OMS. Su entrada en vigor, en abril de 1948, precede incluso a la emisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en diciembre del mismo año. Así, la entrada en vigor de la citada Constitución es un logro emblemático en lo relativo al derecho fundamental al “goce del grado máximo de salud que se pueda lograr”, tal como lo estipula su preámbulo.¹⁴ Sin embargo, a pesar del carácter innovador que esta definición de salud tuvo en su momento, la misma resulta imprecisa para la formulación de políticas públicas concretas, en atención a la vaguedad de su formulación.¹⁵ Por ello, el alcance de esta definición requiere ser

¹⁴ Es difícil exagerar la importancia histórica de este documento para la promoción del derecho a la salud. Véase Tobin, John, *The Right to Health in International Law...*, cit., pp. 27-30.

¹⁵ Tobar, Federico, “Salud Pública y derecho a la salud”, en Laura Clérico, Martín Aldao y Liliana Ronconi (eds.), *Tratado de derecho a la Salud...*, cit., p. 4.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

complementado por otros instrumentos que le doten de elementos más precisos.

3.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El surgimiento paralelo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son una muestra de los vestigios, todavía visibles, del entorno de la Guerra Fría en medio del cual fueron discutidos y, posteriormente, entraron en vigor.

En lo que concierne al tema de esta contribución, el artículo 12 del PIDESC dota de mayor contenido normativo al derecho a la salud. Dicho artículo contempla cuatro supuestos de medidas que deberán ser implementadas a fin de atender la referida obligación. La que interesa en el presente caso es la siguiente:

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

[...]

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.¹⁶

La recepción internacional del PIDESC contribuye a ilustrar la presencia extendida del derecho a la salud,¹⁷ pues este instru-

¹⁶ Además de esta circunstancia, vale la pena recalcar que, salvo en el caso del Gobierno de la India, no se han formulado observaciones, comentarios y/o reservas al contenido del art. 12, por lo que los países firmantes han aceptado, prácticamente en su totalidad, la obligación de velar por el respeto al derecho a la salud en todas las variantes que prevé el PIDESC.

¹⁷ Para robustecer esta afirmación, se ha detectado que todos los países han suscrito al menos un tratado internacional que consagra el derecho a la salud. Véase Gostin, Lawrence y Sridhar, Devi, "Global Health and the Law", en *New England Journal of Medicine*, vol. 370, núm. 18, may, 2014, p. 1736.

PEDRO A. VILLARREAL

mento, a la fecha, ha sido ratificado por 167 países,¹⁸ entre los que se encuentran todos los pertenecientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁹ Tal como se advierte del texto apenas transcrito, una de las obligaciones de los Estados derivada del derecho a la salud en este Pacto es la de proporcionar asistencia y servicios médicos para todos, sin distinción. De este modo, el PIDESC esclarece en mayor medida la dimensión positiva de este derecho, pues indica ejemplos de actividades que estarán a cargo de los Estados. Esta aportación no es baladí, sobre todo si se le compara con el marco más vago proporcionado por la Constitución de la OMS.²⁰

3.3. Derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Anteriormente, y hasta épocas muy recientes, el artículo 26 de la CADH carecía de aplicación directa en los casos contenciosos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos,²¹ por lo que,

¹⁸ Así se advierte de la página web oficial de las Naciones Unidas, en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=IV-3&chapter=4&lang=en

¹⁹ El PIDESC ha sido citado en Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, particularmente en los párrs. 114, 120-122.

²⁰ De hecho, un análisis de la creación del proyecto del art. 12 del PIDESC muestra que la redacción de este artículo estuvo orientada por un afán de expandir el contenido del derecho a la salud, a partir de su consagración inicial en la Constitución de la OMS. Véase Mason Meier, Benjamin, “Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the Right to Health for Public Health Advancement”, en *Stanford Journal of International Law*, vol. 46, núm. 1, 2010, pp. 8-25.

²¹ Esta tendencia ya se advierte en Melish, Tara J., “The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 375-376. Como ejemplo de posturas en contra de la aplicación directa del art. 26 CADH, véanse los votos concurrentes de los jueces Humberto Antonio Sierra Porto y Alberto Pérez Pérez en Corte IDH. *Caso Gonzales Llu y otras vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

en términos generales, los DESC habían sido pasados por alto en casos individuales. Ello también había sido motivo de críticas, en tanto los artículos 1 y 2 de la Convención Americana no distinguen entre derechos civiles y políticos y DESC tratándose de las obligaciones para los Estados.²² Sin embargo, ya se ha señalado el giro que aconteció en el Sistema Interamericano a partir de la interpretación de la Corte IDH en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*.²³

Además de la estipulación general del artículo 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el derecho a la salud está previsto en el Primer Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”, que entró en vigor en 1999. En su artículo 10.2.a dicho Protocolo establece lo siguiente:

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

²² Véase también García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, jul-dic, 2003, p. 139; asimismo, Curtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Curtis, Christian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 2-29; en el mismo sentido, la contribución de Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2018, p. 194.

²³ Sin embargo, este giro no gozó de una aceptación unánime entre los jueces que debatieron la sentencia. Véase el voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto en Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, núm. 349.

PEDRO A. VILLARREAL

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

El contenido de este precepto es similar al del diverso artículo 12 del PIDESC, con algunas variaciones que podrían considerarse menores.²⁴ La redacción del artículo no ilustra por sí misma qué es lo que distingue al Sistema Interamericano de Derechos Humanos de otros ámbitos jurídicos, como el internacional en general. Hace falta, pues, acudir a las interpretaciones que se les ha dado a los distintos preceptos en casos particulares relacionados con la observancia del derecho a la salud en el espacio latinoamericano. Aunado a ello, en el caso *Poblete Vilches vs. Chile* salta a la vista uno de los principales interrogantes en torno al Protocolo de San Salvador: La Corte IDH no hace referencia alguna a este instrumento en la sentencia, en el entendido de que Chile no lo ha ratificado y, por tanto, invocarlo para atribuir responsabilidad podría resultar en la aplicación extensiva del Protocolo a un país que ha optado de manera explícita por no suscribirlo. Al mismo tiempo, esto suscita incertidumbre respecto del valor agregado del Protocolo de San Salvador tratándose de casos individuales,²⁵ como lo es la cuestión de si generaría algún tipo de obligación autónoma en el caso del derecho a la salud. En caso de que la respuesta a esto último sea negativa, cabría cuestionar si los Estados que no han suscrito el Protocolo de San Salvador tendrían algún

²⁴ De hecho, estas similitudes generales entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) y los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos condujeron a que se planteara en el Consejo de la Organización de los Estados Americanos el interrogante de si era apropiado o no instituir el citado Sistema Interamericano, en la medida en que este coexistiría con los dos pactos. Nieto Navia, Rafael, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Temis-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, p. 46.

²⁵ La primera vez que se invocó la violación a un derecho contemplado por este Protocolo (el derecho a la educación consagrado en su art. 13), si bien en vinculación con los distintos derechos a la no discriminación (art. 1.1 CADH) y de protección de los derechos el niño (art. 19 CADH), fue en Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otras vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

tipo de incentivo, en términos de aumentar el alcance del derecho a la salud, para ratificarlo.

En otro orden de ideas, y a raíz de los problemas que surgen a partir de la amplia definición de la Constitución de la OMS, las dificultades para obtener una noción básica de “salud”, que pueda ser operativizada en el ámbito de los derechos humanos, han sido planteadas por otros autores.²⁶ Ello se encuentra en sintonía con el hecho de que no todos los elementos del derecho a la salud son de realización instantánea por parte del Estado. Su carácter progresivo, afirmado también en el artículo 26 de la CADH, conlleva precisamente que se cumplirá con este deber en la medida de las posibilidades económicas de cada Estado obligado.²⁷ Como es notorio en distintos países de América Latina, a menudo las condiciones para poder garantizar de manera efectiva el acceso a los servicios de salud no son óptimas. Así, es evidente que el derecho a la salud depende en gran medida de las posibilidades económicas que tiene cada Estado para ofrecer los distintos tipos de servicios brindados.²⁸ En ese sentido, la exigibilidad del cumplimiento de esta obligación debe necesariamente contextualizarse en cada ámbito nacional, en la medida en que no se trata de imponer cargas a los países que sean imposibles de cumplir. Los Estados podrían, de manera justificada, diferir en cuanto a sus acciones de acuerdo con los escenarios políticos divergentes, la prevalencia de diferentes enfermedades entre uno y otro país, y los recursos económicos que varían enormemente, siempre y cuando sus esfuerzos por el cumplimiento “se muevan lo más

²⁶ Toebes, Brigit, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Hart-Intersentia, 1999, pp. 281-283.

²⁷ Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud”, en Valdés, Luz María (coord.), *Derechos de los mexicanos: Introducción al derecho demográfico*, México, IJ-UNAM, 2009, p. 87; también, Ramírez, Gloria y Morales Aché, Pedro Isabel, “Organizaciones no gubernamentales frente al derecho a la protección de la salud”, en Frenk Mora, Julio; Liguori, Ana Luisa y Sepúlveda Amor, Jaime (eds.), *Salud y derechos humanos*, México, Instituto Nacional de Salud Pública, 1995, p. 64; Hunt, Paul y Backman, Gunilla, “Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health”, en Clapham, Andrew *et al.* (eds.), *Realizing the Right to Health*, Ginebra, Rüffer & Rub, 2009, pp. 45-46.

²⁸ Hernández Cruz, Armando, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, IJ-UNAM, 2010, p. 59.

PEDRO A. VILLARREAL

expedita y efectivamente posible hacia la completa realización” del derecho a la salud.²⁹

Con lo anterior, se corre el peligro de que muchos Estados sostengan que no cuentan con posibilidades económicas para emprender más programas de protección a la salud que los ya existentes. Incluso, se cuestiona si el asignar un porcentaje fijo del presupuesto nacional resuelve automáticamente el problema de la progresividad,³⁰ al garantizar un ingreso proporcional al sector salud que se ajusta de forma automática al crecimiento económico, así como a los momentos de crisis. Estas circunstancias han conducido a la formulación de múltiples argumentos en torno a las obligaciones de no regresividad en el diseño y la implementación de políticas de salud pública.³¹

4. EL ROL DE LOS ESTÁNDARES NO VINCULANTES

A la par de la normativa internacional con carácter obligatorio, se pueden también mencionar ciertos documentos que, si bien no tienen carácter legalmente vinculante, contribuyen a darle forma a las disposiciones de derechos humanos, particularmente en lo relativo a la salud. No se vislumbra por el momento una respuesta definitiva al constante interrogante respecto del estatus de resoluciones, documentos, declaraciones, directrices u otros textos emitidos por organizaciones internacionales que no derivan de las fuentes del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Existen propuestas sobre cómo abordarlos desde la perspectiva jurídica, y las implicaciones que ello tiene para la teoría del derecho.³² Si bien no se abundará en detalles, no se

²⁹ Mason Meier, Benjamin, “Employing Health Rights for Global Justice: The Promise of Public Health in Response to the Insalubrious Ramifications of Globalization”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 39, 2006, pp. 736-737.

³⁰ Este problema ya se menciona en Ramírez, Gloria y Morales Aché, Pedro, *op. cit.*, p. 64.

³¹ Melish, Tara J., *op. cit.*, p. 387.

³² Abbott, Kenneth W. *et al.*, “The Concept of Legalization”, en *International Organization*, vol. 54, núm. 3, jun, 2000, p. 410; también, a este respecto,

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

puede soslayar la relevancia de este debate para la elaboración de argumentos en términos de derechos humanos.

Por el momento, y sin ánimo de favorecer una terminología general, se les referirá como estándares. Para efectos de esta contribución, ellos cumplen la función de dotar de un contenido más preciso a las obligaciones de los Estados en materia de salud. Además, en ocasiones el dinamismo requerido en la interpretación del contenido de los derechos exige una flexibilidad en la adopción de nuevos criterios, lo cual solo se logra a través de la emisión de documentos que no dilaten largos periodos en ser aprobados, como es el caso de la mayoría de los instrumentos legalmente vinculantes en el ámbito internacional.

4.1. Observación general 14 del Comité DESC

El Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), creado a partir de la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, tiene facultades para emitir interpretaciones autoritativas del contenido de dicho Pacto, así como para llevar a cabo funciones de supervisión de su cumplimiento. Actualmente, el Comité no solo cuenta con capacidad de interpretación, sino que ya es competente para recibir denuncias individuales por posible violación a los derechos contenidos en el Pacto de mérito, en atención al contenido de su Protocolo Facultativo, aprobado en 2008, y sujeto posteriormente a procesos internos de ratificación por parte de los países. Así, el referido Comité se ha erigido en una autoridad internacional en la materia, capaz de adoptar decisiones legalmente vinculantes al tramitar denuncias individuales.³³

véase Goldmann, Matthias, "Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority", en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2010, p. 676.

³³ El Comité emitió en 2015 su primer decisión relativa a una denuncia individual en el tema del derecho a la vivienda en España. Véase el Dictamen del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a tenor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, So-

PEDRO A. VILLARREAL

Por otra parte, las características que deberán presentar los servicios de salud son descritas con todavía mayor detalle en la observación general 14 del Comité DESC, que se aborda en párrafos posteriores. A partir de esta interpretación del PIDESC, se parte del supuesto de que las obligaciones internacionales de los Estados en materia de salud no son únicamente de resultados. Sería una exageración aseverar que todo fallecimiento acontecido en los sistemas de salud conduce a responsabilidad estatal. Ello más bien equivaldría a un “derecho a estar sano”, lo cual ha sido descartado en la observación general 14.³⁴ En cambio, las obligaciones de los Estados en materia de salud conllevan un elemento de debida diligencia, toda vez que se les exige que tomen las medidas necesarias a fin de asegurar que los riesgos para la salud de las personas sean reducidos al mínimo.

La observancia del derecho a la salud, tanto en su dimensión individual como en la colectiva, requiere velar por la satisfacción de los elementos descritos en la observación general 14 en comento, los cuales son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.³⁵ En estas líneas se destacan los elementos de la accesibilidad y de la calidad. Por su parte, la accesibilidad conlleva que los “establecimientos, bienes y servicios de salud... [estén] al alcance de todos [...] incluidos los grupos socialmente desfavorecidos”.³⁶ Como se mencionó anteriormente, no existe la obligación de que sea el Estado el que directamente proporcione los servicios de salud; no obstante, se debe observar que el gasto en dichos servicios por parte de los usuarios no se convierta en un impedimento para su utilización, lo que se conoce como accesibilidad económica.³⁷

ciales y Culturales (55º periodo de sesiones), respecto de la comunicación 2/2014, 17 de junio de 2015, disponible en <https://bit.ly/2PqJU4>

³⁴ Comité DESC, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, observación general 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 8-9.

³⁵ Para una explicación más detallada de estos estándares, véase Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud”, en Valdés, Luz María (coord.), *Derechos de los mexicanos: introducción al derecho demográfico*, México, IJ-UNAM, 2009, pp. 90-92.

³⁶ Comité DESC, observación general 14..., *cit.*, párr. 12.b.

³⁷ *Ibidem*, párr. 12.b.ii.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

4.3. Declaración de Alma-Ata de 1978

Si bien el derecho a la salud abarca una temática heterogénea, lo cierto es que no se le puede desligar en el campo práctico de los debates que conciernen al acceso de la población en igualdad de condiciones a los servicios básicos de salud, también llamada “atención primaria”.³⁸ Este ha sido el principal resultado de la Declaración de Alma-Ata de 1978. Dicha Declaración abundó en torno a la idea de salud proveniente de la Constitución de la OMS, y estableció que la consecución de este derecho, tal como se le entiende en esa Constitución, requiere de la intervención de otros sectores además del de la salud.³⁹

Después de cuatro décadas de su emisión, el progreso a nivel internacional en la implementación de las políticas relacionadas con el movimiento de atención primaria ha sido mixto. Algunos de los indicadores clave, como la mortalidad infantil y la referida incidencia de enfermedades transmisibles o infectocontagiosas, han mejorado casi en la totalidad de los países. Sin embargo, conforme han avanzado los estándares en el ámbito de la salud, también han cambiado las necesidades. En lo referido a la vertiente de accesibilidad, el surgimiento de nuevos tratamientos no se ha traducido en un beneficio para la población en general, sino que persisten las barreras para hacerlos llegar a los sectores más vulnerables.

Más allá de su carácter legalmente no vinculante, la Declaración de Alma-Ata, de 1978, contribuyó a esclarecer el significado de cobertura universal. Básicamente, esta Declaración constituyó un pronunciamiento interestatal a favor de esquemas que garanticen ante todo la accesibilidad de los servicios de salud de los países. Por tanto, la Declaración en cuestión debe entenderse en conjunto con el contenido del derecho a la salud internacional,

³⁸ La Declaración de Alma-Ata, de 1978, hace hincapié especial en la denominada “Atención Primaria de la Salud”, que representa el primer nivel en los tipos de atención médica. Se estima que solo de este modo podrá cumplirse con la obligación de los Estados de cuidar de la salud de la población. Véase OMS, *Alma-Ata 1978. Atención Primaria de Salud*, Suiza, Organización Mundial de la Salud, 1978, pp. 19-20.

³⁹ Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud...”, *cit.*, p. 83.

PEDRO A. VILLARREAL

tal como fue interpretado por el Comité DESC en su observación general 14. Así, en tanto se asume que el derecho a la salud incluye una vertiente de accesibilidad, la Declaración de Alma-Ata, en tanto instrumento político, indica un compromiso por expandir el alcance de los servicios de salud pública. Dicha Declaración no necesariamente se decantó por uno u otro modelo de sistema sanitario, ya sea el llamado “bismarckiano” de aseguranza social sectorizada, o bien, el inspirado en el modelo primordialmente británico consistente en la creación de un servicio público “único” de salud,⁴⁰ en el entendido de que variaciones de ambos modelos pueden coexistir en un mismo país. Cabe añadir, además, que la distinción entre uno y otro modelo no resulta tan tajante al observar el sistema de un determinado país, sino que estas categorías conceptuales han perdido cierto valor analítico con el transcurso del tiempo.

Lo anterior conlleva que la prestación de servicios sanitarios por parte de entes privados no necesariamente conducirá al incumplimiento de la obligación del Estado de proporcionar servicios de salud a toda la población. Continúan los debates respecto de cuál modelo —de aseguranza social o de servicio único— es el más eficaz, como lo ilustran los ejemplos divergentes en países de alto nivel de desarrollo; pero, en general, no existen conclusiones definitivas en cuanto a un modelo “ganador”.

4.3. El objetivo número 3 de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas

En septiembre de 2015, 193 países adoptaron los 17 Objetivos de Desarrollo Sustentable, en el marco del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas.⁴¹ Estos sustituyen a los Objetivos de

⁴⁰ Hassenteufel, Patrick y Palier, Bruno, “Towards Neo-Bismarckian Health Care States? Comparing Health Insurance Reforms in Bismarckian Welfare Systems”, en *Social Policy & Administration*, vol. 41, núm. 6, dic, 2007, p. 576.

⁴¹ Véase la lista de estos objetivos en la página web de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

Desarrollo del Milenio, que expiraron en 2015. Aunque el cumplimiento de estos 17 objetivos tiene un carácter legalmente no vinculante, puesto que su observancia no va aparejada de responsabilidad internacional, se les considera como un referente obligatorio en la supervisión de políticas públicas nacionales encaminadas a la mejora de una serie de indicadores en una multitud de temas.

Ahora bien, el valor adicional que revisten estos objetivos reside en su función de guías para la acción en los ámbitos nacionales, toda vez que la consecución de las metas en común dependerá de las medidas adoptadas por cada Estado para tal efecto. De este modo, el objetivo número 3 se refiere a “Salud y Bienestar”. A su vez, estos objetivos contienen “metas” con componentes todavía más específicos, entre las que se encuentra la de “Lograr la cobertura sanitaria universal, en particular [...] el acceso a servicios de salud esenciales de calidad”. Así, el compromiso de los Estados de aspirar hacia un modelo de cobertura universal se ha visto reforzado a partir de 2015. Esto denota que las propuestas en esa dirección han logrado, cuando menos, superar la reacción inicialmente adversa por parte de algunos Estados que impregnó el entorno de la Declaración de Alma-Ata, en tanto se le consideró como una injerencia en asuntos de índole nacional.⁴²

4.4. Las directrices de la Organización Mundial de la Salud

Por otra parte, cabe añadir que la Organización Mundial de la Salud es la autoridad en materia de sanidad internacional. De manera excepcional, puede emitir también reglamentos de carácter vinculante para los Estados, y a la fecha existe un tratado suscrito bajo sus auspicios: el Convenio Marco para el Control del Tabaco.⁴³ Aunado a este catálogo normativo, la

⁴² Youde, Jeremy, *Global Health Governance*, Cambridge-Malden, Polity Press, 2012, pp. 39-40.

⁴³ Firmado en 2003, con fundamento en el art. 19 de la Constitución de la OMS, y cuya entrada en vigor ocurrió a partir del 27 de febrero de 2005.

PEDRO A. VILLARREAL

OMS también emite constantemente directrices, reportes y lineamientos en temas relativos a su mandato, en el entendido de que no revisten carácter legalmente vinculante. Sin embargo, como se arguye a continuación, ello no obsta para que se les admita como parte integral de los componentes del derecho a la salud.

En esa tesitura, la cobertura universal se traduce en un estándar máximo de accesibilidad. Sin duda, este es uno de los principales ejes del derecho a la salud, en la medida en que el condicionamiento de los servicios, a partir de las posibilidades financieras de una persona, se erige en un factor de discriminación por motivos económicos. En consecuencia, el objetivo primordial de los programas de cobertura universal promovidos por la OMS y sus oficinas regionales reside en escindir el acceso de una persona a los servicios de salud, por un lado, y sus capacidades económicas, por otro.⁴⁴ De ahí que la idea de universalismo en la prestación de servicios sea considerada como un motor de la igualdad, la cohesión social y la eficiencia.⁴⁵

Cabe señalar que, en ocasiones, la promoción de la cobertura universal es abordada por separado respecto del elemento de la calidad, e incluso han llegado a ser considerados como objetivos que compiten entre sí por mayores recursos.⁴⁶ Sin embargo, en estas líneas se suscribe la postura de que ambos forman parte del mismo movimiento a favor de sistemas sanitarios capaces de proporcionar los mejores servicios posibles a toda la población, y no solo a segmentos de ella. De ahí que esta obligación reviste un carácter necesariamente colectivo, sobre lo cual se presentan argumentos a continuación.

⁴⁴ Así se le expone en el cap. I del Informe Quinquenal 2013-2017 de la Organización Panamericana de la Salud, la cual funge como Oficina Regional de la OMS, disponible en <https://www.paho.org/annual-report-2017/Espanol.html#chapter1>

⁴⁵ Filgueira, Fernando, *Hacia un modelo de protección social universal en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL-Norwegian Ministry of Foreign Affairs, 2014, pp. 20-21.

⁴⁶ Véase el reciente reporte del Committee on Improving the Quality of Health Care Globally, *Crossing the Global Quality Chasm: Improving Health Care Worldwide*, Washington, The National Academies Press, 2018, p. 2.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

5. LAS DIMENSIONES INDIVIDUAL Y COLECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Después de haber presentado una breve descripción del contenido de los instrumentos internacionales y regionales relacionados con el derecho a la salud, se puede observar que esta obligación del Estado se compone de manera simultánea de una dimensión tanto colectiva —entendida como los derechos de la sociedad en su conjunto— como individual.⁴⁷ En los siguientes apartados se exponen algunas consideraciones respecto de cada dimensión.

5.1. La dimensión individual de la salud: relevancia para la reparación del daño

La dimensión individual del derecho a la salud puede versar sobre el acceso a los servicios de salud al que tiene derecho toda persona en casos, por ejemplo, de una emergencia, o bien, de la obligación de no discriminación en la atención sanitaria que brindan las instituciones públicas y privadas a la población. Se insiste en que estas son obligaciones de cumplimiento inmediato, por lo cual no están sujetas a la disponibilidad de recursos,⁴⁸ en atención al principio de progresividad que caracteriza a los DESC.⁴⁹

En este rubro, los casos individuales que han sido ventilados ante la Corte IDH ilustran de qué manera las deficiencias en los servicios médicos pueden derivar en la violación de derechos. Como se ha observado en los casos *Albán Cornejo y otros vs.*

⁴⁷ Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud...”, *cit.*, pp. 84-85; estas dos dimensiones también se contrastan en Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, reimp. de la 3ª ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p. 96.

⁴⁸ Esto es así, tratándose en concreto de las obligaciones de “respetar” contempladas por el Comité DESC, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, observación general 14: E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 34; también Ronconi, Liliana, “Derecho a la salud...”, *cit.*, pp. 138-140.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 136.

PEDRO A. VILLARREAL

Ecuador, Suárez Peralta vs. Ecuador, y Ximenes Lopes vs. Brasil, la protección judicial es un mecanismo idóneo para reparar los daños ocasionados por deficiencias en la provisión de servicios médicos. Así, el caso *Poblete Vilches vs. Chile* se inscribe, también, en la línea jurisprudencial de atribución de responsabilidad al Estado por los daños materiales e inmateriales ocasionados a individuos en el ámbito de servicios sanitarios.

En esta serie de casos, y a pesar de la ausencia de una afirmación de la violación directa del derecho a la salud, las víctimas habían sido indemnizadas por los daños tanto materiales como inmateriales, en atención a la transgresión a los derechos a la vida (art. 4.1) y a la integridad personal (art. 5.1) consagrados en la CADH.⁵⁰ Por tanto, no puede aseverarse que el adoptar un enfoque indirecto frente al derecho a la salud se traduce en un menoscabo del derecho de las víctimas a la reparación del daño. Más bien, la innovación del salto de un enfoque indirecto hacia uno directo podría consistir en las posibilidades de atender la dimensión colectiva de la salud.

5.2. La dimensión colectiva: hacia requisitos mínimos de los sistemas de salud

El alcance de la obligación de los Estados que han signado la CADH en lo relativo a los servicios sanitarios conlleva que cada Estado –a través de las autoridades competentes– tiene la obligación de velar por la salud de toda la población. Luego, aunque estos servicios sean proporcionados por terceros ajenos al sector gubernamental, no pueden quedar de ninguna manera fuera del espacio de regulación y fiscalización propio del ámbito público.⁵¹

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2003. Serie C, núm. 261, párrs. 212-214; Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171, párrs. 141-147, 152; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, párrs. 216-239.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párrs. 89 y 141; también, véase Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011, pp. 45-46.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

Entonces, aunque el derecho a la salud no impone necesariamente la obligación de que sea forzosamente el Estado el que proporcione directamente esos servicios,⁵² puede colegirse que sí lo vuelve responsable de la actividad que lleven a cabo los actores privados cuando brindan servicios “cuyo interés público y oferta guarda relación con necesidades vitales, como es el caso de la salud”.⁵³

La anterior afirmación se desprende también de la interpretación extensiva que llevó a cabo la Corte IDH en la sentencia emitida en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, en la que se le atribuyó responsabilidad al Estado brasileño en virtud de las acciones llevadas a cabo por un ente no estatal, específicamente una casa de reposo. La Corte estableció deberes a cargo de los Estados en el sentido de que, tratándose de fiscalización y supervisión de los servicios de salud, ello incluye tanto a las instituciones públicas como a las entidades privadas que prestan servicios públicos de salud, e inclusive a entes que, en estricto sentido, solo pertenecen a y actúan en el sector privado.⁵⁴ De nuevo, para arribar a esta determinación de características colectivas, la Corte invocó únicamente la CADH, que no consagra de forma explícita un derecho a la salud. No obstante, se consideró que estas obligaciones colectivas también son consecuencia jurídica de los diversos artículos 4.1 (derecho a la vida), 5.1 y 5.2 (derecho a la integridad personal).

Un enfoque similar fue adoptado en el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, si bien aquí se hizo alusión también tanto al papel de los colegios de profesionistas y sus órganos disciplinarios, cuando los hay,⁵⁵ así como a las responsabilidades éticas del personal médico en lo referido a la ocurrencia de malas praxis.⁵⁶ Asimismo, aunque el Protocolo de San Salvador sí contempla el derecho a la salud en sus artículos 10 y 11, y Ecuador se adhirió

⁵² Magnusson, Roger *et al.*, *Advancing the Right to Health: The vital role of law*, Suiza, Organización Mundial de la Salud, 2017, pp. 19 y 107.

⁵³ Currea-Lugo, Víctor de, *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005, p. 53.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párrs. 89-90 y 141.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171, párrs. 72-78.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 133.

PEDRO A. VILLARREAL

a este instrumento en 1996, su violación no fue invocada por la Corte IDH en el fallo en cuestión,⁵⁷ merced a que, en esos momentos, este órgano judicial aún optaba por el enfoque indirecto de protección.

De los elementos referidos en esta sección, se puede colegir que el factor común a todos ellos estriba en que, aun ante la ausencia de un modelo único, el sector salud debe cumplir con requerimientos mínimos para considerar que las obligaciones de debida diligencia han sido observadas. Dada la dificultad de generar indicadores estadísticos fiables, la dimensión colectiva del derecho a la salud no siempre es fácil de delimitar, ya que, en ocasiones, se ha sostenido que los casos individuales no necesariamente son representativos del contexto general.⁵⁸ Por ello, la dimensión colectiva es algo más que la simple suma de casos individuales, aun cuando las deficiencias en aquella conduzcan a violaciones de derechos en estos.

Hay instancias en las que se puede distinguir de manera más nítida la dimensión colectiva frente a la individual. Por ejemplo, al tomar en cuenta que buena parte de los problemas actuales de salud obedecen a factores sociales subyacentes, se pone de manifiesto que las intervenciones individualizadas son necesarias, pero insuficientes para resolver las carencias.⁵⁹ En efecto, los mecanismos individuales de protección judicial conducen a com-

⁵⁷ Dicha limitación fue expresamente invocada en el párr. 2 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia en cuestión, donde manifestó de manera expresa que el derecho a la salud no tenía un carácter directamente justiciable conforme al contenido del Protocolo de San Salvador.

⁵⁸ Así lo estimó la Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párrs. 147-148. Esta argumentación es criticada por Parra Vera, Óscar, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Clérico, Laura, Aldao, Martín y Ronconi, Liliana (eds.), *Tratado de derecho a la salud...*, cit., p. 769.

⁵⁹ Se denomina “determinantes sociales de la salud” a aquellos factores que no revisten un carácter estrictamente médico, pero que aun así contribuyen de manera directa a generar un resultado positivo o negativo en la salud de las personas. Véase la Declaración política de Río sobre determinantes sociales de la salud, emitida en Río de Janeiro, Brasil, 11 de octubre de 2011, bajo el auspicio de la OMS.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

pensaciones por daños materiales e inmateriales ocasionados a la víctima y/o a sus familiares, siendo esto último el supuesto del caso *Poblete Vilches vs. Chile*.⁶⁰ Pero de la solución que se pueda brindar a la dimensión colectiva dependerá que la frecuencia con que acontecen los casos de mala praxis médica, como ocurrió con el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, disminuyan de forma considerable. De ahí que se puede considerar a las dimensiones individual y colectiva del derecho a la salud como interdependientes y, así, relativizar la tajante dicotomía que se ha formulado entre una y otra.⁶¹

6. CALIDAD EN LOS SERVICIOS DE SALUD: UNA GRAN AGENDA PENDIENTE

Si bien en la sentencia del caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la Corte IDH no desarrolló con mayor detalle cuál es la aportación del paso del enfoque indirecto hacia el directo en cuanto a la protección del derecho a la salud,⁶² se considera que construir argumentos a partir de este derecho, y no como una extensión del derecho a la vida y a la integridad personal, ofrece nuevas posibilidades de abordar la dimensión colectiva de la salud. Principalmente se puede llevar a cabo una conexión con los instrumentos vinculantes, así como con los estándares no vinculantes que pertenecen al campo especializado de la salud pública. Por ejemplo, en párrafos precedentes se subrayan los elementos de accesibilidad y calidad a partir de la formulación en la observación general 14 del Co-

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile...*, cit. párrs. 246-253.

⁶¹ El argumento se retoma de Mason Meier, Benjamin y Mori, Larisa, “The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health”, en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 37, núm. 1, 2005, pp. 134-137.

⁶² A manera de justificación de la violación directa del derecho, la sentencia en cuestión introduce algunos párrafos en los que se afirman una serie de hechos que condujeron a la muerte del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches. Sin embargo, más allá de relatar las deficiencias en la procuración de los elementos de disponibilidad, calidad, accesibilidad y aceptabilidad en el servicio médico otorgado, no se esclarece de qué manera los hechos que condujeron a la transgresión del derecho no habrían podido ser abordados por los derechos a la vida y a la integridad personal, párrs. 133-143.

PEDRO A. VILLARREAL

mité DESC. A continuación se presentan algunas de las avenidas rumbo a la mejora de los estándares de calidad, en el entendido de que ello es conducente para el respeto pleno del derecho a la salud en el espacio interamericano.

6.1. La calidad como parámetro de evaluación

A partir del enfoque directo, la inclusión de la literatura en torno al derecho a la salud permite una inspección más minuciosa de cuáles son los principales factores que aquejan a los sistemas de salud que se reflejan, a su vez, en la inobservancia de las obligaciones a cargo de los Estados. De entre los múltiples obstáculos que existen, se resalta el de las deficiencias en la *calidad*, que conforma uno de los elementos torales en la observación general 14 del Comité DESC. Investigaciones recientes han proporcionado mayor evidencia respecto del impacto negativo que representa la mala calidad en los servicios sanitarios, el cual, conforme a ciertas estimaciones, ocasiona la muerte de millones de personas cada año en países en vías de desarrollo.⁶³

En esa tesitura, cabe apuntar a un estudio realizado en conjunto por la OMS, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Mundial (BM), el cual señala que la calidad puede entenderse a partir de dos elementos, a saber: *i.* el grado en que los servicios de salud proporcionados a individuos y poblaciones aumentan la probabilidad de obtener un resultado deseado, y *ii.* la consistencia de los servicios proporcionados con el conocimiento médico vigente.⁶⁴ La revisión

⁶³ Se ha calculado que entre 5.74 y 8.47 millones de fallecimientos anuales derivan de mala calidad en los servicios de salud. Tales estadísticas se encuentran visibles en Committee on Improving the Quality of Health Care Globally, *Crossing the Global Quality Chasm: Improving Health Care Worldwide*, Washington, The National Academies Press, 2018. Una cifra similar de ocho millones de muertes a raíz de servicios de salud de mala calidad se presenta en Kruk, Margaret E. y otros, “High-quality health systems in the Sustainable Development Goals era: time for a revolution”, en *The Lancet Global Health*, vol. 6, núm. 11, 2018, pp. 1196-1197.

⁶⁴ *Delivering Quality Health Services: A Global Imperative for Universal Health Coverage*, Suiza, OMS-OCDE-Banco Mundial, 2018, p. 30.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

de este documento permite contextualizar de mejor manera el elemento de la calidad previsto en la observación general 14 del Comité DESC.

El camino a recorrer en el ámbito de la calidad transita, cuando menos, por dos vías: una de carácter político-económico, y otra de índole técnico-científica. En cuanto a la vía político-económica, quizá no hace falta ni decirlo: cumplir con los requerimientos de calidad implica un gasto cuantioso por parte de los prestadores de servicios. En este sentido, y dada la diversidad en los modelos de financiación de la salud, no hay pautas uniformes para establecer quién es el que debe cubrir dichos gastos. Si bien los modelos de gasto estatal o público se antojan como más adecuados en aras del propósito de proveer servicios a toda la población, esta preferencia es fáctica, mas no normativa, en la medida en que no es prescrita por el contenido del derecho a la salud.

No obstante, lo anterior no impide delinear puntos comunes a todos los esquemas de servicios de salud, sean predominantemente públicos o privados. Entre ellos, se pueden mencionar las necesidades mínimas de financiamiento. Para empezar, conforme a la Organización Panamericana de la Salud, se establece un piso de 6% del PIB de cada país de la región para satisfacer las necesidades iniciales de acceso.⁶⁵ Asimismo, dentro de la visión de cobertura universal promovida por la OMS, se plantea la premisa general de que el porcentaje de gastos directamente “del bolsillo” de los usuarios debe ser reducido en la mayor medida posible.⁶⁶ De lo contrario, el impacto económico en los usuarios puede derivar en los llamados “gastos catastróficos”, que ocurren cuando la erogación por concepto de gastos médicos es de tal magnitud que ocasiona el empobrecimiento de los usuarios en cuestión.⁶⁷ Del mismo modo, las exigencias mínimas de calidad no deberían estar condicionadas a la capacidad económica del usuario, puesto que ello deriva en una discriminación inaceptable en términos del artículo 1 de la CADH.

⁶⁵ Cap. 1, Informe Quinquenal 2013-2017 de la Organización Panamericana de la Salud..., *cit.*

⁶⁶ Roger Magnusson y otros, *op. cit.*, pp. 108-109.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 19.

PEDRO A. VILLARREAL

Por último, las características que deben satisfacer los servicios de salud, a fin de cumplir con las exigencias de calidad, revisten una naturaleza técnico-médica crecientemente compleja, y no es posible, en un momento determinado, desarrollar un catálogo exhaustivo. Por ende, se considera que estas características deben actualizarse con el transcurso del tiempo, en la medida en que avanzan los estándares técnico-médicos. Dicho de otro modo: lo que es estrictamente considerado como calidad hoy, puede no serlo el día de mañana.

6.2. La relación entre la calidad y los casos individuales: el rol judicial a partir de *Poblete Vilches vs. Chile*

El paso de un enfoque indirecto a uno directo en la protección del derecho a la salud tiene repercusiones no solo para otros casos similares a *Poblete Vilches vs. Chile*, sino para la tutela de derechos económicos, sociales y culturales en general. A partir de este fallo, cobra mayor fuerza la noción de que el daño ocasionado por la violación de los DESC sí puede ser resarcido a través de un recurso —judicial— efectivo,⁶⁸ tal como lo dispone el artículo 25 de la CADH.

Si se aplica la distinción entre contenidos periféricos y mínimos a la noción de calidad, se puede colegir que no hay una línea divisoria definitiva. Por un lado, la mejora en los indicadores sistémicos de calidad en los servicios de salud puede ser entendida como un componente del elemento de progresividad, en tanto se trata de una dinámica gradual. Queda claro que la generación de mejores indicadores no ocurre de forma instantánea. Por otro lado, las deficiencias en la calidad de los servicios de salud están correlacionadas con la mala praxis médica, pues una mala calidad guarda una relación directamente proporcional con la probabilidad de generar efectos adversos.

⁶⁸ Sobre la problemática de la (falta de) justiciabilidad de los derechos sociales, véase también Coddou McManus, Alberto, “Addressing Poverty through a Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America”, en Fortes, Pedro *et al.* (eds.), *Law and Policy in Latin America*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017, p. 228.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

En consecuencia, el elemento de la calidad en los servicios de salud tiene una dimensión primordialmente colectiva. Ello es así, dado que la mala calidad implica que la totalidad de los usuarios está expuesta a riesgos, pues no se puede predecir quién será perjudicado por fallas en el servicio. La complejidad para efectuar una medición certera estriba en que no existe una causalidad inmediata, sino que responde a una idea de “riesgo” que solo puede ser evaluada en términos de probabilidades.⁶⁹ Cabe aclarar que no todos los incidentes de mala praxis derivarán de una mala calidad generalizada en el servicio. De la misma manera, no todo servicio de salud de mala calidad se traducirá en un resultado adverso para los pacientes. Por tanto, el hecho de que una persona haya obtenido un resultado favorable durante su estadía en un hospital, no es señal inequívoca de que los criterios mínimos de calidad fuesen respetados en todo momento. El eje de esta relación entre lo colectivo y lo individual reside, pues, en un cálculo de probabilidad: una situación independiente del resultado en la cual los Estados deben cumplir con sus obligaciones, en términos de derechos humanos, desde antes de que la dimensión colectiva derive en casos individuales. Esta situación independiente del resultado es abordada en el ámbito jurídico a través de argumentos relativos a las obligaciones de debida diligencia.⁷⁰

Los documentos institucionales citados anteriormente incluyen factores de seguridad en los servicios médicos, y el apego a directrices diseñadas para reducir la incidencia de errores médicos y de infecciones intrahospitalarias.⁷¹ La OMS, a su vez, ha desarrollado indicadores encaminados a una medición más certera del desempeño de los sistemas nacionales de salud.⁷² Una revi-

⁶⁹ Así lo sostuvo la Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, supra*, párr. 175; véase el argumento general del tema en Peel, Jacqueline, *Science and Risk Regulation in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 80-81.

⁷⁰ Sobre la idea de debida diligencia en el Sistema Interamericano, véase Corte IDH, Medio Ambiente y derechos humanos, opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 23, párr. 123.

⁷¹ *Delivering Quality Health Services...*, *cit.*, p. 31.

⁷² Para acceder a la lista de los 100 indicadores esenciales en el ámbito de la salud conforme a la OMS, véase *Global Reference List of 100 Core Health*

PEDRO A. VILLARREAL

sión de dichos indicadores permite situar a los hechos particulares que condujeron a la violación del derecho a la salud del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches dentro del rubro denominado “calidad y seguridad en los servicios de salud”, en su indicador específico de “mortalidad peri-operatoria”.⁷³ Luego, como se observa en la sentencia en el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la calidad en los servicios de salud, que tiene una dimensión primeramente colectiva, eventualmente trae como consecuencia el riesgo de transgredir derechos en casos individuales. Esto, a su vez, consolida el vínculo entre lo colectivo y lo individual.

La jurisprudencia constante de la Corte IDH respalda este punto. Si bien en la sentencia del caso *Poblete Vilches vs. Chile* no se abundó en la atención de los problemas estructurales del sistema de salud chileno, el vínculo entre casos individuales y los sistemas de salud en general también se observan en los casos previos de *Albán Cornejo vs. Ecuador* y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, dado que en ambos, la Corte IDH se pronunció a favor del establecimiento de mecanismos efectivos de fiscalización y supervisión.

6.3. Los obstáculos persistentes para la dimensión colectiva de la salud

El diálogo pendiente entre la Corte IDH y las autoridades nacionales reside en la referencia a otros casos similares en los que, aunque no se invoque el derecho a la salud como tal, tribunales nacionales han recurrido al llamado enfoque indirecto, otrora adoptado por la propia Corte. Aunque todos los países que actualmente se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte IDH son también Estados parte del PIDESC, los componentes constitucionales del derecho a la salud adquieren mayor contextualización conforme a las características de cada sistema de salud. Así, dado el margen otorgado por el propio PIDESC para elegir entre una

Indicators (plus health-related SDGs), Suiza, Organización Mundial de la Salud, ed. de 2018, disponible en <http://www.who.int/healthinfo/indicators/2018/en/>

⁷³ *Ibidem*, p. 116.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

serie de modelos de sistemas de salud, las características mínimas de cada sistema pueden ser desarrolladas por los tribunales nacionales. Estos se encuentran en una mejor posición para escudriñar detalles más específicos relativos al funcionamiento de los servicios de salud de cada país.

La referencia directa al derecho a la salud condiciona también las posibilidades de diálogo entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales. En la medida en que el derecho a la salud se encuentra explícitamente consagrado por la mayoría de los países que han suscrito la CADH,⁷⁴ surge la duda de cuál será el valor agregado de llevar a cabo dicho diálogo judicial en el ámbito constitucional de los países. Una posible respuesta a esta interrogante reside en el hecho de que, así como lo había llevado a cabo la propia Corte Interamericana hasta antes del caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la dimensión constitucional del derecho a la salud podría ser abordada de manera indirecta, entendido como una extensión de los derechos a la vida, a la dignidad o a la integridad, según sea el caso en cada país.

Más allá de lo anterior, lo trascendente es que el objetivo último de una estrategia de interpretación reside en velar por la consecución de un fin común: por un lado, la prevención y tratamiento de enfermedades de todo tipo, que potencialmente pueden derivar en daños físicos o incluso la muerte; y, por otro lado, la eventual persecución del “más alto nivel de desarrollo posible”, como se establece en la Constitución de la OMS. Si bien los servicios de salud en general tienen obligaciones en estos dos planos, a los hospitales o clínicas en particular, como se advierte en la sentencia de *Poblete Vilches vs. Chile*, les competiría velar por brindar la mejor atención médica posible a personas con padecimientos crónico-degenerativos y que, al mismo tiempo, se encuentran en situación de vulnerabilidad.⁷⁵ Estas obligaciones,

⁷⁴ Véase la ya referida alusión a un “consenso regional” en Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 113.

⁷⁵ El carácter de persona mayor del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches fue también tomado en cuenta por la Corte IDH. Véase también la contribución en este libro de Díaz-Tendero Bollain, Aída, “El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” y de Ronconi, Liliana, “Después de mucho

PEDRO A. VILLARREAL

a su vez, pueden ser garantizadas solo hasta cierta medida a través de la efectiva protección judicial.⁷⁶ Empero, la realización de los postulados de atención universal no residen únicamente en la judicatura, sino que requieren ante todo de la acción concertada de los demás órganos de gobierno a través de las fronteras,⁷⁷ dado que estos serán responsables, en última instancia, de la asignación de los recursos necesarios para la realización de dichos fines. Es por ello que el cumplimiento de los objetivos del derecho a la salud requiere de acciones transversales, que abarquen a todos los órganos de gobierno de un país.

Por último, cabe plantearse la pregunta de si el cumplimiento del derecho a la salud como meta debe ser ligado a objetivos más difusos como el combate a la pobreza.⁷⁸ No se puede negar que la negación del derecho a la salud tiene también un componente económico. Pero ello rebasa toda posibilidad de análisis autónomo en estas líneas, por lo que se insiste en la necesidad de un debate mucho más amplio en diversos foros.

7. CONCLUSIONES

A lo largo de estas líneas se enumeran algunos de los aspectos en los cuales el derecho a la salud se traduce en obligaciones colectivas a cargo de los Estados. A partir del caso *Poblete Vilches vs Chile*, destaca la relevancia de contar con servicios de salud de calidad, a fin de reducir la probabilidad de causar daños materiales e inmateriales a individuos y sus familiares. Las obligacio-

andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?”.

⁷⁶ A este respecto, Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

⁷⁷ En consonancia con Yamin, Alicia Ely, “Taking the Right to Health Seriously: Implications for Health Systems, Courts, and Achieving Universal Health Coverage”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 39, núm. 2, may, 2017, pp. 367-368.

⁷⁸ Una crítica similar se esgrime en Condon, Bradly y Sinha, Tapen, *Global lessons from the AIDS pandemic*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2008, p. 14.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

nes tratándose de establecimientos en los que se proporcionan servicios sanitarios poseen características político-económicas y técnico-médicas que requieren evaluar a detalle el contexto que rodea a cada caso. Por tanto, en consonancia con el giro jurisprudencial de la Corte IDH en el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la determinación de una violación directa al derecho a la salud pasa también por la supervisión de los entes prestadores de servicios sanitarios.

