

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Mary Beloff\*

Virginia Deymonnaz\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

Prácticamente todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos —convencionales y no convencionales, regionales y universales— reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental;<sup>1</sup>

---

\* Abogada graduada con honores por la Universidad de Buenos Aires (UBA). *Magister Legum* por la Universidad de Harvard y doctora en Derecho Penal por la UBA. Actualmente es profesora titular de la Facultad de Derecho de la misma Universidad y directora del proyecto de investigación UBACyT.

\*\* Abogada y maestranda en Derecho Penal por la UBA. Auxiliar docente de Derecho Penal y Procesal Penal e investigadora en la UBA.

<sup>1</sup> El Estatuto (*Constitution*) de la Organización Mundial de la Salud (OMS, art. 1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 12); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, art. 24); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, art. 10), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, art. 25) reconocen el derecho de toda persona *al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, art. XI) reconoce el derecho a la preservación

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

sin embargo, a excepción del documento constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS),<sup>2</sup> ninguno de ellos proporciona una definición precisa de un concepto —a la vez tan accesible a la comprensión generalizada y tan difícil de describir normativamente—<sup>3</sup> como “la salud”.

---

de la salud y el bienestar; la Declaración de los Derechos del Niño reconoce el derecho de todo niño a una atención médica adecuada (principio 4), así como a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física (principio 5); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) protege el derecho a la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo (art. 11), y establece que los Estados deben asegurar el acceso a la atención médica en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (art. 12), y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial reconoce el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico (art. 5).

<sup>2</sup> La OMS define a la salud como “[...] un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, (art. 1 de la Carta Constitutiva del organismo). Una definición tan abarcativa ha sido criticada como un estándar irrazonable: “An attempt to capture the ordinary meaning of the term ‘health’ will inevitably prove contentious given the range of possible meanings attributable to this term [...] this definition was not adopted in article 24 of the CRC or article 12 of the ICESCR. Moreover, despite the fact the neither instrument contains a definition of health, it is questionable whether the WHO approach is the appropriate definition for health for the purposes of the CRC or ICESCR. Indeed, commentators have expressed concern that its focus on ‘well-being’ is so broad as to constitute an unreasonable standard for human rights, policy and law”. *Cfr.* Tobin, John, “Article 24. The right to health”, en Tobin, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 908.

<sup>3</sup> “However, the transformation of such a moral and political aspiration into an international legal standard has not guaranteed its legitimacy nor has it provided international consensus with respect to its substantive content. Thus, it has been alleged that ‘one would be hard pressed to find a more controversial or nebulous human right than the ‘the right to health’ which ‘is characterized by conceptual confusion’ as well as a lack of effective implementation. If accurate, this characterization presents a significant problem for projects which seek to deploy the right to health as a strategy to influence health outcomes and indeed for states seeking to implement their obligations under article 24 of the Convention. In more recent years however, significant work has been done to ‘unpack’ various aspects of the right to health by bodies”. *Cfr.* Tobin, John, *op. cit.*, p. 904.

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

Ello demuestra el consenso mundial que existe respecto del carácter fundamental de este derecho, con independencia de las dificultades que se plantean a la hora de lograr un acuerdo generalizado en relación con su contenido y alcances específicos (sobre todo en temas que presentan enfoques claramente diferentes en función de las particularidades culturales y religiosas).

Esta amplitud explica y justifica también los esfuerzos de los diversos organismos internacionales por determinar su contenido junto con los deberes estatales que son su contracara.<sup>4</sup>

Entre ellos se destaca, en nuestro ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Si bien en algún voto concurrente había sido alegada una vulneración directa y autónoma al derecho a la salud,<sup>5</sup> solo recientemente, en

---

<sup>4</sup> Entre otros: i) Comité de los Derechos del Niño: Observación general 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño; Observación general 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la CDN; Observación general 9 (2007), Los derechos de los niños con discapacidad; Observación general 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1); Observación general 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24); Observación general 20 (2016) sobre la aplicación de los derechos del niño durante la adolescencia; Observación general 21 (2017) sobre los niños de la calle; ii) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Observación general 3 (2016), Artículo 6: Mujeres y las niñas con discapacidad y Observación general 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad; iii) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación general 5 (1995), Personas con discapacidad; Observación general 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12); Observación general 22 (2016) relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12), y iv) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Recomendación general 14 (1990), Circuncisión femenina; Recomendación general 15 (1990), Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida); Recomendación general 19 (1992), La violencia contra la mujer; Recomendación general 24 (1999), Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-La mujer y la salud.

<sup>5</sup> Puede consultarse el voto concurrente de la jueza Macaulay en Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Re-

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, por primera vez el Tribunal determinó la responsabilidad de un Estado por la vulneración autónoma del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).<sup>6</sup>

En línea con la definición de la OMS, este Tribunal ha sostenido que la salud es un “derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos”, y que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral”. Para lograrlo, recomienda a los Estados, que tienen el deber de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales, garantizar una prestación médica de calidad y eficaz, así como impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud.<sup>7</sup>

Ese deber parece intensificarse en las etapas más tempranas de la vida. Ello así, puesto que también existe consenso respecto de que toda persona menor de 18 años (niño, de acuerdo con el derecho internacional)<sup>8</sup> es esencialmente vulnerable<sup>9</sup> dada su

---

paraciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, así como el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260, y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298. En estos, los mencionados jueces se pronunciaron a favor de evaluar las violaciones al derecho a la salud en forma automática y directa a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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. 118, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 105.

<sup>8</sup> Cfr. CDN, art. 1.

<sup>9</sup> Cfr. Beloff, Mary, *Derecho de los niños. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018. Garzón Valdés ha deno-

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

condición fenomenológica,<sup>10</sup> vulnerabilidad esencial que justifica la existencia de deberes particulares por parte de la familia, la sociedad y del Estado orientados a compensarla con medidas especiales de protección que incluyen la garantía del derecho a la salud de niñas y niños.<sup>11</sup>

Este comentario tiene pues como propósito el analizar la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH relacionada con el derecho a la salud, en particular cuando se trata de un grupo especialmente vulnerable como el de niñas y niños.

### II. EL DERECHO DE LOS NIÑOS A SU PROTECCIÓN ESPECIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Desde el punto de vista normativo, el derecho de los niños a su protección especial surge, por todos, del artículo 19 de la CADH, que establece que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.<sup>12</sup>

---

minado a esta vulnerabilidad esencial como absoluta o radical. *Cfr.* Garzón Valdés, Ernesto, “Desde la modesta propuesta de ‘Swift’ hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, vol. II, núms. 15 y 16, 1994, pp. 731 y 743.

<sup>10</sup> Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que: “[...] a nivel universal, se consideran vulnerables todos los niños hasta los 18 años de edad, porque no han concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico [...]”, Observación general 13 (2011), El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 72 f.

<sup>11</sup> *Cfr.* CADH, art. 19 (Derechos del niño). Asimismo, Beloff, Mary, *op. cit.*

<sup>12</sup> Este derecho ha sido reconocido tanto en el ámbito universal como regional. Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse: A) Ámbito universal: i) Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales; Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria); Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto; Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo); Convenio sobre las prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, entre otros. ii) Organización de las Nacio-

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

En la primera oportunidad en la que interpretó este artículo, la Corte IDH entendió que:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.<sup>13</sup>

De esa forma, conectó al sistema regional con el universal de un modo desconocido con anterioridad.

---

nes Unidas (ONU): a) Declaraciones: DUDH (art. 25.2); Declaración de los Derechos del Niño; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado; Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; b) Convenciones y pactos: Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV, arts. 14, 17, 23, 24, 38, 50, 89, 94 y 132); PIDESC (arts. 10.3 y 12.2.a); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, arts. 6.5., 10, 14.4, y 24); CEDAW (arts. 5, 9, 11, 12 y 16); CDN y sus Protocolos Facultativos; Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción, entre otros. B) Organización de los Estados Americanos (OEA): a) Declaraciones: DADDH (arts. VII y XXX); b) Convenciones: CADH (arts. 4.5., 5.5., 13.4, 17, y 27); Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de Menores; Protocolo de San Salvador (art. 16); Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará, art. 9), entre otros.