Continúan pendientes ulteriores clarificaciones sobre el alcance del enfoque directo frente al derecho a la salud. En primer lugar, puede servir de andamiaje para casos futuros en los que se esgrima tal derecho como el fundamento de un litigio. En segundo lugar, quedan por explorarse numerosas aristas relativas al derecho a la salud, en lo particular, y a los DESC, en lo general. Mientras que la ampliación del criterio judicial frente a los DESC ya se vislumbró respecto del derecho al trabajo en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*,⁷⁹ el carácter estructural y prevalente de las carencias de los sistemas de salud a lo largo de los países que conforman el espacio regional interamericano implica que el factor de la calidad en los servicios es tan solo una de las numerosas tareas inconclusas. La relevancia de la justiciabilidad directa del derecho a la salud es, de suyo, un paso hacia la consecución de las metas propuestas. El hecho de que se le invoque como un argumento autónomo frente a otros derechos puede contribuir a esclarecer el carácter técnico de los temas relativos a la provisión de servicios médico-sanitarios. Si bien no es posible garantizar con total certeza que la provisión de los servicios médicos conduzca a un resultado favorable para los pacientes, lo cierto es que un análisis más pormenorizado de la dimensión colectiva del derecho a la salud puede ayudar a visibilizar las carencias sistémicas, lo cual, a su vez, puede servir de guía para las autoridades nacionales respecto de cómo enfrentar el problema. Solo así se podrán reducir las probabilidades de que se repitan tragedias como la del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches.

⁷⁹ Para mayores detalles sobre este caso, véase Góngora Maas, Juan, “Pasado, presente —y futuro?— de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: a propósito del caso *Lagos del Campo vs. Perú...*”, *cit.*, pp. 307-317.

PEDRO A. VILLARREAL

BIBLIOGRAFÍA

- Abbott, Kenneth W. *et al.*, “The Concept of Legalization”, en *International Organization*, vol. 54, núm. 3, jun, 2000.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, “¿Son los derechos sociales solo aspiraciones? Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, IJ-UNAM-Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud”, en Valdés, Luz María (coord.), *Derechos de los mexicanos: Introducción al derecho demográfico*, México, IJ-UNAM, 2009.
- Coddou McManus, Alberto, “Addressing Poverty through a Transformative Approach to Anti-Discrimination Law in Latin America”, en Fortes, Pedro *et al.* (eds.), *Law and Policy in Latin America*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.
- Condon, Bradley y Sinha, Tapen, *Global lessons from the AIDS pandemic*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2008.
- Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Courtis, Christian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005.
- Currea-Lugo, Víctor de, *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005.
- Fauci, Anthony S. y Morens, David M., “The Perpetual Challenge of Infectious Diseases”, en *The New England Journal of Medicine*, vol. 366, núm. 5, febrero de 2014.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 3ª ed., reimp., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

- Filgueira, Fernando, *Hacia un modelo de protección social universal en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL-Norwegian Ministry of Foreign Affairs, 2014.
- García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, jul-dic, 2003.
- Goldmann, Matthias, “Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2010.
- Gómez-Dantés, Octavio *et al.*, “Sistema de salud de México”, en *Salud Pública de México*, vol. 53, supl. 2, 2011.
- Gostin, Lawrence y Sridhar, Devi, “Global Health and the Law”, en *New England Journal of Medicine*, vol. 370, núm. 18, may, 2014.
- Harrington, John y Stuttaford, Maria, “Introduction”, en Harrington, John y Stuttaford, Maria (eds.), *Global Health and Human Rights*, Estados Unidos, Routledge, 2010.
- Hassenteufel, Patrick y Palier, Bruno, “Towards Neo-Bismarckian Health Care States? Comparing Health Insurance Reforms in Bismarckian Welfare Systems”, en *Social Policy & Administration*, vol. 41, núm. 6, dic, 2007.
- Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, IJ-UNAM, 2010.
- Hunt, Paul y Backman, Gunilla, “Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health”, en Clapham, Andrew *et al.* (eds.), *Realizing the Right to Health*, Ginebra, Rüffer & Rub, 2009.
- Magnusson, Roger *et al.*, *Advancing the Right to Health: The vital role of law*, Suiza, Organización Mundial de la Salud, 2017.
- , “Employing Health Rights for Global Justice: The Promise of Public Health in Response to the Insalubrious Ramifica-

PEDRO A. VILLARREAL

- tions of Globalization”, en *Cornell International Law Journal*, vol. 39, 2006.
- , “Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the Right to Health for Public Health Advancement”, en *Stanford Journal of International Law*, vol. 46, núm. 1, 2010.
- y Mori, Larisa, “The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health”, en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 37, núm. 1, 2005.
- Melish, Tara J., “The Inter-American Court of Human Rights. Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Nieto Navia, Rafael, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Temis-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.
- Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011.
- , “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2018.
- , “La protección del derecho a la salud a través de casos contentiosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Clérico, Laura; Aldao, Martín y Ronconi, Liliana (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- Peel, Jacqueline, *Science and Risk Regulation in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Ramírez, Gloria y Morales Aché, Pedro Isabel, “Organizaciones No Gubernamentales frente al Derecho a la Protección de la Salud”, en Frenk Mora, Julio; Liguori, Ana Luisa y Sepúlveda

El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo:...

- Amor, Jaime (eds.), *Salud y derechos humanos*, México, Instituto Nacional de Salud Pública, 1995.
- Tobar, Federico, “Salud pública y derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Aldao, Martín y Ronconi, Liliana (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- Tobin, John, *The Right to Health in International Law*, Estados Unidos, Oxford University Press, 2012.
- Toebes, Brigit, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Hart-Intersentia, 1999.
- Wendt, Claus; Frisina, Lorraine y Rothgang, Heinz, “Healthcare System Types: A Conceptual Framework for Comparison”, en *Social Policy & Administration*, vol. 43, núm. 1, 2009.
- Yamin, Alicia Ely, “Taking the Right to Health Seriously: Implications for Health Systems, Courts, and Achieving Universal Health Coverage”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 39, núm. 2, may, 2017.
- y Gloppen, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- Youde, Jeremy, *Global Health Governance*, Cambridge-Malden, Polity Press, 2012.

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?

Liliana Ronconi*

1. INTRODUCCIÓN

El 8 de marzo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte IDH) resolvió el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. El caso es paradigmático en el sentido de que se convirtió en el primer pronunciamiento de la Corte IDH respecto de la violación directa del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en lo que se refiere a la prestación de medidas de carácter básico (*contenido mínimo*), así como sobre la identificación de las personas mayores como grupo que debe ser especialmente protegido. En este trabajo me propongo reconstruir la línea argumentativa seguida por la Corte IDH, desde que los DESC golpearon sus puertas, hasta que se logra un reconocimiento directo de la violación de los mismos y se definen ciertas obligaciones de los Estados parte.

* Abogada y profesora en Ciencias Jurídicas (UBA), Doctora en Derecho (UBA), becaria de Postdoctorado CONICET. Investigadora adscrita al Instituto de Investigaciones Jurídicas “A. L. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA. Profesora adjunta regular de Derechos Humanos, UNPAZ. Profesora adjunta interina, Facultad de Derecho, UBA.

LILIANA RONCONI

El trabajo se divide en los apartados siguientes (nums. 2-5):

- en primer lugar me referiré a los hechos del caso;
- luego analizaré el camino recorrido por la Corte IDH en lo que respecta al reconocimiento y exigibilidad de los DESC en el contexto latinoamericano,¹ para así,
- resaltar el gran avance que esta sentencia representa en lo que respecta al alcance del derecho a la salud, en tanto exista violación del contenido mínimo del derecho y se trate de la vulneración de un grupo especialmente vulnerable (adultos mayores), y
- concluiré que, pese a esta sentencia y en general los avances producidos en el reconocimiento de DESC, aún queda un largo camino por recorrer.

2. HECHOS

El señor Vinicio Antonio Poblete Vilches falleció el 7 de febrero de 2001, a la edad de 76 años. Vivía junto con su esposa y sus tres hijos. Días antes ingresó al Hospital Sótero del Río a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Estuvo durante cuatro días hospitalizado en la UCI Médica. Luego ingresó a la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgica, donde estuvo amarrado con cables

¹ El objetivo del artículo no es hacer una retrospectiva acabada de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales. Al respecto, entre otros, véase Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, año/vol. 9, abril, 2009, Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 34-53; Krs-ticevic, Viviana, “La tutela de los derechos sociales en el Sistema Interamericano”, en Yamin, Alicia Ely (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, México, IDRC-APRODEH, 2006, pp. 171-194; Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del art. 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores, Rogelio (coords.) *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2018, pp. 181-234.

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

de sonda y bajo efectos sedantes. A sus familiares no se les permitía visitarlo, sin embargo, se les informó que el señor Poblete Vilches se encontraba en buen estado de salud y que lo llevarían al “pabellón” para hacerle una pequeña punción a efecto de ver si tenía líquido en el corazón, pero no sería operado. Ante este aviso, los familiares advirtieron que su padre padecía diabetes y que no podía ser intervenido quirúrgicamente. Sin embargo, el señor Poblete Vilches entró “a pabellón”, y al salir, los familiares pudieron observar que tenía en la cintura tres grandes heridas de las cuales salía un tubo de drenaje, además declararon que nunca se les solicitó autorización para someterlo a dicha cirugía,² siendo que él se encontraba inconsciente. Días después, el señor Poblete Vilches fue dado de alta pese al mal estado de salud en el que se encontraba.

Llegó a su casa con una fiebre muy elevada, emanando pus de sus heridas, de las cuales solo una estaba suturada. Dado que su situación no mejoraba, 3 días después sus familiares llamaron a una doctora privada, quien, luego de examinarlo, ordenó trasladarlo de inmediato al hospital debido a que presentaba un cuadro febril complicado y diagnosticó *shock séptico*, bronconeumonía bilateral, diabetes mellitus 2 y pericarditis. Ese día, el señor Poblete Vilches fue nuevamente ingresado al Hospital Sótero del Río en el Servicio de Urgencias y se les informó a los familiares que tenía una “simple bronconeumonía” que requería que ingresara a la unidad de cuidados intensivos y el apoyo de ventilador mecánico. Este ingreso no fue garantizado, pues no había camas disponibles. Tampoco estaba disponible el ventilador, y la familia carecía de recursos para conseguir uno por su cuenta. Dos días después tuvo lugar el deceso.

² Los demandantes alegan que esta intervención se llevó a cabo sin su consentimiento. Este punto fue tratado por la Corte IDH en los párrs. 161 y ss., quien sostuvo que: a) el consentimiento informado es una garantía esencial del derecho a la salud, así como de la autonomía y de la dignidad de la persona; b) debe brindarse a la persona o a sus familiares, garantizando la efectiva comprensión de las acciones a seguir. Dado que en el caso no se garantizó a los familiares del señor Poblete Vilches el acceso a un consentimiento libre e informado sobre los tratamientos a seguir, la Corte IDH consideró que el Estado chileno violó los arts. 26, 13, 11 y 7 de la CADH.

LILIANA RONCONI

Los familiares iniciaron denuncias criminales, civiles y administrativas para lograr identificar la existencia de negligencia médica y, en su caso, a los responsables de la muerte del señor Poblete Vilches, sin embargo, las denuncias fueron archivadas en las diferentes instancias.

3. EL CAMINO RECORRIDO POR LA CORTE IDH EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DESC

En el Sistema Interamericano, la Corte IDH se ha caracterizado, en general, por no utilizar la perspectiva DESC, sino que en su enfoque prevalece una lectura de los casos en clave de violación de derechos civiles y políticos.³ En este sentido, en la jurisprudencia de la Corte IDH se encuentra desarrollado, y fuertemente arraigado, el reconocimiento de los DESC, pero solo de manera indirecta. Su protección se logra por medio de un derecho civil —derecho a la vida “digna”, a la integridad personal, entre otros—, sin embargo no existe, sino hasta hace muy poco, un reconocimiento directo de la violación de un derecho social y en especial en lo que se refiere a su contenido mínimo.

En este sentido, la Corte IDH ha tenido una primera aproximación a la temática, en materia de seguridad social, recién en 2003, donde se falló a favor de la justiciabilidad de los DESC en forma autónoma por violación del artículo 26 de la CADH. Específicamente respecto a la obligación que le corresponde al Estado de garantizar condiciones mínimas del derecho, de adoptar providencias para lograr la plena efectividad de la vigencia de tales derechos —principio de progresividad— y, correlativamente, del “deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas

³ En este sentido, puede leerse, entre otros, el caso “Niños de la Calle”, Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párrs. 191-196, en el que se refirió al “derecho a la vida digna” que tenían los menores, estableciendo implícitamente obligaciones para los Estados en materia de DESC. Ronconi, Liliana, *Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 1, 2016, p. 129.

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

regresivas”.⁴ El foco estuvo puesto en el principio de no regresividad, sin embargo, aparece una postura ambivalente en relación con este principio en el caso “*Cinco Pensionistas*”.⁵ Aquí el Tribunal debía pronunciarse en relación con la adopción de un decreto que reducía las pensiones que debían cobrar las víctimas del caso. En el caso, la Corte sostuvo que la base para analizar la violación de una obligación relacionada con los DESC es evaluar el disfrute de la totalidad de esos derechos por parte de la población en general. Como en el caso solo se trataba de la afectación de un grupo reducido de personas, la Corte omitió pronunciarse sobre la violación al artículo 26 de la CADH. Posteriormente, en el caso *Acevedo Buendía*,⁶ la Corte define sus alcances jurisdiccionales sosteniendo que tiene competencia para analizar la violación al artículo 26 de la CADH y establece los alcances del principio de progresividad/no regresividad. En cuanto a la progresividad de los DESC, sostuvo la Corte IDH que debe medirse en cuanto a la creciente cobertura de ellos sobre la totalidad de la población y teniendo en cuenta los imperativos de la equidad social, y no sobre una persona o un grupo determinado que no necesariamente representan al todo de la sociedad. Cualquier medida de naturaleza legislativa que implique la regresión de los DESC será, a su vez, violatoria de la obligación de progresividad (párr. 107). Agrega además, que si un Estado adoptara una medida regresiva, la misma se deberá analizar en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y a la luz de ciertos criterios objetivos (párr. 103).

Más allá de estos pronunciamientos, que no fueron retomados por mucho tiempo por la Corte IDH, no hubo un mayor argumento vinculado a la justiciabilidad —y violación de los DESC—, principalmente si tomamos en cuenta los derechos sociales “no clásicos”, esto es, aquellos que no se encuentran vinculados al

⁴ Courtis, Christian, “Artículo 26. Desarrollo progresivo”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Chile, Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 660.

⁵ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 147.

⁶ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

LILIANA RONCONI

trabajador y su familia —derechos laborales, seguridad social—, sino que le corresponden a toda la población.⁷

En este sentido, por ejemplo, en materia de educación, la Corte se enfrentó al caso *Yean y Bosico*.⁸ En este caso, el Estado negó la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, solicitada mediante el procedimiento de declaración tardía, a pesar de haber nacido en territorio dominicano. La falta de reconocimiento de nacionalidad ponía a las niñas en una situación de peligro inminente de ser expulsadas del país; además, no podían ingresar a la escuela ni acceder a servicios de salud y asistencia social, por carecer de un documento de identidad. La Corte resolvió que el estado dominicano violó los derechos a la adopción de medidas de protección, a la igualdad y no discriminación, a la nacionalidad, a la personalidad jurídica y al nombre de las niñas al negarse a emitir los certificados de nacimiento e impedirles el ejercicio de derechos

⁷ En este sentido, sostienen Clérico y Aldao que, en Argentina, “desde la reforma del año 1994 ha cobrado mayor énfasis la discusión de la exigibilidad de los derechos sociales no tradicionales e interpretados desde el principio de ciudadanía. Es decir, se trata de derechos sociales que van más allá de los derechos de los trabajadores individuales o colectivos y de los derechos previsionales. A su vez, la interpretación desde el principio de ciudadanía advierte que cualquiera podría exigirlos en tanto habitante de un Estado sin importar si se encuentra o no bajo una relación formal de trabajo. Así, hoy hablamos de exigibilidad del derecho a la alimentación, a la vivienda, a la salud, al agua potable, a la educación, a la cultura, entre otros”. Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, Gustavo y Bercovich, Luciana (coords.), *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, EUDEBA, 2013.

⁸ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Fondo. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130. Otros casos donde pudiera haber existido reconocimiento de la violación de distintos derechos sociales son: Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149; Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Reten de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C, núm. 150, entre otros.

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

de ciudadanía debido a su ascendencia. La Corte IDH reconoce la situación estructural de desventaja del grupo, pero aplicando un argumento de igualdad, no desde el argumento del incumplimiento del Estado de sus obligaciones en materia de DESC (por ejemplo, por violación del derecho a la educación).

Años más tarde, la Corte resolvió el caso *Artavia Murillo*,⁹ en el cual se cuestionaba una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica por la cual se declaró inconstitucional el decreto ejecutivo 24029-S, que autorizaba la práctica de la Fecundación *in vitro* (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La sentencia de la Sala Constitucional implicó que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos, y una clara violación de las obligaciones que le corresponden al Estado y que se desprenden del artículo 26 de la CADH —progresividad y no regresividad— en materia de derecho a la salud. Sin embargo, en el caso, el argumento fuerte aparece vinculado al derecho a la no violación de la vida privada y la no discriminación, pero no aparece el argumento relativo a la obligación que tiene el Estado de no volver hacia atrás en el reconocimiento de derechos —no regresividad del derecho a la salud, por ejemplo—.

En ambos casos, lo que estaba en juego eran derechos sociales, educación y salud, respectivamente, específicamente se trataba de un incumplimiento del artículo 26 de la CADH, sin embargo, esto no aparece en el argumento de la Corte IDH.

Posteriormente comienza a vislumbrarse un enfoque distinto en el reconocimiento de los DESC en la jurisprudencia de la Cor-

⁹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párrs. 150 y 161.

LILIANA RONCONI

te IDH. El caso *Gonzales LLuy*¹⁰ fue paradigmático en este sentido. En este caso se reclamaba la violación de diversos derechos de Talía Gabriela Gonzales Lluy y su familia. Cuando Talía tenía tres años de edad fue contagiada con el virus del VIH al recibir una transfusión de sangre, proveniente de un banco de sangre de la Cruz Roja, en una clínica privada de salud. Se determinó que la sangre transfundida a Talía estaba contagiada con el virus y no había sido (suficientemente) analizada en el banco de sangre ni en la clínica. Más allá de las idas y venidas judiciales, la vida de Talía y su familia sufrieron un fuerte impacto desde el contagio de VIH a la niña: a) afectación en la salud de Talía y en la de su familia; b) situación de pobreza de la familia, y c) derecho a la educación de Talía.

El caso fue celebrado desde diversos ámbitos de los derechos humanos (activistas, académicos), ya que fue la primera vez que la Corte IDH reconoció la violación de un derecho garantizado en el Protocolo de San Salvador (art. 13, educación). Sin embargo, las críticas pueden dirigirse en dos sentidos:

- a) Si bien en el caso existe un reconocimiento de la violación al derecho a la educación (art. 13 del Protocolo de San Salvador), este se determina en función de su fuerte vinculación con el principio de igualdad y la razonabilidad —proporcionalidad— de la distinción efectuada por las autoridades educativas —separar a la niña de la escuela—. Abordar el caso solo por trato discriminatorio parece mostrar que se trata de un caso aislado de violación de DESC, cuando en el contexto latinoamericano la falta de acceso o goce de los derechos sociales para las poblaciones más vulnerables (p. ej., las personas portadoras de VIH) indica que es necesario reforzar el reconocimiento de estos derechos y las obligaciones del Estado en la materia. Como la propia Corte reconoce, en el caso no solo existió discriminación por ser una persona con VIH, sino principalmente por la falta de acceso a los derechos sociales básicos que padeció Talía —salud, educación, vivien-

¹⁰ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

da— y su familia —salud, vivienda, derechos laborales, entre otros—. No se trata entonces de un caso individual de violación, sino de la situación en la que se encuentran los DESC en la región.

- b) La Corte IDH reconoció la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de Talía y su familia, sin embargo, es poco lo que dice respecto de la violación del derecho a la salud. Solo reconoce la violación del derecho a la salud, pero por conexión con otros derechos. En este sentido, la Corte recordó nuevamente la fuerte interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que además deben adoptar medidas positivas en función de las particulares necesidades del sujeto de derecho. Lo que estaba en juego era principalmente el derecho a la salud de Talía y su familia. Específicamente, la obligación que le corresponde al Estado (en virtud del art. 26 de la CADH) de garantizar condiciones mínimas del derecho y de adoptar providencias para lograr la plena efectividad de la vigencia de tales derechos. El Estado no garantizó las condiciones mínimas para realizar transfusiones de sangre seguras, y ello es contrario a la obligación de progresividad. El reconocimiento de la violación directa al derecho a la salud —no vía un derecho clásico— requiere necesariamente la determinación de las obligaciones concretas del Estado en la materia.

En este caso, el juez Ferrer Mac-Gregor parece ir más allá, pues si bien aclara que está de acuerdo con el voto de la mayoría, emite su voto porque considera necesario “enfaticar y profundizar algunos elementos del caso, que consider[a] fundamentales para el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: [...] II) la posibilidad de haber abordado el «derecho a la salud» de manera directa y eventualmente haber declarado la violación del artículo 26 de la Convención Americana [...]; y III) la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en

LILIANA RONCONI

el Sistema Interamericano [...]”.¹¹ Respecto de la posibilidad de haber abordado el “derecho a la salud” de manera directa, sostiene que la Corte IDH tiene plena competencia para atender en el caso y declarar la violación de ese derecho, en virtud del art. 26 de la CADH.¹² Afirma que pese a los avances producidos en la

¹¹ Esta postura ya había sido sostenida por el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente en Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261; y será reiterada en el voto concurrente en Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312. En el primero de los casos se trataba de la violación de diversos derechos de la señora Suárez Peralta a raíz de una intervención quirúrgica llevada a cabo por una persona que no tenía habilitación como profesional de la salud, lo que derivó en una mala *praxis* médica que generó una afectación grave a la salud de una mujer de 22 años y madre de tres hijos, provocando distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana. Si bien la Corte resuelve el caso a favor de la actora, el juez Ferrer Mac-Gregor argumentó sobre la posibilidad de haber abordado el caso desde el derecho a la salud de manera directa y autónoma (art. 26). En el párr. 11 de su voto sostuvo que “sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano—; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de todos los derechos conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos”. Opinión que reiteraría en el párr. 71 del *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. En un sentido similar había manifestado su voto concurrente la jueza Margarette May Macaulay en Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, analizando “el tema de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social, con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párr. 1). En el mismo sentido puede leerse el voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio 2015. Serie C, núm. 296.

¹² Al respecto, afirma que “es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador,

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

protección de los DESC, la protección por vía indirecta “no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia”.¹³

Este es el punto, la determinación de una violación directa de un derecho social (p. ej., el derecho a la salud) se constituye en una herramienta orientadora de las obligaciones de los Estados en materia de DESC. En este sentido,

hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, [...]. Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud (párr. 15).

La justiciabilidad directa “implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública” (párr. 102).

Por último, en el caso *Lagos del Campo*,¹⁴ la Corte IDH reconoce nuevamente la violación directa del art. 26 de la CADH,¹⁵ recordando su competencia para atender y resolver en contro-

porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José” (párr. 15).

¹³ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 15.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

¹⁵ Los jueces Vio Grossi y Sierra Porto votaron en contra en este punto.

LILIANA RONCONI

versias relativas a este artículo. El señor Lagos del Campo fue despedido como consecuencia de manifestaciones realizadas cuando era presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de una empresa. En las instancias internas este despido se entendió como justificado. La Corte IDH reconoce que la estabilidad laboral queda amparada por el artículo 26 de la CADH (desarrollo progresivo).¹⁶ Dio por probado que se trató de un despido discriminatorio originado por las manifestaciones del señor Lagos del Campo y sostuvo que ante un despido discriminatorio, el Estado “no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros” (párr. 151), vulnerando la estabilidad laboral y demás beneficios de la seguridad social. Esta se convierte, entonces, en una sentencia en donde la mayoría reconoce la violación directa al artículo 26 de la CADH en lo relativo a derechos laborales, que se vincula a la línea iniciada por la Corte IDH en los casos “*Cinco Pensionistas*” y *Acevedo Buendía*, que si bien permite delinear posibles avances en el reconocimiento de los DESC, no se refiere en forma exclusiva a los derechos sociales no clásicos.

4. LOS ARGUMENTOS EN LA SENTENCIA BAJO ESTUDIO (Y SU IMPORTANCIA)

En el caso bajo análisis, la Corte IDH aborda la violación de los siguientes derechos: el derecho a la salud (art. 26); los derechos a la vida e integridad personal (arts. 4 y 5); el derecho al consentimiento informado en materia de salud (arts. 26, 13, 11 y 7); los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (arts. 8 y 25), y el derecho a la integridad personal respecto de los familiares (art. 5), todos ellos en relación con el art. 1.1 de la CADH. En lo que sigue, enfocaré mi análisis en la violación del derecho a la salud.

¹⁶ Es necesario tener presente que la Corte IDH se manifiesta sobre el punto (estabilidad laboral) aun cuando no había sido solicitado por la CIDH, sin embargo, surgía tanto de las manifestaciones del señor Lagos del Campo, como de los reclamos en las instancias internas la posible violación a este derecho.

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

La Corte entendió que el Estado chileno violó el artículo 26 de la CADH, con base en los siguientes argumentos:

4.1. El derecho a la salud se encuentra protegido por el artículo 26 de la CADH

Entendió la Corte IDH que el derecho a la salud está protegido por el artículo 26 de la CADH, ya que es un derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Agrega, además, que desde la opinión consultiva OC-10/89 se sostuvo que los Estados miembros han entendido que la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración (párr. 107). En particular, en este caso resulta esencial el artículo 29 de la Declaración donde se reconoce el derecho a la salud.

A raíz de esto, el Tribunal entiende que tiene competencia para analizar casos donde se denuncia la violación de este derecho —salud—.

Agrega, además, que el derecho a la salud se encontraba protegido en el artículo 19, inciso 9 de la Constitución chilena, y que existe un amplio consenso regional en la consolidación del derecho a la salud, el cual se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región (párr. 113).¹⁷

¹⁷ Si bien la Corte IDH no se explaya mucho más sobre estas cuestiones, parece interesante esta referencia en lo que respecta al diálogo interjurisdiccional en futuras decisiones. En este sentido, al referirse a la situación de las personas mayores y el reconocimiento de sus derechos, considera que “las decisiones de altas cortes de algunos Estados de la región han desarrollado la tutela de los derechos de las personas mayores en materia interna, destacando la necesidad de brindar una protección especial para el adulto mayor” (párr. 129). Sobre el diálogo interjurisdiccional véase Nash Rojas,

LILIANA RONCONI

4.2. El artículo 26: diferentes tipos de obligaciones

La Corte IDH entiende que del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: por un lado, la adopción de medidas generales de manera *progresiva* y, por otro, la adopción de medidas de carácter *inmediato* (párr. 104). La realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC, pero ello no debe interpretarse en el sentido de que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de 40 años de la entrada en vigor del tratado interamericano (párr. 104). Asimismo, se impone la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados.

Respecto de las obligaciones de carácter *inmediato*, estas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho.

En este sentido, anteriormente se propuso la interpretación del derecho a la salud como regla y como principio.¹⁸ Existen ciertos tratamientos o atención a la salud que nadie dudaría de que resultan urgentes y necesarios y que no pueden ser negados a ninguna persona. Se trata de aquellos casos donde lo que está en juego es la vida de la persona. Estos casos se caracterizan porque “la obligación estatal de hacer positiva es impostergable, en caso contrario lo que se viola no es solo el derecho a la salud, sino también el derecho a la “subsistencia de la persona”.¹⁹

Claudio, “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, Griselda; Sieckmann, Jan y Clérico, Laura (comps.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2012.

¹⁸ Ronconi, Liliana, “Derecho a la salud: Un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Revista Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 2, 2011, Lanús, pp. 131-149.

¹⁹ Clérico, Laura, “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en ADC, *La Corte y los de-*

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

No puede existir duda respecto de la obligación de su cumplimiento.

En estos casos podríamos decir, entonces, que *el derecho a la salud actúa como regla*. Una regla “es una restricción de un derecho fundamental cuando, con su vigencia [...] aparece una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido”.²⁰ Las reglas presentan un carácter definitivo, pueden ser cumplidas o no; es decir, si se da el supuesto de hecho de la norma se sigue la solución: por ejemplo, si voy circulando en automóvil y veo un semáforo con luz roja, entonces tengo la obligación de detenerme; esta obligación es definitiva. En estos casos se aplica el modelo de la subsunción y no corresponde una ponderación de derechos: “las normas sobre contenidos mínimos de los derechos sociales se aplican como reglas —modelo de la subsunción—. El contenido mínimo del derecho no puede ser ponderado o graduado frente a otros principios”.²¹

Es por esto que se adopta una teoría del contenido esencial de los derechos. Esto implica que existen ciertas obligaciones básicas que son inderogables. Estas obligaciones caen dentro del contenido esencial del derecho a la salud, que es *indisponible*.²² En este

rechos 2005/2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del Máximo Tribunal, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.

²⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 1993, p. 274.

²¹ Clérico, Laura, *op. cit.*

²² Ahora bien, hablar de un contenido mínimo digno de los derechos no significa negar la existencia de mayores alcances de estos. En este sentido, existen otros casos donde la necesidad del tratamiento es más dudosa pues, en principio, no estaría en juego la salud en el sentido que trabajamos anteriormente, es decir, en estos casos la afección no pondría en riesgo la vida —existencia— de la persona. Son casos que caen fuera de lo que hemos caracterizado como contenido esencial, pero en los que puede resultar afectado el derecho a la salud. “Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas”, véase Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010, p. 20. Por tanto, no contienen mandatos *definitivos* —como las reglas—, sino solo *prima facie*. Sostiene Alexy que “los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas”,

LILIANA RONCONI

caso, la Corte IDH entiende que no se trataba de valorar las acciones u omisiones del Estado en lo que respecta al desarrollo progresivo, sino “la prestación de medidas de carácter básico e inmediato a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches” (párr. 134).

4.3. Obligaciones de contenido mínimo en situaciones de urgencia

La obligación general de garantizar contenidos mínimos de derechos, en particular del derecho a la salud, se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población. Corresponde a los Estados garantizar la *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*²³ respecto del derecho a la salud y, asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas.

Así, la Corte IDH consideró que las medidas que debían adoptarse en el caso del señor Poblete Vilches eran básicas, dada su condición de salud. En este sentido, el alta anticipada no fue acorde con el estado de salud de la persona, causando un impacto considerable en el deterioro de la salud del paciente —*calidad*—. Tampoco se le brindó a los familiares indicación alguna de cómo cuidar al paciente en su domicilio ni cuáles podrían ser las señales de alarma (*aceptabilidad*). Posteriormente, se le negó el acce-

Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 99. Y entiende así que los principios son mandatos de optimización. Así, los casos de conflictos de esta “parte” del derecho con otros derechos fundamentales deberán resolverse mediante la ponderación, teniendo en cuenta el peso de los principios en pugna. Esto implica que un principio puede ser dejado de lado cuando se enfrenta a otro principio de mayor peso, porque “a diferencia del contenido esencial, la periferia [ámbito donde el derecho a la salud actúa como principio] puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social”, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007, p. 411.

²³ Comité DESC, observación general 14.

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

so a la unidad de cuidados intensivos, que resultaba vital dada su condición de salud, así como el acceso a un respirador artificial —*accesibilidad*—, además, no se buscó el traslado de la persona a otro lugar donde pudiera recibir estos cuidados básicos —*disponibilidad*—. Esto implicó que la muerte del señor Poblete Vilches se produjera como consecuencia de la negación de un tratamiento médico adecuado y básico para preservar su salud.

4.4. La situación de las personas adultas mayores

La Corte IDH sostuvo que el derecho a la salud debe garantizarse en el mayor nivel posible y sin discriminación (párr. 127). En general, los DESC deben ser gozados en condiciones de igualdad.

Esta afirmación implica tener en cuenta, por un lado, que “el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados” (párr. 123).²⁴

Por otro lado, señaló que la adopción de estas medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad. La Corte IDH reconoce que las personas mayores son un grupo que merece especial protección, y que el artículo 1.1 de la Convención Americana no representa un listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo, y deja abierta la inclusión de otras categorías con el término “otra condición social”.²⁵ Así, la Corte entiende que la edad es también una categoría protegida por esta norma.

²⁴ Estas son identificadas por la doctrina como no discriminación arbitraria e igualdad como no sometimiento. Al respecto, véase Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016; Ronconi, Liliانا, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

²⁵ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

LILIANA RONCONI

De esta manera, y luego de reconocer los avances normativos a nivel internacional y regional respecto de los derechos de las personas adultas mayores, la Corte resalta la particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud (párr. 131), indicando la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Reconoce que esta especial vulnerabilidad se hace especialmente visible en lo que refiere al derecho a la salud.²⁶

Así, concluye que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada, lo que exige la adopción de medidas diferenciadas. En el caso, el señor Poblete Vilches era un adulto mayor en condiciones de salud delicadas,²⁷ sin embargo, no recibió del Estado la atención médica básica que garantizara su salud. Por esto, considera que “el Estado violó el derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Poblete Vilches” (párr. 143).

5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

¿LOS DESC LLEGARON PARA QUEDARSE?

Luego del largo camino recorrido, esta resolución de la Corte IDH y los argumentos aplicados resultan a todas luces un avance en el reconocimiento de la exigibilidad de los DESC en el ámbito regional. Sin embargo, la decisión de la Corte IDH respecto de

²⁶ En lo que respecta al *consentimiento informado*, remarca que la vulnerabilidad de las personas mayores “se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico-paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación” (párr. 131).

²⁷ Rige aquí el concepto de “discriminación interseccional”, que implica que la persona se encuentre en una especial situación de vulnerabilidad por la interacción de dos o más causales de discriminación (en el caso, edad, estado de salud, condición socioeconómica), en Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento...*, cit.

Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH...

este punto no fue unánime. En este sentido, el juez Sierra Porto sigue manteniendo una postura restringida en cuanto a la justiciabilidad autónoma de los DESC en el Sistema Interamericano (i.e., por aplicación directa del art. 26 de la CADH). Entiende, por el contrario, que en el caso existió violación del derecho a la salud, pero por su conexidad con el derecho a la vida, integridad personal y acceso a la información.

El camino de reconocimiento de los DESC en el Sistema Interamericano no ha sido claro ni lineal. Con la sentencia bajo análisis se ha dado un gran paso, sin embargo, aún queda camino por recorrer. Sin duda, esta distancia dará a la Corte IDH nuevas oportunidades para consolidar la justiciabilidad de los DESC en el ámbito latinoamericano.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 1993.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, CEPC, 2007.
- Clérico, Laura, “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en ADC, *La Corte y los derechos 2005/2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del Máximo Tribunal*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.
- y Aldao, Martín, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, Gustavo y Bercovich, Luciana (coords.), *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, EUDEBA, 2013.
- Courtis, Christian, “Artículo 26. Desarrollo progresivo”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana*

LILIANA RONCONI

sobre *Derechos Humanos. Comentario*, Chile, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Krsticevic, Viviana, “La tutela de los derechos sociales en el Sistema Interamericano”, en Yamin, Alicia Ely (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, México, IDRC-APRODEH, 2006.

Nash Rojas, Claudio, “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, Griselda; Sieckmann, Jan y Clérico, Laura (comps.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2012.

Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del art. 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores, Rogelio (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2018.

Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

—, *Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario de Derechos Humanos, núm. 1, 2016.

—, “Derecho a la salud: Un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Revista Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 2, 2011, Lanús.

Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, año/vol. 9, abril, 2009, Universidad del Rosario, Bogotá.

Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.

El derecho social autónomo
a la salud y sus contenidos.
El caso *Poblete Vilches* y el examen
de (in)cumplimiento de las obligaciones
impostergables y no ponderables*

Martín Aldao**
Laura Clérico***

A las y los *Poblete Vilches* de la región.

1. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana (Corte IDH) declaró la responsabilidad internacional del Estado chileno por no haber garantizado al señor Poblete Vilches¹ su derecho a la salud sin discriminación, “mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a

* Agradecemos la lectura atenta y crítica de Camila Fernández Meijide. Los errores son nuestros.

** Abogado (UBA); doctor en Derecho (UBA); investigador (CIC) CONICET, Instituto de Investigaciones A. L. Gioja, Facultad de Derecho-UBA.

*** Abogada (UBA), doctora en Derecho (Kiel), investigadora CONICET; profesora de Derecho Constitucional (UBA) y profesora honoraria (Universidad de Erlangen/Nürnberg).

¹ Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349. El voto mayoritario estuvo conformado por los jueces y jueza: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Elizabeth Odio Benito; Eugenio Raúl Zaffaroni; L. Patricio Pazmiño Freire. El voto concurrente fue emitido por Humberto Sierra Porto.

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte” (arts. 26, 1.1² y 4 de la CADH³), “así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente” (art. 5 de la CADH);⁴ vulneró “el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud”, en perjuicio de Poblete y de sus familiares (arts. 26, 13, 7 y 11, en relación con el artículo 1.1 de la CADH),⁵ así como el derecho al acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la CADH)⁶ e integridad personal de los familiares del señor Poblete (art. 5.1⁷ de la CADH).⁸

Poblete Vilches es un caso paradigmático. Dos puntos quedan aclarados y consolidados en cuanto al derecho a la salud y respecto de su protección reforzada, teniendo en cuenta al sujeto afectado. Así se consolida la tesis de que:

- i. el derecho a la salud es un derecho social autónomo protegido por el art. 26 CADH, y
- ii. las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección para el goce efectivo de los derechos.

Estos dos puntos son avances en la resolución de disputas de larga data. La balanza se inclinó por la mejor interpretación del artículo 26 de la CADH. Al respecto, nos remitimos a los medulo-

² Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, supra, párrs. 99-143 y 174-176.

³ *Ibidem*, párrs. 144-151 y 174-176.

⁴ *Ibidem*, párrs. 158-160 y 174-176.

⁵ *Ibidem*, párrs. 161-173 y 174-176.

⁶ *Ibidem*, párrs. 182-193.

⁷ *Ibidem*, párrs. 203-210.

⁸ Por lo demás, la Corte IDH interpretó que el Estado no es responsable por la violación del derecho a la seguridad social (art. 26 de la CADH), tal como lo habían alegado los representantes de las víctimas (párr. 86). La Corte IDH estimó “innecesario referirse adicionalmente al derecho a la seguridad social aludido por las representantes (párr. 90). Tampoco fue declarada la responsabilidad por violación al derecho a la imparcialidad judicial (art. 8 CADH), de acuerdo con los párrs. 99 y 194-198 de Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, supra.

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

tos trabajos que sostienen el carácter autónomo de los derechos sociales⁹ basándose en el *texto* del artículo 26 en serio (argumento textual),

- i. el *preámbulo* de la CADH y sus fines (argumento teleológico),
- ii. las *precuelas judiciales interpretativas* que fueron abriendo el camino (argumento jurisprudencial) y
- iii. la *integración* de la CADH con otros instrumentos interamericanos e internacionales (argumento sistemático) para *inclinarse* por aquella interpretación¹⁰ que mejor luz arroja desde los principios que estructuran la convención.¹¹

Además, la consagración del derecho a la salud como derecho social autónomo hay que leerla con efecto espejado regional. Estudios empíricos demuestran que la mayor parte de las constituciones latinoamericanas reconocen derechos sociales como

⁹ Véase Rossi, Julieta; Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, abr, año/vol. 9, Universidad de Rosario, Bogotá, 2009, pp. 34-53; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores, Rogelio (coords.) *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, IECEQ, 2018, entre muchos otros.

¹⁰ Sobre interpretación y Corte IDH, véase Burgorgue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, Talca, pp. 105-162.

¹¹ En el texto de Óscar Parra Vera es claro que en su argumentación aplica el modelo dworkiniano de interpretación como novela en cadena. Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo...*, *cit.*, pp. 181-230. Véase, asimismo, Ronconi, Liliana, “Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 12, 2016, p. 129; Ronconi, Liliana, “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?”, en este libro.

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

derechos autoejecutables y exigibles.¹² Estudios teórico-prácticos sustentan la exigibilidad del derecho a la salud como derecho autónomo y desarrollan su contenido y métodos de aplicación.¹³ Si esto es así, y así es, consideramos que se consolida la tesis de la exigibilidad de los derechos sociales como derechos autónomos.¹⁴

¹² Jung, Courtney; Hirschl, Ran; Rosevear, Evan (2015): “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, núm. 4, 2015, pp. 1043-1094. Véase asimismo, Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 113, con referencia a normas constitucionales en 19 de los 23 países que han ratificado la Convención.

¹³ Véase, entre muchos otros, Parra Vera, Óscar, “The protection of social rights”, en Bergallo, Paola; Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Ashgate, 2016; Arango, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, IECEQ, 2016; Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (versión en castellano, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005); Clérico, Laura; Ronconi, Liliana, y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

¹⁴ La exigibilidad judicial hay que pensarla en su dimensión individual y en su dimensión colectiva. Advertimos que tanto en el ámbito interno como regional (Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en adelante SIDH) se encuentran desarrollos “de estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y, especialmente, en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo” [CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de Derechos Humanos, 2007, párr. 328]. No es objeto de este trabajo explorar esta doble dimensión del acceso a la justicia en materia de derechos sociales. Sin embargo, es fundamental pensar, por ejemplo, la (in)suficiencia de los servicios de acceso a la justicia para aquellos sectores de la sociedad que se encuentran en situaciones estructurales de desigualdad. En estos casos, “la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela”, *ididem*, párr. 9. Clérico, Laura y Vita, Leticia, “Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 18, 2018, Universidad de La Plata, pp. 219-233; Clérico, Laura y Aldao, Martín; “Hacia una pragmática de los derechos culturales.

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

Por tal razón, no volveremos sobre este punto. Lo presupone-mos.

2. LOS OBJETIVOS DE ESTE TRABAJO Y ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA

En este trabajo nos interesa el día después: *la pregunta acerca de la determinación de los contenidos y de la metodología de aplicación del derecho a la salud como derecho autónomo*. En este sentido, esta línea debería empalmarse (*deliberative engagement*) con las investigaciones que se desarrollan acerca de este punto en el orden interno y, a su vez, en los estudios de derecho comparado e internacional comparado. Así, reconstruimos la argumentación de la Corte que sostiene:

- a) la posibilidad de determinar el contenido de partida o mínimo¹⁵ de ese derecho en abstracto;
- b) la utilización de ese prisma para determinar si el derecho se violó en concreto.

A su vez, la reconstrucción de la argumentación desde una perspectiva crítica nos permite marcar que:

- c) el examen desatiende el *contexto* del sistema de salud en el que se produce la violación.

La Corte IDH olvida realizar un análisis de contexto comprensivo. Esto la lleva a trabajar el caso como si fuera un caso aislado. El énfasis en el árbol no le permite ver el bosque. O dicho de otra manera: que el caso no es un único, sino expresión de los déficits estructurales de los sistemas de salud.

Cuestiones de marcos”, *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 2016, pp. 35-71.

¹⁵ Sostenemos que esta debería ser una estación en la vía del contenido del derecho y no la única. Para ello hay que tener en cuenta los documentos que la Corte IDH cita. Además, que en otras sentencias reconoció contenidos de los derechos que van más allá del de partida o del “mínimo”, o de lo “esencial” o del “piso”. La discusión de las similitudes y diferencias de las teorías del mínimo, el contenido esencial o el piso, respectivamente, escapan al objeto de este trabajo, así como la determinación del contenido más allá del mínimo, que en estos trabajos sostuvimos que también son exigibles.

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

3. LA DELIMITACIÓN DEL CASO *POBLETE VILCHES*: HECHOS Y CUESTIÓN NORMATIVA. ¿UN PASO A LA VEZ?

Los hechos del caso ocurrieron en Chile. Sin perjuicio de lo cual se asemejan a muchos otros que ocurren en diversos Estados de la región. Poblete Vilches era un adulto mayor de 76 años, con antecedentes de diabetes tipo 2, hipertensión y una arritmia. El 22 de enero de 2001 fue atendido por una insuficiencia respiratoria grave en un hospital público e internado en cuidados intensivos. Durante la internación y mientras estaba inconsciente, fue sometido a una intervención quirúrgica. Ni Poblete Vilches ni sus familiares dieron su consentimiento para esa intervención. Poblete Vilches fue dado de alta, aunque en forma temprana. Tenía fiebre y emanaba pus por las heridas.¹⁶ Poblete Vilches fue trasladado a su domicilio en una ambulancia privada contratada por sus familiares. No había ambulancias públicas disponibles. Sus familiares no recibieron información exacta acerca de la condición del paciente ni indicaciones acerca de los cuidados que requería y cómo responder frente a signos de alarma. Al poco tiempo, volvió al hospital. Su estado de salud era grave, a la insuficiencia respiratoria se le sumó probable shock séptico. A pesar del cuadro, no fue internado en cuidados intensivos. Faltaban camas. La unidad de cuidados intermedios fue su destino. El tratamiento requería un respirador artificial. No se lo suministraron. Poblete Vilches no recibió los servicios básicos que requería.¹⁷ Tampoco fue trasladado a otro centro con disponibilidad. De los hechos se desprende que, durante al menos cinco días, Poblete Vilches “experimentara diversos sufrimientos motivo de la desatención

¹⁶ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 136.

¹⁷ *Ibidem*, párrs. 47, 52-53. Declaración rendida por del señor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia ante la Corte IDH en la Audiencia Pública del 19 de octubre de 2017: “El doctor [...] dijo «tu papá ya se le dio una oportunidad de vivir», como que él era un ser sobrenatural que tenía el poder sobre la vida, «yo le di la oportunidad de vivir» dijo [...] «la primera vez que ingresó al Sotero del Río, yo no le voy a darle otra oportunidad de vivir, tu papá tiene que morir, tu papá ya [...]»”.

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

a sus particulares condiciones de salud”.¹⁸ El señor Poblete Vilches falleció el 7 de febrero de 2001. Los familiares de Poblete Vilches acudieron a la justicia. Entre otras cosas, solicitaron que se investigara la conducta del personal médico interviniente. En el orden interno no se determinó responsabilidad alguna por la muerte de Poblete Vilches.

La Corte IDH parece encargarse de delimitar la cuestión del caso con precisión. ¿No se arriesga a decir más de la cuenta? Concluye que el Estado “no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares referidos, por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir, de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia.”

No parece discutir cómo se aplica el derecho a la salud en general, sino el derecho a la salud en situaciones de urgencia. Hace un recorte del enunciado normativo para el caso. Para ello, primero una aclaración y luego el derecho a la salud, en este caso, como regla.

4. EL DERECHO A LA SALUD EN SITUACIÓN DE ATENCIÓN URGENTE

Una primera aclaración. Arriba sostuvimos que las discusiones sobre derechos sociales se desarrollaron también en el orden interno.¹⁹ Esto dio lugar a varios estudios de derecho comparado en mayor o menor comunicación con el derecho internacional de los derechos humanos. Esto nos permite hacer dos deslindes en la argumentación de la Corte IDH: por un lado, respecto del contenido delimitable del derecho a la salud (4.1); por el otro, respecto de las diferencias en cuanto al tipo de obligaciones que genera el derecho a la salud (4.2).

¹⁸ Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párrs. 155 y 137.

¹⁹ Arango Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Ronconi Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. 1.

4.1. Contenido del derecho delimitable. No al modelo sudafricano que por ahora niega su carácter delimitable como paso previo al examen en concreto

He aquí el primer deslinde. En el derecho constitucional comparado parece haber por lo menos, dos modelos en disputa:²⁰

- a) un modelo que sostiene que los derechos sociales tienen un contenido de partida delimitable. Este modelo surge de una reconstrucción de las observaciones generales del Comité DESC;
- b) un modelo que no niega la determinación de ese contenido, pero que sostiene que aún es difícil determinarlo desde un comienzo. Este modelo suele ser el sudafricano.

Reconstrucciones de las argumentaciones de la Corte sudafricana asumen que esta se negó a sostener que el derecho a la salud o a la vivienda, por ejemplo, tienen un contenido mínimo de partida. Por caso, frente al reclamo a la vivienda de la población afectada, la Corte evalúa si el Estado tuvo en cuenta la posición de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.²¹

²⁰ Existen acaloradas disputas acerca de cómo determinar el contenido mínimo o esencial o central de los derechos. Véase el análisis de Young, Katherine, “The Minimum Core of Economic and Social Rights”, en *Yale Journal International Law*, núm. 33, 2008, p. 113; Young, Katherine, *Constituting Economic and Social Rights*, OUP, Oxford, 2012; Fazio, Federico de, *La teoría principialista de los derechos sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2019 (en prensa).

²¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*): “The right of access to adequate housing is entrenched because we value human beings and want to ensure that they are afforded their basic human needs. A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality. To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right. It may not be sufficient to meet the test of reasonableness to show that the measures are capable of achieving a statistical advance in the realisation of the right. Furthermore, the Constitution requires that everyone must be treated with care and concern. If the measures, though

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

Agrega que esto no implica partir de una garantía de contenido mínimo del derecho²² elaborada por el Tribunal, aunque admite que esta puede guiar el examen de razonabilidad para establecer si las acciones/omisiones estatales tuvieron en cuenta las necesidades de las poblaciones más vulnerables:

Yet in rejecting the minimum core as a standalone right, the Constitutional Court held open the possibility that the minimum core, understood as relevant standard, could guide its assessment of reasonableness. Arguably, a compelled attention to the needs of the most vulnerable fosters the same attitude of priority-setting as the minimum core inquiry, *without “entrenching” the judiciary’s own articulation of what the minimum core demands.*²³

statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test.”

²² Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*), párr. 33: The determination of a minimum core in the context of “the right to have access to adequate housing” presents difficult questions. This is so because the needs in the context of access to adequate housing are diverse: there are those who need land; others need both land and houses; yet others need financial assistance. There are difficult questions relating to the definition of minimum core in the context of a right to have access to adequate housing, in particular whether the minimum core obligation should be defined generally or with regard to specific groups of people. As will appear from the discussion below, the real question in terms of our Constitution is whether the measures taken by the state to realise the right afforded by section 26 are reasonable. There may be cases where it may be possible and appropriate to have regard to the content of a minimum core obligation to determine whether the measures taken by the state are reasonable. However, even if it were appropriate to do so, it could not be done unless sufficient information is placed before a court to enable it to determine the minimum core in any given context. In this case, we do not have sufficient information to determine what would comprise the minimum core obligation in the context of our Constitution. It is not in any event necessary to decide whether it is appropriate for a court to determine in the first instance the minimum core content of a right.

²³ Young, Katherine, “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en Jackson, Vicki y Tushnet, Mark (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; Young, Katharine y Lemaitre, Julieta, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, 2013; disponible en <http://ssrn.com/abstract=2283945> sosteniendo que en Sudáfrica “the right to health has

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

Por el contrario, la Corte IDH no ve obstáculos en la posibilidad de delimitar de antemano el contenido del derecho a la salud²⁴ en casos de urgencia. Para ello, utiliza la observación general del Comité DESC en relación con el derecho a la salud y su jurisprudencia. Además, realizó algunas pinceladas que en algo hablan de los contenidos en la región, cuando se refirió a las constituciones que reconocen el derecho a la salud y a otras normas de derecho interno.

supported limited judicial interventions for particular health outcomes only (low intensity justiciability)”.

- ²⁴ Por el contrario, la Corte sudafricana cree que aún no puede determinarlos de antemano. En el párr. 31 la Corte sudafricana interpreta cómo fue desarrollado este concepto en el ámbito de protección internacional de los derechos humanos. Esto le sirve para sostener luego que le faltan elementos para poder determinarlo *en su contexto*. “The concept of minimum core obligation was developed by the committee to describe the minimum expected of a state in order to comply with its obligation under the Covenant. It is the floor beneath [...]. Each right has a «minimum essential level» that must be satisfied by the states parties. The committee developed this concept based on “extensive experience gained by [it] [...] over a period of more than a decade of examining States parties’ reports [...]. The committee has also used the general comment «as a means of developing a common understanding of the norms by establishing a prescriptive definition. Minimum core obligation is determined generally by having regard to the needs of the most vulnerable group that is entitled to the protection of the right in question. It is in this context that the concept of minimum core obligation must be understood in international law»”. Por el contrario, la Corte sudafricana sostiene que: “It is not possible to determine the minimum threshold for the progressive realisation of the right of access to adequate housing without first identifying the needs and opportunities for the enjoyment of such a right. These will vary according to factors such as income, unemployment, availability of land and poverty. The differences between city and rural communities will also determine the needs and opportunities for the enjoyment of this right. Variations ultimately depend on the economic and social history and circumstances of a country. All this illustrates the complexity of the task of determining a minimum core obligation for the progressive realisation of the right of access to adequate housing without having the requisite information on the needs and the opportunities for the enjoyment of this right. The committee developed the concept of minimum core over many years of examining reports by reporting states. *This Court does not have comparable information*”. Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*). (cursivas agregadas)

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

4.2. Test de las obligaciones impostergables no ponderables. Pasos de la argumentación

El segundo deslinde estaría dado por separarse de aquellas posiciones que establecen que el derecho a la salud es en todos los casos solo principio, que se definen en la dimensión del peso de los derechos. La Corte IDH sostiene que el derecho a la salud respecto de la atención de urgencia es de cumplimiento inmediato. Su contenido está delimitado:

[...] este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad.

No se pregunta si el Estado tenía buenas razones para no cumplir con sus obligaciones (conflicto entre principios). Esto queda claro cuando la Corte IDH sostiene:

En el presente caso la Corte no encuentra que esté en discusión la faceta progresiva de las obligaciones estatales en materia del derecho a la salud (párr. 88), lo cual tampoco fue alegado por las representantes (párr. 87). Corresponde a la Corte valorar las alegadas acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico e inmediato (párr. 104), a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches, por lo que delimitará su análisis de fondo al alcance de dicha obligación en el caso concreto, y a la luz de las obligaciones reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.²⁵

En cambio, se pregunta qué hizo para honrar la obligación de cumplimiento inmediato que surge del derecho a la salud en caso de atención de urgencia de un adulto mayor que requiere protección reforzada:

Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, estas consisten en *adoptar medidas adecuadas, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas*

²⁵ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, supra, párr. 134.

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. (cursivas añadidas)

Para ello, la argumentación está estructurada de la siguiente manera:

- a) análisis de los estándares relacionados con el derecho a la salud en situaciones de urgencias médicas (párrs. 118 a 124) en general;
- b) luego combina los estándares con la situación de las personas adultas mayores (párrs. 125-132), y
- c) de ambos análisis surge la norma para establecer luego si el Estado violó o no sus obligaciones en el presente caso a la luz de los contenidos delineados en a) y b) (párrs. 133-143).

4.3. Primer paso: el derecho a la salud en situaciones de urgencias médicas y vulnerabilidad

El primer paso en la argumentación consiste en identificar el andamiaje normativo que establece el contenido del derecho. En esa línea y sobre el eje del artículo 26 de la Convención, la Corte IDH retoma las siguientes referencias:

- a) De la Carta de la OEA, retoma los incisos i) y l) del artículo 34, que establecen, entre las metas básicas de los países miembros, la defensa del potencial humano mediante la ciencia médica y la generación de condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, y el inciso h) del artículo 45, que establece el mandato de desarrollo de una política eficaz de seguridad social.
- b) De la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre retoma el artículo XI, que establece el derecho de toda persona a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y asistencia médica.
- c) A nivel nacional, la Corte no solo señala la norma respectiva en la Constitución de Chile (art. 19, num. 9, que establece la obligación para el Estado chileno de asegurar a todas las personas el derecho a la protección y recuperación de la salud), sino que, además, la pone en contexto

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

con el amplio consenso regional en materia de reconocimiento de este derecho.²⁶

- d) A su vez, se señala el *corpus iuris* internacional, que incluye el inciso 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que contempla a la salud dentro del nivel de vida adecuado que corresponde a toda persona; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece la obligación de adoptar medidas para asegurar la asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad; el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, que reitera las obligaciones ya mencionadas y agrega la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo; además de numerosas referencias en otros instrumentos del DIDH.²⁷

Luego acude al acervo interpretativo desarrollado por el Comité DESC de la ONU. Desde hace varios años, el Comité ha levantado el guante de la misión interpretativa de su mandato a través de sus *observaciones generales*. Estas son el fruto de “abundante experiencia sobre el tema examinando informes y dialogando con Estados partes” y con “representantes de organizaciones internacionales y de la sociedad civil a fin de preparar la presente observación general”.²⁸ Nuevamente, aquí debemos hacer una advertencia. El Comité está realizando la interpreta-

²⁶ La Corte IDH hace referencia a normas constitucionales en 19 de los 23 países que han ratificado la Convención. A saber, Argentina (art. 42); Barbados (art. 17.2.A); Bolivia (art. 35); Brasil (art. 196); Colombia (art. 49); Costa Rica (art. 46); Ecuador (art. 32); El Salvador (art. 65); Guatemala (arts. 93 y 94); Haití (art. 19); Honduras (art. 145); México (art. 4); Nicaragua (art. 59); Panamá (art. 109); Paraguay (art. 68); Perú (art. 70); República Dominicana (art. 61); Surinam (art. 36); Uruguay (art. 44). También se referencia el art. 83 de la Constitución de Venezuela. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 113.

²⁷ Véase Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 114.

²⁸ *Ibidem*, párr. 5. Así, estas interpretaciones no son el mero resultado de un ejercicio intelectual que el Comité realiza entre sus miembros, sino también el fruto de un proceso dialógico con diversos actores relevantes que operan en la esfera internacional y de cara a las realidades en materia de DESC que le toca evaluar.

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

ción de las normas del PIDESC.²⁹ Si bien el documento nodal es la Observación General 14 sobre el disfrute al más alto nivel posible de salud,³⁰ también se ha pronunciado sobre componentes del derecho a la salud en sucesivas observaciones generales.³¹ A su vez, el Grupo de Trabajo de la OEA para el Análisis de los

²⁹ Está estableciendo pisos y no techos. La Corte considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables al presente caso, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica. Esto quiere decir que en el ámbito interno, quien emprenda la tarea de interpretar las obligaciones debe tener a la OG como piso y no techo. En el caso de varios Estados interamericanos, existen obligaciones inmediatas que exceden al piso fijado por el Comité. Estas son exigibles, los Estados (nacionales, provinciales, locales) no se pueden amparar en la OG para limitar la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones. Deben cumplir con las obligaciones del Pacto y con las más precisas que surgen de las normas de fuente interna. Un claro ejemplo se encuentra en las interpretaciones que se hacen del PMO en Argentina, que establece las Prestaciones Médicas Obligatorias que, por detalle y alcance, superan las contenidas en el PIDESC. Esto último no es un argumento válido para incumplir con la obligación precisa que surge en el orden interno.

³⁰ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, observación general 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

³¹ ONU, Comité DESC, La índole de las obligaciones de los Estados partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), observación general 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 3 y 10; ONU, Comité DESC, El derecho a una vivienda adecuada, observación general 4, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 8; ONU, Comité DESC, Las personas con discapacidad, observación general 5, E/C.12/1994/13, 1994, párr. 34; ONU, Comité DESC, El derecho al agua, observación general 15, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párrs. 3 y 8. ONU, Comité DESC, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 del PIDESC), observación general 16, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 29; ONU, Comité DESC, El derecho al trabajo (art. 6 del Pacto), observación general 18, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12; ONU, Comité DESC, El derecho a la seguridad social, observación general 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrs. 13 y 14; ONU, Comité DESC, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, observación general 20, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 33. En especial, véase la observación general 6; ONU, Comité DESC, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, observación general 6, E/1996/22, 8 de diciembre de 2015, párrs. 5 y 34.

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

Informes Anuales sobre Indicadores de Progreso también se ha referido al tema del derecho a la salud.³²

Como advertimos anteriormente, dos clasificaciones parecen ser relevantes para la Corte IDH, tomando como referencia al Comité de DESC.³³ Por un lado, las obligaciones que son de cumplimiento inmediato, en materia de derecho a la salud, por oposición a las que son de desarrollo progresivo. Por otro lado, la clasificación sobre el contenido mínimo y el contenido más allá de este último del derecho a la salud.

Las obligaciones de cumplimiento inmediato tienen que ver, *entre otras cosas*, con posibilitar los niveles mínimos³⁴ esenciales de cada DESC. Respecto del derecho a la salud, implican que “un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 [de la OG 14], que son inderogables.³⁵ Para la Corte IDH, las de desarrollo progresivo determinan un empezar a andar y continuar haciendo³⁶ para lograr el goce efectivo del dere-

³² OEA. Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales Previsitos en el Protocolo de San Salvador, Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2011. Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador. Segundo agrupamiento de derechos, OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, e Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.D/XXVI.11, 2015, pp. 43 a 53.

³³ Así, la Corte IDH adopta varias clasificaciones ampliamente discutidas en la academia. Véase, al respecto, Fazio, Federico de, 2019, *op. cit.*; Young, Katherine “The Minimum Core of Economic and Social Rights...”, *cit.*

³⁴ Ronconi, Liliana M., “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 2, 2012, pp. 131-149.

³⁵ Observación general 14, párr. 47.

³⁶ Observación general 21, párr. 45. La Corte IDH, en Poblete Vilches, “destacó que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y, por otro, la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

cho. El cumplimiento no es discrecional: “impone a los Estados partes la obligación expresa y continua de adoptar medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho de toda persona”. A su vez, implica una prohibición de regresión arbitraria sobre los contenidos ganados.³⁷

Por fin, la Corte IDH toma partido en otra disputa. Interpreta que los contenidos del derecho a la salud pueden ser determinados de antemano para *guiar*³⁸ el examen del cumplimiento de las obligaciones impostergables del Estado.³⁹ En este sentido, retoma lo establecido por la OG 14 del Comité de DESC de la ONU y agrega nuevos elementos a partir de su jurisprudencia. Entonces, de la combinación de estas tres clasificaciones surgiría que el derecho a la salud genera obligaciones de cumplimiento inmediato que se refieren al contenido mínimo del derecho que es delimitable como paso previo al examen en concreto. Veamos:

de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano”. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 124.

³⁷ Aquí podemos hablar de un estándar consolidado para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo: la prohibición de regresión arbitraria. Por último, la obligación estatal que surge de los derechos implica, en el caso concreto, evaluar si ese accionar estatal es o no suficiente para permitir la realización del derecho. Sobre la prohibición de regresión, Curtis, Christian (comp.) *Ni un paso atrás: La prohibición de regresión en materia de derechos sociales*. Del Puerto, Buenos Aires, 2006; Añón Roig, María José. “¿Hay límites a la regresión de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, núm. 34, ene, 2016, pp. 57-90.

³⁸ Sobre diferentes propuestas teóricas para la determinación del contenido mínimo del derecho a la salud, véase Forman, Lisa, *et al.*, “Conceptualising Minimum Core Obligations under the Right to Health. How Should We Define and Implement the «Morality of the Depths»?”, en Klotz, Sabine; Bielefeldt, Heiner; Schmidhuber, Martina y Frewer, Andreas (eds.), *Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation*, Bielefeld, Transcript, pp. 95-121, 118.

³⁹ Esta disputa fue referida anteriormente en relación con el modelo sud-africano.

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

CUADRO 1. “Contenidos del derecho a la salud”
 Elaboración propia tomando contenidos
 de la OG 14 y del caso *Poblete Vilches* (2018).

Estándares del derecho a la salud	Piso OG 14	Ampliación <i>Poblete Vilches</i>
<i>Definición OMS</i>	Bienestar físico, mental y social (párr. 4)	Acceso a servicios esenciales y prestaciones médicas eficaces y de calidad (párr. 118)
<i>Disponibilidad</i>	Cantidad suficiente de establecimientos, bienes, servicios y programas de salud. (párr. 12a)	Coordinación entre establecimientos que permita una atención integrada (párr. 121c)
<i>Accesibilidad</i>	-Física (párr. 12.b.ii) -Económica (párr. 12.b.iii) -de Información (párr. 12.b.iv) -No discriminatoria (párr. 12.b.i)	La edad como “otra condición social” de la prohibición de discriminación (párr. 122) Medidas negativas y positivas —de creación de condiciones de igualdad real— (párr. 123)
<i>Aceptabilidad</i>	Respeto de cultura, género y ciclo de vida (párr. 12c)	Deber de información y respeto de autonomía (párr. 121d)
<i>Calidad</i>	En equipos, personal y medicamentos (párr. 12d)	Personal calificado para atender urgencias (párr. 121a)
<i>Deber de regulación</i>	Incluida en la obligación de protección (párr. 51)	De públicos y privados y programas nacionales de calidad (<i>Suárez Peralta y Ximenes Lopes</i>) (párr. 119)
<i>Mecanismos de supervisión y control</i>		Aplicable tanto a públicos como a privados, puede surgir por omisión, se agrava en casos de servicios de urgencia (<i>Suárez Peralta</i>) (párr. 124)
<i>Específicos de adultos mayores</i>	Integración de prevención, curación y rehabilitación (párr. 25)	-Protección reforzada y medidas diferenciadas (párr. 127) -Necesidad de políticas integrales ante el envejecimiento de la población (párr. 130) -Prestaciones eficientes y continuas (párr. 132)

Estos contenidos le sirven luego para analizar en el caso concreto si las acciones y omisiones del Estado demandado implican violación del derecho a la salud según el modelo de la adecuación o encastre.⁴⁰ Como hemos señalado en otros trabajos, cuando los mandatos de DESC son claros, sea por reconocimiento normativo expreso,⁴¹ o bien, por la integración de normas y precedentes a través de una red de reglas resultado de sentencias previas,⁴² la estrategia argumentativa aplicable es la de la subsunción, que es la aplicada por la Corte IDH en *Poblete Vilches*. No hay lugar en este caso para el balanceo de derechos o la ponderación.

4.4. Segundo paso: Las acciones y omisiones en concreto: adecuación como encastre; adecuación sin balanceo

En la “Conclusión general sobre el derecho a la salud”, la Corte IDH resume los tres pasos de su argumentación: En *primer lugar*, la determinación de estándares del derecho a la salud aplicables al caso, que incluye los contenidos generales y los específicos para adultos mayores (párr. 174), los cuales han sido analizados en profundidad en el apartado anterior. En *segundo lugar*, la determinación de las acciones y omisiones del Estado de Chile en el caso concreto (párr. 175). En *tercer lugar*, la Corte IDH llega al resultado del caso (párr. 176).

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 134: “valorar las alegadas acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico e inmediato [...], a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches, por lo que delimitará su análisis de fondo al alcance de dicha obligación en el caso concreto, y a la luz de las obligaciones reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”, *cfr.*, párr. 104.

⁴¹ Véase Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, G. y Bercovich, L. (coords.), *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

⁴² Clérico, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2015, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=113>

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

Sobre el primer paso ya nos detuvimos en la sección anterior, por lo cual nos dedicaremos al segundo. En primer lugar, la Corte reconoce que el estándar de *regulación* se encuentra cubierto, ya que tanto la Constitución como la legislación de Chile reconocen adecuadamente el derecho a la salud.⁴³ Por el contrario, los diagnósticos deficientes brindados en ambas internaciones dan cuenta del incumplimiento de la dimensión de *calidad* del derecho a la salud, y la falta de infraestructura (ambulancias, respiradores artificiales, camas en la UCI) dan cuenta de un incumplimiento de la dimensión de la *disponibilidad* del derecho a la salud.⁴⁴ A su vez, la falta de prioridad en el acceso al sistema de salud dada a Poblete Vilches en razón de su edad da cuenta del incumplimiento de la dimensión de la *accesibilidad* del derecho a la salud; mientras que la incapacidad del sistema de salud para dar cuenta de las necesidades específicas de Poblete Vilches como adulto mayor nos hablan del incumplimiento de la dimensión de la *aceptabilidad*.⁴⁵ Todo esto lleva al Tribunal a concluir que:

El señor Poblete Vilches era un adulto mayor con patologías agregadas que hacían que su situación lo convirtiera en un paciente aún más vulnerable. Sin perjuicio de lo anterior, quedó evidenciado que no recibió el tratamiento adecuado conforme a su situación particular. Del marco fáctico se desprende que, en el segundo ingreso, existió urgencia de las prestaciones de salud requeridas en el caso, cuya dispensa de forma inmediata resultaban de carácter vital. En suma, el paciente requería de una atención médica urgente y de calidad, que el sistema de salud pública no proveyó, por lo que dicha situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor.⁴⁶

Una vez establecida tanto *la vulneración del derecho a la salud en el caso concreto, como la obligación de especial atención a la situación de vulnerabilidad* de Poblete Vilches, la Corte IDH despliega tres líneas argumentativas complementarias que, sin afectar la autonomía del derecho social a la salud, refuerzan los fundamentos de la sentencia y resaltan los principios de *interde-*

⁴³ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 135.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 138.

⁴⁵ *Ibidem*, párrs. 129-141.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 142.

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

pendencia e indivisibilidad de los derechos humanos, al conectar el derecho a la salud con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la autonomía. Así, la omisión de prestación de servicios básicos de salud en los casos en que el personal médico se encuentra en conocimiento de una situación de urgencia constituye una vulneración del *derecho a la vida*, lo que implica una falta de *disponibilidad* del derecho a la salud.⁴⁷ Por otro lado, el alta prematura de Poblete Vilches, así como la precariedad e insuficiencia de las condiciones de la segunda internación constituyen una vulneración del derecho a la *integridad personal*, que incide a su vez en la *calidad* en el acceso a la salud para *adultos mayores*.⁴⁸ Por último, las múltiples irregularidades y omisiones respecto de la obligación de brindar información adecuada y completa tanto a Poblete Vilches como a sus familiares implica una vulneración del derecho a la autonomía y, por ende, del requisito de *aceptabilidad* que deben cumplir las prestaciones de salud.⁴⁹

En el siguiente cuadro se despliega en detalle la argumentación de la Corte IDH, poniendo en correlación el derecho involucrado, el estándar normativo aplicable, los hechos del caso y la ubicación de las argumentaciones que justifican cada una de las cadenas lógicas que constituyen la sentencia.

CUADRO 2. Mapeo de líneas argumentales en *Poblete Vilches*. Elaboración propia.

Contenido	Estándar aplicable	Acciones y omisiones estatales	Justificación
<i>Salud</i>	General: -Disponibilidad: 121c -Accesibilidad: 122-123 -Aceptabilidad: 121d -Calidad: 121a	Regulación: 135 Calidad/disponibilidad: 138 Accesibilidad/aceptabilidad: 139-141 Específicos: integrados	142-143

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 150.

⁴⁸ *Ibidem*, párrs. 155 y 156.

⁴⁹ *Ibidem*, párrs. 160 y 173.

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

Contenido	Estándar aplicable	Acciones y omisiones estatales	Justificación
	-Regulación: 119 -Supervisión y control: 124 -Específico: 126-127, 130 y 132		
<i>Vida (disponibilidad)</i>	146-148	149	150-151
<i>Integridad personal (calidad y especificidad de adultos mayores)</i>	152	153-154	155-156
<i>Consentimiento (aceptabilidad)</i>	-Propio: 157 -Por sustitución: 161-162	158 163-165	159-160 166-173

5. LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD Y LAS DEFICIENCIAS ESTRUCTURALES: ARGUMENTACIÓN *INTERRUPTA*.

CUANDO EL ÁRBOL NO LE PERMITE VER EL BOSQUE

Para la Corte IDH, el problema no reside entonces en falta de “marco”. El problema estaría en las barreras que existen para el “goce efectivo del derecho” delineado por la CADH y por la legislación doméstica. “En relación con los estándares en materia de salud, primeramente, la Corte observa que en la época de los hechos existía regulación suficiente sobre el derecho a la salud que garantizaba este derecho a toda persona sin distinción (*supra* párr. 112), por lo que dicha obligación de regular se encontraba acorde con la Convención (*supra* párr. 119)”.⁵⁰

Desde el punto de vista crítico, surge la siguiente consideración. Por un lado, la Corte IDH no está dispuesta a analizar si la regulación en salud es adecuada para proteger el derecho a la salud de las personas que tienen acceso al sistema público de salud

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 135.

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

en Chile. Esta pregunta no es menor. Varios Estados de la región presentan fuertes déficits en el acceso a la atención sanitaria para aquellas poblaciones que se encuentran sin acceso al sistema de la seguridad social, por su relación de dependencia laboral o al sistema privado que depende de la contribución —directa o a través de las empleadoras— de la población contribuyente.

El problema no reside solo en la ejecución de la norma, sino en el marco.⁵¹ Muy probablemente esta discusión hubiese devenido en la referencia a los distintos sistemas de organización de la atención sanitaria. Probablemente quiso evitar entrar en la discusión acerca de cuáles sistemas de salud encajan mejor o peor con el derecho humano a la salud. Sin embargo, pudo analizar qué parte del marco existente obtura el acceso al goce efectivo del derecho a la salud de las personas en situación de vulnerabilidad por edad y condición económicosocial, sin eufemismos, pobreza.

En este punto sostenemos que la argumentación de la Corte IDH quedó corta, la cual considera:

1. El paciente requería de una atención médica urgente y de calidad;⁵²
2. el sistema de salud pública no proveyó esa atención;
3. la falta de provisión de la atención se determina en relación con las acciones y omisiones de los operadores sanitarios *en concreto*, y
4. esa situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor.

Es decir, el análisis es en relación con el caso individual. Correcto. Sin embargo, ¿qué nos dice el *análisis en concreto* en relación con el *contexto*?. Estudios empíricos sobre los sistemas de salud en la región, hablan de que los sistemas padecen problemas

⁵¹ Esta es la discusión que da la Corte Constitucional colombiana en la conocida sentencia T-760, 1 de julio de 2008.

⁵² Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, supra*, con referencia a los dichos de un perito que “destacó en audiencia sobre la falta de capacidad de los recursos humanos en relación con saber tratar a un adulto mayor por su carácter vulnerable y las deficiencias de infraestructura presentadas en este hospital” (párr. 141).

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

estructurales.⁵³ La Comisión Interamericana advirtió a la Corte IDH que el caso presentaba “una oportunidad para abordar supuestos de responsabilidad estatal derivados de deficiencias estructurales en hospitales públicos”.⁵⁴ Esta dimensión no aparece con claridad en el fallo.

Nos preguntamos entonces qué tanto la Corte toma en cuenta los *condicionantes* del derecho a la salud. La situación de *hecho* del sistema de salud y las *regulaciones* que organizan el sistema de salud⁵⁵ son parte de las condiciones materiales que posibilitan u obstaculizan un acceso efectivo y digno del ejercicio del derecho y que afectan en especial a las poblaciones en situación de vulnerabilidad, en situación de pobreza.⁵⁶ Pudo al menos haberse planteado la pregunta.⁵⁷

⁵³ Véase Allard Soto, Raúl; Hennig Leal, Mônia Clarissa y Galdámez Zelada, Liliana, “El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 95-138; Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la salud en Chile”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. 3; Vita, Leticia J., “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 85.

⁵⁵ Cabe advertir que los representantes de las víctimas habían argumentado que el Estado “ha abundado en detalles sobre las diferentes políticas implementadas y medidas adoptadas en pos de mejorar su sistema público de salud”, sin embargo éste “se limitó a ofrecer un menú de decisiones políticas desarrolladas en los últimos años sin demostrar el impacto real y efectivo que pudieran haber tenido en las poblaciones más vulnerables”, Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párrs. 86-87, *cf.* 99.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 85. La Comisión expresó que el caso plantea “[...] consideraciones sobre la protección adecuada de los derechos de las personas en situación de *pobreza*, y la aplicación del principio de igualdad y no discriminación” (cursivas agregadas). Por el contrario, la Corte IDH no realizó en el fallo consideraciones referidas a la situación de pobreza. En este sentido, dejó pasar una oportunidad. Esto es lamentable teniendo en cuenta que “la jurisprudencia del sistema interamericano sobre la situación de personas que viven en pobreza, se encuentra aún en desarrollo, [...]”. CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos, 2017, párrs. 143 y 18.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*. Véase, sin embargo, que como garantías de no repetición estableció que: “informar al Tribunal

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

6. CONSIDERACIONES FINALES

En este texto sostuvimos dos tesis. Por un lado, la Corte IDH tomó partido en la disputa acerca de si el contenido del derecho a la salud puede ser delimitado *prima facie*. Para ello se valió de los elementos del derecho a la salud que el Comité DESC de la ONU desarrolló en sus observaciones generales, y otras producciones del SIDH con alguna referencia a constituciones y normas de los Estados de la región. Así, la Corte IDH se aleja del modelo sudafricano que considera que no pueden, por ahora, ser delimitables los contenidos del derecho social en abstracto como uno de los primeros pasos argumentativos. Por el contrario, para la Corte IDH, los contenidos delimitados sirven como prisma para evaluar si el Estado demandado violó el cumplimiento de las obligaciones impostergables que surgen del derecho a la salud. Las acciones y omisiones en concreto fueron evaluadas en clave de accesibilidad, aceptabilidad, calidad para concluir que se violó la prohibición de discriminación en razón de la edad de la persona y que no se tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Poblete Vilches, no solo en razón de su edad sino también por su estado grave de salud.

La segunda tesis se refiere a la mirada acotada que presenta el caso respecto del acceso y atención de los servicios de salud en Chile y la región para satisfacer el goce efectivo del derecho a la salud. La Corte IDH no echa una mirada al contexto regional, parece inclinarse por un análisis individual del caso en la parte de la justificación o mérito de la sentencia, por lo que no es claro en qué medida la Corte IDH toma suficientemente en serio los condicionantes que determinan el derecho a la salud. Tampoco considera este derecho desde la posición de las personas que se encuentran en situación de pobreza y en clara desigualdad de hecho para el goce efectivo del derecho a la salud.

Por último, en el caso la Corte IDH delimita las obligaciones del Estado como de cumplimiento inmediato e impostergable.

sobre los avances que ha implementado en hospital de referencia; (vi) fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria [...] adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores”.

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

Para ello, establece que evaluará la pertinencia y adecuación de las acciones y omisiones perpetradas por el Estado a la luz de su idoneidad para lograr los elementos del derecho a la salud. La Corte IDH no da pistas acerca de cómo aplicar el derecho a la salud cuando su contenido va más allá de lo inmediato e impostergable. Escogió así la estrategia del paso a paso.

BIBLIOGRAFÍA

- Allard Soto, Raúl; Hennig Leal, Mônia Clarissa y Galdámez Zelada Liliana, “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016.
- Añón Roig, María José, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, ene. 2016.
- Arango, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, IECEQ, 2016.
- , “Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.
- , *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (versión en castellano, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005).
- Burgorgue-Larsen, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, 2014, Talca.
- Clérico, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2015, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=113>
- , “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, G.; Bercovich, L. (coords.), *Los derechos sociales en la Gran Bue-*

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

- nos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción, Buenos Aires, Eudeba, 2013.
- y Aldao, Martín, “Hacia una pragmática de los derechos culturales. Cuestiones de marcos”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 2016.
- y Vita, Leticia, “Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 18, 2018, Universidad de La Plata.
- Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- Fazio, Federico de, *La teoría principialista de los derechos sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2019 (en ed.).
- Etchichury, Horacio, “Poder judicial, democracia y derechos sociales”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas “A. L. Gioja”*, 2011.
- , *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores, Rogelio (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2018.
- Figuroa, Rodolfo, “El derecho a la salud en Chile”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. 3.
- Forman, Lisa *et al.*, “Conceptualising Minimum Core Obligations under the Right to Health. How Should We Define and Implement the «Morality of the Depths»?”, en Klotz, Sabine; Bielefeldt, Heiner; Schmidhuber, Martina y Frewer, Andreas (eds.), *Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation*, Bielefeld, Transcript, 2017.
- Jung, Courtney; Hirschl, Ran y Rosevear, Evan, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, núm. 4, 2015.

El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

- Parra Vera, Óscar, “The protection of social rights”, en Bergallo, Paola; Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Ashgate, 2016.
- , “La justiciabilidad de los DESCAs y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2018.
- Ronconi, Liliana, “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 2, 2012.
- , “Después de mucho andar, los DESCAs traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?”, en Clérico, Laura y Morales Antoniazzi, Mariela, *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Pobleto de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ, 2018 (en esta obra).
- , “Mucho ruido y pocos... DESCAs. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 12, 2016.
- Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, abr, 2009, Universidad de Rosario, Bogotá.
- Vita, Leticia J., “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.
- Young, Katherine, “The Minimum Core of Economic and Social Rights”, en *Yale Journal International Law*, núm. 33, 2008.
- , *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, OUP, 2012.
- , “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en Jackson, Vicki y Tushnet, Mark (eds.), *Proportionality: New*

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

Frontiers, New Challenges, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

- y Lemaitre, Julieta, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, 2013.

Avances en la protección de las personas mayores en el Sistema Interamericano: perspectivas y retos para la efectividad de sus derechos

*Flávia Piovesan,
Mariela Morales Antoniazzi,
Erika Montero**

En el presente análisis se argumenta que paulatinamente se ha ido construyendo un acervo normativo y jurisprudencial para abordar los derechos de las personas mayores en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En 2018 se celebraron 70 años de las Declaraciones Americana y Universal de los derechos humanos, así como 40 años de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En las Américas, no obstante, se enfrentan hoy grandes retos en torno a la garantía efectiva de los derechos humanos y uno de ellos concierne precisamente a las personas mayores de 60 años, ya que el envejecimiento poblacional, así como el envejecimiento individual, constituyen factores relevantes para modular las necesidades de salud, seguridad social y protección social en la región. Como se recoge en los informes de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), entre 2000 y 2050 se duplicará la proporción de la población mundial que tiene 60 años de edad (de 11 a

* Las opiniones expresadas en este texto son de exclusiva responsabilidad de las autoras. Flávia Piovesan y Erika Montero dejan constancia de que no representan necesariamente las opiniones de la OEA ni de la CIDH.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

22%).¹ En consecuencia, es clave sistematizar el desarrollo normativo para salvaguardar los derechos de las personas mayores (1), visibilizar los avances alcanzados en el uso de los mecanismos del SIDH para la protección de los derechos de las personas mayores (2) y perfilar las perspectivas de la protección de las personas mayores en las Américas bajo un enfoque jurídico-doctrinario (3).

1. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

El SIDH ha ido avanzando progresivamente en la especialización de sus estándares hacia una mejor protección de los derechos humanos de las personas que habitan las Américas. Es así que, paulatinamente, los órganos del SIDH, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte), han ido avanzando a través de sus diferentes mecanismos, en temas como los derechos de las comunidades indígenas y tribales, las mujeres, las personas en situación de movilidad humana, la comunidad LGBTI, etc. Sin embargo, la temática de los derechos de las personas mayores aún es una deuda pendiente del SIDH, que solo se ha comenzado a saldar de manera reciente y que todavía demanda el continuo trabajo de dichos órganos para avanzar en la efectivización de sus derechos humanos de manera prioritaria.

Desde la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, los Estados visualizaron una protección de los derechos de las personas mayores, al establecer el derecho de toda persona a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la vejez.² Posteriormente, en el texto de la CADH se estableció la prohibición de la pena de muerte contra las personas mayores de 70 años, junto con la misma prohibición para otros grupos poblacionales como los niños, niñas y adolescentes y las mujeres en estado de gravidez.³

¹ OPS, Situación de la Salud en las Américas: Indicadores Básicos, 2018.

² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. XVI, derecho a la seguridad social.

³ CADH, 1969, art. 4, derecho a la vida.

Avances en la protección de las personas mayores...

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) estableció el mismo derecho, en los mismos términos,⁴ y adicionalmente incluyó el derecho de protección especial de la persona en su ancianidad, así como la obligación de los Estados de adoptar progresivamente medidas relacionadas con el proporcionamiento de instalaciones adecuadas, alimentación adecuada, atención médica especializada, programas para la realización de actividades productivas vocacionales en la tercera edad y la estimulación de organizaciones sociales para el mejoramiento de la calidad de vida de las personas mayores.⁵

Entre 1988, año de la adopción del Protocolo de San Salvador, y 2015, año de la adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Convención sobre Personas Mayores o Convención), no hubo desarrollos sustantivos en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas mayores como sujetos de una protección especial por parte de los Estados en el SIDH, más allá de la expresión de la voluntad de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de continuar trabajando para incorporar los temas de vejez en las agendas de sus políticas públicas, plasmada en la Declaración de Compromiso de Puerto España de 2009.

Adicionalmente, en dicha Declaración se solicitó el apoyo técnico de la Comisión Económica de Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) para la creación y mejoramiento de los sistemas de información y datos sobre el impacto social y económico del envejecimiento y se planteó la viabilidad de elaborar la mencionada Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores.⁶

⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988, art. 9, derecho a la seguridad social.

⁵ *Ibidem*, art. 17, protección de los ancianos.

⁶ OEA, Declaración de Compromiso de Puerto España. Adoptada en la Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, Trinidad y Tobago, 19 de abril de 2009.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

En el mismo año, la Asamblea General de la OEA instó al Consejo Permanente a convocar una “sesión extraordinaria sobre derechos humanos y personas adultas mayores, con representantes nacionales y expertos provenientes del sector académico y de la sociedad civil, así como de organismos internacionales, con el objetivo de intercambiar información y buenas prácticas, y examinar la viabilidad de elaborar una Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Adultas Mayores”.⁷ Posteriormente, en 2011, se extendió el mandato para que se preparara el eventual proyecto de Convención sobre dicho tema.⁸

Seguidamente se creó un Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en el seno de la OEA, con el propósito de promover la elaboración de un instrumento vinculante para los Estados que reconociera la garantía del goce pleno y efectivo de los derechos de este grupo poblacional. Según las memorias disponibles de dicho Grupo de Trabajo, la CIDH participó activamente en el proceso de elaboración del instrumento, y dentro de sus aportes se cuentan: *a*) la inclusión de un enfoque de igualdad y no discriminación orientado en la doble esfera de prevención de tratos discriminatorios basados en su edad y en la adopción de medidas para su igualdad material o real; *b*) el ejercicio de su capacidad jurídica; *c*) el ejercicio de su derecho al consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud; *d*) el ejercicio de su autonomía e independencia y la noción de su inclusión social como un cambio de paradigma de la percepción estereotipada del adulto mayor; *e*) la adopción de medidas para asegurar el ejercicio de las garantías de protección judicial de manera acorde a sus necesidades, y *f*) la inclusión de mecanismos de monitoreo de la implementación del instrumento y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema de peticiones y casos de la CIDH.⁹

⁷ OEA, AG/RES. 2455 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2562 (XL-O/10).

⁸ OEA, AG/RES. 2654 (XLI-O/11).

⁹ Véase OEA, Ser. G. CAJP/GT/DHPM-114/13. “Perspectiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) con respecto al Proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, presentado en

Avances en la protección de las personas mayores...

El 15 de junio de 2015, la OEA adoptó la Convención sobre Personas Mayores, con el objetivo de enfocar el envejecimiento desde la perspectiva de los derechos humanos. Para ello, la Convención establece que la edad para la consideración de la “persona mayor” es a partir de los 60 años, a menos que las legislaciones internas determinen una base menor o mayor, que no podrá ser superior a 65 años. La Convención sobre Personas Mayores también define el envejecimiento como el “[p]roceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio”.¹⁰ Asimismo, se ha de indicar que la Convención sobre Personas Mayores recoge principios relevantes como: la dignidad en la vejez, la independencia, el protagonismo y autonomía de la persona de edad; la igualdad y no discriminación; la participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; el bienestar y el cuidado; la autorrealización; la equidad y la igualdad de género; la solidaridad; la atención preferente; el respeto y la valorización de la diversidad cultural, y la protección judicial efectiva.

Por otro lado, cabe destacar que en el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) se avanzó en el reconocimiento de principios e ideales para la protección de la persona mayor en instrumentos sin carácter jurídicamente vinculante ni exigibles, como los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad de 1991; la Proclamación sobre el Envejecimiento de 1992; la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002; la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2003; la Declaración de Brasilia de 2007; el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas

la sesión de 8 de noviembre de 2013, en respuesta a la solicitud realizada por el presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, disponible en http://www.oas.org/es/council/CAJP/GT/closed/DHPM/documentation/var_documents/

¹⁰ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 2, definiciones.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

mayores de 2009, y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe de 2012.

En ese sentido, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores constituye un paso histórico, al convertirse en el primer y único instrumento en el mundo que reconoce los derechos de las personas mayores y obligaciones específicas de los Estados, con un carácter exigible y justiciable por parte de los usuarios del SIDH. Asimismo, dicho instrumento constituye un cambio de perspectiva de 180 grados, al plantear un reemplazo de los conceptos negativos tradicionalmente asociados a la vejez como el fin de la vida, la pasividad, la enfermedad y la dependencia de las personas mayores, hacia un entendimiento de la persona mayor como un ser humano que tiene mucho que aportar al desarrollo social, y cuya inclusión social y participación comunitaria debe ser valorada y garantizada en las sociedades de las Américas.

La Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores se ha convertido en un instrumento emblemático y un referente a nivel mundial, por incluir además nociones novedosas como la vejez activa y saludable, la participación comunitaria de las personas mayores, su autonomía e independencia, y una pluralidad de derechos de gran alcance y relevancia en materia de cuidados paliativos, consentimiento informado, capacidad jurídica, y vida digna y libre de toda forma de violencia.

El instrumento fue aprobado por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, pero solo entró en vigor casi dos años después, el 11 de enero de 2017, luego de su segunda ratificación. A la fecha, solo seis de los 35 Estados miembros de la OEA han ratificado o se han adherido a esta Convención. Dentro de los Estados ratificantes se encuentran: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador y Uruguay. Otros países, como México¹¹ y Perú,¹² han dado muestras de voluntad de ratificar el ins-

¹¹ Véase CIDH, “Situación de derechos económicos, sociales y culturales y de personas mayores en México”, audiencia pública, 7 de mayo de 2018, 168 periodo de sesiones.

¹² Véase Congreso de la República de Perú, “Dictamen recaído en el proyecto de Resolución Legislativa No. 2809/2017-PE por el que se propone la

Avances en la protección de las personas mayores...

trumento en el corto plazo. Sin embargo, aún es necesario que los demás Estados miembros desplieguen sus mejores esfuerzos de una manera ágil para la ratificación universal de dicha Convención, y para que la voluntad de los Estados expresada desde 2009 se materialice en una protección efectiva de los derechos de las personas mayores en la región americana.

2. AVANCES EN EL USO DE LOS MECANISMOS DEL SIDH PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Para los usuarios del SIDH existe una pluralidad de mecanismos disponibles para impulsar la temática de los derechos de las personas mayores. Por ejemplo, a la luz de la CADH¹³ y su Reglamento,¹⁴ la Comisión puede realizar visitas a los Estados con el objetivo de observar una situación específica de derechos humanos y/o avanzar en la promoción de los derechos humanos, e incluso sostener actividades en el marco del trámite de peticiones y casos y medidas cautelares. En ese sentido y para efectos del monitoreo realizado por la CIDH en la temática de las personas mayores, tanto los Estados como las organizaciones de la sociedad civil pueden aportar información relevante a la CIDH dentro del marco de una visita al país sobre temas de preocupación, avances o retrocesos en la materia.

Asimismo, bajo el artículo 58 del Reglamento de la CIDH, la Comisión puede emitir informes temáticos, en cumplimiento de su función de promoción de los derechos humanos en la región, a través de los cuales se da a conocer una situación de derechos humanos frente a una temática específica y/o la situación de

aprobación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores” y “Resolución que aprueba la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores”, 4 de junio de 2018.

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 41, funciones.

¹⁴ CIDH, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1 de agosto de 2013. Artículo 59 literal d, informe anual.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

derechos humanos en un país. Bajo el artículo 59 de su Reglamento, la Comisión emite cada año su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA, a través del cual da cuenta de los avances y retrocesos en materia de derechos humanos en las Américas. Los usuarios del SIDH pueden utilizar estos mecanismos participando en las consultas públicas que plantea la Comisión para la elaboración de informes temáticos, o también enviando insumos que consideren pertinentes, de manera constante, para mantener informada a la CIDH de temas relevantes en los países.

Por otro lado, según lo establecido en el Reglamento,¹⁵ la Comisión también puede sostener audiencias públicas durante sus periodos de sesiones, que pueden ser solicitadas por los usuarios del SIDH o convocadas de oficio por la CIDH, y que representan una oportunidad para presentar información a la CIDH y dar visibilidad a los avances, buenas prácticas y desafíos para la protección de los derechos humanos a nivel nacional o regional.

Finalmente, la Comisión puede solicitar información a los Estados sobre las medidas adoptadas en materia de derechos humanos, a la luz del artículo 41 de la CADH,¹⁶ en relación con los países que han ratificado dicho instrumento, y 18 del Estatuto de la CIDH,¹⁷ en relación con aquellos países que no han ratificado la CADH.

Los mecanismos mencionados pueden y deben ser utilizados por los usuarios del SIDH, toda vez que la información recolectada a través de ellos, presentada tanto por Estados como por miembros de la sociedad civil, es de vital importancia para impulsar la mejor protección de los derechos humanos en la región.

En su labor de monitoreo, la Comisión ha avanzado ya en la organización de una consulta regional sobre la temática de las personas mayores, la cual se llevó a cabo en octubre de 2017 en

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 41.d, funciones.

¹⁷ CIDH, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1979, art. 18.d, funciones.