<sup>13</sup> Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 194. En este sentido, sostuvo que: “El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”; Corte IDH. OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consultar en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 115. De esta forma, la expresión *corpus iuris* se utiliza para aludir no solo a las normas, a los tratados y declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas.

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

El Tribunal sostuvo que el derecho de los niños a su protección especial se basa en el reconocimiento que los Estados deben tomar, de acuerdo con la particular circunstancia vital que determina su mayor vulnerabilidad,<sup>14</sup> medidas especiales adicionales a las que, en un caso equivalente, correspondería adoptar respecto de un adulto.<sup>15</sup>

Las decisiones plantean que estas medidas especiales deben ser ponderadas en relación con la situación particular en la que se encuentre la niña o el niño.<sup>16</sup> En otras palabras, si a la vulnerabilidad propia de la condición existencial de la niñez se le agregan otros factores críticos producto, entre otros, del contexto familiar o social, la extrema exclusión social,<sup>17</sup> el origen

---

<sup>14</sup> Corte IDH. OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 8: “[...] vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos [...]”.

<sup>15</sup> Cfr. Corte IDH. OC-17/02, *cit.*, párrs. 53, 54, 60 y 62; *Caso Niños de la Calle, cit.*, párr. 146; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110, párr. 164; *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, párr. 147; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 408; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277, párr. 133, entre muchos otros.

<sup>16</sup> Cfr. Corte IDH. OC-17/02, *cit.*, párr. 61.

<sup>17</sup> Por mencionar algunos ejemplos: Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, cit.*, párr. 262, en el que, al momento de determinar las reparaciones, la Corte consideró que había niños que se encontraban en “[...] un estado manifiesto de pobreza y que han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos”. *Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 154, en el cual, la Corte sostuvo que de las obligaciones generales (*cfr.* arts. 1.1. y 2 CADH) derivan deberes especia-

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

étnico,<sup>18</sup> la condición de género,<sup>19</sup> encontrarse bajo la custodia del Estado<sup>20</sup> o alguna necesidad especial (p. ej., derivada de alguna discapacidad),<sup>21</sup> los deberes estatales hacia la niña o el niño

---

les, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez. En *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, cit., párrs. 201 y 243, la Corte relacionó la discapacidad con la pobreza y exclusión social.

<sup>18</sup> En *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, y *Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282, se constató que muchas de las personas haitianas sufren condiciones de pobreza y marginalidad derivada de su estatus legal y de la falta de oportunidades.

<sup>19</sup> Pueden consultarse, entre otros, Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otras vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit., y *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, cit.

<sup>20</sup> Pueden consultarse, entre otros, Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, cit.; *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260; y las Resoluciones sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" de la Fundação CASA.

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, cit., párrs. 124 y 134, en el cual, la Corte sostuvo que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que resulta imperativo adoptar medidas positivas determinadas en función de las necesidades particulares de protección de la persona de que se trate, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre, en el mencionado caso, por su discapacidad. Sostuvo que las violaciones de derechos consagrados en la CADH debían enmarcarse dentro del hecho de que Sebastián Furlan era un niño al momento del accidente y de que, posteriormente, dicho accidente había desencadenado que deviniera un adulto con discapacidad. En este sentido, consideró que las presuntas violaciones debían ser analizadas a la luz: i) del *corpus iuris* internacional de protección de los niños y las niñas, y ii) de los estándares internacionales sobre la protección y garantía de los derechos de personas con discapacidad. En *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párrs. 193, 290, 291, entre otros, la Corte consideró que habían confluído de forma intersectorial múltiples factores de vulnerabilidad y de riesgo de discriminación asociados con la condición de mujer, de niña, la extrema pobreza y la condición de niña con VIH de Talía.



## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

que se encuentre en tales situaciones como resultado de las diferentes *capas* de vulnerabilidades que influyen sobre su condición se intensifican.

### III. EL DERECHO A LA SALUD DE NIÑAS Y NIÑOS

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce su derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud”,<sup>22</sup> así como “a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, y dispone que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social (arts. 24 y 25).<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párr. 23: “La noción de ‘más alto nivel posible de salud’ tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas, sociales, culturales y económicas previas del niño como los recursos de que dispone el Estado, complementados con recursos aportados por otras fuentes, entre ellas organizaciones no gubernamentales, la comunidad internacional y el sector privado [...]”. En sentido similar, puede consultarse Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit.*, párr. 9. Este principio ha sido objeto de crítica: “Such an approach is practical given that no State is capable of guaranteeing the health of any individual. Thus, the entitlement of children under article 24 is not a right to be guaranteed health by the state but rather an entitlement to enjoy conditions that will maximize the potential for a child to enjoy his or her health in light of his or her personal circumstances and the resources available to a state”. *Cfr.* Tobin, John, *op. cit.*, p. 908.

<sup>23</sup> CDN, art. 24: “2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), los servicios y programas de salud deben cumplir con los siguientes requisitos: *i)* disponibilidad;<sup>24</sup> *ii)* accesibilidad;<sup>25</sup> *iii)* aceptabilidad,<sup>26</sup> y *iv)* calidad.<sup>27</sup>

---

la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo". La protección del derecho a la salud de los niños ha sido reconocida también por la Declaración de los Derechos del Niño, Principios 2, 4, y 5; la DUDH, art. 25; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en especial, arts. 7, 18.2, 23, 24, 25, 28.2.b y 30.5.d.

<sup>24</sup> Ello implica contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos, centros de atención y programas de salud (*Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párr. 113; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit.*, párr. 12.a).

<sup>25</sup> Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. El elemento de accesibilidad presenta cuatro dimensiones: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica/asequibilidad, y accesibilidad de la información (*Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párr. 114, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit.*, párr. 12.b).

<sup>26</sup> Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de "[...] la ética médica y culturalmente apropiados", de la confidencialidad, sensibles a una perspectiva de género, y deben mejorar el estado de salud de las personas (*Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párr. 115, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit.*, párr. 12.c).

<sup>27</sup> Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista cultural, científico y médico y de buena calidad —personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas—. (*Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párr. 116; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit.*, párr. 12.d)

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

El derecho a la salud comprende derechos y libertades que, en el caso de los niños, adquieren un matiz especial<sup>28</sup> (entre otros, el derecho a controlar el cuerpo y la salud, a la libertad sexual y reproductiva,<sup>29</sup> a la intimidad,<sup>30</sup> a no padecer injerencias, a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales, a recibir información adecuada<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párr. 24: “El derecho del niño a la salud consta de una serie de libertades y derechos. Entre las libertades, de importancia creciente a medida que aumentan la capacidad y la madurez, cabe mencionar el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva para adoptar decisiones responsables. Los derechos se refieren al acceso a una amplia gama de instalaciones, bienes, servicios y condiciones que ofrezcan a cada niño igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

<sup>29</sup> Comité DESC, Observación general 22, *cit.*, párr. 44: “Los Estados tienen la obligación de velar por que los adolescentes tengan pleno acceso a información adecuada sobre la salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar y los anticonceptivos, los riesgos del embarazo precoz y la prevención y el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, como el VIH/SIDA, independientemente de su estado civil y del consentimiento de sus padres o tutores, con respeto de su privacidad y confidencialidad”. Puede consultarse también, entre otros, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párrs. 58 y 61, así como Observación general 20, *cit.*, párrs. 59 y 61, entre otras.

<sup>30</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 4, *cit.*, párr. 11: “Al objeto de promover la salud y el desarrollo de las adolescentes, se alienta asimismo a los Estados Partes a respetar estrictamente el derecho a la intimidad y la confidencialidad incluso en lo que hace al asesoramiento y las consultas sobre cuestiones de salud (art. 16). Los trabajadores de la salud tienen obligación de asegurar la confidencialidad de la información médica relativa a las adolescentes, teniendo en cuenta principios básicos de la Convención. Esa información solo puede divulgarse con consentimiento del adolescente o sujeta a los mismos requisitos que se aplican en el caso de la confidencialidad de los adultos. Los adolescentes a quienes se considere suficientemente maduros para recibir asesoramiento fuera de la presencia de los padres o de otras personas, tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales, e incluso tratamiento confidencial”.