Avances en la protección de las personas mayores...

la ciudad de Montevideo, Uruguay.¹⁸ A través de dicha consulta, que contó con la participación de Estados, miembros de la sociedad civil y de la academia, se identificaron diversos desafíos y problemáticas de preocupación que han sido incluidas en el plan de trabajo de la Unidad sobre los Derechos de las Personas Mayores, que fue creada por la CIDH en mayo del mismo año, según lo establecido en el Plan Estratégico 2017-2021 de la CIDH.¹⁹ La mencionada Unidad hace parte de la estructura del monitoreo temático realizado por la CIDH, y tiene dentro de sus objetivos la labor de promover los mecanismos que integran el SIDH para proteger los derechos de las personas mayores.

Asimismo, se observan avances a través de la realización de dos audiencias públicas en el último año, incluyendo una sobre Personas Mayores LGBTI,²⁰ y otra sobre Personas Mayores y

¹⁸ CIDH, CIDH convoca para participar en consulta pública sobre la Unidad Temática Personas Mayores. “Comunicado” de Prensa No. 159, 13 de octubre de 2017.

¹⁹ Véase CIDH, Plan Estratégico 2017-2021, IV. Temas y Poblaciones Prioritarias. Personas Mayores, p. 36, “Con el fin de promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad, la OEA ha aprobado una nueva Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. La Convención, entre otras cosas, establece el derecho al cuidado de las personas mayores, la necesidad de incorporar y dar prioridad al tema del envejecimiento en las políticas públicas, la importancia de facilitar la formulación y el cumplimiento de leyes y programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra la persona mayor, y la necesidad de contar con mecanismos nacionales que protejan sus derechos humanos y libertades fundamentales. En lo que se refiere a los derechos humanos de las personas mayores, la CIDH considera necesario identificar sinergias para avanzar en la construcción de los estándares interamericanos en la materia, así como el desarrollo de nuevos mecanismos de trabajo, en especial, para promover esta nueva Convención Interamericana de Derechos Humanos. Será necesario visibilizar la situación de las personas mayores en la región, promoviendo sus derechos y trabajando el tema en el sistema de casos, medidas cautelares, audiencias y monitoreo”.

²⁰ CIDH, “Personas mayores LGBTI en América”, audiencia pública de 24 de octubre de 2017, 165 periodo de sesiones, Uruguay.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

DESC en México.²¹ Dichas audiencias han permitido identificar algunos retos para el acceso pleno de las personas mayores a sus derechos, y se espera que en el futuro se continúen abriendo espacios de esta naturaleza para visibilizar el tema y lograr un diálogo mucho más fluido y cooperativo con los actores del SIDH.

Adicionalmente, el SIDH cuenta con un Sistema de Peticiones y Casos Individuales, a través del cual, cualquier persona o grupo de personas puede presentar una petición en contra de un Estado por presuntas violaciones de derechos humanos consagrados en la CADH y otros instrumentos del SIDH. Sobre este punto, es de particular relevancia que la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores incluya en su artículo 36²² el derecho de presentar ante la CIDH denuncias por violaciones de los artículos de dicha Convención. Lo anterior es un gran avance, no solo para la protección de los derechos de las personas mayores, sino también en materia de justicia directa de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en esa Convención, y que aún no cuentan con un reconocimiento específico y amplio desarrollo de estándares en el SIDH. En el mismo sentido, la norma plantea la posibilidad de asesoría y cooperación técnica por parte de la Comisión para los Estados, de manera que puedan asegurar la implementación efectiva de dicho instrumento.

Es importante mencionar, en relación con el Sistema de Peticiones y Casos ante el SIDH, que según lo establecido en el artículo 51 de la CADH,²³ dentro del trámite de la petición, la Comisión podrá emitir un informe con las conclusiones del análisis del caso y formular recomendaciones al Estado concernido, fijándole un plazo para adoptar las medidas que sean necesarias para atender la situación examinada, vencido el cual, la CIDH puede decidir someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH,

²¹ CIDH, “Situación de derechos económicos, sociales y culturales y de personas mayores en México”,... *supra*.

²² Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 36. Sistema de peticiones individuales.

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 51.

Avances en la protección de las personas mayores...

instancia ante la cual continuaría el litigio hasta la adopción de un fallo por parte de la Corte en dicho asunto.

Frente a esto último, se observa que la Corte ha avanzado progresivamente en la protección de los derechos de las personas mayores a través de su jurisprudencia. Es así que en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, relacionado con la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho de la comunidad a sus tierras ancestrales, la Corte comenzó a abordar la temática de las personas mayores y estableció la obligación de especial trato que debe ser otorgado a este grupo poblacional, indicando que

[e]n lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables, [y que] se debe tomar en consideración que en la Comunidad indígena Yakye Axa la transmisión oral de la cultura a las nuevas generaciones está a cargo principalmente de los ancianos.²⁴

Por otro lado, en el caso *García Lucero y otras vs. Chile*, relacionado con la responsabilidad internacional del Estado chileno por actos de tortura en contra de la víctima y la falta de investigación y reparación oportuna frente a los hechos violatorios, la Corte Interamericana resaltó la necesidad de que se avanzara de manera ágil en los procesos judiciales que involucran personas mayores. En ese sentido, la Corte indicó que:

[e]l señor García Lucero hace cuarenta años espera que se haga justicia. Él es, además, una persona de edad avanzada, pues tiene de 79 años, y sufre una discapacidad permanente. En este marco, puede recordarse que la Corte ha tenido oportunidad de considerar la especial importancia de la celeridad de los procesos judiciales en relación con personas en situación de vulnerabilidad, como lo es

²⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 175.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

una persona con discapacidad, dada la incidencia particular que la demora puede tener en tales individuos.²⁵

En su decisión más reciente sobre el tema, en el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, la Corte Interamericana abordó de una manera mucho más contundente la temática de las personas mayores. El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado chileno por la atención brindada al señor Poblete Vilches, quien tenía 76 años en el momento de los hechos, en un hospital público y sin su consentimiento informado, que provocó su muerte el 7 de febrero de 2001. En dicha decisión se identifican varios avances relevantes para la protección de los derechos de las personas mayores. Primero, el hecho de tratarse del primer caso sobre los derechos de las personas mayores en materia de salud,²⁶ y el que la Corte haya declarado en dicha sentencia que el derecho a la salud es un derecho autónomo e independiente, que se encuentra contenido dentro de las obligaciones de los Estados bajo el artículo 26 de la CADH.²⁷ Lo anterior constituye un enfoque distinto al tradicionalmente utilizado en el SIDH para el análisis del derecho a la salud en conexión con los derechos a la vida y a la integridad personal.²⁸ Asimismo, la Corte estableció que las personas mayores tienen derecho a una protección especial y reforzada, por lo que existe la obligación de los Estados de adoptar medidas diferenciadas para garantizar sus derechos y, en particular, el derecho a la salud. Esto último constituye un gran paso, al llamar a los Estados de las Américas a adoptar medidas afirmativas para que las personas mayores puedan tener pleno acceso a sus derechos

²⁵ Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 267, párr. 246.

²⁶ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párr. 125.

²⁷ *Ibidem*, párr. 110.

²⁸ Al respecto, véase Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 130; *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 183, párr. 117; y *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C, núm. 226, párr. 43.

Avances en la protección de las personas mayores...

en condiciones de igualdad frente a otros grupos que tradicionalmente se han encontrado en situación de vulnerabilidad.

Otro aporte de la decisión de la Corte a la jurisprudencia internacional sobre los derechos de las personas mayores es precisamente denominar el cambio de paradigma mencionado anteriormente frente a la concepción de la vejez, con un enfoque de reconocimiento y entendimiento de la vejez de manera digna y, por tal razón, el trato que debe darse a las personas mayores, incluyéndoles en las agendas públicas de los países de la región. En ese sentido, en su decisión la Corte destacó al envejecimiento como un hecho ineludible que está impactando de manera constante y considerable la demografía de las Américas, y cuyo desafío debe ser atendido a través del involucramiento de los Estados en una respuesta integral que reconozca a las personas mayores como sujetos de derechos especiales, incluyendo la prevención y promoción de su salud²⁹ e incluso se abre la puerta al tema de los cuidados paliativos, al indicar que “las personas mayores deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal”.³⁰

Adicionalmente, la Corte también desarrolló algunas consideraciones en materia de igualdad y no discriminación por razón de la edad. En ese sentido, al hacer su análisis sobre si el servicio prestado a la víctima cumplió con los elementos de accesibilidad y aceptabilidad, la Corte consideró que la edad del señor Poblete Vilches fue una razón “limitante para recibir una atención médica oportuna, pues de los hechos del caso se desprende que no se le brindó el tratamiento médico adecuado, en parte, por su condición de persona mayor, razón por la cual no se priorizó su tratamiento médico a pesar de su condición crítica y avanzada edad”³¹ y estableció que “la edad de una persona no debe ser una causa que obstaculice su desarrollo humano y por lo tanto el acceso a la protección de su salud”.³² Sin embargo, la Corte no declaró la violación del artículo 24 de la CADH sobre el derecho de igualdad.

²⁹ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 130.

³⁰ *Ibidem*, párr. 131.

³¹ *Ibidem*, párr. 139.

³² *Ibidem*, párr. 140.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

Finalmente, la sentencia del caso *Poblete Vilches* representa un avance en materia de consentimiento informado en salud. Al respecto, la Corte reiteró su jurisprudencia sobre los elementos que conforman un consentimiento informado válido, incluyendo “que sea *previo, libre, pleno e informado*”;³³ así como el contenido de la información que debe ser transmitida a los pacientes para que puedan ejercer dicho derecho,³⁴ y agregó la noción de consentimiento por representación o sustitución, aplicable en aquellos casos en los cuales el paciente no se encuentra con capacidad de tomar una decisión sobre su salud, caso en el cual se transfiere dicha potestad a sus representantes, familiares, autoridades o instituciones designadas por la ley.

Por otro lado, es de resaltar que en esta decisión, la Corte Interamericana no se pronunció directamente sobre los derechos consagrados en la Convención sobre Personas Mayores, toda vez que los hechos ocurrieron por fuera de la jurisdicción temporal de la Corte, al haber fallecido la víctima en 2001, y haber entrado en vigencia la Convención en 2017. Lo anterior señala algunos retos en el Sistema de Peticiones y Casos en relación con peticiones sobre derechos de las personas mayores a la luz de la Convención sobre Personas Mayores. Al respecto, se deduce que la mayoría de las peticiones que se encuentran en trámite ante la CIDH no cabrían dentro del marco temporal de la Convención, a menos de que se refieran a hechos sucedidos con posterioridad a su entrada en vigencia. Esto quiere decir que dichas peticiones se decidirían bajo otros instrumentos del SIDH, pero

³³ Véase Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

³⁴ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, *supra*, párr. 162. “La Corte ha dispuesto también que los prestadores de salud deberán informar al paciente, al menos, sobre: i) la evaluación del diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento”.

Avances en la protección de las personas mayores...

no necesariamente permitirían desarrollar el contenido de las obligaciones de la Convención sobre Personas Mayores por vía jurisprudencial.

En el mismo sentido, aun cuando se presenten peticiones por violaciones de derechos establecidos en la Convención sobre Personas Mayores, que abarquen el marco temporal de enero de 2017 al presente, es importante observar la duración del proceso de tramitación de la petición o caso ante la CIDH y la Corte IDH, toda vez que según lo establecido en el Reglamento de la CIDH, el análisis inicial de una petición se estudia de manera cronológica, tomando en consideración su orden de llegada, salvo ciertas excepciones que permiten en determinados casos que la CIDH avance *per saltum* o por fuera del orden cronológico priorizando ciertos asuntos, incluyendo cuando el transcurso del tiempo pueda privar a la petición de su efecto útil, como en los casos en que la víctima sea una persona mayor. Sin embargo, ese criterio no necesariamente se traslada a la tramitación de una petición durante su etapa de admisibilidad y/o fondo.³⁵

3. PERSPECTIVAS DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN LAS AMÉRICAS

Sin duda, el SIDH ha dado pasos importantes en los últimos años para avanzar en el reconocimiento y materialización de los derechos de las personas mayores en la región, pero aún hace falta mucho camino por recorrer para lograr/alcanzar el goce pleno y efectivo de sus derechos. Al respecto, es importante señalar que el panorama sobre las perspectivas genera dos vertientes clave para avanzar hacia la efectiva protección. Por una parte, tanto los usuarios del Sistema Interamericano como los mismos órganos que lo conforman juegan un papel fundamental para impulsar la agenda. Por otra parte, la academia debe darle visibilidad a la problemática y ofrecer enfoques holísticos sobre la protección de las personas mayores.

³⁵ CIDH, Reglamento de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, 1 de agosto de 2013, art. 29, tramitación inicial.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

En relación con las posibilidades que se observan en el plano del propio sistema, se ha presentado la creación de un mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención sobre Personas Mayores, que incluye la conformación de una conferencia de Estados parte y de un Comité de expertos, que entrarían en vigor a partir de la recepción del décimo instrumento de ratificación o adhesión, y cuyas funciones serán ejercidas por la Secretaría General de la OEA. Entre otras funciones, la conferencia de Estados podrá intercambiar buenas prácticas, experiencias y cooperación técnica entre Estados para garantizar la implementación de la Convención. El Comité de expertos podrá recibir informes periódicos por parte de los Estados y formularles recomendaciones para el cumplimiento de la Convención sobre Personas Mayores, todo ello sin afectar que la Comisión retenga la competencia para continuar conociendo de peticiones y casos sobre la temática de personas mayores en su Sistema de Peticiones y Casos Individuales, así como la facultad de prestar asesoría técnica a los Estados para asegurar la implementación de la Convención. Esto último ofrece un horizonte para que, a través del Programa de Cooperación Técnica en Materia de Institucionalidad y Políticas Públicas con Enfoque en Derechos Humanos de la CIDH, según lo establecido en su Plan Estratégico 2017-2021,³⁶ la CIDH pueda asesorar a los Estados en cuanto al diseño, implementación, medición y evaluación de sus políticas públicas, y contribuir a una verdadera agenda regional que proteja y promueva los derechos de las personas mayores en el hemisferio.

Para alcanzar este objetivo resulta decisiva la voluntad de los Estados de ratificar de la manera más ágil posible la Convención sobre Personas Mayores. La CIDH ha priorizado la ratificación universal de la Convención, haciendo llamados a los Estados³⁷

³⁶ Véase CIDH, Plan Estratégico 2017-2021, objetivo estratégico 3, Programa de Cooperación Técnica en Materia de Institucionalidad y Políticas Públicas con Enfoque en Derechos Humanos, p. 45.

³⁷ CIDH, comunicado de prensa 120, “CIDH celebra la adhesión de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores por parte de El Salvador”, 29 de mayo de 2018.

Avances en la protección de las personas mayores...

y realizando actividades promocionales para tal fin.³⁸ Se puede observar además que la Comisión ha priorizado la temática de las personas mayores a través de la participación constante en el diálogo para elaborar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, su inclusión como grupo beneficiario de trámites más expeditos como el mencionado *per saltum*, su inclusión en la agenda de trabajo de los periodos de sesiones, tanto en audiencias públicas como en consultas regionales. Incluso en materia de soluciones amistosas en el Sistema de Peticiones y Casos Individuales, ya se ha promovido el primer acuerdo de solución amistosa relacionado con una persona mayor con posterioridad a la entrada en vigencia de la Convención.³⁹

En este marco, es muy relevante que la CIDH continúe priorizando la temática impulsando dichos casos de manera más expedita, concediendo mayor cantidad de audiencias sobre la temática, y realizando visitas de trabajo a los países para observar *in situ* la situación de las personas mayores. En el mismo sentido, podría explorarse la posibilidad de priorizar el seguimiento de las decisiones de la CIDH relacionadas con los derechos de las personas mayores, especialmente en el marco de recomendaciones formuladas en casos y medidas reparatorias consagradas en acuerdos de solución amistosa publicados.

Respecto a la Corte IDH, en la decisión del mencionado caso *Poblete Vilches* ya se constata la identificación de la temática de las personas mayores como un reto en la región que requiere la acción de los Estados para su atención integral y prioritaria. En tal virtud, pudieran esperarse decisiones en el futuro que, aun bajo la caracterización de violaciones de derechos consagrados en la CADH, permitan el desarrollo de dicho enfoque en lo sucesivo, incluso en casos en los cuales no se hayan enfocado las violaciones desde esta perspectiva, en aplicación del principio *iura novit curia*.

³⁸ CIDH, comunicado de prensa 175, “CIDH e IPPDH organizan conjuntamente actividades para la visibilización de la temática de las personas mayores”, 9 de agosto de 2018.

³⁹ “Costa Rica firma su primer acuerdo amistoso por un caso ante la CIDH”, diario *El País*, 24 de julio de 2018.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

Igualmente es importante continuar avanzando en la temática desde la sociedad civil, con un enfoque intersectorial y multidimensional, que promueva la eliminación de enfoques asistencialistas y el edadismo. Ello exige la creación de capacidades desde las organizaciones de la sociedad civil, el uso de los mecanismos disponibles ante el SIDH, tanto en el área de monitoreo, promoción y cooperación técnica como en el Sistema de Peticiones y Casos Individuales por parte de los usuarios. Asimismo, hay que propiciar el empoderamiento de las personas mayores como agentes de transformación de las concepciones sociales estereotipadas en defensa de sus propios derechos, y la construcción conjunta en el SIDH de una agenda regional para el pleno acceso de dicho grupo a sus derechos. Iniciativas en marcha ya muestran pasos andados en esta dirección, que deben ser fortalecidos y profundizados.

Desde la mirada académica se constata que una lectura del constitucionalismo transformador en la región emerge de la idea de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL),⁴⁰ cuya ambición es contribuir a la plena realización de los derechos, de la democracia y del Estado de derecho en un contexto de pobreza, violencia y exclusión social,⁴¹ así como se persigue propiciar la construcción de sociedades que sean al mismo tiempo más plurales y cohesionadas. Aunque el constitucionalismo transformador es un fenómeno mundial,⁴² los rasgos latinoamericanos merecen particular atención de parte de los académicos de la región y a nivel global. En el marco que caracteriza este enfoque, donde se resaltan su carácter multinivel –sobre todo gracias al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos

⁴⁰ Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁴¹ CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, 7 de septiembre de 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

⁴² Klare, Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, en *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998, p. 150; Bonilla Maldonado, Daniel, “Introduction: Towards a Constitutionalism of the Global South”, en Bonilla Maldonado, Daniel (coord.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 21-22.

Avances en la protección de las personas mayores...

Humanos— y su carácter comparativo en una dimensión regional, los avances del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de los derechos de las personas mayores es objeto relevante de estudio.

Como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, los pasos andados revelan no solo por la adopción de la Convención de las Personas Mayores, los lineamientos del Plan Estratégico 2017-2021 de la CIDH y la creación de la nueva Unidad sobre los Derechos de las Personas Mayores, logros de alto impacto del SIDH, sino la propia sentencia en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, que constituye un pilar fundamental en la línea jurisprudencial en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) que se suma a la aproximación seguida por la Corte Interamericana en los casos de *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*,⁴³ *Lagos del Campo vs. Perú*,⁴⁴ *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*,⁴⁵ *San Miguel Sosa vs. Venezuela*,⁴⁶ así como en la OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.⁴⁷ El más reciente caso trata del derecho a la salud de personas que viven con VIH: *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*,⁴⁸ en el cual se reitera la justiciabilidad directa de los DESCA y los alcances interpretativos del artículo 26 de la CADH.

⁴³ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

⁴⁷ Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 23.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

El enfoque del ICCAL pone de relieve la necesidad de la inclusión como la primera noción eje para hacer efectivo el constitucionalismo transformador a nivel regional. La histórica exclusión y discriminación de ciertas poblaciones repercuten directamente en las democracias sustantivas de la región latinoamericana. Se trata de una cuestión de democracia y de justicia, pero también de desarrollo. Tal como señaló el exsecretario general de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, “el mundo nunca alcanzará el ciento por ciento de su potencial si se continúa excluyendo al 50 por ciento de la población mundial”.

La CEPAL viene haciendo hincapié en la igualdad desde 2010 y, ateniendo a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, analiza la desigualdad a la luz de la ineficiencia que genera en la dinámica de las economías de América Latina y el Caribe, que ha dado “lugar a una cultura del privilegio en la que los muchos bienes públicos y derechos no son impersonales y parte importante de la población no accede a ellos. Esto debilita la confianza en las interacciones sociales y en las instituciones democráticas”.⁴⁹ De ahí que es fundamental el desarrollo normativo y jurisprudencial, que no es ajeno al contexto histórico, social y cultural de la región, sino que procura fijar estándares que reflejan la búsqueda de respuestas concretas a las problemáticas que han aquejado a las personas de las Américas.

El ICCAL subraya asimismo la importancia del diálogo. Una vez más, la Corte, en el caso *Poblete Vilches*, adopta una postura dialógica amplia y reitera el denominado por Manuel Góngora Mera como diálogo coevolutivo.⁵⁰ Recurriendo al acervo común—global, regional y nacional—, la Corte IDH considera que de

⁴⁹ CEPAL, La ineficiencia de la desigualdad, mayo 2018, disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43442/6/S1800059_es.pdf

⁵⁰ Góngora Mera, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM-Max Planck Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. II, p. 414.

Avances en la protección de las personas mayores...

la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica. Por una parte, la Corte hace alusión a “un amplio consenso regional en la consolidación del derecho a la salud, el cual se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región, entre ellas: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela”.⁵¹ Del mismo modo, la Corte IDH hace uso del *corpus iuris* internacional sobre el derecho a la salud, que abarca instrumentos internacionales,⁵² comparados⁵³ y los del propio Sistema Interamericano,⁵⁴ pero también subraya los pronunciamientos del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (Comité DESC) sobre los deberes de los Estado en materia de salud,⁵⁵ y menciona el análi-

⁵¹ Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana se encuentran: Argentina (art. 42); Barbados (art. 17.2.A); Bolivia (art. 35); Brasil (art. 196); Colombia (art. 49); Costa Rica (art. 46); Ecuador (art. 32); El Salvador (art. 65); Guatemala (arts. 93 y 94); Haití (art. 19); Honduras (art. 145); México (art. 4); Nicaragua (art. 59); Panamá (art. 109); Paraguay (art. 68); Perú (art. 70); República Dominicana (art. 61); Surinam (art. 36); Uruguay (art. 44), y Venezuela (art. 83).

⁵² Art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 5.e de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; art. 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; art. 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁵³ Art. 11 de la Carta Social Europea de 1961, en su forma revisada y art. 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵⁴ Art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 19 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

⁵⁵ Principalmente la observación general 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, junto con las otras observaciones generales 3, 4, 5, 6, 15, 16, 18, 19 y 20.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

sis del derecho a la salud abordado por el Grupo de Trabajo de la OEA para el análisis de los Informes Anuales sobre Indicadores de Progreso.⁵⁶

Por otra parte, la Corte IDH dialoga con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tomando como referente casos relativos a la protección de los derechos de las personas mayores, como los casos *Sawoniuk vs. Reino Unido*; *Farbtuhs vs. Letonia*, y *Dodov vs. Bulgaria*.⁵⁷ En esta línea de diálogo judicial, la Corte IDH pone de relieve la jurisprudencia regional sobre el derecho a la salud de las personas mayores, por ejemplo, en las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en su Sala Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.⁵⁸

⁵⁶ OEA, Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2011. “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador – Segundo agrupamiento de derechos”, OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, e “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.D/XXVI.11 (2015), pp. 43-53. Este instrumento proporciona evidencias para valorar si los programas y el accionar estatal están alineados con estándares de derechos humanos.

⁵⁷ TEDH, *Caso Sawoniuk vs. The United Kingdom*, 63716/00. Sentencia de 20 de mayo de 2001; *Caso Farbtuhs vs. Letonia* (Fondo y Satisfacción Equitativa), 4672/02. Sentencia de 2 de diciembre de 2004, y *Caso Dodov vs. Bulgaria*, 59548/00. Sentencia de 17 de enero de 2008, párrs. 80-81.

⁵⁸ A manera de ejemplo: Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-149, 1 de marzo de 2002: “La escasez de recursos ni es un argumento constitucionalmente admisible para negar la atención básica en salud a personas en situación de debilidad manifiesta como los adultos mayores [...]. Existe un deber de protección especial del adulto mayor[...]”; Sentencia T-056, 12 de febrero de 2015: “En relación con el derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección constitucional es preciso considerar que a partir de normas constitucionales se impone mayor celo en el cumplimiento de los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan. Dentro de tales destinatarios

Avances en la protección de las personas mayores...

A nivel latinoamericano, la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales juega un papel fundamental para configurar el constitucionalismo transformador y generar la “interamericanización” de los órdenes nacionales. Este proceso se enmarca dentro de la reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y nacional, así como de la protección multinivel de los derechos humanos.⁵⁹ Los ordenamientos jurídicos

se encuentran [...] las personas de la tercera edad [...] dado que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y las entidades prestadoras de salud están obligadas a prestarles la atención médica que requieran [...]. En efecto, la protección reforzada se materializa con la garantía de una prestación continúa, permanente y eficiente de los servicios de salud que el usuario requiera, lo cual implica, de ser necesario el suministro de medicamentos, insumos o prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud”. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, exp. 15-016089-0007-CO. Res.No: 2015017512, sentencia de 6 de noviembre de 2015; exp. 15-001311-0007-CO. Res.No: 2015002392, sentencia de 20 de febrero de 2015, y exp. 15-015890-0007-CO. Res. No: 2015018610, sentencia de 27 de noviembre de 2015. *Cfr. mutatis mutandi*, Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-716/17. En esta, al resolver una tutela sobre el mínimo vital de un adulto mayor que fue retirado del programa de asistencia «Colombia Mayor», la Corte Constitucional ordenó verificar las condiciones reales de vulnerabilidad para determinar la afectación de la medida. Asimismo, en casos análogos se destacan: sentencia T-010/17; sentencia T-025/16, y sentencia T-348/09, en las cuales la Corte hizo hincapié en que “por la disminución de sus capacidades físicas, la reducción de las expectativas de vida y la mayor afectación en sus condiciones de salud, [los adultos mayores] constituyen uno de los grupos de especial protección constitucional”.

Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallos 329:1638, sentencia de 16 de mayo de 2006.

Por su parte, en México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia de amparo directo en revisión 1399/2013, determinó que “[las personas mayores] debido a [su] vulnerabilidad merecen una especial protección, lo cual incluso se ve robustecido por el hecho de que los instrumentos internacionales y los regímenes jurídicos modernos han venido marcando una línea [para su] protección, con el objeto de procurarles mejores condiciones en el entramado social, lo que pretende lograrse garantizándoles el derecho a: [...] iii) [la] no discriminación tratándose de empleo, acceso a vivienda, cuidado de la salud y servicios sociales; iv) servicios de salud [...]”. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Décima Época, Tesis 1ª, CXXXIV/2016, lib. 29, t. II, abril de 2016.

⁵⁹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externa-

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

cos nacionales muestran una transformación, ya que se adoptan gradualmente los estándares interamericanos por parte de los Estados que han reconocido la competencia de la Corte IDH y que aplican tales estándares en su derecho público nacional, a lo que se suma el reconocimiento expreso de la justicia nacional hacia el control de convencionalidad en los términos expuestos por la propia Corte IDH, lo que permite, de esta forma, ir construyendo el *Ius Constitutionale Commune*.

Pero sin duda también es esencial la interamericanización del discurso jurídico-público. La interamericanización envuelve el uso de los estándares jurisprudenciales en el debate público,⁶⁰ en la actividad jurisdiccional⁶¹ y extrajudicial —defensorías del pueblo por ejemplo—,⁶² pero también encierra el litigio estratégico⁶³

do de Colombia, 2015; *idem*, *Red judicial interamericana y constitucionalización multinivel*, consulta, 15 de julio de 2016 disponible en http://www.academia.edu/4008891/Red_judicial_Interamericana_y_constitucionalizaci%C3%B3n_multinivel

⁶⁰ Por ejemplo, en el caso del proceso de paz en Colombia, véase Bernal Pulido, Carlos, “Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia”, en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, 2014, pp. 1136–1163.

⁶¹ Se pueden mencionar tres decisiones emblemáticas: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional 2312-95, 9 de mayo de 1995, acción de inconstitucionalidad, especialmente parte VII; Tribunal Constitucional de Perú No. 2730- 2006-PA/TC, 21 de julio de 2006, Fundamentos párr. 12; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional, 323-2012ac, 10 de julio de 2015.

⁶² CNDH, México, recomendación 3VG/2015, relacionada con el caso de ejecuciones extrajudiciales en Tanhuato, Michoacán, disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/ViolacionesGraves/RecVG_004.pdf

⁶³ Herencia Carrasco, Salvador, “Public Interest Litigation in the Inter-American Court of Human Rights: The Protection of Indigenous Peoples and the Gap between Legal Victories and Social Change”, en *Revue Québécoise de Droit International*, edición especial, 2015, pp. 199-220, (22p.); Baluarte, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims’ Representatives”, en *American University International Law Review*, núm. 27, 2012, pp. 263-319, (57p.).

Avances en la protección de las personas mayores...

y el discurso académico.⁶⁴ Particularmente en relación con la interamericanización del discurso, vale la pena resaltar las afirmaciones que Leonardo García Jaramillo toma de la propuesta de Jack Balkin y Sanford Levinson,⁶⁵ para introducir la utilidad de los “cánones jurídicos que han empezado a construirse en la región a partir de normas, teorías, dogmática y ciencia jurídica que se reciben creativamente desde cánones trasnacionales”. Dichos cánones se destinan a la elección, primero, de “cuáles casos y materiales jurídicos importantes deberían enseñarse y difundirse en las facultades de derecho (*canon pedagógico*)”, luego sobre qué casos clave y materiales deben hacerse del conocimiento público respecto a cuestiones centrales del desarrollo constitucional (*canon de cultura general*) y, por último, cuáles casos claves y materiales deberían ser del conocimiento de los académicos sobre las teorías del derecho constitucional (*canon teórico-académico*).⁶⁶

En el ámbito del canon de la teorización se encuentran diversos aportes desde la academia para conceptualizar los impactos de lo que se define como interamericanización. Por ejemplo, la noción de “constitución convencionalizada”⁶⁷ o “constitucional-

⁶⁴ Sobre el *Ius Constitutionale Commune*, véanse recientes publicaciones, a saber, R. Caldas, en Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 62; Torres Zúñiga, Natalia, “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La América de los derechos*, Madrid, CEPC, 2016; Ibáñez Rivas, J. Manuel, “La República del Perú”, en Burgorgue-Larsen, Laurece (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los Estados partes, (Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela)*, México, Tirant lo Blanch, 2016, vol. 1, pp. 621-749.

⁶⁵ Balkin, Jack y Levinson, Sanford, “The Canons of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998, p. 963.

⁶⁶ García Jaramillo, Leonardo, “De la «constitucionalización» a la «convencionalización» del ordenamiento jurídico. La contribución del *Ius Constitutionale Commune*”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016, pp. 163 y ss.

⁶⁷ Sagüés, Néstor, “Convención constitucionalizada”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, IJ-UNAM, 2014, p. 190.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

zation” of Inter-American law.⁶⁸ Precisamente bajo este enfoque del constitucionalismo transformador en América Latina, Armin von Bogdandy califica al discurso jurídico-público en torno a los derechos humanos como un elemento común.⁶⁹

El propósito es, en el ámbito de los derechos de las personas mayores, afianzar las transformaciones normativas, jurisprudenciales y de políticas públicas que generen las garantías efectivas de estos derechos. Algunas iniciativas, como la de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, que elaboró una especie de cartilla o protocolo con las principales normas internacionales, regionales y nacionales para la salvaguarda de los derechos de las personas mayores, apuntan en esta dirección.⁷⁰ En México, por ejemplo, también se constata el impulso de líneas de investigación sobre el envejecimiento de la población en América Central y las Antillas Mayores en el siglo XXI, incluyendo aspectos sociodemográficos, de economía política y de derechos humanos,⁷¹ e igualmente se ha originado una red de académicos con líneas de investigación sobre envejecimiento, vejez y longevidad vinculada a la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).⁷²

Todos estos procesos encierran diálogos transnacionales que coadyuvan a la consolidación de los procesos de interamericanización de los órdenes nacionales. La efectividad del SIDH, incluidos

⁶⁸ Hennebel, Ludovic, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, en *Quebec Journal of International Law*, edición especial, 2011, pp. 71 y ss.

⁶⁹ Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flávia y Soley, Ximena, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism”, en *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2016-21*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583

⁷⁰ CNDH, Los derechos de las personas mayores, 4ª reimp., México, 2018, disponible en <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/27-DH-Adultos-Mayores.pdf>

⁷¹ Por ejemplo, la línea de investigación de la doctora Aída Díaz-Tendero Bollain, véase <http://www.cialc.unam.mx/>

⁷² Perspectivas del envejecimiento en México, disponible en <http://envejecimiento.sociales.unam.mx/index.php?op=quienes>

Avances en la protección de las personas mayores...

los debates académicos destinados a su estudio, implican necesariamente revisar los avances y el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y los fallos de la Corte Interamericana en clave de impacto, estructural, con una noción más amplia y comprensiva de los efectos directos e indirectos que son transformadores en materia de políticas públicas, instituciones nacionales de derechos humanos, ONG y movimientos de derechos humanos, entre otros múltiples actores del SIDH.⁷³

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015; *idem*, *Red judicial interamericana y constitucionalización multinivel*, consulta 15 jul 2016, disponible en http://www.academia.edu/4008891/Red_judicial_Interamericana_y_constitucionalizaci%C3%B3n_multinivel

Balkin, Jack y Levinson, Sanford, “The Canons of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 111, 1998.

Baluart, David C., “Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims’ Representatives”, en *American University International Law Review*, núm. 27, 2012.

Bernal Pulido, Carlos, “Transitional Justice within the Framework of a Permanent Constitution: The Case Study of the Legal Framework for Peace in Colombia”, en *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, núm. 4, 2014.

Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

_____; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flávia y Soley, Ximena, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: A Regional Approach to Transfor-

⁷³ Engstrom, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: impact beyond compliance*, Londres, Palgrave Mcmilan, 2018.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

- mative Constitutionalism”, en *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2016-21*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2859583
- Bonilla Maldonado, Daniel, “Introduction: Towards a Constitutionalism of the Global South”, en Bonilla Maldonado, Daniel (coord.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, CUP, 2013.
- Engstrom, Par (ed.), *The Inter-American Human Rights System: impact beyond compliance*, Londres, Palgrave Mcmilan, 2018.
- García Jaramillo, Leonardo, “De la «constitucionalización» a la «convencionalización» del ordenamiento jurídico. La contribución del *Ius Constitutionale Commune*”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016.
- Góngora Mera, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Bogdandy, Armin von; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM-Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. t. II.
- Hennebel, Ludovic, “The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism”, en *Quebec Journal of International Law*, edición especial, 2011.
- Herencia Carrasco, Salvador, “Public Interest Litigation in the Inter-American Court of Human Rights: The Protection of Indigenous Peoples and the Gap between Legal Victories and Social Change”, en *Revue Québécoise de Droit International*, edición especial, 2015.
- Ibáñez Rivas, J. Manuel, “La República del Perú”, en Burgorgue-Larsen, Laurece (coord.), *Derechos Humanos en contexto en*

Avances en la protección de las personas mayores...

América Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los Estados partes, (Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela), México, Tirant lo Blanch, 2016, vol. 1.

Klare, Karl E., “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, en *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998.

Sagüés, Néstor, “Convención constitucionalizada”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2014.

Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Torres Zúñiga, Natalia, “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La América de los derechos*, Madrid, CEPC, 2016.

Jurisprudencia

CCC (Corte Constitucional de Colombia), sentencia T- 010/17.
_____, sentencia T-025/16.
_____, sentencia T-056, 12 de febrero de 2015.
_____, sentencia T-149, 1 de marzo de 2002.
_____, sentencia T-348/09.
_____, sentencia T-716/17.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

_____. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 183.

_____. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

- _____. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.
- _____. *Caso García Lucero y Otras vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, núm. 267.
- _____. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.
- _____. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.
- _____. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.
- _____. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.
- _____. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.
- _____. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.
- _____. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C, núm. 226.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional 2312-95, 9 de mayo de 1995, acción de Inconstitucionalidad, especialmente parte VII.
- _____, exp. 15-016089-0007-CO. Res.No: 2015017512, sentencia de 6 de noviembre de 2015.
- _____, exp. 15-001311-0007-CO. Res. No: 2015002392, sentencia de 20 de febrero de 2015.
- _____, exp. 15-015890-0007-CO. Res. No: 2015018610, sentencia de 27 de noviembre de 2015.

Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala Constitucional, 323-2012ac, 10 de julio de 2015.

Avances en la protección de las personas mayores...

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallos 329:1638, sentencia de 16 de mayo de 2006.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Décima Época, Tesis 1ª, CXXXIV/2016, lib. 29, t. II, abril de 2016.

TEDH, *Caso Dodov vs. Bulgaria*, 59548/00. Sentencia de 17 de enero de 2008.

_____, *Caso Farbtuhs vs. Letonia (Fondo y Satisfacción Equitativa)*, 4672/02. Sentencia de 2 de diciembre de 2004.

_____, *Caso Sawoniuk vs. Reino Unido*, 63716/00. Sentencia de 20 de mayo de 2001.

Tribunal Constitucional del Perú, No. 2730-2006-PA/TC, 21 de julio de 2006.

Ordenamiento jurídico

Carta Social Europea de 1961.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

CIDH, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1 de agosto de 2013.

_____, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1979.

_____, Plan Estratégico 2017-2021, IV. Temas y Poblaciones Prioritarias. Personas Mayores.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

Declaración de Compromiso de Puerto España. Adoptada en la Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, Trinidad y Tobago, 19 de abril de 2009.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador –Segundo

FLÁVIA PIOVESAN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI Y ERIKA MONTERO

agrupamiento de derechos”, OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, 2015.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

*Raúl Allard Soto**

*Mônia Clarissa Hennig Leal***

*Liliana Galdámez Zelada****

1. INTRODUCCIÓN

En Chile, el derecho a la salud se ha convertido en motivo de una preocupación ciudadana creciente y sostenida. En el centro de la discusión se encuentran las obligaciones que tiene el Estado en su protección y garantía frente a las progresivas expectativas de las personas por acceder a mayores y mejores prestaciones en este ámbito.

* Raúl Allard Soto es académico del Departamento de Ciencias Jurídicas y director de Calidad Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universidad de La Frontera. Es doctor en Derecho y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Este artículo se terminó de escribir en el marco del Proyecto FONDECYT de Iniciación en Investigación 2015, núm. 11150939, “Colisión de derechos en tratados internacionales y su impacto en el acceso universal a medicamentos esenciales en Sudamérica”, investigador responsable: Raúl Allard Soto.

** Mônia Clarissa Hennig Leal es profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC), Brasil. Es doctora en Derecho y licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Santa Cruz do Sul, Brasil.

*** Liliana Galdámez Zelada es investigadora y profesora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Así, por ejemplo, a propósito del derecho a la salud, la encuesta de opinión publicada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de 2015 señala que 65.7% de los encuestados considera que es de cargo del Estado la garantía y protección del derecho a la salud; el 30.8% piensa que es una responsabilidad compartida por igual entre el Estado y la persona y 3.2% piensa que es una responsabilidad que recae principalmente en la persona. En la misma encuesta, 82.3% de los consultados opina que obtener una atención en salud de calidad depende de cuánto se puede pagar, y en cuanto a la pregunta sobre los derechos menos protegidos, para 43% sería el de una jubilación digna; 31% derecho a la salud, y tener un trabajo y recibir un salario justo, 31%.¹ En el mismo sentido, la encuesta CEP de noviembre de 2015 señala que entre las principales preocupaciones de los encuestados se encuentran la delincuencia (58%); salud (44%) y educación (33%).²

Las cláusulas que definen el rol del Estado con base en los modelos que revisaremos, Estado subsidiario/Estado social, juegan un papel absolutamente central a la hora de definir el sentido y alcance de la protección del derecho a la salud.

El reconocimiento de los derechos sociales y la responsabilidad que se asigna al Estado en su protección y su posterior desarrollo normativo y jurisprudencial serán analizadas desde la perspectiva del Estado subsidiario —más próximo al constitucionalismo clásico— y del Estado social de derecho, que se identifica con el modelo de la Constitución alemana de la posguerra y que se adopta en Brasil a partir de la redemocratización del país en 1988.

La opción estampada en la Constitución del 1980 en Chile adopta la forma del Estado subsidiario. En esta cuestión, Cristi analiza las contribuciones y el sello de Jaime Guzmán en la definición del rol del Estado, y afirma que:

¹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Encuesta nacional de derechos humanos, consulta 13 abr 2016, disponible en <http://www.indh.cl/encuesta-nacional-de-derechos-humanos-2015-3>

² Centro de Estudios Públicos de Chile, Estudio nacional de opinión pública, consulta 13 abr 2016, disponible en http://www.cepchile.cl/1_6166/doc/estudio_nacional_de_opinion_publica_noviembre_2015.html#.VxJahzB97IU

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

En 1969, Guzmán publica en la revista *Portada* un artículo titulado: “El Miedo. Síntoma de la realidad político-social chilena...”, Guzmán fija su atención en el estatismo, que ve como el peligro más grave que se cierne sobre la humanidad. Al estatismo, Guzmán opone el subsidiarismo. Piensa que en el estatismo se conjugan posiciones tanto liberales como socialistas, pero que el subsidiarismo puede salvaguardar al individuo y proyectar la individualidad en las sociedades intermedias. Elabora así, fundado en *Mater et Magistra*, los lineamientos de una teoría acerca del papel del Estado [...] la única alternativa es el subsidiarismo católico, que funda la autonomía y la libertad del individuo en una metafísica de la persona.³

En las actas oficiales de la Comisión Ortúzar, Jaime Guzmán planteó una pregunta fundamental para el estudio que se presenta ahora: “¿Tiene toda persona derecho a que los mecanismos que el hombre ha descubierto para proteger la salud [...] les sean conferidos en forma gratuita? ¿O eso depende de la capacidad económica del interesado?”⁴ En las sesiones de la Comisión, la pregunta quedó planteada junto a varias otras reflexiones, pero no encontramos una clara respuesta en las vivas discusiones que se produjeron al interior de la Comisión en esta materia.⁵ Esta indefinición ha marcado las ambivalencias en la protección de este derecho.

Jaime Guzmán decía en 1978 que “[u]na sociedad más justa y solidaria exige fundamentalmente que el gasto social se asigne con preferencia a los más pobres [...]” y agregó: “La primera prioridad debe siempre dirigirse al crecimiento económico general del país para brindar un mejor nivel de vida a todos sus habitantes”.⁶ Pero la crisis económica de 2008 desatada en

³ Cristi, Renato y Ruiz Tagle, Pablo, *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*, Santiago, LOM, 2014, p. 223.

⁴ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 190, miércoles 17 de marzo de 1976, consulta 15 abr 2016, disponible en [file:///C:/Users/lgal-damez/Downloads/Tomo_VI_Comision_Ortuzar%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lgal-damez/Downloads/Tomo_VI_Comision_Ortuzar%20(1).pdf)

⁵ Es en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesiones: 190, 192, 193, 194, donde se desarrolla parte importante de la discusión a propósito del derecho a la salud.

⁶ Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán, Autoridad y libertad*, Santiago, Lom, 2000, p. 171.

Estados Unidos y luego la de 2011, en Europa, pusieron en evidencia que el crecimiento económico de los países más ricos no había resuelto un tema central: la cuestión de la distribución de la riqueza.

En una perspectiva contemporánea, desde la economía política, Thomas Piketty introduce una perspectiva histórica y crítica que pone en evidencia las falencias de la tesis de Guzmán. Piketty, haciéndose cargo del mayor peso del Estado —comparativamente con su rol en el colapso económico de 1929— afirma que “es necesario inventar nuevas herramientas para retomar el control de un capitalismo financiero que se ha vuelto loco, renovando y modernizando, profunda y permanentemente, los sistemas de impuestos y gastos, que son el corazón del Estado social moderno y que alcanzaron un grado de complejidad tal, que a veces amenaza gravemente su inteligibilidad y su eficacia socioeconómica”.⁷ Asimismo agrega: “[l]a redistribución moderna no consiste en transferir las riquezas de los ricos a los pobres, o por lo menos no de manera tan explícita; reside en financiar servicios públicos e ingresos de reposición más o menos iguales para todos, sobre todo en el ámbito de la educación, la salud y las jubilaciones”.⁸

Desde el retorno a la democracia y a la vez que se creaba un sistema privado de atención en salud, las deficiencias del sistema entregado a los privados y sus altos costos para las personas han llevado al Estado a ampliar la cobertura pública de determinadas enfermedades —Plan Auge—, a la vez que se ha extendido el interés público por controlar la incidencia de los privados en el ámbito de la salud, no para limitar su iniciativa, sino para introducir mecanismos que preserven el interés público presente en la tutela de este derecho. Esta evolución y las tensiones evidenciadas por las encuestas de opinión y protestas ciudadanas han llevado a configurar un modelo que no se corresponde estrictamente con el Estado subsidiario, pero que tampoco se identifica con el Estado social.

⁷ Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014, p. 522.

⁸ *Ibidem*, p. 528.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Si bien todos los derechos tienen costo,⁹ los de derechos como el de propiedad han sido históricamente asumidos por el Estado, mientras que los derechos sociales irrumpen en el constitucionalismo moderno a principios del siglo xx, siendo la cuestión de su costo un asunto invocado para retardar su reconocimiento y garantía.

Para conocer cómo inciden estas definiciones en el derecho a la salud, en este trabajo se analizará su caracterización en el Estado subsidiario y sus caracteres en el marco del Estado social. Para el primer caso se analizará la Constitución chilena de 1980, mientras que para lo segundo se revisará la Constitución brasileña de 1988.

Este trabajo se divide en cuatro partes: la primera para analizar el Estado subsidiario en la Constitución chilena de 1980 y sus matizaciones legislativas; la segunda para analizar las manifestaciones del Estado subsidiario en el derecho a la salud en Chile; la tercera para revisar el Estado social de derechos en la Constitución de Brasil de 1988 y sus manifestaciones en el derecho a la salud; el cuarto para plantear la necesidad de avanzar en Chile del Estado subsidiario a un Estado comprometido con la salud, y un apartado final de conclusiones.

2. EL ESTADO SUBSIDIARIO EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980 Y SUS MATIZACIONES LEGISLATIVAS

2.1. El diseño del Estado subsidiario y la protección del derecho a la salud

Como hemos dicho, nuestra hipótesis es que en el ordenamiento jurídico chileno conviven, en el ámbito sanitario, el Estado subsidiario y el Estado social, el primero se desprendería del artículo 1 de la Constitución, mientras que el segundo encuentra sus antecedentes en la naturaleza social del derecho, en su desarrollo normativo y jurisprudencial y, también, en el desarrollo histórico

⁹ Holmes, S. y Sunstein, C., *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

de políticas públicas para mejorar la tutela del derecho a la salud, como veremos más adelante.¹⁰

La Comisión Ortúzar, en la sesión 16, de 13 de noviembre de 1973, señaló:

El señor Guzmán [...] destacó la importancia de consagrar el principio de la descentralización del Poder o de la “subsidiariedad”, entendiéndolo que la función del Estado es, en primera instancia, la de integrar y coordinar las diversas actividades del país, y solo, en subsidio, y en segunda instancia, la de asumir en forma directa una tarea específica, cuando, por su importancia, no pueda ser entregada a la órbita de los cuerpos intermedios, o cuando, por lenidad de estos, no cumplan el objetivo que la sociedad reclama de ellos.