<sup>31</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 4, *cit.*, párr. 10: “[...] el derecho de los adolescentes a tener acceso a información adecuada es fundamental si los Estados Partes han de promover medidas económicamente racionales, incluso a través de leyes, políticas y programas, con respecto a numerosas situaciones relacionadas con la salud, como las incluidas

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

y a recibir educación sexual acorde con su edad, género y capacidades).<sup>32</sup>

Este matiz especial requiere considerar, entre otros factores, la edad del niño<sup>33</sup> (puesto que los derechos durante la primera infancia no pueden ser ejercidos ni pueden tener idéntico contenido respecto de un adolescente de 15 o 16 años);<sup>34</sup> la condición de género,<sup>35</sup> ya que esta influye críticamente en la forma en que se

---

en los artículos 24 y 33 relativas a la planificación familiar, la prevención de accidentes, la protección contra prácticas tradicionales peligrosas, con inclusión de los matrimonios precoces, la mutilación genital de la mujer, y el abuso de alcohol, tabaco y otras sustancias perjudiciales”.

<sup>32</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 20, *cit.*, párrs. 59-61.

<sup>33</sup> Entre otros, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 27.

<sup>34</sup> El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general 7 (2005), *cit.*, párr. 36, sostuvo que: “[...] los niños pequeños necesitan una consideración particular debido al rápido desarrollo que experimentan; son más vulnerables a la enfermedad, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y se encuentran relativamente impotentes para evitar o resistir las dificultades, dependiendo de otros para que les ofrezcan protección y promuevan su interés superior”. Por otro lado, en la Observación general 4, *cit.*, párr. 2, indicó que: “La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre estos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad [...]”. Asimismo, en la Observación general 20, *cit.*, párr. 13, agregó que: “Si bien la adolescencia se caracteriza en general por una mortalidad relativamente baja en comparación con otras franjas etarias, el riesgo de muerte y enfermedad durante la adolescencia es real, entre otras razones por causas evitables, como partos, abortos peligrosos, accidentes de tránsito, infecciones de transmisión sexual, como el VIH, violencia interpersonal, enfermedades mentales y suicidios, todas las cuales están asociadas con determinados comportamientos y requieren una colaboración intersectorial”.

<sup>35</sup> El Comité de los Derechos del Niño instó a los Estados “[...] a que adopten políticas de salud sexual y reproductiva para los adolescentes que sean

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

garantizará (la Corte IDH ha reconocido que las niñas son un grupo especialmente vulnerable),<sup>36</sup> así como otras particularidades, como el contexto económico-social, por nombrar alguna.

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, el derecho del niño a la salud “no solo es importante en sí mismo”, sino que “es indispensable para el disfrute de todos los demás derechos contemplados en la Convención [sobre los Derechos del Niño]”. Además, “el logro del derecho del niño a la salud depende de la realización de otros muchos derechos enunciados en la Convención”.<sup>37</sup>

De esta forma, el derecho a la salud se relaciona, entre otros, con la prohibición de discriminación (art. 2);<sup>38</sup> con el interés superior del niño (art. 3);<sup>39</sup> con los derechos a la supervivencia y al

---

amplias, incluyan una perspectiva de género, sean receptivas a las cuestiones relativas a la sexualidad, y subraya que el acceso desigual de los adolescentes a la información, los productos básicos y los servicios equivale a discriminación. La falta de acceso a esos servicios contribuye a que las adolescentes sean el colectivo de mujeres con mayor riesgo de morir o de sufrir lesiones graves o permanentes durante el embarazo y el parto [...]. (Observación general 20, *cit.*, párr. 59).

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 13, párr. 134. La Corte señaló: “[...] el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable.”

<sup>37</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párrs. 2 y 7. El mencionado Comité interpretó al derecho a la salud “[...] como derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud. El enfoque integral en materia de salud sitúa la realización del derecho del niño a la salud en el contexto más amplio de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.”

<sup>38</sup> Entre otros, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párrs. 8 y 11.

<sup>39</sup> *Ibidem*, párrs. 12 y 15; Observación general 14, *cit.*, párrs. 77 y 78.

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

desarrollo (art. 6);<sup>40</sup> a ser escuchado (art. 12);<sup>41</sup> a un nivel de vida adecuado (art. 27), y a la protección del niño contra todo tipo de violencia (arts. 19, 34 y 39).<sup>42</sup>

La protección de los derechos humanos, incluido el derecho a la salud del niño, impone a los Estados tres tipos o niveles de obligaciones: *i*) la de respetar los derechos y las libertades (abstenerse de injerir directa o indirectamente en el disfrute de la salud); *ii*) la de protegerlos “de terceros o de amenazas sociales o ambientales” (adoptar medidas positivas) y, finalmente, *iii*) la de “hacer efectivos los derechos mediante facilitación o concesión directa”<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párrs. 16 y 18.

<sup>41</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 12, *cit.*, párrs. 98 y 104, y Observación general 15, *cit.*, párr. 19.

<sup>42</sup> *Cfr.* Tobin, John, *op. cit.*, p. 906: “Implementation of the obligation to protect children against all forms of violence under article 19 and the various forms of exploitation and harm against which children are to be protected under articles 32-37, is critical if threats to a child’s health are to be averted. The obligation under 39 to provide reintegration and rehabilitation for children who are victims of abuse and violence is also deeply interconnected with the right to health [...] Moreover, civil and political rights such as the right to information under article 15 and the right to respect for private life under article 16, which extends to physical and bodily integrity, are also linked to article 24 insofar as they relate to issues about children’s right to free and informed consent to medical treatment. Thus, an understanding of the meaning of article 24 must not take place in isolation from and must be informed by the other provisions of the Convention. At the same time, given the potential scope of the right to health is it important to guard against the inflation of this right in a way that fails to recognize the independent role and importance of these other rights that overlap with the right to health”.

<sup>43</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párrs. 71 y 73. Puntualmente, el Comité indicó que dentro de las obligaciones generales se encuentran las siguientes: “a) Revisar el entorno jurídico y normativo nacional y subnacional y, cuando proceda, enmendar las leyes y políticas; b) Garantizar la cobertura universal de servicios de calidad de atención primaria de salud, en particular en la esfera de la prevención, la promoción de la salud, los servicios de atención y tratamiento y los medicamentos básicos; c) Dar respuesta adecuada a los factores subyacentes que determinan la salud del niño, y d) Elaborar, ejecutar, supervisar y evaluar políticas y planes de acción presupuestados que conformen un enfoque basado en los derechos humanos para hacer efectivo el derecho del niño a la salud”. Sobre las responsabilidades de los agentes no estatales, pueden consultarse los párrs. 75 y 85.

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

(adoptar medidas de carácter legislativo,<sup>44</sup> administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud).<sup>45</sup>

### IV. EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La Corte IDH, en ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva, ha relacionado el derecho a la salud con otros derechos, al resolver casos que involucraron a niñas y niños con alguna discapacidad,<sup>46</sup> portadores de VIH,<sup>47</sup> privados de su libertad,<sup>48</sup> pertenecientes a comunidades indígenas<sup>49</sup> y/o migrantes.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, párrs. 94 y 95.

<sup>45</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit.*, párr. 33. Véanse Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párr. 73 y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit.*, párrs. 43 y 47. El Comité DESC distinguió entre la incapacidad y la renuencia por parte del Estado a cumplir con sus obligaciones: “Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas *supra*. Cabe señalar sin embargo que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas [...], que son inderogables”.

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, *cit.*

<sup>47</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.*

<sup>48</sup> Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, *cit.*, y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*

<sup>49</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *cit.*; *Comunidad indígena Xáxmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *cit.*, entre otros.

<sup>50</sup> Corte IDH. OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

### 4.1. El derecho a la vida (vida digna)

De acuerdo con la Corte IDH, el derecho a la vida (art. 4 CADH)<sup>51</sup> es el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos.<sup>52</sup>

Desde la primera decisión en la que interpretó el artículo 19 de la Convención Americana, en el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, la Corte IDH comenzó a desarrollar el contenido del derecho a una “vida digna” como el derecho a que se generen las condiciones materiales necesarias que permitan desarrollar una existencia digna.<sup>53</sup> El Tribunal

---

Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párrs. 256 y 261. En relación con niños solicitantes de asilo, la Corte determinó que el Estado es responsable de brindarles protección y cuidado de manera especial durante el tiempo que dure la toma de decisión. Estas obligaciones implican asegurarle vivienda y comida, así como *acceso a la salud*, atención psicosocial y educación. Para ello, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a los niños un acceso efectivo a ellos que permita considerar su situación específica.

<sup>51</sup> La CADH (art. 4) garantiza no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino además “el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida”. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 169, entre otros.

<sup>52</sup> Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle”*, cit., párr. 144, entre muchos otros.

<sup>53</sup> *Idem*. “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida *comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna*. Los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de aquel y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” (cursivas añadidas). Asimismo, voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 1: “El párrafo 144 de la presente Sentencia, a nuestro juicio, refleja con fidelidad el estado actual de evolución del derecho a la vida en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y bajo la Convención Americana sobre De-



## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

fijó una regla fundamental al señalar que el derecho a la vida no solo debe ser interpretado en la forma clásica (como derecho de defensa), en el sentido de que los Estados deben abstenerse de interferir y de privar a sus habitantes arbitrariamente de la vida, sino que, además, debe abarcar la obligación estatal (como deber de prestación positiva) de garantizar a los niños mínimos existenciales que les aseguren condiciones dignas y oportunidades para realizar sus proyectos de vida.<sup>54</sup>

Si bien no determinó cómo el Estado debe garantizar esos derechos, sostuvo que la educación y *el cuidado de la salud de los niños* “[...] suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”.<sup>55</sup>

Por ejemplo, al decidir un caso que involucraba a una niña con VIH, el Tribunal sostuvo que el daño a la salud provocado por la gravedad de la enfermedad, así como el riesgo de mayores afectaciones a lo largo de la vida de la menor, constituía una vulneración del derecho a la vida, debido al peligro de muerte que había enfrentado o podía llegar a enfrentar la víctima.<sup>56</sup> Por ello, determinó que el Estado había incumplido la obligación negativa

---

rechos Humanos (art. 4) en particular. Afirma el carácter fundamental del derecho a la vida, que, además de inderogable, requiere medidas positivas de protección por parte del Estado (art. 1.1 de la CADH)”. Sobre el tema, puede consultarse Beloff, Mary y Clérico, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana”, *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año XIV, núm. 1, 2016, pp. 139-178.

<sup>54</sup> Corte IDH. *Caso de los Niños de la Calle*, cit. Voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 8: “Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana [...]”.

<sup>55</sup> Corte IDH. OC-17/02, cit., párr. 86, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párr. 258, entre otros.

<sup>56</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 190.

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de la niña en una entidad privada.<sup>57</sup>

En relación con los niños privados de su libertad, sostuvo que el deber estatal de asegurar condiciones de vida digna se refiere a aquellas mientras los menores de edad se encuentran privados de libertad bajo la custodia del Estado.<sup>58</sup> Entre esos deberes, dio prevalencia al de proveerlos de *salud* y educación, para asegurarse de que la detención no destruirá sus proyectos de vida.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 191, así como el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 3: “En el presente caso la declaración de la violación del ‘derecho a la vida’ tuvo la particularidad de involucrar una argumentación que va mucho más allá del concepto de ‘vida digna’ y que involucra un análisis de circunstancias extremas como las del presente caso, donde los hechos generadores de responsabilidad internacional están asociados a un riesgo grave para la vida de Talía Gonzales Lluy, riesgo con el que tendrá que vivir durante toda su vida. La declaración de la responsabilidad estatal tuvo en cuenta el contexto particular de vulnerabilidad enfrentado por la familia Lluy y las condiciones particulares de Talía en tanto mujer, niña, pobre y persona con VIH”.

<sup>58</sup> Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, cit., párr. 160.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párrs. 161, 176 y 177. Véanse, además, párrs. 167-175: “El Estado no cumplió efectivamente con su labor de garante en esta relación especial de sujeción Estado-adulto/niño privado de libertad, al no haber tomado las *medidas positivas necesarias y suficientes para garantizarles condiciones de vida digna* a todos los internos y tomar las *medidas especiales que se requerían para los niños*. Más aún, fue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos del Instituto a un trato cruel, inhumano y degradante, así como a *condiciones de vida indigna que afectaron su derecho a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida [...]*” (cursivas añadidas). De forma complementaria, sostuvo que: “El Estado, además de no crear las condiciones y tomar las medidas necesarias para que los internos del Instituto tuvieran y desarrollaran una vida digna mientras se encontraban privados de libertad y además de no cumplir con sus obligaciones complementarias respecto de los niños, mantuvo al Instituto en condiciones tales que posibilitó que se produjeran los incendios y que estos tuvieran terribles consecuencias para los internos, a pesar de las diversas advertencias y recomendaciones dadas por organismos internacionales y no gubernamentales respecto del peligro que esas condiciones entrañaban [...]”.

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

Por otro lado, relacionó las condiciones de extrema vulnerabilidad de comunidades indígenas con la afectación al desarrollo de sus niños, e indicó que la falta de una alimentación adecuada había alterado su desarrollo, aumentado los índices normales de atrofia en su crecimiento y ocasionado altos índices de desnutrición.<sup>60</sup>

Asimismo, sostuvo que las mujeres en estado de gravidez requerían medidas de especial protección, que la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres embarazadas o posparto “son causas de alta mortalidad y morbilidad materna”, razón por la cual los Estados deben: *i*) adoptar políticas de salud adecuadas, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y posparto adecuados, y *ii*) contar con personal capacitado para la atención de los nacimientos, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna.<sup>61</sup>

Por último, en relación con el deber de prevención del Estado,<sup>62</sup> sostuvo que las causas de la muerte de los niños se

---

<sup>60</sup> Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit., párr. 259: “[...] de la prueba aportada se desprende que para el 2007 los niños y niñas de la Comunidad ‘o no recibieron todas las vacunas, o no fueron vacunados según el estándar internacional, o no poseían certificación alguna referent[e] a las vacunas recibidas’ [...]”.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 233: “Respecto del derecho a la vida digna, la Corte IDH avanzó identificando las variables con las cuales mediría si el Estado cumplió con la obligación de generar condiciones de existencia digna y de respetar el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales. Estas variables se leen expresamente en clave de los DESC: *derecho de acceso al agua, a la alimentación, a la salud y a la educación*. En todos estos aspectos relevantes, las medidas estatales no fueron suficientes ni adecuadas. Este examen no ocurre en abstracto, sino teniendo en cuenta la acción estatal junto con sus efectos para revertir la situación de extrema vulnerabilidad de la comunidad y sus integrantes.” *Cfr.* Beloff, Mary y Clérico, Laura, *op. cit.*, p. 157 (cursivas añadidas).

<sup>62</sup> En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, el juez Ventura Robles, en su voto razonado, sostuvo: “He concurrido con mucha satisfacción con mi voto a la aprobación de la presente sentencia, por unanimidad, en el caso relativo a la Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, porque se produjo un cambio sustancial de criterio en la mayoría de la Corte, que en un caso idéntico, el de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Pa-

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

hubieran podido prevenir con una adecuada atención médica o asistencia por parte de la autoridad, dado que eran “todas enfermedades prevenibles, evitables y tratables a bajo costo”.<sup>63</sup>