Esta noción, agregó, es importante consignarla al comienzo del memorándum, porque la clave de la libertad, a su juicio, está en la vigencia del principio de subsidiariedad, antes que en el respeto a las libertades políticas [...].

También dice Guzmán “La nueva institucionalidad económica [...] deja al mercado [...] la iniciativa y gestión productora, y reservar al Estado solo aquello que los particulares no pueden realizar adecuadamente, dentro de lo cual sobresalen las funciones que, por su propia naturaleza, son inherentes a la autoridad, como asegurar mercados abiertos y competitivos, y actuar directamente sobre la justa distribución del ingreso.”¹¹

En definitiva, el Estado no interviene sino cuando otros dispositivos fallan, ese primer momento quedaría entonces entregado a la iniciativa privada, entendida esta en un sentido amplio.

¹⁰ Sobre Estado subsidiario afirma Fernandois, Arturo, “Quizá la formulación más clara del principio de subsidiariedad es la contenida en la encíclica papal *Quadragesimo Anno*, de 1941, de Pío XI. Escribió el Pontífice: “como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con sus propias fuerzas o industrias para confiarlo a la comunidad, de la misma manera es injusto [...] entregar a una sociedad mayor y más elevada aquellas cosas que las comunidades menores e inferiores pueden hacer”. Fernandois Vöhringer, Arturo, *Derecho constitucional económico, garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, t. I, p. 89.

¹¹ Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán, Autoridad y libertad...*, cit., p. 164

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Dicho esto, el Estado subsidiario se expresa también en otros capítulos esenciales de la Constitución.

En relación con el Estado subsidiario, Jorge Tapia Valdés afirma que

A partir de fines de los años 70 el principio fue asociado a las políticas económicas y cívicas del régimen de A. Pinochet en Chile. La Constitución de 1980 puso en vigencia el principio en su artículo 1º, inciso tercero, conforme al cual el Estado reconoce y ampara los grupos intermedios y les garantiza una autonomía adecuada a la prosecución de sus fines específicos. La Constitución hace reiterada aplicación a lo largo de su texto del principio de subsidiariedad, sin nombrarlo, especialmente en materia de derecho a la salud, a la seguridad social, la educación, la libertad de opinión, el derecho de información y, en particular, en lo concerniente a los derechos y libertades económicas... El objetivo perseguido por el régimen militar y su Constitución era claro y manifiesto: trazar una separación estricta entre economía y política, y entre Estado y sociedad civil, perfectamente acorde no solo con el modelo neoliberal que se empezó a aplicar desde 1975, sino con el ideal de democracia autoritaria y tutelada que se consagró en el texto original de la Constitución de 1980 (hoy parcialmente modificado en la materia).¹²

Como bien destaca el profesor Tapia, parte del contenido del principio de subsidiaridad va a impactar directamente en la manera en que se concibe al derecho a la salud en la Constitución de 1980.¹³ El modelo a través del cual se configura la prestación

¹² Tapia Valdés, Jorge, “Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”, en *Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1, p. 102.

¹³ Sobre el principio de subsidiariedad señala Loo, “creemos que el principio de subsidiariedad es, innegablemente, la fuente inspiradora de la disposición del artículo 1, inciso 3º, C. Pol. Los antecedentes de la norma constitucional lo confirman ampliamente al tiempo que el texto expreso no deja mucho campo para una interpretación diversa, ya que podemos apreciar en él la presencia de los elementos esenciales de la elaboración doctrinal de la Iglesia católica sobre este principio, a saber, *in primis*, el reconocimiento y protección de los cuerpos intermedios, el reconocimiento de que ellos constituyen la base sobre la cual se estructura y organiza la sociedad política, y la garantía de libertad y protección para el cumplimiento de sus fines específicos. Por ello, creemos que la doctrina que identifica en el artículo 1 inciso 3º, C. Pol. una manifestación de algunos de los elementos centrales

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

de los servicios de salud se formula sobre la base de dos sistemas a los que las personas pueden optar: un subsistema privado y un subsistema público.

Otra opinión sostiene Arturo Fermandois, cuando señala que

El orden público económico se nutre de la subsidiariedad. Pero la subsidiariedad da lugar a otros principios derivados, que son la especie respecto al género, ellos son: *i*. El principio de la libertad económica, que emana filosóficamente del derecho de las personas a constituir entidades con fines lucrativos lícitos, y reconocidos por el N° 21 del artículo 19 de la Carta, y *ii*. La subsidiariedad económica y el Estado empresario, que consiste en el principio por el cual el Estado solo intervendrá aquellas entidades económicas privadas cuando se cumplan los requisitos ya expuestos, o ingresará a desarrollar actividades económicas mediante empresas, cuando dichos requisitos estén cumplidos.¹⁴

La perspectiva de la subsidiariedad en relación con el derecho a la salud, a efectos de este trabajo y siguiendo al profesor Tapia, encaja mejor en la lógica del artículo 1, inciso 3, que opinamos demarca la manera en que se comprende este derecho y la participación de los privados en su prestación.

Ahora bien, ¿cómo se expresa la subsidiariedad en relación con el derecho a la salud en la Constitución de 1980? Si bien

del principio de subsidiariedad se encuentra ampliamente justificada en sus razones. Sin embargo, y por otro lado, opinamos, que la distancia entre afirmar que un precepto normativo tiene su inspiración en un principio y que un principio se encuentra consagrado en dicho precepto, es mucha". Loo Gutiérrez, Martín, "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, 2° sem., 2009, pp. 391-426. En este sentido, el autor plantea sus críticas a que dicho principio pueda asociarse indisolublemente a la libertad de empresa y al consiguiente rol que juega el Estado en la materia.

¹⁴ Fermandois Vöhringer, Arturo, *Derecho constitucional económico, garantías económicas, doctrina y jurisprudencia...*, cit., p. 95. También, a propósito de la libertad de empresa y principio de subsidiariedad se recomienda leer a Vallejo Garretón, Rodrigo y Pardow Lorenzo, Diego, "Derribando mitos sobre el Estado empresario", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 1, 2008, pp. 135-156.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

clásicos derechos de contenido social, como el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social figuran en el catálogo de los derechos contenidos en el artículo 19 de la Constitución, tales derechos no son amparados en todas sus dimensiones a través del recurso de protección, y si lo son, es solo en el ámbito de la libertad, que corresponde a una perspectiva más individual del derecho.

En efecto, si analizamos el derecho a la salud, lo que se protege a través del recurso de protección es la libertad de elegir el subsistema de salud al que se quiere optar; lo mismo ocurre con la libertad de enseñanza —derecho de los padres para elegir el establecimiento en el que estudiarán sus hijos, derecho de los privados para abrir establecimientos de enseñanza—. Lo que se garantiza no es el contenido social de esos derechos, sino los contenidos asociados a la libertad. El contenido sustantivo del derecho es lo que quedaría al margen del recurso de protección, al menos así fue pensado en el diseño constitucional del derecho.

En este punto debemos aclarar que no se trata de una discusión acerca del carácter fundamental del derecho a la salud, tesis a la que adscribimos, se trata más bien de valorar los mecanismos de protección del derecho. En este contexto cobra relevancia la afirmación de Bobbio: “el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no [es] el de fundamentarlos, sino el de protegerlos”.¹⁵ Un análisis crítico del caso que analizamos nos lleva a afirmar que, tras el reconocimiento constitucional del derecho a la salud, existen importantes carencias en el ámbito de su protección. En unos casos será la ausencia de desarrollo normativo, en otros, será la falta de mecanismos institucionales para su garantía o su falta de protección.

A propósito de la definición de lo que es un derecho fundamental, afirma Diez-Picazo que:

En resumen, hay dos posibles concepciones de los derechos fundamentales, no necesariamente incompatibles entre sí. La concepción formal pone el acento en que la máxima fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional

¹⁵ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 63.

y hay, además, vías para la aplicación jurisdiccional de la Constitución. La concepción material, por su parte, insiste en que regímenes jurídicos distintos no dan forzosamente lugar a realidades diferentes; y recuerda, además, que los países jurídicamente más refinados no son siempre y necesariamente los más efectivos en la protección de los derechos, ya que aquí entran en juego también otros factores (políticos, culturales, organizativos, etcétera).¹⁶

Como ya dijimos, en relación con el derecho a la salud, el rol subsidiario del Estado ha sido matizado. Esto se produce en la práctica a través de dos fórmulas: la primera es a través de su desarrollo normativo, que ha procurado su ampliación y luego *de facto*, por el ensanchamiento de su tutela a través del recurso de protección que se ha extendido a supuestos no cubiertos originalmente por el recurso. En este segundo supuesto han sido los jueces, caso a caso, quienes han ampliado su tutela a través del recurso de protección.

Enseguida intentaremos demostrar esta afirmación, pero también diremos que esta matización no supone el abandono del Estado subsidiario. Lo que creemos que ocurre hoy, es que conviven de manera forzada el Estado subsidiario y el Estado prestador. Ya diremos más adelante qué consecuencias trae esta disfuncional convivencia.

2.2. Estado subsidiario y Estado social. ¿Una articulación posible?

Las nuevas perspectivas sobre el derecho a la salud han llevado recientemente a Jordán a hablar de un “cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud”.¹⁷ Del mismo modo, Jaime Bassa y Bruno Aste, identifican una *mu-*

¹⁶ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, Arazadi, 2005, p. 37.

¹⁷ Jordán, Tomás, “El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, pp. 333-380.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

tación en los criterios jurisprudenciales de protección del derecho a la salud en Chile.¹⁸ Al ahondar en ello, señalan:

En esa línea, el Tribunal reconfigura completamente el contenido constitucional de este derecho social, por cuanto el principio de subsidiariedad ya no puede ser esgrimido como un argumento para garantizar sin más la libre iniciativa económica: en materia de derechos sociales, los particulares (v. gr., ISAPRES) se encuentran obligados a respetar y promover los derechos fundamentales que se satisfacen mediante sus prestaciones limitando, de paso, el contenido de la libertad empresarial. El Tribunal ha reconocido el efecto de irradiación que caracteriza a los derechos fundamentales en su comprensión contemporánea, efecto que se verifica no solo sobre el ordenamiento jurídico infraconstitucional, sino también en las relaciones entre particulares y en sus actos normativos de efecto particular. Ello ha significado relativizar la preponderancia del principio de subsidiariedad en su aplicación a las relaciones de protección de derechos de carácter social, que ha cedido ante los valores constitucionales de orden público en el ejercicio de los derechos fundamentales.¹⁹

En cuanto a la actuación de los jueces, la presión ciudadana y otros factores han motivado la apertura de los criterios jurisprudenciales. Lógicamente, esta actuación pone en tensión viejos paradigmas de la relación entre el legislador y el juez, la preocupación por el desplazamiento del poder y la cuestión de la legitimidad rondan el fenómeno al que hacemos referencia, sin embargo, nuestro objetivo es poner en evidencia este proceso, una posición crítica en este sentido requiere un análisis más amplio de la cuestión. Dicho esto, no podemos obviar que esta ampliación se produce caso a caso, no se debe perder de vista que no todas las afectaciones al derecho a la salud llegan a los tribunales, eso será —en la mayoría de los casos— algo asociado a la capacidad económica de quien se ve privado o amenazado en el ejercicio de un derecho y corresponde al legislador establecer reglas generales sobre este asunto.

¹⁸ Bassa, Jaime y Aste, Bruno, “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 1, 2015, pp. 215-244.

¹⁹ *Ibidem*, p. 236.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Lo que antes hemos denominado una matización del Estado subsidiario se relaciona con varios asuntos. Si bien hemos identificado las cuestiones que darían lugar a esta matización, otra cosa distinta es analizar por qué se produce. Nos parece que en esto incide, entre otros factores, un proceso ya iniciado a principios del siglo xx que buscó construir un rol más activo del Estado en la tutela y protección de los derechos sociales. Osvaldo Larrañaga, al referirse a aquella época, señala:

La pobreza y la contaminación tenían un elevado costo en salud. En Santiago y otras ciudades morían tres a cuatro de cada diez niños en el primer año de vida a causa de diarreas, infecciones respiratorias y otras enfermedades. La mortalidad de la población adulta era también extendida por efecto de plagas y enfermedades contagiosas, como cólera, viruela, tifus exantemático, tuberculosis, entre otras. Se decía que los indicadores de salud eran los más malos del mundo, aun cuando, probablemente, la mortandad de la población chilena no era peor que la prevaleciente en otras regiones para las cuales no se contaba con estadísticas. Pero lo cierto es que la situación de salud era desastrosa y motivaba la preocupación de médicos y críticos sociales.

Durante el siglo xx dicha realidad irá evolucionando en la perspectiva de un Estado de bienestar. Para 2010, señala el autor, “se ha introducido un conjunto de políticas de protección social, que reduce la vulnerabilidad en que vivían amplios sectores de la población. Este es el caso del Plan Auge de la salud, el seguro de desempleo, las pensiones solidarias y de la política Chile Solidario contra la extrema pobreza. Estas políticas hacen la diferencia en el cuidado del bienestar y debieran continuar siendo un componente importante del Estado bienestar chileno”.²⁰

Además, la Constitución de 1925 ya incluía derechos de contenido social, al señalar que la Constitución aseguraba a todos los habitantes:

Artículo 14. La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsual social, especialmente en cuanto se refieren a la habita-

²⁰ Larrañaga, Osvaldo, “El Estado de bienestar en Chile 1910-2010”, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Chile, documento de trabajo, 2010, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, p. 74.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

ción sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización. El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar. Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad [...].

En nuestra opinión, la construcción del Estado social ha estado presente por más de un siglo en el desarrollo de políticas públicas, y en los idearios de distintos sectores y movimientos políticos. Tampoco podríamos olvidar que desde el retorno a la democracia, la lucha contra la pobreza y, más recientemente, la superación de las brechas de desigualdad han motivado un importante esfuerzo por garantizar derechos como la salud y la educación. La cuestión, a nuestro modo de ver, radica en que esa construcción no ha sido asumida en la Constitución vigente. No estuvo en el horizonte de los redactores de la Constitución colocar al Estado como responsable y prestador de los derechos sociales, por el contrario, lo que se definió en la Constitución es el rol del Estado como un ente subsidiario.

En efecto, el esfuerzo privatizador que promovieron los economistas de la Escuela de Chicago postergó la actividad del Estado, mientras realzó la iniciativa privada en áreas estratégicas, salud, educación, seguridad social. Pero la iniciativa privada no ha logrado satisfacer las expectativas, por el contrario, ha incrementado las desigualdades,²¹ lo que ha devuelto nuevamente las

²¹ En este sentido, afirma la OCDE en su informe sobre indicadores sociales de 2011: “Chile es el país de la OCDE con mayor desigualdad de ingresos (coeficiente de Gini de 0.50), mucho mayor que el promedio de la OCDE de 0.31. Con 18.9%, Chile tiene la tercera tasa mayor de pobreza relativa de la OCDE, después de México e Israel y muy por encima de la media de la OCDE de 11.1%. El 38% de los chilenos reporta que le es difícil o muy difícil vivir de sus ingresos actuales, un porcentaje muy por encima de la media de la OCDE de 24%”, visitado el 6 de agosto de 2015, disponible en <http://www.oecd.org/chile/47572883.pdf>

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

miradas hacia el Estado. Así lo manifiestan las demandas ciudadanas que le exigen un papel central en la satisfacción de los derechos sociales.

Regresando a la Constitución de 1980, ¿qué se dice de los derechos sociales? El capítulo de los derechos fundamentales no ha sido sustantivamente modificado desde su vigencia, de tal manera que, como dijimos, los avances en el ámbito de los derechos fundamentales de contenido social se han desarrollado en el terreno de la ley y en la jurisprudencia. En democracia, la Constitución material en el terreno iusfundamental ha sido principalmente obra de los jueces y del legislador.

El estatuto de los derechos fundamentales, tanto en su configuración como en su sistema de garantías, ha sobrepasado los términos explícitos de la Constitución.²² Esto se expresa, por una parte, en el incremento del catálogo de derechos y, por otra, en la extensión de los mecanismos de garantía de los derechos a otros, inicialmente no protegidos.²³

Así, por ejemplo, nuestro ordenamiento no contiene una acción directa de tutela de derechos fundamentales de competencia del Tribunal Constitucional (TC), sin embargo, la práctica demuestra que en el marco de una acción de protección, por vía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el TC puede ser llamado a pronunciarse sobre la tutela de derechos fundamentales. Así ocurrió, por ejemplo, en los múltiples requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestos por afiliados a ISAPRES por el reajuste unilateral —de acuerdo con los criterios (de edad y sexo) a ser consideradas en las Tablas

²² Navarro (2012).

²³ Galdámez, Liliana, “La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el ordenamiento chileno y la Constitución material”, en Nogueira, Humberto (coord.), *Bases de la institucionalidad, realidad y desafíos* Santiago, Librotecnia, 2015. Sobre derechos implícitos, véase la sentencia rol 834, cdo. 22. “Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

de factores de riesgo— de estas últimas, a los planes de salud y que, en definitiva, derivó en la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional de una parte del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES.

Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos, a través del inciso segundo del artículo 5, una norma de textura abierta, ha generado una importante transformación del derecho interno, influyendo de manera clave en los procesos seguidos ante la jurisdicción ordinaria en casos por graves violaciones a los derechos humanos.²⁴

Dicho esto, ¿suponen estas nuevas perspectivas una transformación del papel subsidiario del Estado tal y como fue concebido en la Constitución de 1980? Creemos que si bien se han producido las evoluciones detectadas por la doctrina, estas no han logrado desplazar al Estado subsidiario para convertirlo en un Estado social. En nuestro concepto, no se trata tanto de una mutación constitucional, sino de una yuxtaposición de ambos modelos. Esto acarrea consecuencias en la protección y garantía de los derechos sociales.

En nuestra opinión, el Estado subsidiario se concreta hoy en las siguientes perspectivas:

- a) ausencia de mecanismos de protección y garantía directa del derecho a la salud;
- b) propietarización de los derechos sociales, como ocurre con la salud y la educación, cuya tutela se ha desarrollado desde la perspectiva individual y no colectiva y social;
- c) protección reforzada para derechos como la libertad de empresa y límites al Estado empresario;

²⁴ En este sentido, la Corte Suprema, en el caso *Sandoval*, rol 517 de 2004, califica a la desaparición forzada de personas como una infracción grave a los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile mediante decreto supremo 752, de 5 de diciembre de 1950 y publicados sucesivamente los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, y su protocolo adicional II, de 1977, fue ratificado mediante el decreto supremo 752, de 17 de junio de 1991, publicado el 28 de octubre de 1991. La Convención sobre Imprescriptibilidad es invocada por su parte como norma del *ius cogens* internacional, imperativa y no obligatoria. Véase una completa perspectiva de la cuestión en: Galdámez, Liliana, *op. cit.*

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

- d) desarrollo legislativo del derecho a la salud no es lo mismo que su reconocimiento constitucional;
- e) fuerte conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud ha permitido que se proteja con más intensidad el primero;
- f) subsistencia de un sistema de salud público comparativamente más deficiente que los sistemas de salud privados;
- g) cobertura parcial de las enfermedades catastróficas que pueden llevar a la protección de una parte del tratamiento pero no de su globalidad;
- h) ingentes utilidades del subsistema privado de salud como indicador de lucro y de las utilidades que se generan. Según la Superintendencia de Salud en 2014, “A nivel de ISAPRES, Cruz Blanca es la que obtiene las mayores utilidades (\$12 599 millones), seguida por Colmena (\$9 135 millones), Banmédica (\$8 767 millones) y Consalud (\$8 723 millones), de estas Instituciones solo la primera y la última presentan incrementos respecto a junio de 2013”.²⁵

En definitiva, el Estado subsidiario cuenta con una consagración normativa en la Constitución, mientras que el Estado social se construye más al margen de la Constitución, sin que ninguno de los modelos desplace al otro. Esta convivencia es la que nos lleva a hablar de una Constitución pendular en esta materia.

3. MANIFESTACIONES DEL ESTADO SUBSIDIARIO EN EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE

Diversos elementos configuran las características principales del derecho a la salud en el ordenamiento jurídico chileno, los que se pueden vislumbrar en la Constitución de 1980, en diferentes textos legales que la abordan, así como de la interpretación jurisprudencial que emana del Tribunal Constitucional. A continuación aludiremos a aquellas características que, en nuestro concepto, adquieren mayor relevancia y determinan sus aspectos centrales:

²⁵ Superintendencia de Salud, consulta 3 ago 2015, disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-9931.html>

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

3.1. El derecho a la salud como derecho individual en la Constitución y su tratamiento como derecho social en la jurisprudencia

La protección de la salud garantizada en el artículo 19, numeral 9, inciso primero de la Constitución de 1980 debe ser apreciada desde dos dimensiones:²⁶ por una parte, como el derecho a acceso de la salud —acciones que tengan por objeto su prevención, recuperación y rehabilitación— y, por otra parte, como una garantía de que la persona no sufrirá enfermedades evitables.

De acuerdo con Nancuante, Romero y Sotomayor, es precisamente esta doble dimensión la que nos indica su calidad de derecho social, a la que alude el Tribunal Constitucional con ocasión de sus sentencias²⁷ relativas a la Tabla de Factores que las ISAPRES utilizaban para modificar sus precios: “Señaló dicho Tribunal en forma extensa, aunque reiterativa, que esta garantía constitucional forma parte de la dignidad humana y que el Estado está obligada a respetarla, aunque se trate de un derecho social, puesto

²⁶ Nancuante, Ulises; Romero, Andrés y Sotomayor, Roberto, *Régimen jurídico de la salud*, Santiago, Legal Publishing, 2012, pp. 19-20.

²⁷ Entre ellas, las cuatro sentencias recaídas en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad acogidas por el Tribunal Constitucional de Chile (TC) a contar del año 2008 —rol 976-2007, sentencia de 26 de junio de 2008; rol 1218-2008, sentencia de 7 de julio de 2009; rol 1273-2008, sentencia de 20 de abril de 2010; rol 1287-2008, sentencia de 8 de septiembre de 2009— que sirvieron de fundamento para la posterior declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, sentencia de 6 de agosto de 2010 —publicada en el *Diario Oficial*, 9 de agosto de 2010—, rol 1710-2010. Esta última sentencia del TC chileno bien puede ser considerada la más importante hasta la fecha en materia de exigibilidad de los derechos sociales, por una serie de razones: por los efectos generales que provoca esta sentencia del TC al declarar inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES; por acoger como derechos conculcados el artículo 19, num. 2 (igualdad ante la ley), num. 9 (el derecho a la protección de la salud) y num. 18 (el derecho a la seguridad social); y por la calidad y cantidad de la doctrina nacional y extranjera citada.

Para una completa revisión y análisis jurisprudencial en esta materia, véase Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, pp. 86-120 y 272-277.

que la doctrina de forma unánime entiende que no se trata de una mera expectativa, sino de un derecho que, a lo sumo, queda suspendido hasta que el Estado pueda cumplirlo”.²⁸

Además, cabe agregar que, atendido este carácter de derecho social, el TC ha determinado a propósito del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, que el “deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad”,²⁹ al tiempo que ha afirmado la naturaleza subsidiaria del rol del sector privado en este ámbito: “El establecimiento de este deber significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última”.³⁰

En cuanto a las responsabilidades y los deberes que el principio de subsidiaridad implica en el ámbito de la protección de la salud para las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) y el sector particular, el Tribunal Constitucional ha señalado:

Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, numeral 9, de la Constitución.³¹

²⁸ Nancuante, Ulises; Romero, Andrés y Sotomayor, Roberto, *Régimen jurídico de la salud...*, cit., pp. 19-20.

²⁹ TC, rol 1710, 6 de agosto de 2010, c.j. 120.

³⁰ *Ibidem*, c.j. 121.

³¹ TC, rol 976, junio de 2008, c.j. 36.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Sin embargo, la persistente y reiterada práctica de las ISAPRES de reajuste unilateral de precios en los planes de salud (pese a la declaración de inconstitucionalidad del TC de 2010 del art. 38 ter de la Ley de ISAPRES) continúa hasta el día de hoy, amparada en el ejercicio de su libertad de contratación, en un ámbito tan sensible y delicado para las personas. Tan es así, que en 2015 alcanzó un alza récord de 133 mil presentaciones por concepto de recursos judiciales interpuestos por afiliados de las ISAPRES, en su mayoría adultos mayores y mujeres.

Ello motivó nada menos a que el propio presidente de la Corte Suprema, D. Hugo Dolmetsch, en su discurso de inauguración del año judicial 2016, subrayara la recarga en la actividad de los tribunales de justicia que esta situación genera, destacando la necesidad de que el Congreso adoptara normas legales que eviten las interpretaciones diversas respecto de las condiciones contractuales de los contratos de salud.

3.2. Segmentación de la demanda y falta de solidaridad de ISAPRES con FONASA

De acuerdo con el texto constitucional, artículo 19, numeral 9, inciso final, las personas tendrán el derecho a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea este estatal o privado. Como previenen Nancuante, Romero y Sotomayor, este inciso final debe ser analizado detenidamente, toda vez que ha utilizado la expresión “sea este estatal o privado”, no así “entre el estatal o el privado”. Por ello, lo importante es que la persona elija libremente a cuál pertenecer, pudiendo ser factible desde un punto de vista constitucional que no exista un sistema estatal y que exista solo uno o varios sistemas privados. O bien, que exista uno o varios sistemas estatales y ninguno privado. Y si no existiera alternativa (p. ej., que solo exista un sistema privado), nadie podría reclamar la inconstitucionalidad de ello, pues la garantía que se protege es la libertad de elegir, no que existan varios sistemas.³²

³² Nancuante, Ulises; Romero, Andrés y Sotomayor, Roberto, *Régimen jurídico de la salud...*, cit., pp. 24-25.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Ambos subsistemas se configuran en dictadura. En 1979 (decreto ley 2.763) se crea FONASA y en 1985 se dicta la ley 18.469, que establece el régimen público de salud. En lo que respecta a las ISAPRES, en 1981 se dicta el decreto con fuerza de ley 3, de Salud, que crea las ISAPRES, pero es en definitiva la ley 18.933 (“Ley de ISAPRES”), la que reemplaza el anterior cuerpo legal, fijando su regulación legal y creando la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional.

Esta ley le confiere a las ISAPRES como objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin. Es importante precisar que la Ley de ISAPRES fue promulgada por la dictadura el 12 de febrero de 1990 y publicada en el *Diario Oficial* el 9 de marzo de 1990, ingresando al ordenamiento jurídico dos días antes de la entrada en funcionamiento del Congreso Nacional con el inicio de la transición a la democracia y de la entrega del poder a las autoridades civiles democráticamente elegidas el 11 de marzo de 1990.

En el derecho a la salud hay un interés colectivo, general, en su provisión, para cuya satisfacción se requiere la intervención del Estado a través de impuestos y gasto social, a fin de otorgar igualdad de oportunidades a todas las personas de la sociedad, incluidas las poblaciones más vulnerables. Pese a ello, en Chile, no se encuentra adecuadamente promocionado y, en definitiva, también queda sometido a la lógica del mercado.

Lo grafica bien el libro *El otro modelo*,³³ al indicar que

cuando hay un interés general detrás de la provisión de un determinado servicio, al entregarlo a la lógica de mercado se llega a lo mismo, esto es, a la segmentación de la demanda: los que tienen más tienen mejor educación, mejor salud, lo cual equivale a tratar el problema público de una forma que lo privatiza. La tradicional segmentación de la demanda deviene una forma de segregación que termina siendo inconsistente con la idea inicial de que hay un interés general en que todos tengan acceso a salud y educación.

³³ Atria, Fernando; Larrain, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier y Joignant, Alfredo, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Random House Mondadori, 2013, p. 159.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Ello se puede observar en la práctica con la provisión de salud: FONASA asegura a la población con más riesgo sanitario y menos ingresos en Chile —13.5 millones de personas—, mientras las ISAPRES afilian a la población con más recursos, más joven y con menos riesgo sanitario —3.5 millones de afiliados—.

Para atenuar las consecuencias perjudiciales que ello implica para el sistema público de salud frente al sistema privado, la reforma sanitaria del gobierno del presidente Lagos concretada en 2004 (ley 19.966) contempla originalmente como pieza fundamental del “Plan Auge” un fondo de compensación solidario que incluía a FONASA y a las ISAPRES, a fin de compensar a aquella aseguradora —el caso de FONASA— que tuviera mayor riesgo de que sus beneficiarios padecieran alguna patología contenida en las Garantías Explícitas en Salud (GES). Sin embargo, al año siguiente en el Parlamento, en 2005, se dicta la “Ley larga de ISAPRES” (ley 20.015) que sí incluyó un fondo de compensación, pero que solo opera entre las ISAPRES.

3.3. Limitada exigibilidad judicial directa del derecho a la salud³⁴

La gran mayoría de los derechos civiles y políticos generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente. Un buen ejemplo de ello lo constituye el artículo 20 de la Constitución de 1980. En el caso del recurso de protección consagrado en el artículo 20, procede prácticamente en todos los casos solo respecto de los derechos civiles y políticos. Una excepción a esta regla general la constituye el derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 19, numeral 9, pero solo procediendo el recurso de protección respecto de lo preceptuado en el inciso final de dicho numeral,³⁵ relativo a la libertad de elegir entre afiliarse en el sistema público o privado de salud, nada más.

³⁴ Allard, Raúl, “¿Hacia la exigibilidad directa del derecho a la salud en Chile?”, en Israel, Ricardo y Villagrán, Marcelo (eds.), *Reflexiones sobre la sociedad chilena*, Santiago, Ril Editores, 2012, pp. 307-321.

³⁵ “Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

En la doctrina se distingue entre la exigibilidad *directa* e *indirecta*. La *exigibilidad directa* se da cuando la conducta exigible en materia del derecho a la salud resulta claramente determinable y permite que aquel derecho social sea directamente exigible como tal por vía judicial. La *exigibilidad indirecta* ocurre, cuando se tratan de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos —como la dispuesta para aquellos de carácter civil y político—, a efecto de permitir, de esa forma, el amparo del derecho a la salud (p. ej., el derecho a la vida y el derecho a la salud).

3.3.1. *Exigibilidad indirecta del derecho a la salud*

Existe una innegable conexión teórica y práctica entre el derecho a la vida y el derecho a la salud. Ello cobra especial importancia, teniendo en cuenta que el derecho a la vida no solo implica el deber del Estado de abstenerse de intervenir en acciones que puedan afectar o vulnerar el derecho a la vida de sus habitantes, sino que también envuelve obligaciones positivas que le corresponden al Estado en su resguardo, vinculados estrechamente con el derecho a la salud.³⁶

En Chile, tradicionalmente, los tribunales de justicia han acogido presentaciones fundadas en el derecho a la salud cuando este ha sido reclamado en forma indirecta, aprovechándose de los mecanismos jurisdiccionales previstos para el derecho a la vida, especialmente el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución de 1980. En las ocasiones en que se ha otorgado dicha protección por vía judicial —al igual que en los casos observados a nivel internacional—, ello ha acaecido cuando la propia vida se encuentra eventualmente en peligro, ante la eventual interrupción de un tratamiento médico y/o la dificultad en el acceso o suministro del medicamento esencial requerido.

³⁶ Véase ONU, El derecho a la vida, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), observación general 6, 1982, párr. 5.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Tortora,³⁷ al abordar las limitaciones fácticas en que se han basado los tribunales de justicia en Chile para no dar lugar a la protección del derecho a la vida atendiendo a restricciones presupuestarias del Estado, enumera diferentes casos relacionados precisamente con el derecho social prestacional de la salud. Dicha sistematización ilustra diferentes sentencias judiciales, sea de primera o de segunda instancia, en las que sí fue otorgada la protección indirecta del derecho a la salud a través del derecho a la vida.³⁸ De los casos presentados ante los tribunales de justicia y sistematizados por Tortora se encuentran: a) dializados; b) portadores de VIH; c) listas hospitalarias, y d) financiamientos.

3.3.2. Exigibilidad directa del derecho a la salud

En los últimos diez años se han dado avances en la protección del derecho a la salud en Chile. Lo ejemplifica el “Plan Auge”, incorporado en la ley 19.966 de 3 de septiembre de 2004, que establece un “Régimen de Garantías en Salud”, cuyo artículo 2 contempla las GES relativas a las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud, que tanto el Fondo Nacional de Salud (FONASA) como las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) deben asegurar obligatoriamente a sus beneficiarios, en la forma y condiciones especificadas en su artículo 4.

Las GES, que de conformidad con el artículo 11 de la ley 19.966 deben ser aprobadas por decreto supremo del Ministerio de Salud, suscrito, además, por el ministro de Hacienda, suman hoy en día 80 patologías garantizadas —entre ellas, el tratamiento de Diálisis para la insuficiencia renal crónica terminal y el tratamiento de VIH/SIDA, aludidos previamente—, dando cuenta de aquel avance. En el caso de las garantías explícitas, la contribución que debe efectuar el afiliado por prestación o grupo de prestaciones corresponde a 20% del valor determinado en el arancel de referencia, sin perjuicio de que el FONASA —en beneficio de la

³⁷ Tortora, Hugo, *El derecho a la vida en la jurisprudencia*, Santiago, Metropolitana, 2011, pp. 188-207.

³⁸ *Ibidem*, pp. 188-215.

población con mayor vulnerabilidad— se obliga a cubrir el valor total de las prestaciones, respecto de los grupos A y B, y podrá ofrecer una cobertura financiera mayor a los grupos C y D.

Con todo, es importante consignar que de acuerdo con el artículo 24 de la ley 19.966 en mención, el procedimiento contemplado en caso de incumplimiento es de carácter *administrativo* —no *judicial*— mediante reclamo del afectado o quien lo represente, ante la Superintendencia de Salud, la que podrá sancionar a los prestadores con amonestación o, en caso de falta reiterada, con suspensión de hasta 180 días para otorgar las Garantías Explícitas en Salud, sea a través del FONASA o de una ISAPRE, así como para otorgar prestaciones en la modalidad de libre elección del FONASA.

De tal manera, en definitiva, la exigibilidad directa del derecho a la salud tutelado por vía judicial se circunscribe en sede de protección a aquellos casos referidos al inciso final del artículo 19, numeral 9, es decir, cuando se encuentre privado, perturbado o amenazado “el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”. Los principales casos exitosos de exigibilidad directa del derecho a la salud corresponden a aquellos aludidos en un acápite previo (las sentencias recaídas en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acogidas por el Tribunal Constitucional durante 2008, y la que declara la inconstitucionalidad del art. 38 ter de la Ley de ISAPRES —rol 1710-2010, publicada en el *Diario Oficial*, 9 de agosto de 2010—) y todos los demás que hasta la fecha masivamente se han interpuesto ante las Cortes de Apelaciones con motivo de la modificación unilateral de los planes de salud por parte de las ISAPRES.

3.4. Fuerte concentración del mercado farmacéutico

Entre los factores relevantes de nivel nacional que afectan el acceso a los medicamentos se encuentra la fuerte concentración del mercado en tres cadenas del rubro y las prácticas anticompetitivas que ello potencialmente genera. El bullado caso de la colusión de precios entre SALCOBRAND, FASA y Cruz Verde evidencian dicho riesgo. A ello se debe sumar las reiteradas re-

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

clamaciones sobre integración vertical entre los dueños y administradores de farmacias y de laboratorios en Chile, estando las primeras controladas en gran parte por las tres cadenas farmacéuticas, las que de hecho pueden promover el uso de medicamentos de laboratorios asociados, generando condiciones irregulares de competencia.³⁹

Para afrontar legislativamente la integración vertical fueron propuestas dos modificaciones al Código Sanitario en el proyecto conocido como “Ley de fármacos”,⁴⁰ aprobada por el Congreso Nacional:⁴¹ la primera (art. 129.D) prohibía a los propietarios y a los administradores de una farmacia o de un almacén farmacéutico ser personas relacionadas con propietarios y administradores de una droguería o laboratorio farmacéutico, definiendo qué se debía entender por personas relacionadas; y la segunda, una disposición transitoria que fijaba un plazo de un año contado desde la publicación de la ley para que los afectados por el artículo 129.D adecuaran sus estructuras societarias y administrativas al nuevo marco legal. Sin embargo, ambas propuestas fueron desestimadas en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en primer trámite constitucional, por vulnerar garantías constitucionales del artículo 19, numeral 21 —la libertad de emprendimiento—, numeral 22 —garantía de no discriminación arbitraria por parte del Estado— y numeral 24 —derecho de propiedad—.

3.5. Desequilibrio entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales

La Constitución de 1980 y su aplicación e interpretación por los principales actores políticos no dan cuenta de aquel equilibrio, propio del Estado social, entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales, sino que ha derivado en un pronunciado des-

³⁹ Mayol, Alberto, *No al lucro*, Santiago, Random House Mondadori, 2012, p. 145.

⁴⁰ Proyecto de ley en materia de regulación de farmacias y medicamentos, en que se refundieron los boletines núms. 6037-11, 6331-11, 6523-11 y 6858-11.

⁴¹ Ley 20.724, publicada en el *Diario Oficial*, 14 de febrero de 2014.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

equilibrio en favor de los primeros, que demanda reparación, habiendo cumplido ya más de 25 años desde el regreso de la democracia.

Este desequilibrio se manifiesta con especial crudeza respecto al derecho a la salud, especialmente sensible para las poblaciones vulnerables. Dos ejemplos resultan especialmente elocuentes en materias de relevancia para la construcción de un país menos desigual y más justo, y al que hemos hecho alusión previamente. Primero, la eliminación nada menos que del fondo solidario contemplado inicialmente como pieza fundamental del “Plan Auge”, el cual fue eliminado del proyecto, para lograr la aprobación de la oposición en el gobierno de Ricardo Lagos, de la ley 19.966. El segundo, la eliminación de las incompatibilidades previstas originalmente en el proyecto de la “Ley de Fármacos” entre los dueños y administradores de farmacias y de laboratorios, optando en este caso el Parlamento por evitar una eventual declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional por supuesta vulneración a la libertad de emprendimiento (art. 19, num. 21) y al derecho de propiedad (art. 19, num. 24).

“En términos tanto conceptuales como prácticos, según señala Courtis”,⁴² la superación de este desequilibrio —de importancia para la protección efectiva del derecho a la salud— entre ambos tipos de derechos aconseja abordar varias medidas: por una parte, la superación del carácter incompleto del paradigma de los derechos sociales supone corregir la escasa construcción existente en cuanto a la definición de sus contenidos, su titular, su alcance y sus herramientas de protección y realización; y por otra, también resulta sintomático, en el caso de América Latina, que la gestión de aquellos servicios que satisfacen la mayoría de los derechos sociales se ha dejado librada a la discrecionalidad administrativa del estado, estableciéndose normas que organizan y otorgan competencias a la administración, en lugar de normas que establezcan propiamente derechos. El caso de las listas de espera FONASA, respecto de enfermedades garantizadas en el Plan Auge, ilustran adecuadamente esta situación.

⁴² Erazo, Ximena; Martín, María Pía y Oyarce, Héctor, *Políticas públicas para un Estado social de derechos*, Santiago, LOM, 2007, vol. 1, p. 15.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

4. EL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE BRASIL DE 1988 Y SUS MANIFESTACIONES EN EL DERECHO A LA SALUD

La Constitución brasileña de 1988, fue promulgada en un contexto de redemocratización del país, después de largos 20 años de régimen militar y como consecuencia de un significativo movimiento popular —conocido como “DiretasJá”—.⁴³ Posee amplio carácter democrático, teniendo como elemento central la dignidad humana⁴⁴ y estableciendo un extenso rol de derechos fundamentales y de mecanismos para su garantía, además de abrir espacio institucional para la participación política de los ciudadanos, no solo por medio del voto,⁴⁵ sino también por otros mecanismos diversos (p. ej., en la esfera jurisdiccional, como la figura de la acción popular y del *amicus curiae*).⁴⁶

La centralidad atribuida a los derechos fundamentales queda evidenciada por su ubicación en el texto constitucional. Al contrario de las cartas anteriores, que los relacionaban solamente al final del documento, como últimos contenidos tratados —condicionados, por tanto, en cierta medida, a los aspectos organizacionales del Estado y a las instituciones—, ahora ellos aparecen como parte primera (arts. 5 y ss.), asociados a los principios fundamentales de la república —tales como la forma federativa, la separación de poderes, el régimen democrático, la dignidad de la persona y la formación de una “sociedad libre, justa y solidaria” (arts. 1-4)— en calidad de fundamento para la comprensión

⁴³ El nombre “DiretasJá” está asociado a la demanda de realización inmediata de elecciones directas para el cargo de presidente de la República, o sea, significa “elecciones directas inmediatamente”.

⁴⁴ Sarlet, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 78.

⁴⁵ Gesta Leal, Rogério, *Teoria do Estado: cidadania e poder político namodernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 59.

⁴⁶ El *amicus curiae* (o “amigo de la Corte”) es una figura originaria del derecho estadounidense y su intervención es autorizada en las acciones directas de inconstitucionalidad propuestas ante el Supremo Tribunal Federal. Se trata de una posibilidad de participación, en el proceso, de entidades o de grupos sociales que puedan aportar informaciones o datos relevantes sobre la materia *sub judice*.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

de todos los demás dispositivos —incluso los poderes constituidos y la sociedad misma—.

La dignidad de la persona humana aparece, así, como su principio material supremo, el *telos ultimo* y la *ratio essendi* del ordenamiento jurídico. Los demás contenidos constitucionales quedan comprometidos en el sentido de su realización, por medio del respeto a los derechos fundamentales que, al mismo tiempo que le confieren contenido, son también por ella conformados, toda vez que solamente pueden ser ejercidos hasta el límite en que no comprometan otros aspectos esenciales a esa misma dignidad.⁴⁷

Además, el rol de derechos es extenso, siendo evidente la preocupación por su efectividad, dotados de eficacia inmediata y amparados por un amplio espectro de acciones constitucionales destinados a su tutela, en el sentido de máxima realización de su “fuerza normativa”.⁴⁸

Los derechos y garantías individuales están previstos en la Constitución de 1988, en el artículo 5 —en un total de 78 incisos, pasando por el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad de reunión y de manifestación del pensamiento, a la libertad religiosa y de creencia, el acceso amplio a la justicia, el debido proceso legal, la prohibición de la pena de muerte y los tratos crueles o degradantes, derecho a la propiedad y su función social—, mientras que los derechos sociales son instituidos principalmente en el artículo 6 —derechos sociales en sentido amplio, como la salud, educación, el trabajo, la seguridad social, entre otros— y en el artículo 7 —derechos de los trabajadores: vacaciones remuneradas, salario mínimo, jornada de trabajo, entre otros—. Se reconocen también derechos transindividuales, tales como la protección del consumidor y el derecho a un medioambiente equilibrado para las presentes y futuras generaciones (art. 225).

⁴⁷ Sarlet, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988...*, cit., p. 85.

⁴⁸ Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung. Freiburger Antrittsvorlesung* Tubinga, Mohr, 1959, p. 34.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Aun cuando el texto clasifique el modelo de Estado adoptado como “democrático de derecho”⁴⁹ y no propiamente como un “Estado social”, no cabe duda de que los aspectos relacionados con él ocupan un papel destacado en el orden constitucional brasileño. Ello se manifiesta no solo en los objetivos fundamentales enumerados en el artículo 3,⁵⁰ sino también por la incorporación de un amplio espectro de derechos sociales:

Art. 6°. Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la morada, el descanso, la seguridad, la previsión social, la protección de la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en los términos de esta Constitución.

La Constitución se encarga, por tanto, de ir retomando y delineando las esferas de protección destinadas a cada uno de esos contenidos, por medio de su organización y estructuración en títulos específicos de su texto. En el caso del derecho a la salud, por ejemplo, que se constituye en el principal foco de estudio del presente trabajo, estas disposiciones están contenidas en una sección específica incluida en el título VII “Del Orden Social”, que, entre otros aspectos, dispone:

Art. 196. La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

Es con base en estas normas y su desarrollo jurisprudencial respectivo que se analizará el tratamiento del derecho a la salud en Brasil.

⁴⁹ Art. 1. La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: [...].

⁵⁰ Art. 3. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I. construir una sociedad libre, justa y solidaria; II. garantizar el desarrollo nacional; III. erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV. promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad o cualesquiera formas de discriminación.

4.1. El Sistema Único de Salud (SUS)

La prestación del derecho a la salud se efectúa por medio del llamado “Sistema Único de Salud” (SUS), gestionado de forma compartida por las tres esferas federativas —Unión, estados y municipios— que tienen fijadas por el propio dispositivo constitucional los porcentuales mínimos y recursos financieros que deben obligatoriamente ser aplicados (art. 200).

El acceso al SUS es universal e integral, aunque no se impide de la asistencia privada.⁵¹ Se propone atender a todos, indistintamente, y no solo a los necesitados,⁵² incorporando tanto acciones preventivas como asistenciales, como se desprende de las directrices que lo rigen:

Art. 198. Las acciones y los servicios públicos de salud integran una red regionalizada y jerarquizada y constituyen un sistema único, organizado de acuerdo con las siguientes directrices: I. descentralización, con dirección en cada esfera de gobierno; II. atención integral, con prioridad para las actividades preventivas, sin perjuicio de los servicios asistenciales; III. participación de la comunidad. Párrafo único: El Sistema Único de Salud será financiado, en los términos del artículo 195, con recursos del presupuesto de la Seguridad Social, de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de otras fuentes.

4.2. El derecho a la salud como derecho de naturaleza prestacional

Se trata, por tanto, de un derecho de naturaleza acentuadamente prestacional⁵³ y objeto de reiteradas demandas judiciales,

⁵¹ Art. 199. La asistencia sanitaria es libre para la iniciativa privada.

⁵² En ese sentido, la Constitución democrática de 1988 ha avanzado significativamente en comparación con el modelo anterior, incorporado por la Constitución brasileña de 1967, que proporcionaba asistencia de salud solamente a los “necesitados”.

⁵³ El constitucionalista portugués Canotilho identifica tres especies de derechos a prestaciones: a) protección por el Estado (p. ej., protección del Estado delante de otros ciudadanos, como por medio de las normas penales);

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

que involucran desde el pago de medicamentos y tratamientos de alto costo —incluso en el exterior—, pasando por el suministro de pañales desechables y de prótesis, hasta la determinación de creación⁵⁴ y reserva de vacantes en hospitales y/o en unidades de terapia intensiva, fenómeno conocido como “judicialización de la salud”.⁵⁵

Estas decisiones tienden, en su mayoría, a reconocer el deber prestacional del Estado, habida consideración de una relación solidaria entre los distintos entes federados, siendo irrelevante contra quiénes de ellos son interpuestas las acciones o a quién compete, funcionalmente, la prestación demandada.⁵⁶

b) participación en procedimientos (p. ej., que el Estado garantice a los ciudadanos la participación en los procedimientos —administrativos, etc.—; c) prestaciones fácticas —prestaciones en sentido estricto—. Según el autor, solamente la tercera de ellas es típica del Estado social, de modo que los derechos prestacionales son anteriores a ello. Cfr. Gomes Canotilho, José Joaquim, “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, en *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 50.

⁵⁴ Estas sentencias, que interfieren directamente en la prestación del servicio, podrían ser encuadradas en la clasificación hecha por Tushnet, en el concepto de “control fuerte”, esto es, aquel en que los tribunales imponen obligaciones concretas al poder público en el sentido de la realización de los derechos fundamentales sociales, restringiendo, así, su esfera de discrecionalidad. Cfr. Tushnet, Mark, *Weak Courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 227-247.

⁵⁵ La “judicialización de la salud” puede ser comprendida como un fenómeno caracterizado por diferentes aspectos, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: a) gran cantidad de demandas judiciales versando sobre prestaciones relacionadas al derecho a la salud; b) fuerte actuación del poder judicial en la determinación de prestación de medicamentos y de tratamientos de alto costo a los poderes públicos que repercuten, en cierta medida, en sus disposiciones presupuestarias; c) tendencia de utilización de poder judicial como “primera opción” en términos de satisfacción del derecho, en detrimento de las vías administrativas convencionales, y no como *ultima ratio*.

⁵⁶ Eso significa que una demanda para garantía del derecho a la salud puede tener en el polo pasivo tanto a la Unión como a los estados o los municipios, siendo irrelevante, en este caso, la discusión acerca de a quién incumbe el deber constitucional de prestarlo, o sea, la repartición de competencias legislativas no puede ser utilizada como estrategia de defensa o para el no juzgamiento de la acción.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Emblemática resultó la sentencia del Pleno del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) —conocida como el “fallo de la salud”—,⁵⁷ de 17 de marzo de 2010, en la que se concluye, por unanimidad de votos, que la salud constituye un derecho público subjetivo, por virtud del cual, de ser necesario, cabe exigir al poder público para efectos de costear medicamentos y tratamientos de alto costo a portadores de molestias graves, debiendo la justicia actuar cuando aquel deja de formular políticas públicas o deja de cumplirlas, especialmente cuando emanan directamente de la Constitución.⁵⁸

El precedente para tal posicionamiento ya había sido establecido con ocasión de la “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”⁵⁹ 45/2004, donde el STF fija el carácter político de la jurisdicción constitucional, manifestándose favorable al control jurisdiccional de políticas públicas.⁶⁰

Por otro lado, y de modo no controvertido, se ha acordado que la realización de ese derecho público debe darse, en prin-

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), suspensões de tutela antecipada 175, 211 y 278; suspensões de segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; suspensão de liminar 47, ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, 16 de marzo de 2010, p. 13, consulta 17 mar 2010, disponible en <http://www.stf.jus.br>

⁵⁸ El mismo ministro, Celso de Mello, se había manifestado previamente, con ocasión del discurso para la toma de posesión del cargo Gilmar Ferreira Mendes en la presidencia del Supremo Tribunal Federal, en el sentido de que compete a la Corte la protección de la Constitución y de los derechos fundamentales, aunque esto implique un activismo judicial en respuesta a las omisiones administrativas y legislativas practicadas. Este posicionamiento puede, a su vez, ser claramente identificado también en sus juzgados, entre ellos: RE 393.175/RS, que versa sobre la responsabilidad del Estado en el tratamiento de pacientes con esquizofrenia, y RE 410.715/SP, sobre derecho a educación.

⁵⁹ “Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental”, integrante del sistema de control concentrado de constitucionalidad, de competencia del Supremo Tribunal Federal. Tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos, así como de actos concretos del poder público, contrarios a algún precepto fundamental contenido en el texto constitucional.

⁶⁰ STF, arguição de descumprimento de preceito fundamental 45/2004. Ver-
sa sobre el control jurisdiccional de políticas públicas de Brasil, ministro relator Celso de Mello, 4 de mayo de 2004, consulta 21 ene 2010, disponible en <http://www.stf.jus.br>

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

cipio, por medio de la implementación de políticas públicas, es decir que este se traduce en la existencia de un derecho público subjetivo a políticas públicas, y no a prestaciones estatales aisladas.⁶¹

Con este argumento, el STF intenta evitar una postura intervencionista, preservando, así, la discrecionalidad de los demás poderes, pero cumpliendo con su papel de guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales. En la práctica, el Tribunal ha decidido que el alto costo de un medicamento no constituye argumento suficiente para impedir su suministro por el poder público.⁶²

Queda implícita, aún, la existencia de un requisito limitador asociado a la concepción de que la garantía judicial del derecho a la salud no puede comprometer el funcionamiento del Sistema Único de Salud, debiendo demostrarse la necesidad real caso por caso, lo que excluiría el riesgo de un efecto multiplicador de esas decisiones de forma indiscriminada.⁶³

En ese sentido, es posible percibir un esfuerzo del relator para fijar unos criterios o parámetros que deben observar los tribunales al enfrentar causas que envuelvan la prestación de ese derecho.

4.2.1. Primer criterio

El primero de ellos guarda relación con la existencia o inexistencia de una política pública estatal que incluya la prestación de

⁶¹ “Ese derecho subjetivo público es asegurado por medio de políticas sociales y económicas, o sea, no hay un derecho absoluto a todo y cualquier procedimiento necesario a la protección, promoción y recuperación de la salud, independientemente de la existencia de una política que lo concrete. Hay un derecho público subjetivo a políticas públicas destinadas a la promoción, protección y recuperación de la salud.” *Cfr.* STF, suspensões de tutela antecipada 175, 211 e 278; suspensões de segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; suspensão de liminar 47, ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, p. 31, consulta 17 mar 2010, disponible en <http://www.stf.jus.br>

⁶² STF, ...cit., p. 30, disponible en <http://www.stf.jus.br>

⁶³ STF, ... cit., p. 14, disponible en <http://www.stf.jus.br>

salud requerida por la parte.⁶⁴ Este aspecto resulta determinante para verificar si el Tribunal está o no creando una política pública. El problema aquí reside, con todo, en la interpretación dada a este criterio, esto es, si el reconocimiento de la existencia de política pública está asociado al reconocimiento del problema/molestia o al tratamiento correspondiente, elemento respecto al cual el voto no hace ninguna mención. Esto porque, si se comprende que la existencia de la política pública está vinculada al problema/molestia, es posible decir que hubo una omisión relevante en la formulación de la política pública, caso en que el Tribunal tendría que intervenir, determinando la inclusión de nuevos procedimientos en los protocolos adoptados. Ya en lo que concierne al tratamiento, la inexistencia de determinada modalidad no implica, necesaria o directamente, omisión legislativa, caracterizándose antes como un acto discrecional o como una simple desactualización, situación en que la intervención judicial sería menor y, consecuentemente, menor el grado de activismo de la decisión que reconoce el derecho.

En los casos en que la prestación no está incluida en los protocolos de SUS, según el juzgado, es necesario hacer una distinción entre dos hipótesis: si la no prestación es resultante: a) de omisión administrativa o legislativa; b) de una decisión administrativa, o c) de una prohibición legal, como pasa cuando el suministro de determinado medicamento, con fundamento en la garantía de la salud pública, es vedado por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA), situación en la cual la no concesión se impone. Las tres hipótesis poseen, por consiguiente, consecuencias jurídicas distintas, afectando así, directamente, la naturaleza y los límites de la prestación jurisdiccional.

4.2.2. Segundo criterio

El segundo requisito se refiere a la motivación para el no suministro de determinado medicamento o tratamiento, por ejemplo, la inexistencia de evidencias científicas que autoricen su inclusión en los protocolos de SUS. En ese contexto, dos situaciones

⁶⁴ *Ibidem*, p. 20.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

diferentes se presentan: o el SUS presta tratamiento alternativo no adecuado al paciente, o entonces el Sistema no posee tratamiento específico para determinada patología.⁶⁵

En el primer caso debe, como regla, ser privilegiado el tratamiento previsto por el Estado, en detrimento de la opción diversa demandada por el paciente. A pesar de la aparente obviedad de la conclusión presentada, con todo, el problema reside en las posibles excepciones que se presentan, pues, como afirma el propio relator, esa conclusión no aleja la posibilidad de que el poder judicial —o la propia Administración Pública— decida que una medida distinta debe ser ofrecida a determinada persona que, por razones específicas de su organismo, pruebe que el tratamiento previsto no es eficaz.⁶⁶

Así, es evidente que el fundamento para la adopción de medidas excepcionales presupone una instrucción probatoria eficiente, lo que infelizmente, en gran parte de los casos, no ha sido verificado en estos tipos de demanda, donde se producen peticiones cargadas de argumentos genéricos y retóricos, pero carentes de elementos concretos, especialmente por parte del Estado.⁶⁷ Por otro lado, la referida constatación implica el reconocimiento de la necesidad de permanente revisión y actualización de los protocolos —documentos de carácter administrativo que regulan los aspectos operacionales de SUS—, que, a su vez, no son incontestables, siendo posible su discusión y revisión judicial.⁶⁸

4.2.3. Tercer criterio

Finalmente, el último requisito analizado guarda relación con la alegación de inexistencia de tratamiento, situación en la cual

⁶⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁶⁷ Eso queda evidenciado en la propia decisión en comento, donde son expresas las referencias al hecho de que el Estado no ha logrado probar sus alegaciones, leyéndose que “la agravante, reiterando los fundamentos de la petición inicial, apunta, de forma genérica, que la decisión objeto de suspensión invade competencia administrativa de la Unión [...]”. *Ibidem*, p. 26.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 23.

es preciso distinguir entre tratamientos experimentales —comprendidos como aquellos respecto a cuya eficacia no hay comprobación científica— y tratamientos simplemente no adoptados por el sistema público, pero que ya están disponibles en el sector privado.

En cuanto a la primera situación, el STF se plantea contrario, entendiéndolo que el Estado no puede ser condenado a prestar este tipo de tratamiento. En el segundo caso, comprende que la inexistencia de protocolo no puede significar la violación del principio de integralidad del sistema, ni tampoco justificar tratamiento distinto entre el sistema público y el sistema privado,⁶⁹ de manera que el hecho de que un medicamento no se encuentre incorporado por el SUS no significa que su prestación no pueda ser determinada judicialmente.

4.3. “Mínimo existencial” y deber de protección

A este reconocimiento de la garantía del derecho a la salud por los tribunales cabe agregar la incorporación de algunos otros elementos operacionales de protección, tales como la noción de “mínimo existencial”⁷⁰ —*Existenzminimum*— y de dimensión objetiva de los derechos fundamentales, de la cual resultan conceptos como el “deber de protección”⁷¹ —*Schutzpflicht*— y la “prohibición de protección insuficiente”⁷² —*Untermassverbot*—.

La noción de “mínimo existencial” está directamente conectada con la de dignidad humana, operando como un criterio de

⁶⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁷⁰ Seiler, Christian, “Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum”, en *Juristenzeitung*, núm. 10, 2010, p. 500. En Alemania, el reconocimiento jurisprudencial de un “mínimo existencial” ha cumplido con un importante papel en la garantía de los derechos sociales, sirviendo como criterio para estandarizar los deberes de prestación estatal y su justiciabilidad, ya que la Ley Fundamental de Bonn no los reconoce explícitamente como derechos.

⁷¹ Schmidt, Thorsten Ingo, *Grundpflichten*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 43.

⁷² Mayer, Matthias, *Untermass, Übermass und Wesenshaltsgarantie*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 89.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

interpretación y de aplicación que busca identificar aquellos aspectos esenciales asociados al contenido de cada uno de los derechos fundamentales —sean derechos de libertad o prestaciones— y a la dignidad en sentido amplio, sin los cuales el individuo ve su dignidad violada o perjudicada.

Ya el “deber de protección” es una construcción jurisprudencial que resulta de la dimensión objetiva conferida a los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional alemán con ocasión del caso *Lüth*,⁷³ y que fue reforzada por la Corte al tratar el tema de discriminación de la interrupción del embarazo en dos ocasiones —BverfGE 39 (1975) y BverfGE 88 (1993)— en las cuales ha reconocido, de modo expreso, que se atribuye al Estado la función de protección y defensa de los derechos fundamentales, estando obligado a observar determinados niveles de protección.

Con base en este reconocimiento, se entiende que el Estado no se presenta más como simple violador o destinatario de las prohibiciones impuestas por los derechos fundamentales, pasando a ser responsable, también, de protegerlos y asegurar las condiciones para su efectiva garantía.⁷⁴ Lo que pasa es que los parámetros y estándares de protección no están fijados expresamente, de manera que, en esa actuación, debe ser observado el principio de proporcionalidad, una vez que la Constitución fija la protección como meta, pero no detalla su configuración. Así, el legislador, al actuar, debe observar la prohibición de insuficiencia, debiendo ser suficientes las medidas adoptadas para una protección adecuada y eficiente. O sea, el Estado debe adoptar

⁷³ El caso *Lüth*, que versaba sobre los límites de la libertad de expresión, fue juzgado en 1958 por el Tribunal Constitucional alemán y es emblemático por marcar el reconocimiento de que las distintas ramas del derecho —el derecho civil, en este caso— deben ser interpretadas de manera conforme a los derechos fundamentales que, además de derechos subjetivos, se constituyen también en directivas e impulsos que vinculan a todos los poderes. Para un estudio más profundizado, véase Hennig Leal, Mônia Clarissa, *Jurisdição Constitucional aberta*. Río de Janeiro, Lúmen Juris, 2007, p. 243.

⁷⁴ Schafer Streck, Maria Luiza, *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado São Leopoldo, 2008, p. 81.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

medidas normativas y fácticas suficientes para cumplir con su deber de tutela.⁷⁵

De ahí resulta que la protección adecuada de los derechos fundamentales no es una facultad de los poderes públicos, debiendo su actuación guiarse por la proporcionalidad, de manera que no sea insuficiente o excesiva,⁷⁶ bajo el riesgo de violar frontalmente la Constitución.⁷⁷

Hay, por tanto, con fundamento en la teoría del “deber de protección” y en la noción de “prohibición de protección insuficiente”, la posibilidad de actuación del poder judicial —como ocurre en el caso del derecho a la salud— cuando el poder público no asegure el “mínimo existencial” o no cumpla adecuadamente con su función de garantía y de protección de los derechos fundamentales.⁷⁸

En ese sentido, en la visión reiterada del STF,⁷⁹ cuando lo que está en juego es la tutela del “mínimo existencial”, no cabe la aplicación del principio de la “reserva de lo posible”,⁸⁰ por concepto

⁷⁵ Martins, Leonardo, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideu, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 276-280.

⁷⁶ Sarlet, Ingo; Marinoni, Luiz Guillhernme y Mitidiero, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, Porto Alegre, Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

⁷⁷ Gavara de Cara, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, JMB Bosch, 2010, p. 54.

⁷⁸ Bolesina, I. y Leal, M. C. H., *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, Curitiba, Multideia, 2013, p. 115.

⁷⁹ “Cumple advertir, así, que la cláusula de la “reserva de lo posible” —resalvada la ocurrencia de justo motivo objetivamente verificable— no puede ser invocada por el Estado con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, notadamente cuando, de esa conducta gubernamental negativa, pueda resultar la nulidad o, hasta mismo, la aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un especial sentido de fundamentalidad.” *Cfr.* STF, arguição de descumprimento de preceito fundamental 45, relator ministro Celso Mello, 29 de abril de 2004, DJ, 4 de mayo de 2004, consulta 10 may 2011, disponible en <http://www.stf.jus.br>

⁸⁰ Se hace necesario referir, en este punto, que la doctrina brasileña, al incorporar la noción de “reserva de lo posible”, acuñada por el Tribunal Consti-

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

de criterios presupuestarios, debiendo el derecho ser garantizado independientemente de la disponibilidad financiera del Estado.

Así, es posible aseverar que los derechos sociales —y particularmente el derecho social a la salud—, aun cuando carezcan de significativa reglamentación o especificación en términos de prestación, han encontrado en la jurisprudencia brasileña terreno fértil para su concretización, caracterizándose su protección por la vía judicial, antes vista como un verdadero reto en lo que concierne a la sustentabilidad y al funcionamiento equilibrado del sistema. Dicho de otra manera, es extremadamente positivo que esos derechos encuentren su realización, pero esta no se puede dar de forma desconectada de la realidad, sin tomar en cuenta los eventuales impactos en otros ámbitos o la viabilidad de garantía de otros derechos o de otras personas —especialmente de la colectividad—, igualmente importantes.

En Brasil es posible percibir que hay, paradójicamente, una tendencia por parte del poder judicial de acoger más demandas individuales basadas en la protección del derecho a la vida, que demandas colectivas basadas directamente en la protección del derecho a la salud (p. ej., la determinación judicial va en el sentido de prestación de medicamento “x” a determinado paciente que lo requiere, pero no en el de determinar su inclusión en los protocolos de SUS).

Así, es posible afirmar que la estrategia de justiciabilidad del derecho a la salud ocurre, a su vez, en dos dimensiones distintas: la primera de ellas representa los intereses individuales, por medio de la Defensoría Pública y de los abogados privados, siendo que generalmente sus demandas se relacionan con medicamen-

tucional alemán en la decisión conocida como *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303), respecto a la obligación del Estado de ofrecer nuevas vacantes para el Curso de Medicina, delante de la gran demanda que se había presentado, ha tendido a desvirtuarla, identificándola con la disponibilidad/existencia de recursos financieros, cuando, en su sentido originario, está más asociada a la idea de razonabilidad de la pretensión (aquello que se puede esperar del Estado en términos de prestación, pero más allá de la mera cuestión presupuestaria). Cfr. Grimm, D.; Kirchhof, P. y Eichberger, M., *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Studienauswahl*, Tübingen, MohrSiebeck, 2007, t. 1, pp. 282-297.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

tos o insumos necesarios para la manutención o recuperación de la salud de los demandantes; la segunda dimensión representa los intereses colectivos, que en general son defendidos por asociaciones civiles y por el Ministerio Público.⁸¹

Por otra parte, según apuntan los datos, las acciones individuales, referentes a las solicitudes de compra de medicamentos o pago de procedimientos médicos, resultan más exitosas, ya que los tribunales tienden a evitar decidir casos colectivos, posiblemente porque estas decisiones inciden directamente en la conformación de políticas públicas.⁸² Esta situación lleva a poner aún más de relieve el fenómeno de judicialización de la salud en Brasil.

En definitiva, lo que pasa es que al final, la suma de acciones individuales acaba por ser potencialmente más dañina que un eventual reconocimiento del derecho en una perspectiva colectiva, al dificultar que se tenga una perspectiva más amplia y concreta de los impactos financieros y presupuestarios causados por las distintas decisiones judiciales,⁸³ situación que podría ser clasificada como una “prevalencia de la satisfacción individual del derecho a la salud”,⁸⁴ en la cual se aplica la paradoja de Condorcet al revés, tomándose la satisfacción colectiva simplemente a partir de la suma de satisfacciones individuales.

⁸¹ Rangel de Souza Machado, Felipe, “A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde”, en *Revista de Administração Pública*, vol. 46, núm. 4, 2012, Río de Janeiro, p. 1021.

⁸² *Idem*.

⁸³ Esta desconsideración de la dimensión colectiva no permite, con todo, considerar el problema en todas sus dimensiones y en toda su complejidad, lo que resulta en medidas que, en lugar de posibilitar una promoción de la justicia social, acaban por prolongar indefinidamente la inmensa deuda social con relación al estrato más vulnerable de la población. Sobre el tema, Chieffi, Ana Luíza, “Judicialização da Política Pública de assistência farmacêutica e equidade”, en *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 25, núm. 8, 2009, Río de Janeiro, p. 1848.

⁸⁴ Se entiende que aunque que la conformación del derecho social a la salud se dé por medio de la garantía del derecho individual a la vida no supone necesariamente un problema, ello no puede significar que este último no deba, también, ser interpretado desde una perspectiva social, que tome en cuenta el bienestar colectivo.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

Esta concepción evidencia, a su vez —a pesar de las mejoras del texto constitucional y de la propia dogmática de los derechos fundamentales en Brasil—, la manifestación de una noción aún conservadora respecto a los derechos sociales en cuanto derechos prestacionales, a los cuales la jurisprudencia insiste en no reconocer específicamente la fuerza jurídica necesaria para su concretización, sea en razón de los aspectos presupuestarios —y que, por tanto, olvida la cuestión de los “costos de los derechos” planteada en la introducción del presente texto—, sea por motivo de deferencia al principio de separación de poderes —según el cual no corresponde al poder judicial intervenir en la actividad discrecional de los demás poderes, de naturaleza política—.

Dicho de otra manera, por más que la Constitución brasileña de 1998 contenga la previsión del derecho a la salud como un derecho social fundamental, las demandas judiciales aún tienen una fuerte dimensión individual, garantizándose el derecho, principalmente por una vía indirecta, y no por la vía de la justicialidad propia de los derechos sociales. De cualquier modo, aunque no siempre explicitado de forma clara, se entiende que la conformación de un Estado social tiene gran relieve en su garantía, ya que las múltiples dimensiones de los derechos fundamentales hacen que se refuercen entre sí y contribuye para que sean tomados en serio.⁸⁵

5. DEL ESTADO SUBSIDIARIO AL ESTADO COMPROMETIDO CON LA SALUD EN CHILE

A continuación, nos concentramos en individualizar factores que en nuestra opinión son cruciales para la configuración de un derecho a la salud adecuado para Chile, incluida su población vulnerable —Sistema Universal de Salud, deber del Estado de facilitar el acceso a medicamentos esenciales y limitar la concentración del mercado farmacéutico—, así como en indicar importantes enseñanzas que proporcionan las experiencias de desarrollo del Estado social a nivel comparado.

⁸⁵ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1997, p. 131.

5.1. Protocolo público de acceso a prestaciones de salud igual para todos

Atendida la escasez de recursos disponibles para el Estado, no es posible satisfacer todas las necesidades de salud de la población al mismo tiempo. Lo que sí se demanda de un Estado social y democrático de derecho es impedir la configuración de un sistema de salud o de varios subsistemas que generen o den curso —en la práctica— a una segmentación de la demanda derivada de la capacidad de pago del usuario, atendiendo a la alta vulnerabilidad a la que queda expuesta un importante sector de la población.

La demanda crece con el nivel de vida, hasta el punto de que el gasto sanitario en los países desarrollados se ha convertido en uno de los índices más claros del grado de bienestar de una sociedad. De acuerdo con la experiencia del Estado social de los países desarrollados de Occidente, desde los años setenta del siglo pasado el mantenimiento del mínimo vital garantizado se empieza a reducir con la finalidad de frenar el gasto público y mantener controlados los procesos inflacionarios y así permitir el desarrollo menos gravoso a la iniciativa privada. Aún más si se tiene en cuenta que la crisis que se da en esos años se vincula estrechamente a una crisis de la seguridad social, que conduce a un sistema deficitario y falto de eficiencia.⁸⁶

En Chile, teniendo en cuenta la experiencia comparada y, en especial, las deficiencias de nuestro sistema de salud nacional, tratar la salud como un derecho social, como explica Atria,⁸⁷ no implica que cada uno tenga derecho a todas las prestaciones de salud que desee, sino que las prestaciones de salud no han de distribuirse entre todos según lo que cada uno puede dar a cambio, sino según un criterio cuya aplicación sea consistente con el reconocimiento del mismo derecho para todos. Según el

⁸⁶ Ojeda Marin, Alfonso, *Estado social y crisis económica*, Madrid, Editorial Complutense, 1993, p. 36.

⁸⁷ Atria, Fernando, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM, 2014, p. 66.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

autor, ello “normalmente exigirá la fijación de criterios de acceso que, mirando a la necesidad de atención médica, distribuya entre todos el total de prestaciones escasas”, que redundaría en que el derecho a la salud “exige un protocolo público de especificación de las condiciones de necesidad médica, de modo que todos tengan el mismo acceso a las prestaciones según sus necesidades”.

5.2. Deber del Estado de facilitar acceso a medicamentos esenciales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas, de 1966, contiene la norma (el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental del art. 12) más relevante del derecho internacional de los derechos humanos dictada hasta la fecha, que comprende obligaciones básicas de efecto inmediato, sin las que el derecho se vería en buena medida privado de su razón de ser.⁸⁸

Entre ellas destaca la de “facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales (PAME) de la OMS”, de carácter inderogable, y cuyo incumplimiento no puede nunca ni bajo ninguna circunstancia justificar un Estado parte.⁸⁹ Importa una obligación de cumplir que limita el margen de discrecionalidad del Estado,⁹⁰ y cuya violación se verifica al no adoptarse todas las medidas necesarias que permitan dar efectividad al derecho a la salud, comprometiéndose cada Estado a que los productos far-

⁸⁸ ONU, La índole de las obligaciones de los Estados parte, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3, E/1991/23, 1990, Ginebra.

⁸⁹ ONU, Consejo Económico y Social, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 14, E/C.12/2000/4, 2000, Ginebra.

⁹⁰ Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 323-325.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

macéuticos incluidos prioritariamente en su listado nacional de medicamentos esenciales estén disponibles y accesibles en sus respectivas jurisdicciones en favor del bienestar de los grupos más desfavorecidos.⁹¹

A pesar de los compromisos asumidos para la protección del derecho a la salud, el acceso a los medicamentos se tensiona severamente a nivel mundial desde la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1995, cuyo Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC) —anexo a la creación de la OMC— implica un reforzamiento de los derechos de los titulares de patentes farmacéuticas.⁹²

Esta tensión entre ambos tratados internacionales —el PIDESC y el Acuerdo ADPIC— deriva en la colisión del derecho de propiedad intelectual con el derecho a la salud, a consecuencia del fortalecimiento de la patente farmacéutica incluida en las obligaciones internacionales de carácter comercial que asumen los Estados miembros de la OMC, por una parte, y las obligaciones que suscriben los Estados parte del PIDESC respecto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en el marco del DIDH, por la otra.⁹³ Esto cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que de los 141 miembros de la OMC que se han comprometido a aplicar las normas mínimas de

⁹¹ ONU, Asamblea General, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Nota del secretario general, A/61/338, 2006, disponible en <http://www.un.org/ga/61/third/documentslist.shtml>

⁹² Habitualmente, empresas farmacéuticas globales con casa matriz en Estados Unidos y Europa, a las que se le confieren derechos exclusivos de explotación por un periodo mínimo de 20 años sobre el nuevo medicamento, lo que le permite al titular recuperar parte de los costos involucrados en la investigación médica, al tiempo que retrasa la entrada al mercado del medicamento genérico, el cual no está amparado por una patente farmacéutica, que se comercializa bajo el nombre del principio activo y cuya competencia usualmente conduce a una reducción significativa de los precios y a un mayor acceso.

⁹³ Allard, Raúl, “Medicamentos esenciales y acuerdo sobre los ADPIC: Colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual”, en *Salud Colectiva*, vol. 11, núm. 1, 2015, pp. 9-21.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

protección de la propiedad intelectual en el “Acuerdo ADPIC”, 111 han ratificado el PIDESC.⁹⁴

En el caso de Chile —a diferencia de Brasil y Argentina—, que en su momento no introdujo instrumentos de política social o industrial capaz de desarrollar una industria nacional productora de medicamentos de innovación, el desafío de asegurar a la población el acceso a medicamentos a precios asequibles es mayor. El fortalecimiento de la patente extranjera, la suscripción de normas ADPIC Plus⁹⁵ en tratados de libre comercio celebrados con potencias desarrolladas, la fuerte concentración del mercado en tres cadenas farmacéuticas y las reiteradas reclamaciones sobre integración vertical entre las farmacias y los laboratorios atentan contra ello, castigando con especial fuerza a la población más vulnerable que no cuenta con seguridad social para adquirirlos y, al mismo tiempo, provoca que no puedan ser adquiridos por el Estado de Chile sin generar un sistema de seguridad social crecientemente deficitario.

De tal manera, para adecuarse a las obligaciones que emanan del derecho a la salud en virtud del PIDESC de facilitar el acceso a medicamentos esenciales, Chile deberá necesariamente asumir un importante incremento presupuestario en salud.

Además, sostenemos que desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, la suscripción por Chile de normas ADPIC Plus en tratados de libre comercio y acuerdos

⁹⁴ ONU, Consejo Económico y Social. Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 2001, disponible en <http://daccessdds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/143/48/PDF/G0114348.pdf?OpenElement>

⁹⁵ De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, las disposiciones ADPIC Plus corresponden a una expresión no técnica que designa los esfuerzos encaminados a prolongar la duración de la patente más allá del mínimo de 20 años del Acuerdo ADPIC, someter la expedición de licencias obligatorias a fórmulas que el “Acuerdo ADPIC” no exige, y restringir las excepciones que facilitan la introducción rápida de medicamentos. OMS, La globalización, el acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a los productos farmacéuticos. Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS, núm. 3, 2001.

comerciales de carácter internacional con Estados Unidos y otras potencias desarrolladas, que confieren al titular de la patente farmacéutica más derechos que los previstos en el Acuerdo sobre los ADPIC, son incompatibles con las obligaciones relativas al acceso a los medicamentos esenciales que emanan del artículo 12 del PIDESC, en el marco del derecho a la salud.⁹⁶

Es especialmente relevante que Chile tenga en cuenta esto con motivo del controvertido Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP) fuertemente promovido por Estados Unidos y que involucra también a Japón, Australia, Nueva Zelanda, Malasia, Brunei, Singapur, Vietnam, Canadá, México, Perú y Chile.

5.3. Enseñanzas del Estado social a nivel comparado

Especial relevancia tuvo durante la Guerra Fría la consolidación de un modelo de Estado de bienestar que se consolidó en Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial. En este marco, la confianza y la solidaridad constituyen los dos principios rectores de la democracia sobre los que se levanta el Estado social.

Se reconoce que la implementación del Estado social en países desarrollados de Occidente ha favorecido el aumento del capital humano, una mejor distribución y transferencia de rentas entre diversas clases sociales, junto a una estabilidad política que favorece la cohesión social, operando las prestaciones de bienestar como elemento compensador a la competencia pura y al carácter ganador-perdedor que suscita el mercado.⁹⁷ De tal manera, el Estado social, con sus déficits y desafíos, ha permitido la convivencia pacífica entre economía de mercado y bienestar social.⁹⁸

⁹⁶ Allard, Raúl, “Medicamentos esenciales y acuerdo sobre los ADPIC: Colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual...”, *cit.*

⁹⁷ Ojeda Marin, Alfonso, *Estado social y crisis económica*, Madrid, Editorial Complutense, 1993, p. 54.

⁹⁸ Viera, Christian, *Libre iniciativa económica y Estado social*, Santiago, Legal Publishing, 2013, p. 57.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

En aquel afán, al Estado le corresponde cumplir una función asistencial, transformándose en gestor de prestaciones y servicios que aseguran las condiciones mínimas de existencia —la denominada “procura asistencial”— del individuo y que mejoran sus condiciones de vida —sanidad, educación, transporte, áreas verdes, cultura, etc.— aunque no posea sobre ellos un derecho de dominio personal. Y, al mismo tiempo, debe cumplir una función de intervención y tutela de la economía, lo que convierte al Estado en planificador incluso empresario en el proceso económico.⁹⁹

Diversos factores deben ser tomados en cuenta de las experiencias de la implementación del Estado social en países desarrollados. Para Offe,¹⁰⁰ dos elementos merecen ser tenidos en consideración: la mayor carga fiscal que supone un desincentivo para la inversión y el incremento del poder negociador de trabajadores y sindicatos, los cuales generan presión inflacionaria y sobrecarga en la demanda política que produce ingobernabilidad ante la insatisfacción de las demandas reclamadas.

Asimismo, el envejecimiento de la población que experimentan los países desarrollados —y que son muy similares a los indicadores de la realidad chilena— tiene que ver con el notorio incremento de la expectativa de vida y los avances de la medicina que han causado que la población viva mucho más tiempo, alcanzando una media de 80 años —para las mujeres de 82 años y para los hombres de 76—, unido a un fuerte descenso en la natalidad —1.3 hijos por mujer en España y 1.5 hijos por mujer en Alemania en la actualidad—. Del descenso de la natalidad y del rápido aumento del horizonte de vida resulta la nueva pirámide demográfica, a la que se suele aludir como uno de los factores principales de la vulnerabilidad creciente del Estado social, el cual, según Sotelo, constituye un proceso irreversible que va en aumento.¹⁰¹

Para el mismo autor resulta clara la necesidad de poner en marcha modelos asistenciales más efectivos que reduzcan sen-

⁹⁹ Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 83-84.

¹⁰⁰ Offe, Claus, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 138.

¹⁰¹ Sotelo, Ignacio, *El Estado social*, Madrid, Trotta, 2010, p. 383.

siblemente los costos, sin desatender los intereses básicos de los distintos sectores: para los pacientes, libre accesibilidad, sin larguísimas listas de espera, con cuidados médicos satisfactorios; para el personal sanitario, que su número sea el adecuado, con una buena preparación y razonablemente bien pagado. Y para disponer de los recursos imprescindibles considera fundamental reformas en tres direcciones: *i.* empezar por desmontar las posiciones de monopolio de la industria farmacéutica “que se lleva la parte de león en el gasto sanitario” y un mayor control de los precios de los medicamentos, que sigue siendo una de las fuentes principales de ahorro; *ii.* extender la actividad sanitaria a la medicina preventiva, que promete mejorar la salud de la población reduciendo costos sanitarios, y *iii.* controlar el gasto de las nuevas tecnologías sanitarias, haciendo una aplicación prudente de ellas.¹⁰²

La Constitución brasileña, a diferencia de la Constitución chilena, en su título primero “Los Principios Fundamentales”, contiene enunciados de la mayor relevancia —que van configurando el Estado social de derecho— destinados a iluminar el resto del ordenamiento jurídico y constituir un mandato claro al legislador para dar la misma importancia y eficacia a los derechos civiles y políticos que a los derechos sociales. Incluso, y a pesar de que desde la perspectiva de la jurisprudencia se siga prefiriendo la tutela del derecho a la salud a través del derecho a la vida y no logre desarrollarse una perspectiva colectiva del derecho, el resultado desde la consideración a las personas es más satisfactorio que los resultados evidenciados en el marco del Estado subsidiario

Así lo atestigua el artículo 3 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, entre cuyos objetivos fundamentales se encuentran los de “construir una sociedad libre, justa y solidaria”; “la erradicación de la pobreza y la marginalización y la reducción de las desigualdades sociales y regionales”, y “promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación”, sin perjuicio de que con posterioridad la carta brasileña desarrolla detalladamente cada uno de los derechos sociales.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 388-389.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

6. CONCLUSIONES

La Constitución chilena de 1980 no contiene aquel equilibrio del Estado social entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, sino un pronunciado desequilibrio en favor de los primeros, que demanda urgente reparación, a más de 25 años desde el inicio de la transición a la democracia. Y luego, ello se manifiesta en las leyes que se dictan, en el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y en la mayoría de los casos, influye en la promoción de acuerdos “consensuados” en el Parlamento que no resguarda adecuadamente el derecho a la salud como derecho social.

El Estado subsidiario se arraiga fuertemente en el individualismo, tanto a la hora de reconocer el derecho a la salud como al momento de garantizarlo, en que el Estado asume lo sobrante, aquello que no resulta atractivo o rentable para el sector privado. En Chile, uno de los intentos más relevantes por introducir el criterio de la solidaridad, se produjo en el contexto de la tramitación del Plan Auge con el fondo de compensación solidario, sin embargo, la iniciativa no prosperó en sede legislativa.

La consagración de un Estado comprometido con la salud de todos los chilenos puede ser el motor de un cambio de condiciones de vida para muchas personas, su reconocimiento merece tener lugar en las discusiones que esperamos puedan producirse en los próximos años, como una aspiración que permita en definitiva profundizar la democracia. El Estado debe liderar una política de justicia en este campo que asegure la protección del interés general y colectivo de la población por sobre intereses privados. Si bien ello no impide una provisión mixta de la salud, la provisión en salud debe estar guiada por una mirada de bien público y no de un Estado que asume lo sobrante.

De las cuestiones examinadas a propósito del caso de Brasil queremos resaltar las siguientes cuestiones: la creación de un sistema universal de protección del derecho a la salud; la invocación de criterios interpretativos esenciales para garantizar la eficacia y la sostenibilidad del Estado social, consistentes en la condición del mínimo existencial y deber de protección; la perspectiva de que la garantía de este derecho debe ser progresiva, razonable y

siempre en el enfoque de conservar los equilibrios macroeconómicos. Seguramente no podrá garantizarse desde el inicio la protección del derecho a la salud en todos los casos y bajo todos los supuestos. La progresividad exigirá, también, el incremento paulatino de los presupuestos públicos para la cobertura del derecho.

Por otro lado, por más que la Constitución brasileña de 1998 contenga la previsión del derecho a la salud como un derecho social fundamental, las demandas judiciales aún tienen una fuerte dimensión individual, garantizándose el derecho principalmente por una vía indirecta, y no por la vía de la justiciabilidad propia de los derechos sociales. Pero aunque no siempre explicitado de forma clara, la conformación de un Estado social tiene gran relieve en su garantía, ya que las múltiples dimensiones de los derechos fundamentales hacen que se refuercen entre sí y contribuye para que sean tomados en serio, lo que, en Brasil, ha llevado a un fenómeno de judicialización de la salud.

Finalmente, un Estado comprometido con la salud implica una ruptura con el modelo de Estado contenido en la Constitución del 1980. Es importante avanzar en esa dirección para dejar de convivir con las contradicciones de una Constitución nacida en dictadura y aún vigente en la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- Allard, Raúl, “¿Hacia la exigibilidad directa del derecho a la salud en Chile?”, en Israel, Ricardo y Villagrán, Marcelo (eds.), *Reflexiones sobre la sociedad chilena*, Santiago, Ril Editores, 2012.
- , “Medicamentos esenciales y acuerdo sobre los ADPIC: Colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual”, en *Salud Colectiva*, vol. 11, núm. 1, 2015.
- Atria, Fernando, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM, 2014.
- ; Larrain, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier y Joignant, Alfredo, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Random House Mondadori, 2013.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

- Bassa, Jaime y Aste, Bruno, “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 1, 2015.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Bolesina, I. y Leal, M. C. H., *O mínimo existencial e o controle jurisdiccional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, Curitiba, Multideia, 2013.
- Chieffi, Ana Luíza, “Judicialização da Política Pública de assistência farmacêutica e equidade”, en *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 25, núm. 8, 2009, Río de Janeiro.
- Correa, Carlos, “Retroactividad del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de la protección de la Salud Pública”, en Seuba, Xavier (coord.), *Salud pública y patentes farmacéuticas: cuestiones de economía, política y derecho*, Barcelona, Bosch Editor, 2008.
- Cristi, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán, Autoridad y libertad*, Santiago, LOM, 2000.
- y Ruiz Tagle, Pablo, *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*, Santiago, LOM, 2014.
- Diez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Navarra, Arazadi, 2005.
- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1997.
- Erazo, Ximena; Martín, María Pía y Oyarce, Héctor (eds.), *Políticas públicas para un Estado social de derechos*, Santiago, LOM, 2007, vol. 1.
- Esping-Andersen, Gosta, *Los tres mundos del Estado de bienestar*, Valencia, Alfonsel Magnani, 1993.
- Fernandois Vöhringer, Arturo, *Derecho constitucional económico, garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, t. I.
- Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la salud”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 283-332.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

- Galdámez, Liliana, “La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el ordenamiento chileno y la Constitución material”, en Nogueira, Humberto (coord.), *Bases de la institucionalidad, realidad y desafíos* Santiago, Librotecnia, 2015.
- Garrorena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1987.
- Gavara de Cara, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, JMB Bosch, 2010.
- Gesta Leal, Rogério, *Teoria do Estado: cidadania e poder político namodernidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- Gomes Canotilho, José Joaquim, “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, en *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2004.
- Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013.
- Grimm, D.; Kirchhof, P. y Eichberger, M., *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Studienauswahl*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 2007, t. 1.
- Hennig Leal, Mônia Clarissa, *Jurisdição Constitucional aberta*, Río de Janeiro, Lumen Júris, 2007.
- Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung. Freiburger Antrittsvorlesung*, Tubinga, Mohr, 1959.
- Holmes, S. y Sunstein, C., *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.
- Jimena, Luis, “Estado social en Europa”, en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, núm. 30, 2001.
- Jordán, Tomás, “El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013.

El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario

- Larrañaga, Osvaldo, “El Estado de bienestar en Chile 1910-2010”, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Chile, documento de trabajo, 2010, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Loo Gutiérrez, Martín, “La disciplina constitucional del principio de subsidiaridad en Italia y Chile, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, 2º sem., 2009.
- Martins, Leonardo, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- Mayer, Matthias, *Untermass, Übermass und Wesenshaltsgarantie*, Baden-Baden, Nomos, 2005.
- Mayol, Alberto, *No al lucro*, Santiago, Random House Mondadori, 2012.
- Nancuante, Ulises; Romero, Andrés y Sotomayor, Roberto, *Régimen jurídico de la salud*, Santiago, Legal Publishing, 2012.
- Nogueira, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Librotecnia, 2009, t. 3.
- Offe, Claus, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Ojeda Marin, Alfonso, *Estado social y crisis económica*, Madrid, Editorial Complutense, 1993.
- Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014.
- Rangel de Souza Machado, Felipe, “A audiência pública da saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde”, en *Revista de Administração Pública*, vol. 46, núm. 4, 2012, Río de Janeiro.
- Sarlet, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- ; Marinoni, Luiz Guillhernme y Mitidiero, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, Porto Alegre, Revista dos Tribunais, 2012.

RAÚL ALLARD SOTO, MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL Y LILIANA GALDÁMEZ ZELADA

Schmidt, Thorsten Ingo, *Grundpflichten*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

Seiler, Christian, “Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum”, en *Juristenzeitung*, núm. 10, 2010.

Sotelo, Ignacio, *El Estado social*, Madrid, Trotta, 2010.

Schafer Streck, Maria Luiza, *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado São Leopoldo, 2008.

Tapia Valdés, Jorge, “Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”, en *Estudios Constitucionales*, año 1, núm. 1.

Tortora, Hugo, *El derecho a la vida en la jurisprudencia*, Santiago, Metropolitana, 2011.

Tushnet, Mark, *Weak Courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

Vallejo Garretón, Rodrigo y Pardow Lorenzo, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 1, 2008, pp. 135-156.

Viera, Christian, *Libre iniciativa económica y Estado social*, Santiago, Legal Publishing 2013.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile*

Rodolfo Figueroa G.**

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo explica cómo ha sido abordado el derecho a la salud en la jurisprudencia que corresponde a la acción de protección. El objetivo es permitir apreciar qué tipo de problemas se discuten ante las cortes, cómo se materializan en la salud privada y en la pública, qué razones invocan los recurridos para no acceder a las prestaciones solicitadas por los recurrentes, qué razonamientos desarrollan las cortes para proteger a los pacientes y, en definitiva, cómo se protege el derecho a la salud en este tipo de jurisdicción cautelar.

La muestra está constituida por 37 casos de recursos de protección que tienen que ver con la salud de las personas. Los casos fueron buscados en el portal web de *Legal Publishing*, utilizando la expresión “derecho a la salud”. La búsqueda se hizo sin límite de tiempo y aparecieron 2 533 resultados.¹ Se revisaron los pri-

* Publicado en Squella, Agustín y Arriagada, María Beatriz. (eds.), *Revista de Ciencias Sociales*, “Sobre los Derechos Sociales”, número especial, 2015, Edeval-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad de Valparaíso, Chile.

** Doctor en Derecho. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

¹ Buscando por “derecho a la protección de salud” salen 46 resultados. Última fecha de búsqueda para todo: 20 de marzo de 2015.

RODOLFO FIGUEROA G.

meros 1 000 resultados y se seleccionaron todos los casos sobre derecho a la salud que aparecieron, excluyendo únicamente los casos contra ISAPRES por subir el costo del plan de salud² y todos los que no correspondieren a la jurisdicción de protección. Los 37 casos que aparecieron comprenden todos los años que van desde 2007 a 2014. Se estimó que ese lapso de ocho años constituye un espectro razonablemente amplio y por eso no se revisaron los restantes 1 533 resultados.

CUADRO 1. Los casos en estudio se separaron en cinco categorías.

<i>Procedimiento</i>	<i>Núm. de casos</i>	<i>Institución</i> (A = <i>acogido</i> /R = <i>rechazado</i>)		
		<i>ISAPRE</i>	<i>FONASA</i>	<i>Otro</i>
Negativa a financiar tratamientos, operaciones.	14	7 (6A, 1R)	4 (2A, 2R)	3 (2A, 1R)
Negativa a financiar o cubrir prótesis, implantes, o dispositivos.	4	4 (4A)	0	0
Negativa a financiar hospitalizaciones domiciliarias.	4	4 (4A)	0	0
Negativa a financiar, cubrir o reembolsar medicamentos.	12	8 (8A)	4 (3A, 1R)	0
Misceláneo: Rechazo a realizar procedimiento, cubrir honorarios médicos y rechazo a licencia médica.	3	2 (A)	1 (A)	0
<i>Totales</i>	37	25 (24A, 1R)	9 (6A, 3R)	3 (2A, 1R)

² En los primeros 1 000 resultados, estos casos son la inmensa mayoría. Además, no presentan un problema de salud de fondo que permita a las cortes abordar el derecho a la salud y fijar estándares de interpretación.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

2. DESCRIPCIÓN DE CASOS

2.1. Negativa a financiar o cubrir tratamientos, operaciones, intervenciones

2.1.1. Casos contra ISAPRES

Se revisarán ocho casos en que las ISAPRES se niegan a financiar tratamientos o intervenciones solicitadas por sus afiliados.

1. Tres casos corresponden a una hospitalización de urgencia. Las ISAPRES no acceden a proporcionar cobertura adicional por enfermedad catastrófica (CAEC), debido a que el hospital donde fue atendido el paciente no forma parte de la red de prestadores. En uno de los casos, la Corte señala: *i.* Se rechaza el argumento de la ISAPRE de que el asunto es un tema de incumplimiento contractual, que escapa a esta jurisdicción, porque está en juego la lesión de un derecho fundamental (Soto, cdo. 3). *ii.* El paciente se atendió en un hospital que no es de la red —Clínica Alemana de Valdivia— debido a que fue una situación de urgencia (cdo. 5). En tales situaciones, el paciente debe ser atendido y la ISAPRE debe correr con los costos hasta que pueda ser derivado a un recinto de la red (cdo. 5). *iii.* Para proceder al traslado —a la Clínica Alemana de Temuco—, la ISAPRE requiere certificados médicos que lo autoricen. Sin embargo, la decisión de la ISAPRE se fundó en la opinión de médicos residentes que no individualiza la de la Clínica de Temuco, clínica que se ubica a más de 170 km de distancia, sin que exista constancia de que examinaron al paciente. Esa opinión no proviene del médico tratante, que además se opuso al traslado (cdo. 5). Se acoge el recurso porque se vulnera el derecho de propiedad (cdo. 7) y se ordena dar cobertura CAEC al tratamiento recibido en Valdivia.