---

raguay, no declararon violado el artículo 4.1 de la Convención en perjuicio de los miembros de dicha Comunidad que fallecieron como consecuencia de las condiciones de vida a las que estaban sometidos, lo que sí hicieron en el presente caso al declararse violado el artículo 4.1 (Derecho a la vida), en relación con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 19 (Derechos del niño), todos ellos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de las víctimas fallecidas [...]. Es significativo este cambio de criterio de la Corte ya que se trata de dos casos idénticos. Lo único que diferencia el caso de la Comunidad Yakye Axa al de la Comunidad Sawhoyamaya es el nombre de las víctimas, ya que todo lo demás es igual”. (párrs. 1 y 2). Asimismo, el juez García Ramírez, en su voto razonado (párr. 22), sostuvo que: “En el *Caso Yakye Axa*, la Corte se refirió a la violación del derecho reconocido en el artículo 4 de la Convención. Por mayoría de votos consideró, sin embargo, que carecía de elementos probatorios para atribuir al Estado responsabilidad por la muerte de diversas personas. Respetable decisión —tan respetable como la opinión discrepante— que no absolvía, sino se detenía ante el lindero que cada caso propone a la honrada reflexión del juzgador: la prueba. En el presente caso, en cambio, la Corte ha considerado unánimemente que existe la prueba necesaria y suficiente para establecer, una vez formada la convicción personal del juzgador, que las circunstancias en que se encontraban las víctimas determinaron la muerte de estas; *que en todos y cada uno de los supuestos mencionados por la sentencia hay elementos suficientemente convincentes —por encima de la duda que un juzgador de buena fe puede enfrentar— para considerar que la salud de las víctimas se quebrantó por la situación que padecían, que esta fue el producto directo de las condiciones de vida impuestas por los problemas de asentamiento y marginación en que se hallaban, y que finalmente trajeron como consecuencia inequívoca y directa el fallecimiento de aquellas; que esas circunstancias resultaron particularmente graves en el caso de menores de edad, que estaban —o debieron estar— bajo una tutela especial, más diligente; que el resultado de muerte es atribuible al Estado, no ya por la acción de sus agentes como ha ocurrido en otros casos, sino por la omisión —igualmente reprochable, porque implica incumplimiento de deberes estrictos— en prevenir ese resultado, perfectamente previsible, y en proveer lo necesario para impedirlo —provisión que se hallaba al alcance del mismo Estado; y que no es razonable desplazar hacia las víctimas la culpa por el resultado, en virtud de que el Estado contaba con los medios, como se ha dicho, para preverlo y evitarlo y tenía la obligación de hacerlo” (cursivas añadidas).*

<sup>63</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., párr. 171: “[...] la mayoría de los fallecidos en la Comunidad corresponde a ni-

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

### 4.2. El derecho a la integridad personal

La CADH reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica. Su vulneración “es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado”, y sus “secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”.<sup>64</sup>

La Corte afirmó que este derecho está directa e inmediatamente vinculado con la atención de la salud, por lo que la falta de atención médica adecuada puede traer aparejada una vulneración del artículo 5.1 de la CADH.<sup>65</sup> Sostuvo también que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno y la implementación de una serie de mecanismos tendentes a tutelar la efectividad de la regulación.<sup>66</sup>

Particularmente respecto de niños privados de su libertad, concluyó que el Estado debe asegurar la integridad personal de todo individuo que se encuentre bajo su custodia y que, como responsable de los establecimientos de detención y reclusión, tiene el deber de salvaguardar su salud y su bienestar, así como

---

ños y niñas menores de tres años de edad, cuyas causas de muerte varían entre enterocolitis, deshidratación, caquexia, tétanos, sarampión y enfermedades respiratorias como neumonía y bronquitis [...]”. En similar sentido, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit., párrs. 178 y 260. En el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, de los 13 miembros cuya muerte fue imputable al Estado, 11 eran niños; mientras que en el *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya* se le responsabilizó por el fallecimiento de 18 niños.

<sup>64</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 161, y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, cit., párr. 201, entre otros.

<sup>65</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lly y otros vs. Ecuador*, cit., párrs. 171, 197 y 198, y *Caso Suarez Peralta vs. Ecuador*, cit., párr. 130. La Corte insistió, entre otros, en la importancia del acceso a la información, a los fármacos antirretrovíricos, así como en un enfoque integral que comprenda “[...] una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo”. Pueden consultarse también Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración política sobre el VIH y el SIDA: intensificación de nuestro esfuerzo para eliminar el VIH y el SIDA, (2011), A/RES/65/277.

<sup>66</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lly y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 171, y *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 130, entre otros.

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

de garantizar “que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”.<sup>67</sup> En este sentido, la falta de atención médica adecuada a una persona bajo custodia del Estado puede vulnerar el derecho a la integridad personal,<sup>68</sup> consideradas las circunstancias concretas de la persona en particular, tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y/o su edad, entre otros.<sup>69</sup> Por eso, estos deberes se acentúan cuando se trata de un niño, quien debe disfrutar de mayores protecciones (aquellas que corresponden por su condición de menor de edad privado de la libertad).<sup>70</sup>

En este sentido, corresponde al Estado, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, proporcionar a los detenidos tanto revisión médica regular como atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se los requiera,<sup>71</sup> “toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia, más aún si se trata de niños”.<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C, núm. 287, párr. 198. En sentido similar, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*, párr. 203.

<sup>68</sup> *Cfr.* Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*, párr. 193. Asimismo, *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100, párr. 138: “La condición de garante del Estado con respecto al derecho a la integridad personal le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquel [...]”.

<sup>69</sup> *Cfr.* Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*, párr. 190. En similar sentido, *Caso de los “Niños de la Calle”*, *cit.*, párr. 74.

<sup>70</sup> *Cfr.* Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*, párr. 192.

<sup>71</sup> *Cfr. Ibidem*, párr. 189. También pueden consultarse Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, reglas 49-54 (Atención médica), y Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Reglas 22-26 (Servicios médicos), entre otras.

<sup>72</sup> Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*, párr. 188: “De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

De ahí que el Estado tenga la obligación de prevenir situaciones que puedan afectar el derecho a la salud de las personas bajo su custodia y le corresponda la carga de la prueba.<sup>73</sup>

Asimismo, el Tribunal ha determinado la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho a la integridad por la afectación a la salud psíquica/mental de los niños.<sup>74</sup>

---

las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna". En similar sentido, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, cit.*, párrs. 152 y 173. La Corte determinó que: "[...] los niños internos en el Instituto no tuvieron siquiera la atención de salud adecuada que se exige para toda persona privada de libertad y, por lo tanto, tampoco la supervisión médica regular que asegure a los niños un desarrollo normal, esencial para su futuro".

<sup>73</sup> Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina, cit.*, párrs. 202 y 203: "[...] siempre que una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados. En circunstancias como las del presente caso, la falta de tal explicación lleva a la presunción de responsabilidad estatal por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales". En sentido similar, *Caso de los "Niños de la calle", cit.*, párr. 170 y *Caso Bulacio vs. Argentina, cit.*, párr. 138: "El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción [...]. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquel [...] si Walter David Bulacio fue detenido en buen estado de salud y posteriormente, murió, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos. Efectivamente, en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido" (cursivas añadidas).

<sup>74</sup> Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, cit.*, párr. 168: "[...] las condiciones de detención inhumanas y degradantes a que se vieron expuestos todos los internos del Instituto, conlleva necesariamente una afectación en su salud mental, repercutiendo desfavorablemente



MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

### 4.3. El derecho a la protección judicial y las garantías judiciales (plazo razonable)

Ya no en un orden sustantivo, sino procesal, la Corte IDH sostuvo que los procedimientos administrativos y judiciales que involucran derechos de los niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”,<sup>75</sup> puesto que una prolongación excesiva del proceso puede acarrear efectos de carácter irreversible en la situación del menor.<sup>76</sup>

En este punto, determinó que se requería adoptar medidas eficaces, como la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantizara su pronta resolución y ejecución,<sup>77</sup> sobre la base

---

te en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal”. También, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina, cit.*, párr. 183, entre otros.

<sup>75</sup> Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, núm. 242, párrs. 66 y 69: “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales [...]”

<sup>76</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.*, párrs. 203, 219, 222 y 312, en el que se determinó que la prolongación del proceso incidió de forma relevante en la situación jurídica de la víctima, con efectos de carácter irreversibles y, concretamente, que el retraso en el cobro de la indemnización que necesitaba le impidió recibir los tratamientos que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida. El Tribunal estableció que en este caso existía una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad, dado que la ejecución de la sentencia que otorgó la indemnización no fue efectiva y generó la desprotección judicial a Sebastián, al no cumplir con la finalidad de proteger y resarcir los derechos que habían sido vulnerados y que fueron reconocidos mediante la sentencia judicial. Así, debido al retraso en el pago de la indemnización por las demoras procesales, su familia no pudo pagar los tratamientos médicos necesarios que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida cuando era niño. También, Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.*, párrs. 311 y 312.

<sup>77</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.*, párrs. 194 y 196: “[...] si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con



## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

de las condiciones concretas del niño, tales como su situación económica,<sup>78</sup> entorno familiar, el hecho de encontrarse bajo la custodia del Estado,<sup>79</sup> las necesidades especiales,<sup>80</sup> etcétera.

---

mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve". En sentido similar, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit., párr. 136, entre otros.

<sup>78</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, cit., párr. 197. En el caso se había probado la grave afectación a la salud física y psíquica del niño provocada por el accidente que sufriera, así como sus posteriores necesidades de atención médica y psicológica. La sentencia estableció que era *imprescindible* que las autoridades judiciales tuvieran en cuenta las particularidades relacionadas con la condición de vulnerabilidad en la que él se encontraba, "[...] pues, además de ser un menor de edad y posteriormente un adulto con discapacidad, contaba con pocos recursos económicos para llevar a cabo una rehabilitación apropiada. Al respecto, la Corte recuerda que 'es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro.'" (párrs. 201 y 202). En la misma línea, en el *Caso Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 310, precisó que: "[...] si bien no existía una afectación en la situación jurídica de Talía, sí existía una afectación en su situación personal relativa a su salud, a su condición de niña y a la atención médica que requería, tomando en consideración las condiciones económicas en que vivía su familia y las dificultades derivadas de esto. Sin la sentencia penal que determinara responsabilidades por el contagio de Talía, no era posible establecer responsables para el pago de daños y perjuicios, situación que impactaba en la vida de Talía y mantenía la compleja situación económica de su familia."

<sup>79</sup> Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, cit., párr. 250, la Corte analizó la falta de diligencia y sostuvo que, si bien los puntos resolutive del recurso establecían que "[...] debían adoptarse 'de inmediato', por parte de las autoridades pertinentes, todas aquellas medidas necesarias para 'lograr la rectificación de las circunstancias ilegítimas' en el Instituto a favor de los que estaban internos en ese momento, [probablemente al resolverse] ya no eran los mismos internos de la fecha en que el recurso se había interpuesto" y, además, con posterioridad a la referida sentencia "[...] los internos amparados por el recurso siguieron sufriendo las mismas condiciones insalubres y de hacinamiento, sin atención adecuada de salud, mal alimentados, bajo la amenaza de ser castigados, en un clima de tensión, violencia, vulneración, y sin el goce efectivo de varios de sus derechos humanos. Tanto es así que con posterioridad a haber sido resuelto el *habeas corpus* genérico se produjeron los tres incendios [...]"

<sup>80</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, cit., párr. 269. Sostuvo que, debido a la situación agravada de vulnerabilidad del niño, "[...] por ser menor de edad con discapacidad viviendo en una familia de bajos recursos

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

En definitiva, cuando se trata de niños, de la jurisprudencia analizada surge claramente que es esencial considerar el factor tiempo: los niños precisan decisiones rápidas porque sus tiempos son urgentes.<sup>81</sup> Las razones legales suelen no coincidir con sus necesidades, tal como se evidenció en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, donde el impacto de la sentencia recayó sobre una persona adulta, con consecuencias negativas irremediables.<sup>82</sup>

### 4.4. El derecho del niño a ser escuchado y el derecho a la salud

En relación con el derecho del niño a ser escuchado, la Corte IDH sostuvo que el artículo 8.1 de la CADH debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN,<sup>83</sup> “[...] el cual contiene

---

económicos”, correspondía al Estado el deber de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para enfrentar dicha situación; precisó el deber de celeridad en los procesos civiles “de los cuales dependía una mayor oportunidad de rehabilitación” y determinó que era necesaria “[...] la debida intervención del asesor de menores e incapaces o una aplicación diferenciada de la ley que reguló las condiciones de ejecución de la sentencia, como medidas que permitieran remediar de algún modo las situaciones de desventaja en las que se encontraba Sebastián Furlan”.

<sup>81</sup> Resta, Eligio, *La infancia herida*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008.

<sup>82</sup> Sobre los tiempos del sistema y el de los niños, puede consultarse Beloff, Mary, *op. cit.*, cap. VI, p. 21.

<sup>83</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párr. 19: “En el artículo 12 se pone de relieve la importancia de la participación de los niños, al disponerse que expresen sus opiniones y que dichas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Ello incluye sus opiniones sobre todos los aspectos relativos a la salud, entre ellos, por ejemplo, los servicios que se necesitan, la manera y el lugar más indicados para su prestación, los obstáculos al acceso a los servicios o el uso de ellos, la calidad de los servicios y la actitudes de los profesionales de la salud, la manera de incrementar la capacidad de los niños de asumir un nivel de responsabilidad cada vez mayor en relación con su salud y su desarrollo y la manera de implicarlos de forma más eficaz en la prestación de servicios encargándoles la instrucción de sus propios compañeros. Se alienta a los Estados a que organicen consultas participativas periódicas adaptadas a la edad y la madurez del niño, así como investigaciones con los niños, y a que hagan lo mismo con los padres, por separado, a fin de conocer las dificultades que encuentran en el ámbito

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de este y no redunde en perjuicio de su interés genuino”.<sup>84</sup>

Específicamente, en relación con niños con algún tipo de discapacidad, indicó que es fundamental que “sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución”.<sup>85</sup>

---

de la salud, sus necesidades en materia de desarrollo y sus expectativas con miras a la elaboración de intervenciones y programas eficaces sobre salud.”

<sup>84</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, cit., párr. 228. En similar sentido, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párr. 196.

<sup>85</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. cit., párrs. 229 y 232. En el caso se comprobó que Sebastián Furlan no había sido escuchado directamente por el juez a cargo del proceso civil por daños y perjuicios, a pesar de haber comparecido personalmente dos veces. Ello impidió que juez valorara sus opiniones sobre el asunto y que constatará su condición como persona con discapacidad. La Convención sobre Personas con Discapacidad establece, en el art. 7.3, que “[...] los niños y las niñas con discapacidad t[ienen] derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”; y en el art. 13 establece que se debe “[...] facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales [...]”. En similar sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en la mencionada Observación general 9, cit., párr. 32, sostuvo que: “Es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución. Para respetar este principio, los niños deberían estar representados en diversos órganos, tales como el parlamento, los comités u otros foros donde puedan expresar sus opiniones y participar en la adopción de decisiones que los afectan en tanto que niños en general y niños con discapacidad en particular. Involucrar a los niños en un proceso de esta índole no solo garantiza que las políticas estén dirigidas a sus necesidades y deseos, sino que además funciona como un instrumento valioso para la inclusión, ya que asegura que el proceso de adopción de decisiones es participatorio. Hay que proporcionar a los niños el modo de comunicación que necesiten

MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

#### 4.5. El derecho a la salud de los niños con necesidades especiales

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23),<sup>86</sup> establece que las medidas especiales de protección en materia de salud y

---

para facilitar la expresión de sus opiniones. Además, los Estados partes deben apoyar la formación para las familias y los profesionales en cuanto a la promoción y el respeto de las capacidades en evolución de los niños para asumir responsabilidades crecientes por la adopción de decisiones en sus propias vidas”.

<sup>86</sup> Este artículo era el único estándar normativo internacional respecto de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad (sean niños o adultos), hasta la sanción de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Cfr.* Byrne, Bronagh, "Article 23. Children with disabilities", en Tobin, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child...*, *cit.*, pp. 858 y 859: "The inclusion of article 23 recognizes the reality that the principle of equality, in the absence of substantive measures to accommodate difference, is a weak mechanism to secure the rights of persons with disabilities. The length and reach of article 23 are testament to the drafters calculated intention to challenge pervasive social and cultural prejudices beyond the mere prohibition of discrimination under article 2. Article 23 therefore attempts to render visible children who would otherwise remain invisible, by mapping out the broad principles that must guide States in their treatment of and support for children with disabilities. Its structure is simple yet comprehensive. Paragraph 1 set out the overarching principles and objectives that apply when considering the interests of children with disabilities. It requires states to recognize that disabled children 'should enjoy a full and decent life' with dignity, self-reliance', and active participation in the community. Paragraph 2 details more special rights and obligations, namely, the right to 'special care' in recognition of the need to counter the physical, structural, social, and cultural factors that otherwise prevent children with disabilities from enjoying their Convention rights. It also obliges states to extend appropriate assistance to the child and those responsible for his or her care. This extension to persons other than children further exemplifies how the Convention remains sensitive to the relationship between children and their parents, and the need for states to support the family structure, in contrast to common allegations that the Convention does the opposite. The obligation to provide assistance is not unfettered and remains subject to a states available resources. At the same time, paragraph 3 creates a presumption that assistance must be provided 'free of charge whenever possible, there by imposing a significant burden on states, which can only justify a failure to secure article 23 rights by reference to the totality of rights which are owed to all persons”.

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

seguridad social deben ser más amplias en casos de niños con discapacidad.<sup>87</sup>

Puntualmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que: *i)* deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños;<sup>88</sup> *ii)* el interés superior del niño debe ser una consideración primordial; *iii)* pueden expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que

---

<sup>87</sup> CDN, art. 23. Asimismo, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 9, *cit.*, párr. 11: “El párrafo 1 del artículo 23 debe considerarse el principio rector para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad: el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. Las medidas que adopten los Estados Partes en cuanto a la realización de los derechos de los niños con discapacidad deben estar dirigidas a este objetivo. El mensaje principal de este párrafo es que los niños con discapacidad deben ser incluidos en la sociedad. Las medidas adoptadas para la aplicación de los derechos contenidos en la Convención con respecto a los niños con discapacidad, por ejemplo en los ámbitos de la educación y de la salud, deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad”. Del mismo modo, el Comité establece que: “Si bien no está planteado explícitamente de ese modo en ella, este párrafo muestra una coincidencia entre la interpretación de la Corte IDH de que los Estados tienen respecto de la infancia vulnerable una obligación de generar “condiciones de vida digna”, con la posición del organismo internacional en relación con los deberes estatales respecto de los niños discapacitados. *Cfr.* Beloff, Mary, *op. cit.*

<sup>88</sup> Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general 9, Los derechos de los niños con discapacidad, párr. 51, resaltó la situación de exclusión que sobrellevan estos niños: “El logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de la salud. Otro factor es la ausencia de programas de atención de la salud dirigidos a las necesidades específicas de los niños con discapacidad. Las políticas sanitarias deben ser amplias y ocuparse de la detección precoz de la discapacidad, la intervención temprana, en particular el tratamiento psicológico y físico, la rehabilitación, incluidos aparatos físicos, por ejemplo prótesis de miembros, artículos para la movilidad, aparatos para oír y ver”.

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

los afecten; iv) su opinión debe recibir la debida consideración de acuerdo con la edad y madurez en igualdad de condiciones con los demás niños, y v) deben recibir asistencia apropiada “con arreglo a su discapacidad y edad”, a fin de poder ejercer ese derecho.<sup>89</sup>

Los niños con discapacidad son vulnerables en varios sentidos: como niños (por edad, vulnerables esenciales como indicadores), por su discapacidad/necesidades especiales, o por otros motivos, lo cual los puede exponer a situaciones de discriminación interseccional<sup>90</sup> que los coloca en un supuesto de desventaja respecto de otros niños y aun respecto de adultos con discapacidad.

La Corte IDH sostuvo que era obligación de los Estados propender a la inclusión de los niños con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todos los ámbitos de la sociedad sin limitaciones, y promover prácticas de inclusión.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 7. También, Protocolo de San Salvador, art. 18 (Protección de los minusválidos), y Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVI (Derechos a la seguridad social), entre otros.

<sup>90</sup> Corte IDH. *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit. En su voto concurrente, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor (párr. 12) señaló que, en el caso, por primera vez, la Corte utilizó el concepto de “interseccionalidad” de la discriminación “[...] la interseccionalidad en el presente caso es fundamental para entender la injusticia específica de lo ocurrido a Talía y a la familia Lluy, la cual solo puede entenderse en el marco de la convergencia de las diversas discriminaciones ocurridas. La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos”.

<sup>91</sup> Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, cit., párrs. 134 y 135. La Corte puntualizó que “[...] las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

### 4.6. Niños con necesidades especiales (niños con VIH): el derecho a la educación y su interés superior

El Tribunal ha destacado la importancia que tiene la educación en el objetivo de reducir la vulnerabilidad de los niños con VIH.<sup>92</sup>

Las Directrices internacionales sobre el VIH/sida y los derechos humanos de las Naciones Unidas<sup>93</sup> establecen tres obligaciones inherentes al derecho a la educación.<sup>94</sup>

---

de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación”. El Comité DESC, en la Observación general 5, *cit.*, párr. 32, indicó que: “Los niños con discapacidad son especialmente vulnerables a la explotación, los malos tratos y la falta de cuidado y tienen derecho a una protección especial [...]”.

<sup>92</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.*, párrs. 238 y 278: “[...] el convivir con el VIH no es per se una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrenta una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales. Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas viviendo con VIH/SIDA pueden ser consideradas personas con discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.” Asimismo, “[...] a través de la facilitación de información pertinente y apropiada que contribuya a mejorar el conocimiento y comprensión del VIH/SIDA, así como impedir la manifestación de actitudes negativas respecto a las personas con VIH/SIDA y a eliminar las prácticas discriminatorias. En el caso de las niñas y los niños con VIH/SIDA, es necesario que los Estados tomen medidas para que estos tengan acceso a la educación sin limitaciones”. Véase, además, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño, *cit.*

<sup>93</sup> Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, Versión consolidada de 2006.

<sup>94</sup> Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, *cit.*, párrs. 136 y 137.

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

[...] i) el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA; ii) la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA; y iii) el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social.<sup>95</sup>

En la sentencia *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, el Tribunal determinó que las autoridades del colegio, en lugar de brindarle una atención especializada a la niña —quien contrajera VIH por una transfusión no controlada—, dada su condición de vulnerabilidad, “asumieron el caso como un riesgo para los otros niños y la suspendieron para luego expulsarla [...]”;<sup>96</sup> en este sentido, sostuvo que “[...] el interés superior de los niños y niñas, tanto de Talía como de sus compañeros de clase, exigía adaptabilidad del entorno educativo a su condición de niña con VIH”.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 241.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párr. 264: “[...] la protección de intereses imperiosos o importantes como la integridad personal de personas por supuestos riesgos por la situación de salud de otras personas, se debe hacer a partir de la evaluación específica y concreta de dicha situación de salud y los riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios que podrían generar [...] no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades, particularmente cuando reproducen el estigma en torno a las mismas”.

<sup>97</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 262. Asimismo, El Comité DESC, en la Observación general 13, El derecho a la educación, párr. 6.d, (art. 13 del Pacto), señaló que “[...] la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”. Además, en la Observación general 1, Propósitos de la Educación, párr. 9, indicó que “[...] los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños”; de esta forma, “el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias [...] también debe tener por objeto velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y porque ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino.” En este sentido, véase Comité DESC, Observación general 5, cit., párr. 35: “[...] los Estados deben velar por que los profesores estén



## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

Agregó que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas<sup>98</sup> y determinó que, en el caso, “la medida adoptada estuvo relacionada con prejuicios y con el estigma del que son objeto quienes viven con VIH”.<sup>99</sup>

---

adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas. Por ejemplo, en el caso de los niños sordos debería reconocerse al lenguaje de gestos como lenguaje al que los niños deberían tener acceso y cuya importancia debería reconocerse debidamente en su entorno social general”.

<sup>98</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 257: “[...] tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia Talía estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de retirar a Talía no tenía una finalidad o efecto discriminatorio [...]”.

<sup>99</sup> *Ibidem*, párrs. 266, 274 y 284. En la sentencia concluyó que un riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de los compañeros de Talía era sumamente reducido, por lo que el medio escogido para prevenirlo constituyó la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Sostuvo que en el caso se utilizaron argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria, por lo que dichas decisiones constituyeron un trato discriminatorio en contra de la niña, el que evidenció además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a sus necesidades, a través de medidas de bioseguridad o similares, las que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades. Agregó que en diversos escenarios del ámbito educativo, tanto la niña como su familia fueron objeto de un entorno hostil a la enfermedad: “[...] ocultar el hecho de que Talía vivía con VIH o esconderse para poder acceder y permanecer en el sistema educativo constituyó un desconocimiento al valor de la diversidad humana. El sistema educativo estaba llamado a contribuir a que Talía y su familia pudieran hablar del

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

Merece destacarse la consideración formulada sobre el interés superior del niño:

[...] al ser, en abstracto, el ‘interés colectivo’ y la ‘integridad y vida’ de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica. *El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud.*<sup>100</sup> (Cursivas añadidas)

Finalmente, el Tribunal sostuvo que “la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados”.<sup>101</sup>

---

VIH sin necesidad de ocultarlo, procurando que ella mantuviera la mayor autoestima posible gracias a su entorno y en gran medida a partir de una educación de los demás estudiantes y profesores a la luz de lo que implica la riqueza de la diversidad y la necesidad de salvaguardar el principio de no discriminación en todo ámbito.”

<sup>100</sup> *Ibidem*, párr. 265. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general 14, sobre que el interés superior del niño sea una consideración primordial, afirmó que, en la medida en que sean pertinentes en la situación concreta, los elementos que deben tenerse en cuenta para evaluarlo y determinarlo son: *i*) la opinión del niño (párrs. 53 y 54); *ii*) la identidad del niño (párrs. 55-57); *iii*) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones (párrs. 58-70); *iv*) el cuidado, protección y seguridad del niño (párrs 71-74); *v*) la situación de vulnerabilidad (tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en situación de calle, entre otros —párr. 75—); *vi*) el derecho del niño a la salud (párrs. 77 y 78), y *vii*) el derecho del niño a la educación (párr. 79). Para un análisis del interés superior del niño, véase Beloff, Mary, *op. cit.*, cap. III.

<sup>101</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.*, párr. 290. En la sentencia, la Corte IDH sostuvo que, en forma interseccional, confluyeron respecto de la niña múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, de mujer, de persona en situación de pobreza y de persona con VIH: “[l]a discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

### V. EL DEBER DEL ESTADO DE REGULAR, FISCALIZAR Y SUPERVISAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN CENTROS DE SALUD PÚBLICOS Y PRIVADOS

Sea en casos en los que los servicios de salud son públicos (cuando el Estado “presta el servicio directamente a la población”, razón por la cual “[e]l servicio de salud público [...] es primariamente ofrecido por los hospitales públicos.”);<sup>102</sup> o cuando “de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos”<sup>103</sup> la iniciativa privada también provee servicios de salud “bajo los auspicios del [Estado]”,<sup>104</sup> de acuerdo con la Corte IDH “la persona se encuentra bajo cuidado del [...] Estado”, ra-

---

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 [...]”. En este sentido, determinó que: i) la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por lo contrario, generó el contagio con VIH/SIDA; ii) la situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna; iii) al ser una niña con VIH, los obstáculos que sufrió en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo en su desarrollo integral, “que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género”; iv) como niña con VIH necesitaba un mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida, y v) como mujer, la niña manifestó los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja.

<sup>102</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 184; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 95 y *Caso Suarez Peralta vs. Ecuador*, cit., párr. 144, entre otros.

<sup>103</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, cit., párr. 96: “La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible.”

<sup>104</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 184.

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

zón por la cual “la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares [...]”.

En este sentido, agregó que:

Cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.<sup>105</sup>

En cuanto a la responsabilidad por hechos que se derivan de la conducta de prestadores privados de salud, la Corte IDH sostuvo que:

[...] En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, estos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud [...] *los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado [...]*

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, párr. 184. La Corte también determinó que el Estado delegó en la Secretaría Nacional de Sangre, órgano auxiliar de la Cruz Roja, la aplicación de sanciones por el incumplimiento de las normas del reglamento sobre el manejo de la sangre, lo que implicó una delegación de funciones de monitoreo y supervisión a la propia entidad privada a la que se le había delegado la tarea de manejar los bancos de sangre. (párr. 186). Consideró que la precariedad y las irregularidades en las que funcionaba el Banco de Sangre del cual provino la sangre para la niña reflejaban las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las obligaciones de supervisar y fiscalizar por parte de los Estados: “[...] esta grave omisión del Estado permitió que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH, fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño permanente a su salud” (párr. 189). En sentido similar, Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 106, entre otros.

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

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.<sup>106</sup> (Cursivas añadidas)

El Tribunal consideró que existen ciertas actividades, como el funcionamiento de los bancos de sangre, que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas, por lo cual, los Estados tienen la obligación de regularlas de manera específica.<sup>107</sup> En este sentido, determinó que el deber de supervisión y fiscalización es del Estado, aun cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada.

### VI. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha reconocido la vulnerabilidad como condición existencial de la niñez y, en con-

---

<sup>106</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.*, párr. 175. En similar sentido, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, cit.*, párrs. 89 y 90.

<sup>107</sup> Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.*, párr. 178: “[...] dado que la Cruz Roja, entidad de carácter privado, era la única entidad con la responsabilidad del manejo de bancos de sangre al momento de producirse los hechos, el nivel de supervisión y fiscalización sobre dicha institución tenía que ser el más alto posible teniendo en cuenta el debido cuidado que se debe tener en actividades asociadas a transfusiones de sangre y dado que existían menos controles que aquellos a los que se someten los funcionarios estatales por la prestación de servicios públicos.” En este sentido, agregó que: “Si bien la normativa vigente en Ecuador al momento de los hechos (1998) no especificaba ‘la manera concreta y la periodicidad en la que se llevaría a cabo el monitoreo o la supervisión’ así como tampoco los aspectos concretos que serían monitoreados o supervisados, la Corte consideró que ‘existía una regulación en la materia que tenía como objetivo controlar la calidad del servicio de tal forma que a través de transfusiones de sangre no se contagiaran enfermedades como el VIH’ (párr. 183).

## MARY BELOFF Y VIRGINIA DEYMONNAZ

---

secuencia, a los niños como titulares del derecho a su protección especial, el cual se expresa mediante el aseguramiento de medidas especiales de protección (art. 19 CADH).

Entre estas medidas se encuentran aquellas relacionadas con la protección del derecho a la salud, el cual no admite limitación o restricción alguna y podría ser asimilado a lo que Garzón Valdés denomina el “coto vedado”.<sup>108</sup> Como se indicó, estas medidas se intensifican de acuerdo con las diferentes “capas” de vulnerabilidad de niñas y niños (necesidades especiales, contexto socio-económico, género, encontrarse bajo la custodia del Estado, pertenencia a un pueblo originario, entre otras).

Hoy, la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia no deja lugar a dudas, queda a los Estados implementar la ingeniería institucional necesaria y eficiente para pasar de la retórica de los derechos de los niños, tan en boga en el continente desde hace un cuarto de siglo, a su vigencia efectiva.

### BIBLIOGRAFÍA

BELOFF, Mary, *Derecho de los niños. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018.

---

<sup>108</sup> Los derechos de protección, como los derechos a vida (art. 6.1 CDN), a la nacionalidad y a la identidad (arts. 7 y 8), a la salud (arts. 24 y 25), a un nivel de vida adecuado (art. 27.1), a realizar las actividades propias de su edad recreativas, culturales, entre otras (art. 31), a la protección especial (arts. 19 y 20) y a las garantías del derecho penal y procesal penal (arts. 37 y 40), no se hallan supeditados a otros derechos, posibilidades o interés individuales o colectivos; en cambio, algunos derechos de libertad, como el derecho de salir de cualquier país (art. 10.2), el derecho del niño a la libertad de expresión (art. 13.2), la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias (art. 14.3), el derecho del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas (art. 15.2) y aun el derecho a la educación (arts. 28 y 29), son supeditados a diferentes restricciones, tales como las “estipuladas por ley”, las que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y hasta a otros derechos del mismo tratado “que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos”. Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.*, pp. 731-743.

## El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte...

---

- y CLÉRICO, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana”, *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año XIV, núm. 1, 2016.
- BYRNE, Bronagh, “Article 23. Children with disabilities”, en Tobin, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Desde la modesta propuesta de ‘Swift’ hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, vol. II, núms. 15 y 16, 1994.
- RESTA, Eligio, *La infancia herida*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008.
- TOBIN, John, “Article 24. The right to health”, en TOBIN, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019.