En otro caso, el paciente de urgencia es una mujer con Lupus que da a luz a gemelas, que requieren tratamientos. La ISAPRE se niega a financiar los tratamientos de urgencia que requirieron sus hijas. La Corte acoge el recurso, sosteniendo: *i.* No es admisible distinguir la situación de urgencia de la madre de la de las hijas. Todas se encontraban en situación de urgencia (Paredes, cdo. 6). *ii.* La ISAPRE vulnera el artículo 19, numerales 9 y 24, al no consi-

RODOLFO FIGUEROA G.

derar situación de urgencia el nacimiento y posterior tratamiento de las hijas (cdo. 10). Se ordena a la ISAPRE a aplicar la ley de urgencia vital para cubrir las prestaciones.

En el tercer caso, la ISAPRE señala que el hospital donde se atiende el paciente no corresponde a la red y debe ser trasladado a otro, pero la Corte estima que no está claro que la ISAPRE se haya negado a financiar las intervenciones aplicando CAEC. Además, la Corte señala que no le corresponde decidir si el paciente debe o no ser trasladado. La Corte indica que cuando se realicen las diligencias, llegará el momento de determinar qué corresponde financiar por CAEC y qué no. Por tanto, rechaza el recurso, pero esto no afecta al paciente (Leverone, cdo. 10).

2. Existe un caso que corresponde a un tratamiento por cáncer. La ISAPRE se niega a dar cobertura de 100% al tratamiento, debido a que el cáncer estaría relacionado con una enfermedad preexistente. La Corte acoge, señalando: *i.* Está acreditado en autos por certificados médicos que las patologías declaradas preexistentes no incluyen el diagnóstico de un tumor cerebral, el cual no es consecuencia necesaria ni guarda relación con las declaradas por el paciente (Bahamonde, cdo. 4). *ii.* La enfermedad actual no está excluida del plan porque no es preexistente, de suerte que la ISAPRE debe financiarla (cdo. 5). *iii.* Se vulnera el derecho de propiedad y el numeral 9 del artículo 19 en cuanto a elegir un sistema de salud, porque con ese cáncer y tumor cerebral no será posible elegir un plan de salud o cambiarse de ISAPRE (cdo. 8). Se ordena a la ISAPRE emitir nuevos bonos que cubran lo que corresponda de la enfermedad según contrato, sin considerarla preexistente.

3. Hay dos casos de operaciones de reducción mamaria debido a una gigantomastía y una hipertrofia mamaria. En ambos casos, las ISAPRES se rehusaron a financiar la operación alegando que se trataba de una intervención meramente estética, de embellecimiento, que no está provista de cobertura por el plan de salud. En un caso, la Corte de Apelaciones rechaza la acción por estar de acuerdo con la ISAPRE respecto a que la cirugía correspondió a fines de embellecimiento, lo que no está cubierto por el contrato. Sin embargo, la Corte Suprema revoca la sentencia y acoge el recurso señalando: *i.* Existen certificados médicos que

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

señalan que la hipertrofia mamaria produce problemas lumbares y con el tiempo generaría una escoliosis. Por tanto, existen antecedentes médicos que justifican la intervención (Pérez Vásquez, cdo. 7). Estos antecedentes no fueron refutados por la ISAPRE (cdo. 10). *ii.* La conducta de la ISAPRE es arbitraria. Se revoca la sentencia, se acoge el recurso y se ordena a la ISAPRE concurrir al financiamiento de la cirugía. No se señala el derecho infringido, pero en el considerando 3 la Corte Suprema alude al derecho a la salud.

En el segundo caso, la Corte de Apelaciones acogió la acción: *i.* Está acreditado el problema médico que justifica la intervención: la hipertrofia mamaria está produciendo dorsalgia y escoliosis (Furman, cdo. 5). *ii.* La oposición de la ISAPRE para financiar la operación y su postura de que se trata de cirugía meramente estética no se funda en ningún antecedente (cdo. 6). *iii.* La conducta de la ISAPRE es arbitraria e ilegal y vulnera el derecho de propiedad (cdo. 7). Se ordena bonificar las prestaciones.

4. Hay dos casos de cirugía bariátrica por obesidad. La ISAPRE se opone a financiar las operaciones señalando que no están cubiertas por el plan de salud o corresponden a una enfermedad preexistente. En el primer caso, la Corte acoge la posición de la ISAPRE relativa a que, según el contrato, la operación se puede financiar si corresponde a una obesidad mórbida, que se acredita con un cierto índice de masa corporal (IMC), lo que no se ha producido en el caso de la recurrente. Por tanto, la paciente no tiene el derecho a ser reembolsada (Fenner, cdo. 4). La Corte agrega que discutir las cláusulas del contrato excede el objeto del recurso, que es especialísimo y urgente, destinado a proteger un derecho claro e indubitado (cdo. 4). Se rechaza el recurso.

En el segundo caso, la ISAPRE se negaba a financiar el *bypass* gástrico por estimar que la obesidad era una patología preexistente. La Corte acoge el recurso, sosteniendo: *i.* No está acreditado por antecedentes médicos que la obesidad haya sido diagnosticada de manera formal antes de suscribir el contrato de salud (Serrano, cdos. 3 y 9). *ii.* Las alegaciones de la ISAPRE sobre el IMC no están sustentadas en ningún documento oficial agregado a los autos (cdo. 8). *iii.* La conducta de la ISAPRE afecta las garantías del artículo 19, numeral 1, derecho a la vida e integri-

RODOLFO FIGUEROA G.

dad física y psíquica (cdo. 10). Se ordena a la ISAPRE cubrir las prestaciones efectuadas. Además, debe eliminar la calificación de “preexistencia no declarada” de la obesidad y dejar sin efecto las exclusiones referentes a ella.

CUADRO 2. Resumen de casos contra ISAPRES.³

Caso	Decisión	Derecho ^a	Corte	Detalle
Soto	A	24	Valdivia, 2012	No hay fallo de CS
Paredes	A	9 y 24	Santiago, 2012	No hay fallo de CS
Leverone	R ^b	n/a	Santiago, 2010	No hay fallo de CS
Bahamonde	A	9 y 24	Santiago, 2010	1 voto disidente. No hay fallo de CS
Pérez Vásquez	A	9	CS, 2013	R en apelaciones. No hay fallo de CS
Furman	A	24	Santiago, 2009	No hay fallo de CS.
Fenner	R	n/a	Santiago, 2011	No hay fallo de CS
Serrano	A	1	Santiago, 2010	No hay fallo de CS

^a Derecho: numeral del artículo 19 de la Constitución por el cual fue acogido el recurso.

^b No debería contar como un caso en contra del paciente, porque no lo perjudica.

2.1.2. Casos contra FONASA

Se examinarán seis casos, todos diferentes entre sí.

1. El señor Contreras recurre contra el Hospital Regional de Concepción, el Servicio de Salud de Concepción, la Secretaría Regional Ministerial de Salud y el Ministerio de Salud, en defensa de su cónyuge, la señora Ruiz. Ella sufrió una trombosis mesentérica masiva, que llevó a una resección de intestino delgado casi completo y colon derecho. Lleva dos años con el estómago abierto, alimentándose por sonda. El médico tratante señala que el

³ El caso *Fenner* no es contra una ISAPRE, sino contra una empresa de seguros de vida.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

hospital no tiene más recursos para tratarla, pero ha conversado con un médico de la Clínica Las Condes, el único que ha hecho trasplante de intestino, quien vio los informes médicos y sugirió se hiciera una evaluación de la paciente en su clínica para posible trasplante. El ministro de Salud informa que la paciente fue trasladada al Hospital Clínico de la Universidad Católica, donde constataron que no cumple los requisitos para ser trasplantada, pero se puede evaluar otra cirugía, de altísimo costo. El Ministerio está evaluando si es posible conseguir los recursos. El hospital de Concepción responde que su equipo médico recomienda otro tipo de operación, que puede realizarse en el mismo hospital, pero el esposo de la paciente se ha negado. Agrega que no constan documentos formales que señalen que el trasplante intestinal es indispensable para salvar su vida. La Corte acoge el recurso: *i*.

la paciente “[...] ha vivido durante más de dos años en un hospital [...] se le han practicado múltiples resecciones intestinales y aseos quirúrgicos, quedando actualmente con un síndrome de intestino corto complicado con una fístula intestinal; el hospital no está en condiciones de efectuar un transplante de intestino que solucione el grave problema de salud de la paciente; no se le ha enviado a un centro adecuado para un tratamiento curativo o al menos que le permita vivir en otras condiciones humanas, fuera de un hospital” (Ruiz, cdo. 8).

ii. La acción interpuesta se relaciona con el derecho a la vida e integridad física y psíquica, entendiendo por vida una vivencia con dignidad; no “[...] subsistencia en la miseria o menesterosidad, en el miedo o en el riesgo.” (cdo. 8). *iii*. Existen antecedentes médicos que apoyan la idea de que la paciente sea evaluada en otra institución para un posible trasplante. Sin embargo, eso no se ha hecho y la paciente persiste en el hospital sin más tratamiento que curación de heridas y alimentación (cdo. 16). *iv*. Esto ha producido una vulneración del derecho a la vida e integridad física y psíquica,

[...] pues se le está negando la posibilidad de ser evaluada para un transplante de intestino o de otra intervención quirúrgica que mejore su situación de salud actual, deteniendo o paliando el progresivo deterioro de su salud o, al menos, tomar las medidas quirúrgicas que le permitan vivir de mejor forma fuera de un hospital (cdo. 17).

RODOLFO FIGUEROA G.

v. No puede aducirse falta de recursos por el terremoto (cdo. 18). vi. Tratándose del derecho a la vida, el Estado no puede soslayar su responsabilidad en atención al artículo 1 de la Constitución, el artículo 19.1, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cdo. 18). Se acoge el recurso y se ordena que la paciente sea trasladada

[...] a la Clínica Las Condes a fin de ser evaluada para la posibilidad de un transplante de intestino o de otra intervención que se estime pertinente para mejorar su situación de salud actual, y de realizarlas de ser médicamente posibles, todo ello con el debido consentimiento de la paciente o de quien la represente y siempre que sus condiciones de salud actuales permitan hacerlo, debiendo tomar todas las precauciones necesarias para que el traslado se efectúe en condiciones seguras para su salud. El financiamiento que ello implique será de cargo de los Servicios del Estado encargados del cumplimiento de la ya citada disposición constitucional que garantiza el derecho a la vida [...] (parte resolutive).

Esta sentencia es apelada y la Corte Suprema revoca la decisión, señalando: *i.* No es posible exigir coercitivamente al sistema público la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones para una determinada enfermedad. Esto tiene que ver con políticas públicas de salud, que son definidas por las autoridades del ramo (Ruiz, cdo. 8). *ii.* Se ha brindado a la actora todas las prestaciones que hasta la fecha se han estimado necesarias (cdo. 9). *iii.* No corresponde a la Corte determinar si los procedimientos adicionales que reclama la recurrente se deben proporcionar (cdo. 11).

2. Otro caso corresponde a un paciente con mieloma múltiple que recurre en contra de Codelco Chile División Andina. La recurrida ha aceptado cubrir varios procedimientos médicos, pero estos se han retrasado por exigencias administrativas y de exámenes médicos solicitados por la recurrida. La Corte estima que, atendiendo a la gravedad de la enfermedad, no son aceptables las explicaciones de la recurrida de retrasar los procedimientos (Lobos, cdo. 9). Estas dilaciones ponen en peligro la vida e integridad física y psíquica del paciente (cdo. 10). Se acoge el recurso y se ordena a Codelco adoptar todas las medidas tendentes a ase-

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

gurar aportes económicos para el tratamiento médico, con celeridad, y evitar incurrir en acciones dilatorias innecesarias que lo entorpezcan.

3. Otro caso corresponde a una menor que fue atendida de urgencia en el Hospital Clínico de la Universidad Chile por una apendicitis. Durante la intervención, la menor sufrió un paro cardiorrespiratorio y falta de oxígeno, que le produjo severas secuelas: trastorno cognitivo conductual, trastorno del habla, tetraparesia mixta y trastorno del ánimo adaptativo. Se inició un sumario administrativo para determinar una eventual negligencia médica del anestesista, que se ha extendido por más de un año y medio. El hospital cubrió los remedios y tratamientos por cierto tiempo y luego los suspendió, cuando se dio de alta a la paciente, alegando que eran muy costosos y recordando que siempre se dijo que se entregarían por tiempo limitado. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso.⁴ Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia, acogiendo el recurso y señalando: *i*. Las razones del hospital indicadas en carta dirigida a la recurrente —económicas— no condicen con el informe médico (Ojeda, cdo. 5). *ii*. Los médicos no han ordenado cambiar procedimientos o remedios, sino evaluar hacerlo, pero el hospital los cambió de todos modos. *iii*. El hospital adquirió el compromiso de tratamiento y remedios gratuitos para la primera etapa. No se encuentra demostrado que haya terminado esa etapa. La recurrida creó una situación de hecho —la de brindar tratamiento a la menor— que ahora desconoce y tampoco invoca razones médicas para suspender el tratamiento (cdo. 8). *iv*. Es importante y gravitante que exista un sumario por un año y medio sin determinar aún las responsabilidades médicas (cdo. 7). El hospital no ha cumplido con su obligación de determinar la responsabilidad interna. Esto justifica mantener el tratamiento y los remedios gratuitos (cdo. 8). *v*. Se vulnera el derecho a la vida y la integridad física y psíquica. Se revoca la sentencia de apelaciones y se acoge el recurso. Se ordena entregar los beneficios que se necesitan, sin costo, hasta que se determinen las responsabilidades por las secuelas de la menor.

⁴ No se dispone de esa sentencia.

RODOLFO FIGUEROA G.

4. En este caso, el recurrente padece una afección respiratoria vinculada a silicosis que le produjo su trabajo en Codelco Chile División el Teniente. La empresa se niega a otorgar atención médica hospitalaria y remedios de manera gratuita al extrabajador, alegando que su dolencia corresponde a otra enfermedad respiratoria no vinculada a la silicosis. Por ello, la empresa no hizo efectivo el seguro de accidentes y enfermedades profesionales. La Corte de Apelaciones acoge el recurso: *i*. Es evidente que la silicosis y el derrame pleural son enfermedades relacionadas y, por tanto, es ilógico e imprudente no entregar la atención médica.⁵ *ii*. La vida, incluyendo la vida digna, es el presupuesto a todo derecho (Bustos, cdo. 8). Haber derivado al paciente al sistema público fue arbitrario porque el hospital que le correspondía tiene más y mejores recursos (cdo. 8). Se ordena a la recurrida otorgar las acciones médicas y hospitalarias que sean necesarias, conforme a la ley 16.744.

5. En este caso, una menor padece miopatía congénita central core y está siendo tratada en su casa con cargo al Servicio de Salud Metropolitano Sur. Este servicio, por el alto costo del tratamiento, sugiere incorporar a la paciente al procedimiento denominado Asistencia Ventilatoria Invasiva (AVI). Esto implica un traslado de la menor. Su padre tiene dudas sobre si recibirá los tratamientos que necesita y si habrá financiamiento. La Corte acoge el recurso y declara: *i*. Si bien el artículo 19, numeral 9 no está protegido, no es posible desentenderse de su existencia.⁶ *ii*.

⁵ “Que resulta evidente que ambas enfermedades se encuentran necesariamente vinculadas, cuyos síntomas son iguales o muy parecidos, por lo que, es absolutamente ilógica e imprudente la conducta desplegada por la recurrida, al no entregar la atención médica y hospitalaria que el paciente reclamaba, más aún cuando el órgano vital afectado es el mismo y se compromete seriamente la capacidad de respirar, por lo cual, se debe concluir que el actuar de la recurrida fue arbitrario” (Bustos, cdo. 7, véanse también cdos. 5 y 6).

⁶ “Que a su turno el artículo 19 de la Constitución Política de la República, asegura a todas las personas, en su número 1º: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la personas; y en su número 9º: El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Que si bien, esta última garantía, del número 9º en la parte transcrita, no se encuentra amparada por el recurso de protección

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

La postulación de la menor al programa AVI es arbitraria e ilegal, pues el programa no es proporcionado las 24 horas y no está todo financiado. La falta de asistencia implica un grave peligro a la vida de la menor. Se vulnera el derecho a la vida (Espinoza, cdo. 8). *iii*. El AVI no reúne las mismas características que el tratamiento que actualmente está recibiendo la menor (cdo. 9). Se ordena que el Servicio de Salud continúe prestando cobertura a la hospitalización domiciliaria de la menor y proporcionando todos los insumos que requiera.

6. En este caso, el señor Parra recurre en contra del Hospital Carlos Van Buren y del Ministerio de Salud, por haberse negado a realizar y financiar intervenciones quirúrgicas destinadas a cambiarse de sexo.⁷ El costo de estas intervenciones no se encuentra cubierto por FONASA, pues en Chile no existe una política pública sanitaria para realizar intervenciones quirúrgicas para personas transexuales. Estas operaciones se pueden realizar en el sector privado, pero son muy caras. Por ahora, el recurrente continúa bajo terapia hormonal. El recurrente acudió al hospital e inició los trámites para someterse a la operación. Un facultativo ordenó se abriera una ficha clínica a nombre del paciente y se practicaron los exámenes preoperatorios. Sin embargo, la operación no se concretó porque hubo un cambio de autoridad sanitaria en la región. La nueva autoridad es contraria a realizar este tipo de intervenciones quirúrgicas. Esta interrupción de los proce-

según lo establece el artículo 20, sí constituye un derecho garantizado a todas las personas, por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia” (Espinoza, cdo. 5).

⁷ El recurrente sufre de una condición médica denominada “disforia de género” o transexualismo, que consiste en que su psiquis corresponde a un sexo distinto del biológico que tiene por nacimiento. Desde hace 15 años ha estado sometido a tratamiento hormonal sustitutivo, con hormonas feminizantes y antiandrógenos. En virtud de ello, su apariencia externa es femenina, pero su sexo es masculino y su identidad legal también. Esta contradicción le impide llevar una vida normal; no puede acceder a fuentes laborales ni educacionales, lo que le causa enorme sufrimiento. No es factible cambiar su identidad legal, pues los jueces no lo aceptan sin que se produzca un cambio físico de sexo. El tratamiento médico que requiere tiene por finalidad armonizar su cuerpo con su real psiquis. Esto incluye “cirugía de prótesis de caderas, prótesis mamarias y reconstrucción genital o genitoplastia feminizante” (Parra, vistos).

RODOLFO FIGUEROA G.

dimientos agravó su situación, causándole cuadros de angustia, aflicción, gran menoscabo e incertidumbre sobre su vida futura.

El hospital responde pidiendo el rechazo del recurso porque el derecho a la salud no está cubierto por la acción de protección. Agrega que la prestación solicitada no dispone de cobertura en el Servicio Nacional de Salud. Con todo, indica que la dirección del servicio de salud de Valparaíso-San Antonio ha establecido que las intervenciones quirúrgicas de genitoplastía feminizante deben efectuarse en horarios diferidos distintos de los habituales, debido a que no están incluidas en el plan de atención del sistema público y, por ello, no son prioritarias; además, se deben ejecutar con autorización previa del Ministerio de Salud y del Servicio de Salud de Valparaíso, quienes aún no se han pronunciado. El Servicio de Salud de Valparaíso informa el recurso, indicando que las intervenciones de genitoplastía feminizante se han realizado en el hospital desde los años ochenta como casos particulares, “no registrándose en el contexto de prestaciones públicas”. Añade que no existe una autorización expresa en el servicio respecto de estas intervenciones, sino una “aceptación tácita”. En consecuencia, no se encuentran oficialmente ni permitidas ni prohibidas en el hospital.

La ministra de Salud informa el recurso, indicando que no existe programa nacional de intervención quirúrgica para pacientes transexuales; ni programa nacional o terapia hormonal con fines transexuales, ni programa o protocolo de atención psiquiátrica o psicológica especializada en transexualismo.

El jefe de Urología del hospital señala que se efectúan genitoplastías feminizantes para pacientes transexuales desde 1977, en el sector privado y en el sector público. Entre 2000 y 2004 se operaron 35 pacientes en la modalidad pública. No existe codificación de FONASA para esta operación. Hay una resolución favorable del Comité de Ética para realizarlas y autorizaciones verbales de los directores del hospital de los periodos correspondientes. Añade que nunca ha existido respaldo escrito de las autoridades superiores del Servicio de Salud. Explica que la directora del Servicio de Salud de Valparaíso-San Antonio suspendió esta cirugía como prestación del Servicio Público desde abril de 2005.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

El Colegio Médico informa el recurso, indicando que en el hospital Van Buren se realiza cirugía genitoplastia feminizante desde 1977 bajo el régimen institucional, habiendo más de 100 pacientes a la fecha; y durante los últimos años cada caso se gestiona de manera individual ante la dirección del hospital, por no tratarse de una enfermedad prioritaria.

La Corte de Apelaciones acoge el recurso señalando: *i*. El derecho a la salud, salvo en cuanto a elegir el sistema de salud, no está cubierto por la acción de protección, de modo que no es posible aceptar que se vulnera ese derecho. Además, esto es necesario para no hacer colapsar el sistema (Parra, cdo. 3). *ii*. El sistema público de salud no cubre el tratamiento solicitado (cdo. 8). Sin embargo, la operación solicitada se viene realizando en el hospital desde hace más de 30 años. Este contexto es el que se tomará en cuenta para analizar la negativa del hospital (cdo. 8). *iii*. Han existido diversos criterios respecto de la procedencia de esta operación, tanto por parte del hospital como de la autoridad del Servicio de Salud, dependiendo de la apreciación de la persona que ejerza el cargo (cdo. 8). *iv*. El problema que sufre el recurrente es generado por la diversa apreciación de la situación por parte de las autoridades que han tenido que enfrentarse a esta petición. Esto no es aceptable (cdo. 9). *v*. Si en otras oportunidades la inexistencia de cobertura de la operación en el sistema público no ha sido obstáculo para realizarla, “[...] algunas de las circunstancias que se tomaron en cuenta para ello, deben necesariamente coincidir con las ideas y principios que presiden este recurso, en cuanto a la garantía ya mencionada” (cdo. 9) (se refiere al derecho a la vida e integridad física y psíquica, cdo. 4). *vi*. La negativa de las autoridades de salud contradice políticas adoptadas en otras oportunidades. Ello impide considerar esa negativa como ajustada a derecho (cdo. 10). *vii*. No es aceptable emplear como excusa para no realizar la operación la inexistencia del programa en el sistema público.⁸ *viii*. No es aceptable, tampoco, que el asunto siga pendiente y no esté resuelto por la auto-

⁸ “[...] tampoco puede escudarse un Servicio de la no existencia de un programa para negar una determinada prestación, pues esta última debe ser analizada en su mérito, esto es, su gravedad y trascendencia y también su relación con la garantía constitucional que se dice conculcada...” (cdo. 11).

RODOLFO FIGUEROA G.

ridad sanitaria, después de tanto tiempo (cdo. 11). *ix.* Se vulnera el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, al impedirse concluir el proceso de identidad sexual. También se verifica una discriminación arbitraria.⁹ *x.* Se resuelve en concordancia con un caso análogo ya visto por esta Corte (cdo. 13). Se acoge el recurso por la garantía del numeral 1 del artículo 19, y se ordena proporcionar la operación al paciente, bajo ciertas condiciones.¹⁰

La Corte Suprema revoca la decisión y rechaza el recurso con el siguiente razonamiento: *i.* El recurso de protección es una acción cautelar destinada a proteger derechos preexistentes (Corte Suprema, cdo. 1). *ii.* El DFL 1 del Ministerio de Salud regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un sistema de prestaciones de salud. Esas prestaciones deben ser determinadas mediante programa elaborado por el Ministerio de Salud (cdo. 4). *iii.* El problema planteado en este caso es un problema de salud pública cuyas políticas deben ser elaboradas y aplicadas por las autoridades pertinentes.¹¹ *iv.* La intervención solicitada no se encuentra prevista en el régimen de las

⁹ “[...] existe una vulneración al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del recurrente, pues se le está negando la posibilidad de una intervención que viene a completar un proceso de identidad sexual de carácter irreversible, no siendo suficientes las explicaciones dadas por los recurridos, pues no se advierte de qué forma podrían dar cumplimiento a sus fines legales y constitucionales sosteniendo dicha negativa, ante la constatación de que en otros casos iguales o similares han actuado de otra forma, lo cual además importa un trato discriminatorio e injusto [...]” (cdo. 12).

¹⁰ “[...] los recurridos deberán proporcionar al recurrente la operación que individualiza, en la medida que el recurrente cuente con las condiciones físicas y psíquicas necesarias para este tipo de intervenciones, de acuerdo a los parámetros, modalidades y especificaciones médicas que los recurridos deberán establecer y determinar, no dándose lugar al resto de las peticiones planteadas en el petitorio, por ser ello improcedente [...]” (parte resolutive del fallo).

¹¹ “[...] el planteado en estos autos corresponde precisamente a un problema de salud pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello” (cdo. 5).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

GES, instituido por la ley 19.966. Por tanto, no estando regulada ni prevista la prestación, no es exigible a los recurridos. En consecuencia, el rechazo por parte de las autoridades recurridas a la petición formulada por el actor no es arbitrario ni ilegal, sino que se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico sanitario (cdo. 6). v. Tampoco se ha acreditado la vulneración del derecho a la vida e integridad física y psíquica (cdo. 8). Se revoca la sentencia y se rechaza el recurso.

CUADRO 3. Resumen de casos contra FONASA.¹²

Caso	Decisión	Derecho	Corte	Detalle
Ruiz	R	n/a	CS, 2010	CA Concepción había acogido
Lobos	A	1	Valparaíso, 2012	No hay fallo de CS
Ojeda	A	1	CS, 2012	CA había rechazado
Bustos	A	1 y dignidad	Rancagua, 2014	No hay fallo de CS
Espinoza	A	1, 9	San Miguel, 2014	No hay fallo de CS
Parra	R	n/a	CS, 2008	CA había acogido

2.2. Casos de negativa a financiar implantes, dispositivos o prótesis

En esta categoría se encuentran cuatro casos, todos en contra de ISAPRES.

1. Se recurre en contra de la ISAPRE CONSALUD por haberse negado a cubrir la “instalación y retiro del catéter Peritoneodiálisis”, por no tener código en arancel. La ISAPRE señala que la discusión versa sobre una materia de lato conocimiento; que el contrato no obliga a reembolsar gastos que no están codificados en el arancel aplicable y la CAEC también excluye las prestaciones no codificadas. La Superintendencia de Salud informa que

¹² Los casos *Lobos* y *Bustos* son contra CODELCO.

RODOLFO FIGUEROA G.

en el arancel de CONSALUD no aparece la instalación y retiro de un catéter peritoneodiálisis; que tampoco aparece en el listado obligatorio de FONASA, que incluye la peritoneodiálisis con insumos y la peritoneodiálisis continua; y que no se ha codificado la instalación y retiro del catéter relacionado con tal prestación. Finalmente, la Superintendencia no ha ordenado homologar la instalación o retiro del dispositivo respecto de ninguna otra prestación de salud que sí esté arancelada.

La Corte de Apelaciones rechaza el recurso: *i.* La Corte es competente para analizar la ley aplicable y su interpretación, debido a que está involucrado un contrato que debe cumplir con la ley y, en caso de no ser así, se podría estar conculcando una garantía constitucional protegida (López, cdo. 1). *ii.* La prestación médica realizada no está contemplada en el arancel y, por ende, la ISAPRE no está obligada a otorgar cobertura para ella (cdo. 7). *iii.* Al haberse ajustado al contrato y a la ley, la ISAPRE no ha obrado de manera arbitraria (cdo. 7). La sentencia es apelada ante la Corte Suprema, que elimina los cdos. 6, 7 y 8, y acoge el recurso, razonando del siguiente modo: *i.* La conducta de la ISAPRE es arbitraria: no es razonable que estando obligada a cubrir la enfermedad de la menor, no cubra una prestación que era indispensable para tratar esa enfermedad (Corte Suprema, cdo. 7). *ii.* La arbitrariedad también está dada por el hecho de que la prestación que sí está cubierta por el contrato, peritoneodiálisis con insumos, es evidentemente equivalente a la que se practicó, catéter peritoneodiálisis (cdo. 8). *iii.* El acto denunciado infringe la garantía del artículo 19, numeral 24, pues se ha impuesto al actor pagar una suma de dinero sin que exista fundamento para ello (cdo. 9). *iv.* La referida conducta implica una política que afecta el derecho a la vida e integridad física y psíquica.¹³ Se revoca el fallo apelado, se acoge el recurso de protección y se ordena a la ISAPRE otorgar la cobertura adicional solicitada. Hay voto disidente de la ministra Araneda. En su opinión, la cobertura solicitada no está exigida por la ley ni por el contrato, de modo que

¹³ “[...] no obstante que ya ha sido proporcionada la referida prestación médica, la referida negativa afecta también de manera arbitraria el derecho a la vida e integridad física y psíquica [...] porque es evidente que la política de la ISAPRE [...] de traspasar indebidamente este tipo de costos, inhibe a los beneficiarios para solicitar esta clase de prestaciones médicas” (cdo. 9).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

la ISAPRE no ha actuado contra derecho. Añade que si esto puede provocar una injusticia, bajo ningún aspecto es arbitrario ni ilegal (cdo. 8).

2. Hay dos casos relativos a la instalación de un implante coclear por sordera. Las ISAPRES se niegan a financiar la instalación y el dispositivo porque no tiene codificación de arancel FONASA y la Superintendencia de Salud no ha homologado el dispositivo. Ambos casos se acogieron. En uno de ellos, la Corte analiza algunos procedimientos parecidos¹⁴ y estima que son similares al que necesitaba el paciente, de modo que la Superintendencia debió homologarlos. Por ende, es arbitrario no haberlos homologado (Donoso, cdo. 9). En el otro caso, la Superintendencia homologó los procedimientos pero no el implante. La Corte Suprema confirma la resolución de la Corte de Apelaciones: *i*. La instalación del implante está justificada, pues no había otra alternativa (J.O.Q.N. Corte Suprema, cdo. 4). *ii*. La Superintendencia debió homologar, pues existe algo parecido, la craneoplastía con prótesis (cdo. 5). *iii*. No es razonable que se financie y homologue el procedimiento pero no el dispositivo que el procedimiento requiere y soluciona el problema de salud (cdo. 6). Al hacer esto, la Superintendencia actúa de manera arbitraria (cdo. 6). Esto atenta contra un principio básico en materia de salud: propender a la protección, recuperación de la salud y rehabilitación del enfermo. Se conculca la integridad física y la propiedad (cdo. 6). Se ordena a la Superintendencia que homologue y a la ISAPRE que cubra el dispositivo.

3. Existe un caso en que se recurre en contra de la ISAPRE Colmena por haberse negado a bonificar un marcapasos. La ISAPRE señala que a la recurrente se le instaló un dispositivo denominado desfibrilador automático, que no está cubierto por su plan de salud ni por GES, a diferencia de un marcapasos cardiaco que sí lo está. Añade que ambos dispositivos no son análogos, según un glosario cardiovascular del Instituto del Corazón de Texas y la opinión concordante de la Sociedad Chilena de Cardiología y Cardiocirugía. Además, no hay antecedentes suficientes para

¹⁴ Mastoidectomía, cocleostomía, estapedectomía o estapedoplastía (Donoso, cdo. 7).

RODOLFO FIGUEROA G.

estimar que la patología de la paciente deba ser tratada con el referido dispositivo. La Corte acoge el recurso: *i.* El derecho a la vida es el más esencial de los derechos (Celis, cdo. 4). *ii.* El Estado tiene el deber de adoptar “[...] acciones positivas para impedir que el libre arbitrio de un individuo violento el arbitrio de otro” (cdo. 4). *iii.* La negativa de la ISAPRE constituye una medida fáctica arbitraria y tanto más “[...] si se tiene en cuenta que con el objeto de salvar su vida y apremiada por su enfermedad, la paciente debió recurrir a su círculo más cercano para garantizar el tratamiento adecuado a su dolencia” (cdo. 5). *iv.* Esa conducta pone en peligro la vida de la recurrente, “[...] por la eventualidad cierta de un desenlace fatal o de un deterioro orgánico importante por falla en su sistema cardiovascular [...]” (cdo. 5). *v.* Ambos tipos de marcapasos son homologables, según ha decretado la Superintendencia de Salud —avalada por el Comité de Arritmias de la Sociedad Chilena de Cardiología—, cuya decisión, que fue impugnada, fue confirmada por sentencia ejecutoriada (cdo. 5). Se ordena a la ISAPRE a otorgar cobertura a la solicitud de la paciente. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema. Hay un voto disidente del abogado Nelson Pozo. Su voto se inclinó por rechazar el recurso porque, en su opinión, en este caso se está solicitando la declaración de un derecho a partir de una cierta interpretación de normas legales, como también la determinación de circunstancias fácticas. Ambas cosas corresponderían a un juicio de *lato* conocimiento y no a una acción de carácter cautelar (cdo. 6).

CUADRO 4. Resumen de casos contra ISAPRES.

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
López	A	1, 24	CS, 2008.	1 voto disidente en CS. CA rechazó.
Donoso	A	24	Santiago, 2010.	No hay fallo de CS.
J.O.Q.N.	A	1, 24	Santiago. 2011.	Confirmado por CS.
Celis	A	1	Santiago, 2007.	Confirmado CS. 1 voto disidente en apelaciones.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

2.3. Negativas a financiar hospitalizaciones domiciliarias

Existen cuatro casos contra ISAPRES que se niegan a financiar hospitalizaciones domiciliarias mediante la CAEC. En todos los casos, los pacientes estaban recibiendo esa atención, cubierta por la ISAPRE —por mera liberalidad, se dice en algunos de ellos—, pero en algún momento la ISAPRE notifica al titular que se suspende el servicio. La mayoría de ellos corresponde a situaciones graves.¹⁵

En un caso (*Díaz*) se dice que la CAEC se suspende porque el paciente es irrecuperable; además porque la CAEC solo puede operar por un periodo que ya está excedido. En otros tres casos, las ISAPRES quieren sustituir la hospitalización domiciliaria —tratamiento muy costoso— por otro denominado “cuidados de enfermería”, añadiendo que es el indicado y que, lamentablemente, no está cubierto por el plan de salud. Los cuatro recursos son acogidos por las cortes. En uno de ellos, la Corte señala que el paciente requiere la hospitalización domiciliaria y no los cuidados de enfermería porque su situación es de riesgo vital (Piccione, cdo. 8, 9, 12). La Corte añade que la ISAPRE pretende hacer el cambio de procedimiento solo para no cubrir los cuidados de enfermería y eludir sus responsabilidades (cdo. 12). Se acoge el recurso por propiedad.

En los otros dos casos, la Corte cita informes médicos según los cuales el tratamiento indicado es la hospitalización domiciliaria y no los cuidados de enfermería (Cantuarias, cdo. 3; Nakagawa, cdo. 4). Una Corte precisa que la hospitalización domiciliaria es indispensable para la vida, integridad física y salud del paciente (Cantuarias, cdo. 5). En este caso, el hijo había firmado un documento de la ISAPRE autorizando el cambio de régimen cuando su padre fue retirado del hospital. La Corte indica que ese documento firmado por el hijo carece de toda relevancia porque fue firmado en situación límite, fuertemente afectado en lo emocional y eso no puede relevar a la ISAPRE de cumplir sus obliga-

¹⁵ Por ejemplo, accidente vascular embólico, Tec severo, estado vegetal, síndrome hipotónico con distrés respiratorio y apneas.

RODOLFO FIGUEROA G.

ciones (Cantuarias, cdo. 5). Acoge el recurso por los numerales 1 y 24. En otro caso, la Corte argumenta que si la ISAPRE desea sustituir un procedimiento por otro, debería justificarlo, cosa que no hace (Nakagawa, cdo. 7) y no puede la Corte desautorizar procedimientos prescritos por los médicos (cdo. 8). Se acoge el recurso por propiedad.

En un caso, la ISAPRE indica que el prestador no es de la red y por eso no aplica CAEC. La Corte rechaza ese argumento porque la misma ISAPRE había prescindido de esa formalidad al principio (Cantuarias, cdo. 5). En todos los casos, se ordena a las ISAPRES pagar el costo de la hospitalización domiciliaria, aplicando CAEC. Sin embargo, en un caso, la Corte Suprema al confirmar, indica que se debe financiar la prestación solo hasta el periodo indicado por los médicos (Nakagawa, Corte Suprema, cdo. 5). En otro caso, la Corte de Apelaciones precisa con exactitud todas las prestaciones que deben efectuarse.¹⁶ Cabe terminar indicando que los casos fueron confirmados por la Corte Suprema.

CUADRO 5. Resumen de casos contra ISAPRES.

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
Díaz	A	1	Temuco, 2007.	No hay fallo de la CS.
Piccione	A	24	Santiago, 2010.	CS confirma.
Nakagawa	A	24	Santiago. 2008.	CS confirma.
Cantuarias	A	1, 24	Santiago, 2008.	CS confirma.

2.4. Negativas a financiar o cubrir medicamentos

Existen varios casos de negativas a financiar o cubrir medicamentos, de parte de ISAPRES y del sistema público.

¹⁶ “[...] personal auxiliar las 24 horas, más dos visitas semanales, catre clínico, colchón antiescaras, bomba de alimentación, equipo de administración de oxígeno, monitor de saturometría, sillón de rueda, sesión de kinesioterapia y sesión de fonoaudiología, prestaciones de salud sin las cuales se encuentra en peligro su vida [...]” (Piccione, parte resolutive).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

2.4.1. Casos contra ISAPRES

Se revisaron ocho casos: tres por Herceptin, uno por Sutent, uno por insulina tipo Lantus, uno por Copaxane, uno por Humira y uno por Lenalinomida. Todos los casos fueron ganados. En la mayoría de los casos se trata de enfermos que padecen una enfermedad grave, como cáncer o esclerosis múltiple, y la ISAPRE se niega a proporcionar CAEC para financiar o cubrir un medicamento que ha sido recetado por el médico tratante. En algunos de estos, el argumento de la ISAPRE es que el remedio no se encuentra dentro de las GES o dentro de la CEAC, o no está cubierto por el contrato. En un caso, el remedio no está expresamente excluido del contrato pero la ISAPRE modifica unilateralmente el contrato para excluir de la CEAC lo que está cubierto por GES —y el remedio en cuestión no lo está—, pero la afiliada no firma esa modificación.

En otro caso, el contrato no cubre el remedio pero la ISAPRE lo proporcionó al paciente por mera liberalidad por un tiempo de dos años, transcurrido el cual interrumpió su entrega al afiliado. En otro caso, se discute si el Sutent es droga citotóxica porque de eso dependerá que esté cubierta por el contrato. En un par de casos se señala que no se dará cobertura porque el remedio es para un tratamiento ambulatorio y eso no está cubierto por el contrato. Finalmente, en un caso se determina que el contrato sí cubre el remedio en cuestión. Se presentarán solo los argumentos más relevantes de las cortes:

i. Las ISAPRES prestan un servicio público, de modo que el contrato de salud reviste un carácter especialísimo, destinado a velar por el cumplimiento de los fines sociales que justifican la salud privada y el respeto a los derechos fundamentales, como los numerales 1 y 9 del artículo 19.¹⁷ ii. El Estado tiene el deber de

¹⁷ “[...] debe tenerse presente que las ISAPRES prestan un servicio de salud a la comunidad, por encargo del Estado que le ha entregado una función que es pública y en la cual tiene interés toda la sociedad, por manera que el vínculo jurídico contractual que une a la institución de salud con su afiliado, reviste un carácter especialísimo en que el lucro comercial no constituye por sí solo el único propósito de la empresa, sino que también debe velar por que se cumplan los fines que han llevado al Estado a permitir que una so-

RODOLFO FIGUEROA G.

velar por los derechos fundamentales. La Corte cita los artículos 6 y 5 de la Constitución para aludir a la supremacía constitucional y al deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los cuales ocupan un lugar preeminente el derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud. Junto con ello, la Corte cita el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que exige asegurar “[...] a toda persona la plena efectividad de disfrute del más alto nivel posible de salud, entre ellas, la creación de condiciones relativas a la asistencia médica y a los servicios de esa índole, en caso de enfermedad”. Además, la Corte cita la ley 18.469, que regula el ejercicio del derecho a la protección de la salud, señalando que este comprende las acciones de recuperación de la salud y las destinadas a la rehabilitación del individuo (Monsalves, cdo. 7). *iii.* El contenido del contrato debe determinarse a la luz de la legislación antes citada, de los deberes del Estado en salud y de la función social de las ISAPRES, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales a la vida, integridad física y protección de la salud. Esto es efectivo independientemente de si “[...] la normativa reglamentaria contempla o no el medicamento en cuestión, porque lo que está en juego es la sobrevida de la paciente, y ese medicamento le permitirá sobrellevar su cáncer con dignidad y mejores condiciones de vida” (cdo. 9). *iv.* En un caso en que el remedio no estaba cubierto por el contrato y la ISAPRE lo proporcionaba por mera liberalidad, la Corte determina que suspender la entrega que se estaba realizando por dos años es arbitrario (Cortes, cdo. 4). La entrega del medicamento se encontraba en el patrimonio de la recurrente (cdo. 4). Suspender la entrega constituye una alteración de “[...] una situación jurídica de hecho [...]”, que es arbitraria, “[...] porque se ha inspirado en el mero capricho de quien adoptó tal decisión[...]” (cdo. 5). *v.* Solo un caso fue rechazado por la Corte de Apelaciones, pero la Corte Suprema revocó la sentencia y acogió el recurso. En este

ciudad privada otorgue beneficios propios del sistema de salud previsional, siempre sin olvidar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales que la Constitución Política de la República asegura a las personas en el artículo 19 N° 1 y 9, vale decir, el derecho a la vida e integridad física y el derecho de protección a la salud, resaltando los perentorios términos y contenido de esta última disposición constitucional” (Monsalves, cdo. 7).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

caso no está del todo claro si corresponde financiar el remedio por contrato. La ISAPRE se inclina por la negativa, porque no está cubierto por GES. La Corte Suprema declara que el sistema GES debe entenderse en el sentido de que se debe financiar todo lo que sea necesario para lograr la curación de la enfermedad o, al menos, una mejoría en su calidad de vida y expectativas de sobrevivencia.¹⁸

En otro caso, la enfermedad —artritis— estaba cubierta por el plan, pero no el remedio —Humira— porque es ambulatorio. La Corte señala que la enfermedad se encuentra cubierta por GES y dicha enfermedad requiere ese medicamento. La ISAPRE no ha dado razones sanitarias para no cubrirlo y no se entiende —dice la Corte— por qué no se debería financiar (Saieh, cdo. 6). En otro caso, la ISAPRE afirma que el Sutent no está considerado en los planes del Ministerio de Salud. Por ello no queda incluido en la CAEC y, en consecuencia, tampoco en el plan de salud del afiliado. El recurrente señala que este es un remedio nuevo, recién aprobado por la FDA en Estados Unidos y por el Ministerio de Salud en Chile. Por eso ha sido prescrito por su médico tratante. Además, este remedio ha sido validado por la directora del Instituto de Salud Pública y la Superintendencia de Salud, con informes acompañados en autos. Junto con eso, la Superintendencia informa que el referido remedio estaría afecto a la CAEC, incorporándose al contrato de salud del afiliado. Finalmente, la autoridad sanitaria estima que el Sutent es una droga citotóxica, de modo que está cubierto por el plan del afiliado. La Corte señala que los contratos y planes de salud deben interpretarse con

¹⁸ “Que de acuerdo a las normas transcritas, constituyendo el Régimen General de Garantías en Salud un instrumento de regulación sanitaria que establece prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, que incluye, además, un conjunto de Garantías Explícitas en Salud relativas al acceso, a la calidad, a la protección financiera y a la oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones de que se trata, resulta evidente que la cobertura financiera propia de dicho sistema que se ha de otorgar a la recurrente para el tratamiento de su enfermedad debe cubrir en esos términos las prestaciones que sean necesarias para lograr, en la medida que los conocimientos de la ciencia lo permitan, la curación del cáncer que le afecta, o, si ello no es posible, al menos una mejoría en su calidad de vida y en sus expectativas de sobrevivencia (Appelgren, cdo. 7).

RODOLFO FIGUEROA G.

criterios y objetivos sanitarios, independientemente de cómo los contratos se refieran a los remedios.¹⁹ La negativa de la ISAPRE a proporcionar la cobertura vulnera el “[...] derecho a la vida, a la salud (que debe entenderse comprensiva del derecho a la recuperación de la salud y la rehabilitación del individuo), y el derecho de propiedad, en relación a los derechos que emanan del contrato de salud que liga al actor con la ISAPRE recurrida” (Bravo, cdo. 8). Si con anterioridad la Superintendencia de Salud no aceptó situaciones como esta, ahora hay un cambio, producto del avance de la ciencia médica.²⁰ Cabe finalizar, indicando que no se incluyeron en este relato los casos *Appelgren*, *Pérez Espinoza*, *Muñoz* y *Ortega*,²¹ que fueron todos acogidos, porque sus argumentos están incluidos en los casos anteriores y son análogos. Sin embargo, se incorporaron en el cuadro siguiente y en el listado de fallos al final del texto (Jurisprudencia).

CUADRO 6. Resumen de casos contra ISAPRES.

Caso	Decisión	Derecho	Corte	Detalle
Monsalves	A	1, 9	Concepción, 2007.	No hay fallo de la CS.
Cortés	A	1, 24	Santiago, 2008.	No hay fallo de la CS.

¹⁹ “[...] las normas que regulan los contratos y planes de salud deben interpretarse con criterios y objetivos sanitarios, por lo que independientemente de la forma en que los contratos de salud se refieran a este tipo de medicamentos, lo relevante es que sean fármacos utilizados en el tratamiento del cáncer, es decir, fármacos antitumorales propiamente tales.” Y que “En lo que respecta a los ciclos de quimioterapia, debe entenderse que se trata de una circunstancia inclusiva y no destinada a la exclusión de cobertura, en los casos en que el medicamento se suministra fuera de estos ciclos” (Bravo, cdo. 6).

²⁰ “[...] no cabe dudas a este tribunal que ello debe entenderse en el contexto del permanente avance que experimenta la ciencia médica, materializado como en el presente caso, en el descubrimiento y aplicación de nuevas drogas destinadas a la recuperación de la salud, esto es, el completo estado de bienestar físico, psíquico y social de las personas, como ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud” (Bravo, cdo. 9).

²¹ En *Appelgren* y *Ortega* se necesita Herceptin; en *Pérez* se requiere Copaxone y en *Muñoz* se necesita Lenalinomida.

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
Saieh	A	2, 9, 24	Santiago, 2008.	No hay fallo de la CS.
Bravo	A	1, 9, 24	Santiago, 2007.	No hay fallo de la CS.
Appelgren	A	1	CS, 2013.	CA había rechazado.
Pérez Espinoza	A	1, 24	Santiago, 2010.	No hay fallo de la CS.
Muñoz	A	24	Santiago, 2010.	No hay fallo de la CS.
Ortega	A	1, 9	Temuco, 2010.	No hay fallo de la CS.

2.5.2. Casos contra el sistema público

Se trata de cuatro casos de pacientes que sufren cáncer; dos requieren Herceptin y dos Sutent para tratar sus enfermedades. Tres casos se acogieron y solo uno fue rechazado por la Corte Suprema.

1. En un caso, se solicitó el remedio al Instituto Nacional del Cáncer, que lo derivó hacia FONASA. Se rechaza la petición porque el remedio no se encuentra incluido en auge ni GES, de modo que solo puede obtenerse mediante el fondo de auxilio extraordinario que depende del Ministerio de Salud. Esta entidad también rechazó la solicitud. La Corte acoge el recurso. *i.* La Constitución garantiza el derecho a la salud de las personas, “[...] obligación que deben garantizar y cumplir todos los entes estatales, entre los cuales se encuentra la entidad recurrida” (Zúñiga, cdo. 1). *ii.* Se encuentra indubitada la existencia de la enfermedad (cdo. 2). *iii.* El único medicamento que actualmente puede servir es el solicitado (cdo. 2). *iv.* El recurrido debió haber utilizado el mecanismo administrativo extraordinario que permitiría cubrir el costo del medicamento. Como no lo hizo, su conducta es arbitraria e ilegal (cdo. 3). *v.* FONASA debió:

RODOLFO FIGUEROA G.

[...] haber efectuado los procedimientos necesarios para obtener el financiamiento del medicamento. Si no lo hizo así en su oportunidad, no puede ahora negar la droga indispensable para salvar la vida de la actora, bajo pretextos de tramitación administrativa o burocrática. Ningún reglamento puede empinarse por sobre la Constitución, que obliga al Estado y a sus agentes a proteger la vida y la salud de la recurrente. Luego, ahora ya no es el tiempo de procedimientos y trámites, sino de la acción inmediata y eficaz, entregando directamente a la solicitante el medicamento necesario (cdo. 4).

2. En otro caso, la paciente sufre de cáncer de riñón y fue intervenida en el Hospital San Juan de Dios. Se le recetó el remedio Sutent, pero no puede pagarlo debido a su alto costo. Se solicitó ayuda a la Unidad de Cáncer del hospital, que rechazó la solicitud. Se dirigió la petición al Fondo de Auxilio Extraordinario que concede el Ministerio de Salud, que también la rechazó porque la cobertura de enfermedades catastróficas se realiza conforme a la ley, las GES, y con los recursos humanos y físicos de que dispongan, de modo que no siempre están asequibles los medios terapéuticos necesarios para enfrentar una enfermedad. Además, el Ministerio informa que la enfermedad de la paciente es incurable (Marcell, cdo. 4). Añade que los pacientes que se encuentren en dicha condición “...deben ser tratados solo con medidas paliativas que mejoren su calidad de vida” (cdo. 4). Además de ello, señala que el remedio solicitado no sirve para curar la enfermedad.²² Su uso corresponde a etapas precoces de la enfermedad. La Corte de Apelaciones acoge el recurso: *i*. La recurrente necesita el remedio para su avanzado cáncer, y proporcionarlo “[...] está dentro de las posibilidades de financiamiento a través del Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud [...]” (cdo. 5). *ii*. Este remedio ha sido negado a la paciente “[...] por estimarse que dicha enfermedad se encuentra en un alto estado de avance, pues se privilegia su administración para estados precoces” (cdo. 5). Esto vulnera el derecho a la vida de la recurrente y no es aceptable privilegiar algunos pacientes por sobre otros.²³

²² “...inhibidores de tirosina kinasa como sunitinib (sutent) no logran erradicar la enfermedad y producen solo respuestas parciales y transitorias” (cdo. 4).

²³ “[...] desde que encontrándose a disposición de las autoridades de salud los

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

Es innecesario pronunciarse sobre los demás derechos invocados (cdo. 7). *iii.* La conducta del hospital es arbitraria porque la vida humana debe protegerse mediante los esfuerzos posibles, lo que no ocurre en la especie (cdo. 6). Se ordena al recurrido a otorgar la atención médica requerida, proveyéndose de manera gratuita el remedio Sutent.

Esta sentencia es apelada y la Corte Suprema la revoca, rechazando el recurso (eliminando los cdos. 4, 5 y 6): *i.* La patología de la recurrente no se encuentra incluida en las GES, no es considerada una enfermedad catastrófica, no está contemplada en el Programa Nacional de Drogas Antineoplásicas ni en el programa de prestaciones valoradas de FONASA. Por ello, el hospital solicitó ayuda al Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud (Corte Suprema, cdo. 4). *ii.* El Fondo de Auxilio Extraordinario del Ministerio de Salud consiste en una asistencia para financiar programas o actividades indispensables; es en beneficio extraordinario y parcial en cuanto a financiamiento (cdo. 5). Por ello, cada caso se somete a un exhaustivo análisis.²⁴ *iii.* En este caso se satisfacen todas las exigencias del protocolo (cdo. 7). El Ministerio rechazó la petición porque la paciente padece una enfermedad incurable, que requiere únicamente tratamientos paliativos que mejoren su calidad de vida, pero no el Sutent, que no tiene la capacidad de curar la enfermedad o prolongar la sobrevivencia (cdo. 8). Además, informes de especialistas indican que el remedio tiene efectos adversos graves, que exceden su beneficio, “[...] haciéndose desaconsejable su administración” (cdo. 11). Por otra parte, se ha informado que la paciente está siendo tratada en la Fundación López Pérez, donde está recibiendo un tratamiento adecua-

medios que contribuyan al tratamiento médico que se le prescribió, se le niegan éstos por consideraciones que no aparecen debidamente fundamentadas ni concordantes con la tutela a la vida, de por sí, indivisible, desde que no resulta posible concebir que se pueda escoger —para el otorgamiento de los remedios— entre aquellos que tienen una mayor posibilidad de éxito con el tratamiento y los que tienen menores posibilidades [...]” (cdo. 6).

²⁴ “[...] tanto en el aspecto clínico como en el socioeconómico de la paciente y su grupo familiar y se evalúa, si amerita, consultar a Comisiones de Expertos; se examina la complejidad, del problema de salud, el impacto de recuperabilidad de la persona, determinándose si procede conceder el beneficio y, en caso afirmativo, regular su monto” (cdo. 6).

RODOLFO FIGUEROA G.

do (cdo. 13). Asimismo, se ha informado que agregar Sutent al tratamiento actual no ha sido estudiado y puede ser riesgoso. Por otra parte, “[...] no existe evidencia que permita comparar ambos esquemas de tratamiento; los dos tienen aprobación internacional para el cáncer renal metastásico de riesgo bajo o intermedio [...]” (cdo. 13). iv. El derecho a la protección de la salud se protege solo en su inciso final, la libertad de elegir el sistema de salud. Por ello, “[...] el derecho a obtener prestaciones de salud ([...] no es susceptible de resguardarse o asegurarse por medio de la acción de amparo...” (cdo. 17). v. “La ciencia médica no tiene actualmente una respuesta de índole curativa para este caso, limitando su aporte a auxilios meramente paliativos” (cdo. 19). El tratamiento que actualmente está recibiendo la actora es el apropiado y no se justifica una modificación destinada a proporcionar el Sutent.²⁵ vi. La amenaza sobre la vida de la paciente no proviene de la autoridad sanitaria recurrida, sino de la enfermedad incurable que padece; la no entrega del Sutent no altera en forma negativa su condición de salud (cdo. 21). Al contrario, el Sutent puede ser riesgoso (cdo. 22). vii. A la luz de la información médica disponible, ninguna medida reparatoria puede ser decretada por la Corte (cdo. 22). Se revoca, se rechaza el recurso, sin votos disidentes.

3. En este caso, la paciente sufre de cáncer de mama. FONASA reconoce que el cáncer es una enfermedad GES, pero trata la enfermedad con otro medicamento. El Herceptin no se encuentra en la guía clínica de FONASA. La Corte acoge el recurso, señalando: *i*. La Constitución garantiza el derecho a la vida y la salud, y aunque no está protegido por el artículo 20, “[...] constituye un derecho garantizado a todas las personas por la Carta Primera,

²⁵ “a) que el tratamiento que actualmente recibe la paciente en la Fundación Arturo López Pérez para su cáncer renal metastásico: Bevacizumab más Interferon, ha demostrado beneficio clínico y se encuentra aceptado internacionalmente como un tratamiento adecuado a su patología; b) que tanto este tratamiento como el sugerido por el Comité Oncológico del Hospital San Juan de Dios con sunitinib —Sutent— se encuentran destinados al alivio de los síntomas y a la mantención de la funcionalidad, no tienen efectos curativos sino paliativos, ostentan una toxicidad similar y cuentan con igual aprobación para la patología de la actora; c) el reemplazo del tratamiento en curso por sunitinib —Sutent— no se justifica mientras no se demuestre el fracaso del primero;” (cdo. 20).

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia” (Vásquez, cdo. 4). *ii.* El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra “[...] el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (cdo. 5). Este derecho es esencial y, conforme el artículo 5, es deber del Estado respetarlo y promoverlo (cdos. 5 y 3). *iii.* Dada la situación que vive la recurrente, resulta ilusorio que pueda disfrutar su derecho a la salud, su derecho a la vida e integridad física y psíquica, y su derecho al acceso a las acciones necesarias para recuperar su salud (cdo. 6). *iv.* El remedio ha sido prescrito por los médicos y el tratamiento debe iniciarse a la brevedad. No hacerlo “[...] constituye un atentado a su calidad y tiempo de sobrevida” (cdo. 7). *v.* El cáncer de mama es una patología incluida en GES, aunque esta no incluye Herceptin (cdo. 7). *vi.* FONASA presta un servicio público de salud a la comunidad. Por ello, debe evitar todo afán de lucro o autofinanciamiento, y la protección del derecho a la vida, la integridad física, la dignidad y el bienestar físico están por sobre consideraciones patrimoniales (cdo. 11). *vii.* El Herceptin es necesario para una mejor calidad de vida y una mayor sobrevida de la actora. Por tanto, el Estado de Chile debe proporcionarlo para cumplir con su deber de proteger el derecho a la vida, integridad física y protección de la salud, aunque las normas reglamentarias no contemplen ese remedio (cdo. 12). *viii.* La negativa de la recurrida a proporcionar la droga carece de fundamento y, por ello, es arbitraria (cdo. 13), vulnerando los derechos del artículo 19, numerales 1 y 9 (cdo. 14). Se acoge el recurso y se ordena pagar el remedio. La Corte Suprema, curiosamente, confirma.²⁶

4. En este caso, la paciente también sufre cáncer mamario. El remedio no es GES, pero existe un plan piloto de FONASA para otorgarlo. Con todo, por la escasez de recursos, se fijó protoco-

²⁶ Este caso y el anterior fueron acogidos por la Corte de Apelaciones de Santiago, Quinta y Tercera Sala, en noviembre de 2009. Ambos fueron apelados ante la Corte Suprema. La Tercera Sala de la Corte Suprema revoca la decisión en el caso Marcell, negando el remedio (16-12-09) por unanimidad. Lo que llama la atención es que la misma Tercera Sala, con tres ministros en común, confirma la decisión en el caso Vásquez, concediendo el remedio (28-1-10), apenas 42 días después, también por unanimidad. ¿Qué explica el cambio de criterio?

RODOLFO FIGUEROA G.

lo de cuatro criterios. Lamentablemente, la paciente no cumple uno de cuatro criterios: tiene metástasis, compromiso de columna, hígado y cerebelo. La Corte acoge la acción: *i*. El remedio ha sido incorporado a GES en 2010 (Marinovic, cdo. 3). La paciente ha usado el remedio, que ha producido notable mejoría. Sin él, empeorará rápidamente (cdos. 6 y 7). *ii*. El cáncer es una patología cubierta por GES (cdo. 6). *iii*. No es aceptable que se establezcan requisitos que excluyan a alguien que no tiene culpa de eso, del tratamiento, y eso vulnera las normas antes citadas (cdo. 10). *iv*. El derecho a la vida es absoluto (cdo. 10). *v*. Es arbitrario no dar remedio solo por no cumplir los criterios, sobre todo si ha producido notable mejoría (cdo. 11). Se ordena incluir a la paciente en el plan piloto y financiar el remedio.

La Corte Suprema confirma, con alguna consideraciones: *i*. El remedio es GES desde 2010 (cdo. 2). *ii*. La paciente obtuvo notable recuperación (cdo. 3). *iii*. Es arbitrario no dar el remedio; cuando se diseñó el plan piloto se pensó en cerca de 200 mujeres y finalmente son 64, de suerte que alcanza el stock de remedios (cdo. 2).

CUADRO 7. Resumen de casos contra FONASA.

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
Zúñiga	A	1, 9	Rancagua, 2009.	No hay fallo de la CS.
Marcell	R	n/a	CS, 2009.	CA había acogido.
Vásquez	A	1, 9	Santiago, 2009.	CS confirma.
Marinovic	A	1, 24	Santiago, 2012.	CS confirma.

2.5. Misceláneo

En esta sección veremos tres casos.

2.5.1. Rechazo a autorizar o realizar procedimiento o intervención quirúrgica

El señor Vivanco recurre contra el Hospital Doctor Hernán Henríquez de Temuco, por negarse a realizar una intervención qui-

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

rúrgica, a pesar de haber sido prescrita por el médico tratante.²⁷ La Corte de Apelaciones rechaza el recurso, pero la Corte Suprema revoca la decisión: *i*. El derecho a la protección de la salud está tutelado por la Constitución. Si bien el artículo 20 protege solo el inciso final,

[...] lo cierto es que los primeros incisos [...] establecen criterios normativos rectores que el constituyente entrega al Estado, lo cual lleva a interpretar de modo extensivo la garantía constitucional.

En efecto, por tratarse de una cuestión de interés público y un derecho fundamental de orden social, es el Estado el llamado a garantizar el Derecho a la Protección de la Salud de todas las personas, teniendo en cuenta para ello la definición de salud dada por la Organización Mundial de la Salud: “máximo bienestar físico, mental y social unido al pleno desarrollo de las potencialidades personales y sociales”. También es obligación del Estado, no solo regular el Sistema de Salud, sino principalmente, ser proveedor del mismo y, a través de la generación de Políticas de Salud, administrar sus recursos (Vivanco, cdo. 2).

ii. La ley 18.469 asegura el acceso igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo. FONASA debe cubrir a sus respectivos beneficiarios. El decreto 44 de 2007 aprueba el tratamiento médico de enfermedades distintas, pero con pronóstico común:

Si bien es cierto el tratamiento se refiere a personas de 55 años y más, no por ello puede quedar sin recibir atención médica una persona por tener una edad inferior a ella, lo que apunta a un daño a su integridad, no solo física sino psicológica y a su dignidad como ser humano, protegida en el artículo 1 de la Constitución Política. (cdos. 3-4)

iii. El recurrente tiene un derecho igualitario a acceder a tratamiento médico (cdo. 5). *iv*. Negar lo anterior vulnera el artículo 19, numeral 1; retardar la operación “...dificulta el restablecimiento de la salud del recurrente de protección, afectan-

²⁷ No hay más datos porque no se dispone de la sentencia de apelaciones, solo de la Corte Suprema.

RODOLFO FIGUEROA G.

do su integridad física y síquica” (cdo. 5). Se acoge el recurso “[...] debiendo el Hospital [...] priorizar dentro de las patologías de la misma naturaleza, el caso del recurrente, considerando, además, el tiempo transcurrido desde la fecha en que fue incluido en lista de espera”.

2.5.2. Negativa a cubrir honorarios médicos

El señor Marileo recurre en contra de ISAPRE Masvida por negarse a financiar honorarios médicos debidos por una intervención de urgencia de su hijo. La ISAPRE señala que los procedimientos tuvieron lugar en un recinto que no es red, de modo que no está acogido a CAEC. La Corte acoge el recurso, estimando: *i.* El afiliado siguió las instrucciones de la ISAPRE en cuanto a derivación, incluyendo establecimiento hospitalario y médicos que podían atenderlo (Marileo, cdo. 8), considerando la información que de él pudo disponer. *ii.* La propia ISAPRE reconoció la factibilidad de pagar a los médicos (cdo. 8). *iii.* La conducta es arbitraria e ilegal (cdo. 10) y lesiona el derecho de propiedad (cdo. 12). Se ordena a la ISAPRE otorgar cobertura CAEC a los honorarios de la intervención quirúrgica.

2.5.3. Rechazo de licencia médica

El señor Araya recurre contra la ISAPRE Masvida por haber rechazado la licencia médica de su cónyuge. La ISAPRE señala que la enfermedad es incurable, de modo que no procede licencia médica, que es temporal. La Corte acoge el recurso, disponiendo: *i.* En ninguna parte del decreto 3 de 1984 se establece alguna causal de rechazo de licencia (Vallejo, cdo. 6). *ii.* Lo señalado por la ISAPRE difiere de lo manifestado por el médico tratante (cdo. 6). *iii.* La licencia le permite a la paciente ausentarse del trabajo precisamente para recibir quimioterapia (cdo. 6). *iv.* No existe en la negativa de la ISAPRE ponderación de antecedentes que permita afirmar que la enfermedad es incurable (cdo. 7); una determinación de ese tipo no le corresponde a la ISAPRE (cdo. 8); es una materia altamente discutible (cdo. 9) y la hizo un médico contra-

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

lor que no examinó a la paciente (cdo. 9). v. Conforme a la Superintendencia de Salud, si una persona puede reintegrarse a su trabajo —aunque padezca enfermedad irrecurable— la licencia médica debe ser autorizada (cdo. 11). vi. La conducta de la ISAPRE es arbitraria, ilegal, invade atribuciones de otros servicios y

[...] aparece reñida con el decoro y respeto que merecen las personas que se encuentran en trances como el que se conoce, al verse involucradas en situaciones que afectan su dignidad de enfermos y obligadas a litigar ante la negativa de un organismo de otorgar los derechos que la ley le provee. (cdo. 12)

vii. Se afecta el derecho de propiedad (cdo. 13). Se ordena autorizar la licencia.

CUADRO 8. Resumen.

<i>Caso</i>	<i>Decisión</i>	<i>Derecho</i>	<i>Corte</i>	<i>Detalle</i>
Vivanco	A	1, 2	CS, 2010.	CA había rechazado.
Marileo	A	24	Concepción, 2011.	No hay fallo de la CS.
Vallejo	A	24	Valdivia, 2010.	No hay fallo de la CS.

3. CONCLUSIONES (APLICABLES AL TIPO DE UNIVERSO DE CASOS UTILIZADO)

1. Son pocos los casos de derecho a la salud: aparecieron solo 37 en los primeros 1 000 resultados (3.7%) buscando por “derecho a la salud” y abarcando un periodo de ocho años.²⁸ La inmensa mayoría de casos de esos primeros 1 000 resultados corresponde a casos de aumento del precio de los planes de salud, que no se revisaron en este trabajo.
2. Una posible conclusión de lo anterior es que las personas no se animan a litigar contra ISAPRES o FONASA por negar-

²⁸ Debe recordarse que ese lapso fue consecuencia de la revisión de los primeros 1 000 resultados, como se indicó al comienzo de este trabajo. La búsqueda de casos se hizo sin límite de tiempo.

RODOLFO FIGUEROA G.

- les beneficios de salud. Sin embargo, sería una conclusión especulativa. Hay que tener en consideración que la base de datos electrónica no es exhaustiva, lo que produce un sesgo en el universo de casos que arroja la búsqueda.
3. La mayoría de los casos se refieren a negativas a financiar tratamientos o medicamentos: 70.3% (26 casos). Por tanto, el problema de salud más recurrente está relacionado al financiamiento.
 4. Existe una altísima tasa de acogimiento de los recursos: 86.5% (32 casos). Contra ISAPRES, el acogimiento fue 96%; contra FONASA, 66.7% y en otros, 66.7%.
 5. Dos posibles conclusiones se podrían enarbolar a partir de lo anterior:
 - 5.1. Las Cortes de Apelaciones, y también la Corte Suprema con excepción de un caso, son empáticas con los problemas de salud de los pacientes.
 - 5.2. Las cortes no estiman que los problemas de financiamiento deban ser razones suficientes para negar a las personas el acceso a prestaciones de salud.
 6. Las cortes tienden a recurrir a interpretaciones creativas y flexibles de la ley y de los contratos de salud para poder acoger los recursos. Esto se aprecia, por ejemplo, en que:
 - 6.1. El derecho a la salud o el derecho a la protección de la salud se citan como fundamento de la sentencia en 10 oportunidades, a pesar de no ser un derecho protegido por el artículo 20, salvo el inciso final del artículo 19, numeral 9, pero no había ningún caso en que el problema del recurrente correspondiere a ese inciso.
 - 6.2. Se cita la vulneración del derecho a la vida e integridad física y psíquica en 20 oportunidades, a pesar de que probablemente en muchos de esos casos la vida no estaba amenazada y el problema era más bien pecuniario. El derecho de propiedad se cita en 18 ocasiones.
 - 6.3. Los dos puntos anteriores permiten concluir que en Chile las cortes brindan tanto tutela directa como indirecta al derecho a la salud. La tutela directa se produce cuando se cita directamente el numeral 9 del

El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección en Chile

artículo 19; la tutela indirecta se verifica cuando se citan otros numerales de derechos protegidos, como el numeral 1, el numeral 24 o el numeral 2.

7. Las conclusiones anteriores son iluminadoras en cuanto a poder predecir el resultado de un recurso de protección en estas materias.

JURISPRUDENCIA

CAC (Corte de Apelaciones de Concepción), *Marileo vs. ISAPRE Masvida*, 15-2-2011, rol 14-2010.

—, *Monsalves vs. ISAPRE Consalud*, 21-6-2007, rol 53-2007.

—, *Ruiz vs. Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant Benevente*, 31-5-2010, rol 31-2010, 21-9-2010, rol 4396-2010.

CAR (Corte de Apelaciones de Rancagua), *Bustos vs. Codelco Chile División El Teniente*, 7-4-2014, rol 391-2014.

—, *Zúñiga vs. Hospital Regional de Rancagua*, 31-3-2009, rol 135-2009.

CAS (Corte de Apelaciones de Santiago), *Bahamonde vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 29-10-2010, rol 363-2010.

—, *Bravo vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 28-11-2007, rol 3626-2007.

—, *Cantuarias vs. ISAPRE Vida Tres S.A.*, 15-5-2008, rol 1309-2008.

—, *Celis vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 24-9-2007, rol 2612-2007.

—, *Donoso vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 29-1-2010, rol 772-2009.

—, *Fenner vs. Seguros de Vida Cruz del Sur S.A.*, 28-4-2011, rol 36-2011.

—, *Furman vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 5-3-2010, rol 886-2009.

—, *Leverone vs. ISAPRE Banmédica*, 8-9-2010, rol 2733-2010.

—, *López con ISAPRE Consalud*, 12-5-2008, rol 452-2008; Corte Suprema, 22-9-2008. 2834-2008.

—, *Marcell vs. Hospital San Juan de Dios*, 10-11-2009, rol 8826-2009; Corte Suprema, 16-12-2009, rol 8513-2009.

—, *Marinovic con Fondo Nacional de Salud*, 4-4-2012, rol 21961-2011; Corte Suprema.1-8-2012, rol 3209-2012.

RODOLFO FIGUEROA G.

- , *Muñoz vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 15-3-2010, rol 581-2009.
- , *Nakagawa vs. ISAPRE Banmédica*, 25-2-2008, rol 6084-2007; Corte Suprema, 27-5-2008, rol 1462 2008.
- , *Paredes vs. ISAPRE Consalud*, 29-1-2010, rol 1082-2009.
- , *Piccione vs. ISAPRE I.N.G. Salud*, 28-9-2007, rol 3164-2007.
- , *Saieh vs. ISAPRE Vida Tres*, 11-1-2010, rol 690-2009.
- , *Serrano vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 22-1-2010, rol 857-2009.
- , *Vásquez con Fondo Nacional de Salud*, 24-11-2009, rol 7766-2009.
- CASM (Corte de Apelaciones de San Miguel), *Espinoza vs. Servicio de Salud Metropolitano*, 9-4-2014. rol 78-2014.
- CAT (Corte de Apelaciones de Temuco), *Díaz vs. ISAPRE Más Vida*, 3-8-2007, rol 2097-2006.
- , *Ortega vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 5-2-2010, rol 1873-2009.
- CAV (Corte de Apelaciones de Valdivia), *Cortés vs. ISAPRE Vida Tres*, 7-5-2008, rol 194-2008.
- , *Parra vs. Hospital Van Buren y Ministerio de Salud*, 26-12-2008, rol 105-2008; Corte Suprema, 20-4-2009, rol 1314-2009.
- CAVA (Corte de Apelaciones de Valparaíso), *Lobos vs. CODELCO Chile División Andina*, 11-10-2012, rol 1015-2012.
- , *Soto vs. ISAPRE Consalud*, 11-7-2012, rol 320-2012.
- , *Vallejos vs. ISAPRE Masvida*, 3-6-2010, rol 185-2010.
- CSJ (Corte Suprema de Justicia de Chile), *Appelgren vs. ISAPRE Fundación Banco Estado*, 13-5-2013, rol 1118-2013.
- , *J.O.Q.N. vs. ISAPRE Vida Tres y Superintendencia de Salud*, 16-12-2011, rol 8800-2011.
- , *Ojeda vs. Hospital Clínico de la Universidad de Chile*, 26-11-2012, rol 7255-2012.
- , *Pérez Espinoza vs. ISAPRE Banmédica*, 18-10-2010, rol 1766-2010.
- , *Pérez Vásquez vs. ISAPRE Consalud*, 3-1-2013, rol 6588-2012.
- , *Vivanco vs. Hospital Dr. Hernán Henríquez de Temuco*, 25-2-2010, rol 1324.

Referencias normativas y jurisprudenciales

CORTE INTERAMERICANA

- Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.
- . *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144.
- . *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171.
- . *Caso Apitz Barbera y otros* (“*Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”) vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008.
- . *Caso Artavia Murillo y otros* (“*Fecundación in vitro*”) vs. *Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.
- . *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.
- . *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72.
- . *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de julio de 2015. Serie C, núm. 296.

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

- *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, núm. 167.
- *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170.
- *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.
- *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.
- *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.
- *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.
- *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.
- *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.
- *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Fondo. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130.
- *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63.
- *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.
- *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 agosto de 2012. Serie C, núm. 246.

Referencias normativas y jurisprudenciales

- . *Caso Gonzales Lluy y otras vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.
- . *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C, núm. 121.
- . *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112.
- . *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177.
- . *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.
- . *Caso Montero Aranguren y otros (Reten de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C, núm. 150.
- . *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.
- . *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.
- . *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.
- . *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179.
- . *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C núm. 348.
- . *Caso Suarez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2003. Serie C, núm. 261.
- . *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

- , *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158.
- , *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149.

TRIBUNAL EUROPEO

- TEDH, *Ananyev and others vs. Russia*, Appl. 42525/07 y 60800/08, 10 de enero de 2012.
- , *B.S. vs. Spain*, 24 de julio 2012.
- , *Buckland vs. United Kingdom*, Appl. 40060/08, 18 de septiembre de 2012.
- , *Budayeva and others vs. Russia*, Appl. 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02 y 21166/02), 20 de marzo de 2008.
- , *Burdov vs. Russia*, Appl. 59498/00, 7 de mayo de 2002.
- , *Byrzykowski vs. Poland*, Appl. 11562/05, 27 de junio de 2006.
- , *Calvelli y Ciglio vs. Italy*, Appl. 32967/96, 12 de junio de 2003.
- , *Carvalho da Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, 25 de julio de 2017.
- , *Chapman vs. United Kingdom*, Appl. 27238/95, 18 de enero de 2001.
- , *Connors vs. United Kingdom*, Appl. 66746/01, 27 de mayo de 2004.
- , *Coster vs. United Kingdom*, Appl. 24876/94, 18 de enero de 2001.
- , *Dula vs. Turkey*, Appl. 25801/94, 30 de enero de 2001.
- , *Feldbrugge vs. The Netherlands*, Appl. 8562/79, 29 de mayo de 1986.
- , *Gaygusuz vs. Austria*, Appl. 17371/90, 16 de septiembre de 1996.

Referencias normativas y jurisprudenciales

- , *Guerra and others vs. Italy*, Appl. 14967/89, 19 de febrero de 1998.
- , *Guisseppina Passannante vs. Italy*, Appl. 32647/96, 12 de junio de 2003 (admissibility).
- , *Iacov Stanciu vs. Romania*, Appl. 35972/05, 24 de julio de 2012.
- , *Jane Smith vs. United Kingdom*, Appl. 25154/94, 18 de enero de 2001.
- , *Jane Smith vs. United Kingdom*, Appl. 25154/94, 18 de enero de 2001.
- , *Kerimova and others vs. Russia*, Appl. 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 y 5684/05, 3 de mayo de 2011.
- , *Kerojärvi vs. Finland*, Appl. 17506/90, 19 de julio de 1995.
- , *Khamzayev and others vs. Russia*, Appl. 1503/02, 3 de mayo de 2011.
- , *Khudobin vs. Russia*, Appl. 59696/00, 26 de octubre de 2006.
- , *Le Compte, Van Leuven et De Meyer vs. Belgium*, 23 de junio de 1981, Serie A, núm. 43.
- , *López Ostra vs. Spain*, Appl. 16798/90, 9 de diciembre de 1994.
- , *McGlinchey and others vs. United Kingdom*, Appl. 50390/99, 29 de abril de 2003.
- , *Moldovan and others vs. Romania*, núm. 2, Appl. 41138/98 y 64320/01, 12 de julio de 2005.
- , *Mouisel vs. France*, Appl. 67263/01, 14 de noviembre de 2002.
- , *O'Rourke vs. United Kingdom*, Appl. 39022/97, 26 de junio de 2001.
- , *Öneryildiz vs. Turkey*, Appl. 48939/99, 30 de noviembre de 2004.
- , *Oyal vs. Turkey*, Appl. 4864/05, 23 de marzo de 2010.

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

- , *Pentiacova and others vs. Moldova*, Appl. 11462/03), 8 de enero de 2005.
- , *Saghinadze and others vs. Georgia*, Appl. 18768/05, 27 de mayo de 2010.
- , *Salesi vs. Italy*, Appl. 13023/87, 26 de febrero de 1993.
- , *Selçuk y Asker vs. Turkey*, Appl. 23184/94 y 23185/94, 24 de abril de 1998.
- , *Sentges vs. The Netherlands*, Appl. 27677/02, 8 de julio de 2003.
- , *Sørensen y Rasmussen vs. Denmark*, Gran Sala, sentencia de 11 de enero de 2006.
- , *Tatar vs. Romania*, Appl. 67021/01, 27 de enero de 2009.
- , *Torreggiani and others vs. Italy*, Appl. 43517/09, 35315/10, 37818/10, 46882/09, 55400/09, 57875/09 y 61535/09, 8 de enero de 2013.
- , *Van Kück vs. Germany*, Appl. 35968/97, 12 de junio de 2003.
- , *Vladimir Vasilyev vs. Russia*, Appl. 28370/05, 10 de enero de 2012.
- , *Yordanova and others vs. Bulgaria*, Appl. 25446/06, 24 de abril de 2012.

TRIBUNALES NACIONALES

- Audiencia Provincial de Teruel, rollo penal núm.12/2011, Juzgado de Instrucción núm.1 de Alcañi.
- CAC (Corte de Apelaciones de Concepción), *Marileo vs. ISAPRE Masvida*, 15-2-2011, rol 14-2010.
- , *Monsalves vs. Isapre Consalud*, 21-6-2007, rol 53-2007.
- , *Ruiz vs. Hospital Regional de Concepción Guillermo Grant Benevente*, 31-5-2010, rol 31-2010, 21-9-2010, rol 4396-2010.
- CAR (Corte de Apelaciones de Rancagua), *Bustos vs. Codelco Chile División El Teniente*, 7-4-2014, rol 391-2014.

Referencias normativas y jurisprudenciales

- , *Zúñiga vs. Hospital Regional de Rancagua*, 31-3-2009, rol 135-2009.
- CAS (Corte de Apelaciones de Santiago), *Bahamonde vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 29-10-2010, rol 363-2010.
- , *Bravo vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 28-11-2007, rol 3626-2007.
- , *Cantuarias vs. ISAPRE Vida Tres S.A.*, 15-5-2008, rol 1309-2008.
- , *Celis vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 24-9-2007, rol 2612-2007.
- , *Donoso vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 29-1-2010, rol 772-2009.
- , *Fenner vs. Seguros de Vida Cruz del Sur S.A.*, 28-4-2011, rol 36-2011.
- , *Furman vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 5-3-2010, rol 886-2009.
- , *Leverone vs. ISAPRE Banmédica*, 8-9-2010, rol 2733-2010.
- , *López con ISAPRE Consalud*, 12-5-2008, rol 452-2008; Corte Suprema, 22-9-2008. 2834-2008.
- , *Marcell vs. Hospital San Juan de Dios*, 10-11-2009, rol 8826-2009; Corte Suprema, 16-12-2009, rol 8513-2009.
- , *Marinovic con Fondo Nacional de Salud*, 4-4-2012, rol 21961-2011; Corte Suprema, 1-8-2012, rol 3209-2012.
- , *Muñoz vs. ISAPRE Colmena Golden Cross*, 15-3-2010, rol 581-2009.
- , *Nakagawa vs. ISAPRE Banmédica*, 25-2-2008, rol 6084-2007; Corte Suprema, 27-5-2008, rol 1462 2008.
- , *Paredes vs. ISAPRE Consalud*, 29-1-2010, rol 1082-2009.
- , *Piccione vs. ISAPRE I.N.G. Salud*, 28-9-2007, rol 3164-2007.
- , *Saieh vs. ISAPRE Vida Tres*, 11-1-2010, rol 690-2009.
- , *Serrano vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 22-1-2010, rol 857-2009.
- , *Vásquez con Fondo Nacional de Salud*, 24-11-2009, rol 7766-2009.

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

CASM (Corte de Apelaciones de San Miguel), *Espinoza vs. Servicio de Salud Metropolitano*, 9-4-2014, rol 78-2014.

CAT (Corte de Apelaciones de Temuco), *Díaz vs. ISAPRE Más Vida*, 3-8-2007, rol 2097-2006.

—, *Ortega vs. ISAPRE Cruz Blanca*, 5-2-2010, rol 1873-2009.

CAV (Corte de Apelaciones de Valdivia), *Cortés vs. ISAPRE Vida Tres*, 7-5-2008, rol 194-2008.

—, *Parra vs. Hospital Van Buren y Ministerio de Salud*, 26-12-2008, rol 105-2008; Corte Suprema, 20-4-2009, rol 1314-2009.

CAVa (Corte de Apelaciones de Valdivia), *Lobos vs. Codelco Chile División Andina*, 11-10-2012, rol 1015-2012.

—, *Soto vs. ISAPRE Consalud*, 11-7-2012, rol 320-2012.

—, *Vallejos vs. ISAPRE Masvida*, 3-6-2010, rol 185-2010.

CSJ (Corte Suprema de Justicia de Chile), *Appelgren vs. ISAPRE Fundación Banco Estado*, 13-5-2013, rol 1118-2013.

—, *J.O.Q.N. vs. ISAPRE Visa Tres y Superintendencia de Salud*, 16-12-2011, rol 8800-2011.

—, *Ojeda con Hospital Clínico de la Universidad de Chile*, 26-11-2012, rol 7255-2012.

—, *Pérez Espinoza vs. ISAPRE Banmédica*, 18-10-2010, rol 1766-2010.

—, *Pérez Vásquez vs. ISAPRE Consalud*, 3-1-2013, rol 6588-2012.

—, *Vivanco vs. Hospital Dr. Hernán Henríquez de Temuco*, 25-2-2010, rol 1324.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-254/1994.

—, sentencia T-533 de 1992.

—, sentencia T-426 de 1992.

—, sentencia T-349/1996.

—, sentencia T-523/1997.

—, sentencia T-153 de 1998.

Referencias normativas y jurisprudenciales

—, sentencia T-439 de 1998.

—, sentencia T-1022/2001.

—, sentencia T-1127/2001.

—, sentencia T-9332/2001.

—, sentencia T-760 de 2008.

—, sentencia T-048/2002.

—, sentencia T-239/2002.

—, sentencia T-025 de 2004.

—, sentencia T-469 de 2004.

—, sentencia T-238 de 2008.

—, sentencia T-760 de 2008.

—, sentencia T-273 de 2009.

—, sentencia T-622, 10 noviembre de 2016.

—, sentencia SU-090 de 2000.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 218-15-SEP-CC, 9 de julio de 2015.

Corte de Apelaciones de Chile, núm. 3.025-2.001, sentencia de 28 de agosto de 2001.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Hoffmann vs. S.A. Airways*, 2000.

—, *Minister of Health & Others vs. Treatment Action Campaign & Others*, 2002 (5) SA 721 (CC).

Corte de Delhi (India), *Laxmi Mandal vs. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors*, W.P.(C), 8853 de 2008.

—, *Court of its own Motion vs. U.O.I.*, W.P. (C), 5913 de 2010.

—, *Jaitun vs. Maternity Home, MCD, Jangpura & Ors*, W.P., 10700 de 2009.

—, *Naz Foundation v. Government of NCT of New Delhi and Others*, W.P.(C), N° 7455 de 2001.

Corte de Justicia Administrativa de Egipto, caso núm. 2457/64,

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

demanda contra el decreto 373/2009 del Ministerio de Salud (nuevo sistema de precios de medicamentos), abril 27 de 2010.

Corte Internacional de Justicia, *Différend territorial et maritime (Nicaragua vs. Colombia)*, 19 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Asociación Benghalensis y otros vs. Ministerio de Salud y Acción Social*, fallos 323:1339, junio 1 de 2000.

—, *Hospital Británico de Buenos Aires vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, s/amparo, fallos 324:754, 13 de marzo de 2001.

Corte Suprema de Chile, rol 3.599-2001-10-16, sentencia de 9 de octubre de 2001.

—, *Caso Sandoval*, rol 517 de 2004.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Hoffman Plastics Compound, Inc vs. National Labour Relations Board (nlrb)*, 27 de marzo de 2002.

—, *Randon Bragdon vs. Sidney Abbott et al.*, junio 25 de 1998,

—, *Phillips vs. Martin Marietta Corp.*, 1971.

Court of Appeals, Fifth Circuit, *Jefferies vs. Harris County Community Action Association*, 1980.

—, Ninth Circuit, *Lam vs. University of Hawaii*, 40 F.3d 1551, 1994.

—, Ninth Circuit, *Hicks vs. Gates Rubber Company*, 1987

—, Second Circuit, *Alliance for Open Society Internationalinc, Plaintiff, vs. USAID*, agosto 8 de 2008.

— of Georgia, *Adem vs. The State*, 04-B-01291-5, 2 de noviembre de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *NA y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, exp. núm. 14.625, 14 de agosto de 1998.

Referencias normativas y jurisprudenciales

—, *Cruz del Valle Bermúdez y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, exp. núm. 15.789, 15 de julio de 1999.

Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico, Colombia, sentencia de 24 de julio de 2008.

STF (Supremo Tribunal Federal de Brasil), arguição de descumprimento de preceito fundamental 45/2004.

—, arguição de descumprimento de preceito fundamental 45, relator ministro Celso Mello, julgada em 29/04/04, DJ, 04/05/2004, consulta 10 may 2011, disponible en <http://www.stf.jus.br>

—, suspensões de tutela antecipada 175, 211 y 278.

—, suspensões de segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355.

—, suspensão de liminar 47, ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, 16 de março de 2010.

TC (Tribunal Constitucional de Chile), rol 976-2007, sentencia de 26 de junio de 2008.

—, rol 1218-2008, sentencia de 7 de julio de 2009.

—, rol 1287-2008, sentencia de 8 de septiembre de 2009.

—, rol 1273-2008, sentencia de 20 de abril de 2010.

—, rol 1710, 6 de agosto de 2010, c.j. 120.

Tribunal Industrial de Botswana, *Diau vs. Botswana Building Society (BBS)*, caso IC 50/03, 2003.

Tribunal Constitucional de Perú, exp. núm. 2945-2003-AA/TC, 20 de abril de 2004.

—, exp. núm. 2016-2004-AA/TC, 5 de octubre de 2004.

Tribunal Superior de Sudáfrica, *Perreira v Buccleuch Montessori Pre-School and Primary (Pty)*, caso N° 4377/02, 2003.

Tribunal Supremo de la Judicatura de Bombay (India), *A, C & Ors. vs. Union of India & Ors.*, writ petition N° 1322, 1999.

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

ORGANISMOS INTERNACIONALES

Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación 241/01, 2003, *African Human Rights Law Review*, núm. 96.

Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Malawi African Association and others vs. Mauritania*, comunicados 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 y 210/98, 2000, sentencia de 11 de mayo de 2005.

Comité DESC, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, observación general 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

—, La índole de las obligaciones de los Estados parte, observación general 3, E/1991/23, 1990, Ginebra.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, No discriminación, observación general 18, 1989.

Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, recomendación general 32, 2009.

—, recomendación general 25, relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, 2000.

Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial a México, CERD/C/MEX/CO/15, 4 de abril de 2006.

Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 14, 1990.

Committee on Improving the Quality of Health Care Globally, *Crossing the Global Quality Chasm: Improving Health Care Worldwide*, Washington, The National Academies Press, 2018.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 190, miércoles 17 de marzo de 1976, consulta 15 abr 216, disponible

Referencias normativas y jurisprudenciales

en [file:///C:/Users/lgaldamez/Downloads/Tomo_VI_Comision_Ortuzar%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lgaldamez/Downloads/Tomo_VI_Comision_Ortuzar%20(1).pdf)

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Ley Federal Alemana de Igualdad de Trato)

CIDH, Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México, informe 53/01, caso 11.565, abril 4 de 2001.

—, Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador, informe 27/09, Fondo, caso 12.249, marzo 20 de 2009.

—, María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú, solución amistosa, informe 71/03, petición 12.191, 10 de octubre de 2003.

Colección de Tratados de las Naciones Unidas, disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en

Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03. 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.

—, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8.

—, Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9.

—, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10.

—, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5.

—, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

- personal interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.
- , Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), opinión consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22.
- Delivering Quality Health Services: A Global Imperative for Universal Health Coverage, Suiza, OMS-OCDE-Banco Mundial, 2018.
- Directrices de Maastricht sobre las Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997.
- Informe sobre Desarrollo Humano, El ascenso del sur: progreso humano en un mundo diverso. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, 2013, disponible en http://www.undp.org/content/dam/venezuela/docs/undp_ve_IDH_2013.pdf
- OMS, *Alma-Ata 1978. Atención Primaria de Salud*, Suiza, Organización Mundial de la Salud, 1978.
- , *Global Reference List of 100 Core Health Indicators (plus health-related SDGs)*, Suiza, Organización Mundial de la Salud, ed. de 2018, disponible en <http://www.who.int/healthinfo/indicators/2018/en/>
- , La globalización, el acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a los productos farmacéuticos. Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS, núm. 3, 2001.
- , “25 questions and answers on health and human rights”, 2002.
- ONU, Asamblea General, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Nota del secretario general, A/61/338, 2006, disponible en <http://www.un.org/ga/61/third/documentslist.shtml>

Referencias normativas y jurisprudenciales

- , Consejo Económico y Social. Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 2001, disponible en <http://daccessdds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/143/48/PDF/G0114348.pdf?OpenElement>
- , El derecho a la vida, Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), observación general 6, 1982.
- Organización Panamericana de la Salud, Informe Quinquenal 2013-2017, Oficina Regional de la OMS, disponible en <https://www.paho.org/annual-report-2017/Espanol.html#chapter1>
- Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Cuestiones indígenas –derechos humanos y cuestiones indígenas– Misión a México, E/CN.4/2004/80/Add.2, 23 de diciembre de 2003.

ORDENAMIENTO JURÍDICO

- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.
- Carta Social Europea.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966, disponible en <https://treaties.un.org/>

Principios de Limburgo de 1986.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”.

Interamericanización del derecho a la salud
Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH
de Mariela Morales Antoniazzi y Laura Clérico
se terminó de imprimir en enero de 2019,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos

JOAQUÍN A. MEJÍA RIVERA

Impacto de la corrupción de los derechos humanos

CARLOS TABLANTE

MARIELA MORALES ANTONIAZZI (EDITORES)

*Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción,
por insuficiencia y por regresión*

Miradas locales, interamericanas y comparadas

LAURA CLÉRICO

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos

FELIPE GONZÁLEZ MORALES

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

Entre la libertad y la igualdad

Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez

JORGE CERDIO,

PABLO DE LARRAÑAGA

PEDRO SALAZAR (COORDS.)

(En coedición con el Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM)

*Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs
en la jurisprudencia interamericana*

El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

MARIELA MORALES ANTONIAZZI

ROGELIO FLORES PANTOJA (COORDS.)

INTERAMERICANIZACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

PERSPECTIVAS A LA LUZ DEL CASO POBLETE DE LA CORTE IDH

El caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* representa un hito en la jurisprudencia interamericana: constituye la primera ocasión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara una violación directa y autónoma del derecho a la salud, que tradicionalmente se había tutelado por vía de la conexidad con derechos civiles y políticos, sobre todo los derechos a la vida o a la integridad personal.

Esta obra profundiza en el estudio de dicho caso, comprendiendo no solo la mirada de los avances en materia de derechos sociales en los Estados de la región y el Sistema Interamericano, sino también examinando a su par europeo. Ofrece una valiosa conjunción de trabajos de académicas y académicos de la región interamericana y europea, presentados en tres partes: en la primera se abordan los *Enfoques en derechos sociales: hacia la interamericanización del derecho a la salud*; en la segunda parte, las *Perspectivas comparadas*; y finalmente, en la tercera, los *Textos y contextos: el derecho a la salud a propósito de Poblete Vilches*. Con ello, se hace una contribución acerca del sentido de las sentencias que sobre la materia se desarrollan en América y Europa y se facilita la identificación de las tendencias hacia la convergencia, divergencia o la emergencia de particularidades muy propias de cada uno de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

En suma, la obra presenta valiosas contribuciones para reforzar los estándares del caso *Poblete Vilches*, incluyendo perspectivas críticas y constructivas, enriquecedoras para todo aquel que se interese en el conocimiento y progresión de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en nuestra región interamericana y en otras latitudes.

ISBN 978-607-7822-48-6



9 786077 822486



QUERÉTARO
ESTÁ EN NOSOTROS



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO