

La justiciabilidad del derecho a la salud en los fallos de la Corte Interamericana: estándares mínimos de atención sanitaria

Por Mariana Pardo Iosa()*

I. Introducción

La importancia del derecho a la salud como Derecho Humano fundamental se encuentra reconocido en el Sistema Interamericano, a través del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), más específicamente, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante protocolo de San Salvador).

Teniendo en cuenta la clasificación clásica[1] de los Derechos Humanos, el derecho a la salud, es considerado un Derecho Humano de segunda generación, es decir forma parte de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) que reclaman una debida atención social. En este sentido Nicoletti sostiene que “los derechos de segunda generación, se convierten en condición necesaria para ejercer y poder hacer efectivos los demás derechos, porque su posesión o carencia determinan los mínimos de una vida digna y el ser incluido o excluido de la sociedad”. (2008, p. 54-55).

Por otro lado, Talavera, señala que “desde la creación de la OMS, se manejan unos conceptos de salud y de derecho a la salud tan difusos y amplios que hacen difícil determinar las obligaciones que los Estados deben asumir en la materia” (2016, p.23). Esta incertidumbre sobre el contenido esencial del derecho y sus dificultades para determinarlo, pone en duda la operatividad y la justiciabilidad de dicho derecho, lo que explica en cierta manera que no sean tan efectivos los mecanismos judiciales supranacionales destinados a protegerlo.

En igual sentido, parece ser difícil, la tarea de determinar cuáles serían los límites del derecho a la salud, teniendo en cuenta que comprende una amplia gama de factores socioeconómicos, que promueven las condiciones necesarias para que la persona humana pueda alcanzar el *más alto nivel posible de salud física y mental* como ser la alimentación, la vivienda, el acceso al agua potable, a condiciones sanitarias adecuadas y un ambiente sano, entre otras.

“Hablar hoy de justicia internacional supone priorizar a nivel planetario la garantía y reconocimiento de los derechos sociales, en especial, los relacionados con la salud y la alimentación y los derechos de tercera generación, en especial los relacionados con la paz, el desarrollo y el medio ambiente”. (Talavera, 2016, p.18)

Paradójicamente “si el concepto de salud se construye en función de las preferencias del individuo, será posible exigir (como derecho fundamental), que los servicios sanitarios garanticen todas las expectativas de bienestar que tenga cada sujeto, a través del acceso a los medios más sofisticados de la tecnología biomédica, provocando el colapso de los centros sanitarios y la quiebraeconómica del propio sistema de salud”. (Talavera, 2016, pp.42)

Finalmente afirma Talavera, que “esta concepción del derecho a la salud contribuye a debilitar su naturaleza social y su contenido esencial tenderá a reducirse al máximo (las urgencias), derivando la mayor parte de la atención hacia un ámbito privado (el mercado y no el Estado) tendiendo a desplazarse hacia el terreno de una libertad negativa propia de los derechos civiles” (2016, pp. 42 y 43).

A partir de estas consideraciones, el presente trabajo se avocará a analizar las diversas estrategias argumentativas desarrolladas por la Corte IDH a lo largo de los años para brindar protección al derecho a la salud de manera indirecta.

Luego de ello, se pondrá en consideración el primer caso de justiciabilidad directa del derecho a la salud, conocido con el nombre de *Poblete Vilches y otros vs Chile*, en el cual, la Corte IDH declara la violación del artículo 26 por parte del estado Chileno, desarrollando el contenido mínimo del derecho a la salud en situaciones de urgencias que los Estados deben garantizar.

Sin embargo, dicho fallo resulta ser insuficiente para agotar la materia, toda vez que la Corte IDH pierde la oportunidad de pronunciarse sobre el contenido de las prestaciones básicas del derecho a la salud, en la generalidad de los casos.

II. Determinación del contenido y alcance del artículo 26 CADH

Para empezar este análisis, es importante considerar que el derecho a la salud se encuentra contenido dentro de los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual preceptúa:

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

Ciertamente, la redacción de este artículo plantea varias interrogantes, por lo cual resultanecesario realizar una “labor interpretativa, consistente en explorar cuáles son los derechos sociales implícitos en las normas de la OEA. Solo un derecho que pueda derivarse de estas normas resultará comprendido en el artículo 26 de la Convención[2]”. (Rossi&Abramovich, 2004, p. 46).

A partir de ello,es relevante señalar que el derecho a la salud se encuentra contenido en la Carta de la OEA, en su artículo 34, que incluye como meta básica la «*defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica.*»

Con respecto a este tema, la Opinión Consultiva de la Corte IDH N° 10/89, indicó que:

“Los estados Miembros han entendido que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene y define aquellos Derechos Humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de Derechos Humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”^[3] (Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, 2012).

En estas circunstancias, podría decirse que la Declaración Americana contiene estándares sobre el derecho a la salud, al disponer en su artículo XI que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Por otro lado, fue muy discutida la cláusula de progresividad contenida en el artículo 26, ya que algunos autores interpretaron que dicha progresividad dificulta la exigibilidad de los derechos sociales. Por lo cual, la Corte IDH resolvió este cuestionamiento en dos casos jurisprudenciales conocidos con los nombres de: *Cinco Pensionistas* y *Acevedo Buendía*, ambos sobre derecho previsional.

En el caso *Cinco Pensionistas*, el máximo tribunal “dedicó un breve espacio a interpretar el art. 26 de la CADH, reenviando en cuanto a lo que debe entenderse por desarrollo progresivo de los DESC a lo determinado por el Comité específico de la ONU en la aludida O.G. N° 3, de lo que se sigue que la Corte concibe al art. 26 de la CADH como consagratorio de verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados (Bazán Víctor, 2015 a, p.6)

Al respecto, cabe aclarar que “la progresividad supone necesariamente una obligación de hacer, esto es de adoptar providencias y brindar medios y elementos necesarios para responder a la efectividad de estos derechos” (Garat, p 67). Esta progresividad implica en primer lugar, cierta flexibilidad en la plena efectividad de los derechos sociales por parte de los Estados (en el sentido que no podrán lograrse en un corto período de tiempo). Y en segundo lugar, una obligación de no regresividad^[4]. Asimismo, esta gradualidad o progresividad no impide la exigibilidad o justiciabilidad de los derechos sociales.

En conclusión, la operatividad y la justiciabilidad del derecho a la salud no parecen ser discutible, ya que de la interpretación del artículo 26, se desprende por un lado, que el derecho a la salud forma parte de los derechos sociales protegidos por la Convención Americana. Y por otro lado, el artículo 26 tiene un sentido normativo y no meramente pragmático, estableciendo con claridad el principio de progresividad y no regresividad de los derechos en él protegidos.

III. Justiciabilidad indirecta del derecho a la salud

A pesar de estar contenido el derecho a la salud en el artículo 26 de la CADH, la Corte Interamericana evadió por mucho tiempo, pronunciarse sobre la violación del mismo^[5] y utilizó estrategias argumentativas indirectas para dotar de contenido y exigibilidad al derecho a la salud

En su jurisprudencia podemos distinguir: La Justiciabilidad del derecho a la salud en relación con el Derecho a una Vida Digna

En el caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, referido a la ejecución extrajudicial de niños de la calle, la Corte IDH desarrolló a partir del artículo 4 de la CADH, el concepto de existencia digna, afirmando que “*el derecho fundamental a la vida, comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él*” (Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, 1999, párr.144).

En igual sentido, en el caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, los representantes de las víctimas alegaron la violación del artículo 26, ya que los menores se encontraban detenidos en el Instituto de Reeducción, sin tener acceso a las condiciones mínimas de salud y educación. Sin embargo, la Corte IDH no declaró la violación del artículo 26, sino que considero nuevamente, que el Estado violó el derecho a la vida. Sin embargo, para fijar el alcance de dicho derecho, el Tribunal tuvo en cuenta los derechos sociales consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, razón por la cual consideró innecesario pronunciarse, en el caso concreto, respecto al artículo 26 de la Convención.

Otros casos relevante es el de la comunidad indígena *Yakye Axa vs Paraguay*, el Tribunal entendió que las condiciones de miseria en que se encontraba la comunidad y la afectación que ello tenía en la salud y alimentación de sus miembros, afectaba la existencia digna de los mismos. Consideró que ello, en las circunstancias del caso, era atribuible al Estado. Lo anterior, entre otros motivos, por no haber adoptado las medidas positivas necesarias para asegurar a estas personas condiciones de vida compatibles con su dignidad, pese a tener conocimiento de la situación en que se encontraban (párrs. 162 a 171 y 176). En esta lógica de interdependencia, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la salud (el cuidado de la salud), junto con el derecho a la educación, es un pilar fundamental para garantizar el disfrute de una vida digna”. (Parra Vera, 2013, p776- 777).

En conclusión la estrategia de justiciabilidad indirecta del derecho ala salud por parte de la Corte IDH, consistió en declarar la vulneración del derecho a la vida y en su fundamentación incorporar el derecho a la salud definiendo algunos de sus contenidos.

●La Justiciabilidad del derecho de salud en relación con el derecho a la integridad personal

Otro importante desarrollo del derecho a la salud en forma indirecta, se da en la jurisprudencia interamericana, a través de su relación con el derecho a la integridad personal, contenido en el artículo 5 de la CADH.

En el caso *Ximenes López vs Chile*, referido a la muerte de un paciente con discapacidad mental, La Corte IDH expresó, que la casa de Reposo Guararapes donde se encontraba internado el Sr. Ximenes López, presentaba un funcionamiento precario, tanto en cuanto a las condiciones generales del lugar, como a la atención médica brindada, y se distanciaban de forma significativa a las adecuadas para ofrecer un tratamiento de salud digno.

La Corte consideró violado, además del derecho a la vida, el derecho a la integridad física

del paciente, debido a las técnicas de sujeción que le habían aplicado. Se agregó que la sujeción es una de las medidas más agresivas a las que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. (*Caso Ximenes López vs. Brasil*, 2006, párr. 134).

Siguiendo la misma línea de pensamiento, en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, la Corte realiza importantes consideraciones con respecto al contenido del derecho a la salud en las personas con discapacidad.

El hecho que deriva en este caso, se trata de un accidente ocurrido en el año 1988, cuando Sebastián Furlan de 14 años, decidió colgarse de un travesaño que se encontraba en una pista de infantería abandonada perteneciente al Ejército Argentino. Dicho travesaño le cayó en la cabeza y le ocasionó daños cerebrales irreversibles.

El 7 de septiembre de 2000 el juzgado estableció que el daño ocasionado a Sebastián Furlan fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado como titular del predio. Al retrasarse el pago de la indemnización por las demoras procesales, la familia Furlan no pudo pagar los tratamientos médicos necesarios que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida a Sebastián Furlan.

La perito Rodríguez señaló que “si se hubiera implementado el tratamiento sugerido y una terapia neurocognitiva sustentable en el tiempo, seguro que al presente su funcionamiento y la calidad de vida serían mejores” (*Caso Furlan y Familia vs. Argentina*, 2012, párr. 312).

El Tribunal recuerda que “no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad” (*Caso Furlan y Familia vs. Argentina*, 2012, párr. 134).

Un aspecto importante a remarcar en el presente caso, es que a pesar de no verbalizarlo, en el asunto que debía resolver la Corte, subyacía una cuestión importante vinculada a uno de los elementos básicos del derecho a la salud que es *la accesibilidad*. El Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su Observación N° 14 indica que *la accesibilidad*[6], supone que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesible a todos sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.

En los casos expuestos, la Corte IDH no declara la violación directa del derecho a la salud, sino que considera, que la falta de atención médica adecuada y oportuna configura en sí misma una violación del artículo 5 de la Convención Americana.

Finalmente, esta estrategia de justiciabilidad indirecta, desarrollada por la Corte en los casos expuestos, fue duramente criticada “por autores que consideran que puede constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen componentes que no pueden ser reconocidos a estándares de derechos civiles y políticos. En este sentido podrá perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades”. (Parra Vera, 2013, p. 775). IV. Antecedentes importantes en la justiciabilidad directa del derecho a la salud

La estrategia de justiciabilidad indirecta del derecho a la salud utilizada por la Corte, no solo fue cuestionada por varios autores, sino también por los propios miembros del tribunal a través de sus votos concurrentes o razonados, en casos donde el máximo tribunal podría

haber declarado la violación del artículo 26.

Es así, que La Jueza Macaulay en la fundamentación de su voto concurrente en el caso *Furlan y Familiares vs Argentina*, resaltó que:

“Si bien compartía lo resuelto por la Corte, también era posible resolver el caso a partir de la justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales bajo el alcance del artículo 26 de la Convención Americana, particularmente en relación con la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social. La Jueza Macaulay resaltó que, se trataba de una controversia sobre el deber de garantía del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, aspecto que exigía valorar las fuentes pertinentes en relación con el PIDESC y su interpretación autorizada por el Comité DESC” (Parra Vera, 2013, p. 773).

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado respecto al *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador* estimó: *“Que el derecho a la salud debió abordarse de manera autónoma debido a los hechos probados y a la afectación sufrida por una de las víctimas por la mala praxis médica con responsabilidad estatal. En ese sentido, al estar implicado desde mi perspectiva directamente el derecho a la salud de una las víctimas, se pudieron haber abordado las implicaciones relativas con esta afectación, lo cual podría derivar en declarar, incluso, una violación al deber de garantizar el derecho a la salud vía el artículo 26 de la Convención Americana” (Garat, 2015, p. 77).*

El debate en torno al artículo 26 siguió abierto, ya que la Corte no se apartaría de las líneas de protección indirecta del derecho a la salud, (desarrolladas en los fallos expuestos), hasta el año 2018 en donde se pronunciaría de manera distinta, en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*.

V. Justiciabilidad directa del derecho a la salud

El primer caso de Justiciabilidad directa del derecho a la Salud en los fallos de la Corte IDH, se conoce con el nombre de *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Este caso jurisprudencial reviste gran importancia para la comunidad interamericana, porque la Corte IDH procede a delimitar el contenido mínimo del derecho a la salud que los Estados Signatarios deben garantizar en situaciones de urgencias.

En enero de 2001, Poblete Vilches, quien entonces tenía 76 años, ingresó al Hospital Sótero del Río a causa de una *insuficiencia respiratoria grave*. Los médicos le practicaron una intervención quirúrgica cuando se encontraba inconsciente sin el previo consentimiento de su familia, luego de la cual se le dio de alta de manera temprana sin mayores indicaciones. Semanas más tarde, el hombre ingresó nuevamente al hospital público, pero según consta en el expediente, se le negó el tratamiento que requería, lo que derivó posteriormente en su fallecimiento.

Tomando en cuenta las consideraciones del caso, la Corte Interamericana definió en primer lugar que:

“El derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana:

Al referirse al artículo 26, el Tribunal destacó que “del contenido de dicho artículo se desprenden dos tipos de obligaciones para los Estados signatarios. Por un lado, la *adopción*

de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, la realización progresiva, significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs. Ello no debe interpretarse en el sentido que durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano.

Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”. (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2019, párr. 104).

Dicho de otro modo, en situaciones de urgencia el derecho a la salud genera obligaciones de carácter inmediato, consistente en el otorgamiento de medidas básicas, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de *disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad*.

En segundo lugar la Corte analizó: La violación al derecho a la salud en el caso concreto, conforme a los estándares establecidos por la OG 14.

Para determinar si las acciones y omisiones del Estado chileno implicaron una violación al derecho a la salud, la Corte consideró los elementos esenciales que deben satisfacer en materia de salud los Estados, conforme lo dispuesto a Observación General No. 14 del Comité DESC^[7].

“En relación con los estándares en materia de salud, primeramente, la Corte IDH observa que en la época de los hechos existía *regulación suficiente* para garantizar este derecho a toda persona sin distinción, por lo que dicha obligación de regular se encontraba acorde con la Convención”. (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párr. 135).

“Conforme a los elementos de *calidad y disponibilidad*, durante el segundo ingreso, se comprobó la falta de provisión del tratamiento intensivo que requería en la UCI Médica, con motivo de la falta de *disponibilidad* de camas en esa unidad, la falta de asistencia, a través de un respirador mecánico, así como la omisión de dispensar al paciente el traslado a otro centro médico que contará con las instalaciones necesarias. Dichas prestaciones resultaban básicas para el tratamiento de urgencias. También se destaca la decisión durante su primer ingreso, de darlo de alta de forma precipitada. En vista de lo anterior, ante *la falta de disponibilidad de ciertas medidas básicas*, el servicio de salud que recibió el paciente careció de la calidad mínima”. (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párr.139).

“Respecto de los elementos de *accesibilidad y aceptabilidad*, la Corte destaca que la edad del señor Poblete Vilches, resultó ser una limitante para recibir una atención médica oportuna, pues de los hechos del caso se desprende que no se le brindó el tratamiento

médico adecuado, en parte, por su condición de persona mayor, razón por la cual no se priorizó su tratamiento médico a pesar de su condición crítica y su avanzada edad. Además, resulta inaceptable la falsificación del consentimiento de los familiares y la falta de información clara y accesible sobre la condición del paciente. (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, Párr.139)

Frente a ello, la Corte reiteró que las personas mayores son sujetos de protección, en vista de su situación de vulnerabilidad y recaen en el Estado obligaciones reforzadas respecto de la protección y garantía de su derecho a la salud[8].El perito Santos destacó en una audiencia sobre la falta de capacidad de los recursos humanos en relación con saber tratar a un adulto mayor por su carácter vulnerable, y las deficiencias de infraestructura presentadas en el hospital. En particular señaló que:

Las medidas que debieron tomarse eran básicas para un hospital de mediana complejidad, ni siquiera tenía que ser un hospital de alta complejidad (...) Es algo básico (...) l. En suma, el paciente requería de una atención médica urgente y de calidad, que el sistema de salud pública no proveyó, por lo que dicha situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor. (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párr.141)

En vista de lo anterior, la Corte concluyó que el Estado chileno no garantizó al señor Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios y urgentes en relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor. Por tanto, el Estado violó el derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Poblete Vilches(*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párr.143).

●El consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud.

Al respecto, el Tribunal consideró que el Estado chileno incumplió con su deber de obtener el consentimiento informado por sustitución de los familiares, frente a la intervención quirúrgica practicada. Así como de brindar información clara y accesible para los familiares respecto del tratamiento y procedimientos practicados al paciente (párr. 174).

Berti en su artículo sobre «*Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humano*»[9], siguiendo lo expuesto por la Corte IDH destaca que “en materia de salud, el derecho de acceso a la información se relaciona con la regla del consentimiento informado, debido a que el paciente sólo podrá consentir un acto de manera informada si ha recibido y comprendido información suficiente, que le permita tomar una decisión plena”. (2019, p. 10).

En este sentido, “la Corte entiende que para que el consentimiento pueda ser expresado en forma libre es trascendental que exista un plazo razonable de tiempo, el que puede variar conforme a las condiciones del caso y a las circunstancias de cada persona. En igual sentido, con el fin de que la información pueda ser realmente entendida, el personal de salud deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente, especialmente cuando se trate de grupos en situación de vulnerabilidad o con necesidades específicas de protección debido a fuentes de exclusión”. (Berti, 2019, p .15).

“Las excepciones a este principio se hallan en los casos en que el consentimiento no pueda ser brindado por la persona, siempre que sea necesario un tratamiento médico o quirúrgico

inmediato, de urgencia o de emergencia, ante un grave riesgo contra la vida o la salud del paciente. Esta excepción ha sido recogida por la normativa de diversos Estados parte de la Convención Americana, y ha sido reconocida en el ámbito europeo. Cabe aclarar que conforme entiende el Tribunal, la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento”(Berti, 2019, p. 13).

A partir de estas consideraciones, es dable afirmar que en el caso Poblete Vilches, se cometieron muchas irregularidades y omisiones respecto de la obligación de brindar información de manera adecuada y completatanto al paciente como a sus familiares sobre la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometido el Sr. Vilches, violándose el derecho de autonomía y por ende elrequisito de aceptabilidad que deben cumplir las prestaciones de salud.

Finalmente, La Corte asevero que “las negligencias asumidas en el segundo ingreso, particularmente, al negarle un respirador, así como la posibilidad de ingresar a la unidad de cuidados requerida y no ser trasladado a otro centro que pudiera brindarle tales medidas, en parte por su condición de adulto mayor, redujo de manera considerable las posibilidades de recuperación y sobrevivencia del paciente, por lo que su fallecimiento resulta imputable al Estado”. (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, Párr. 175).

Por todo lo expuesto, el Tribunal declaro la responsabilidad internacional del Estado Chileno “por la falta de garantía de los derechos a la salud, vida, integridad personal, libertad, dignidad y acceso a la información, de conformidad con los artículos 26, 4, 5, 13, 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de no discriminación del artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Poblete Vilches. Asimismo, el Estado es responsable de la violación de los artículos 26, 13, 7 y 11, en perjuicio de sus familiares”. (*Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2019, Párr. 176).VI. Consideraciones finales

En conclusión, el fallo *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, es el primer caso en el que la Corte IDH, declara la violación del derecho a la salud de manera directa, consolidándolo como un derecho social y autónomo, protegido por el artículo 26 de la Convención. Con esta interpretación, el máximo tribunal reafirma la tesis de la exigibilidad y justiciabilidad directa de los derechos sociales.

Asimismo, en la fundamentación del fallo, la Corte sostuvo, que no se encontraba en discusión la faceta progresiva de las obligaciones estatales, sino que al tratarse de prestaciones médicas de carácter básico (tendientes a tutelar la salud del Sr. Vilches en situaciones de urgencias)se refería a obligaciones de cumplimiento inmediato e impostergable para el Estado chileno[10].

En este orden, para poder delimitar si el Estado chileno garantizó el contenido básico del derecho a la salud en situaciones de urgencias, el máximo tribunal acude a los estándares establecidos en la OG- N°14 del comité de DESC, desarrollados en este trabajo[11].

En este sentido, Aldao y Clérico afirman que, las obligaciones de cumplimiento inmediato tienen que ver, entre otras cosas, con posibilitar los niveles mínimos esenciales de cada DESC. Respecto del derecho a la salud, implican que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas

en el párrafo 43 [de la OG 14], que son inderogables. (2019, pp. 343,344).

Si bien la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye un avance en la justiciabilidad directa de los DESC, el fallo *Poblete Vilches y Otros vs. Chile* resulta insuficiente para agotar la materia. Toda vez que la Corte IDH no ha desarrollado el contenido mínimo del derecho a la salud para los casos que no generen obligaciones de cumplimiento inmediato para los Estados.

Sin duda, definir las prestaciones básicas del derecho a la salud en casos que no sean de urgencia, es un tema arduo que presentara algunas complicaciones, como consecuencia del marco de gradualidad y flexibilidad que tienen los Estados para su cumplimiento, por lo que la Corte IDH hasta el momento no se ha pronunciado.

Por último, para poder exigir una cobertura sanitaria universal por parte de los poderes públicos, parece ser esencial partir de las siguientes consideraciones realizadas por el Dr. Nicolás Laferriere en su artículo titulado «Una aproximación jurídica a la toma de decisiones en los conflictos en salud», en el que sostiene:

“Que el derecho no puede limitarse a la consideración de lo establecido por la ley positiva[12], sino que es necesario partir de una definición del derecho como “lo justo”, aquello que es debido a otro en razón de un título objetivo. Si la justicia es la virtud que ordena las relaciones hacia los otros, entonces el derecho es el objeto de la justicia. Este derecho así entendido se expresa tanto en las conductas justas, en las normas que determinan lo que es debido a otro, en los contratos y en las sentencias que fijan lo justo en el caso concreto” (2013, pp. 34).

Esta definición de derecho, sostiene Laferriere, «nos permite afirmar que toda cuestión vinculada con la vida humana y la salud donde haya relaciones de alteridad entra en el campo de la justicia que buscará determinar qué es lo “debido” a cada uno». En este sentido, para delimitar lo justo en materia de salud, resulta esencial reconocer la dignidad de la persona, presente en cada ser humano, desde el momento de la concepción hasta su muerte natural.

Este concepto resulta para Laferriere, «un presupuesto fundamental de la medicina y cualquier divergencia en este punto conlleva a graves consecuencias y la aniquilación de los derechos fundamentales para algunos seres humanos» (2013, p 35).

Sin duda, la noción de dignidad, se erige como elemento esencial para determinar el contenido del derecho a garantizar, ya que ningún individuo puede verdaderamente llevar una vida digna, si no tiene acceso a los bienes básicos de la salud.

En este sentido Talavera afirma que cuando se habla de necesidades básicas:

“No se está haciendo referencia a las circunstancias personales que puedan llevar a un sujeto a desear un objeto o una situación determinada. No se trata de estados de ánimo, volubles o arbitrarios, sino de hechos objetivos en los que cabe constatar una carencia humana esencial” (2016, pp. 27).

A partir de ello, parece subyacer que la determinación del contenido esencial del derecho a la salud, constituye una exigencia de justicia, la cual reclama una distribución equitativa de los recursos sanitarios, pero no en base a los deseos y expectativas de la persona, sino conforme a la exigencia de su humanidad. Precisamente en el carácter objetivo de las

necesidades básicas, radica su justificación y satisfacción por parte del Estado.

En igual sentido, la ambigüedad en la determinación de lo “debido a otro” en materia de salud, perjudica tanto al justiciable que no recibe lo que corresponde como aljudicante que corre el riesgo de dar a alguien más o menos de lo que le es debido.

Para terminar, es posible afirmar, que el tema planteado presenta una enorme dificultad, ya que no hay claridad respecto de nociones fundamentales de la materia (como el concepto de salud). Por ello, la necesidad más grande que tiene el derecho, es volver a encontrar los fundamentos sólidos y verdaderos de los conceptos que utiliza. Esta tarea de definición previa, no es meramente jurídica sino filosófica-jurídica.

VII. Bibliografía ØAldao, M. & Clerico, L. El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches (Corte IDH 2018) y el examen de (in) cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables. En *Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro* (pp.329-356). México. ØBazán, V. (2015). Hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano. En *La Ley* (pp. 1-19).Argentina. ØBerti, B. (2019). Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Prudenti Iuris*, N. 88, (pp.) Argentina.

ØGarat, M, P. (2015). El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la CIDH. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, N° 11 (pp.60-79). Uruguay. ØLaferriere, J, N. (2013). Una aproximación jurídica a la toma de decisiones en los conflictos en salud. En *Direito&Justiçav.* 39, n. 1, (pp. 33-40). Brasil. Fecha de consulta 12/12/2019. Recuperado del sitio web <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8803/1/aproximacion-juridica-toma-decisiones.pdf>. ØNicoletti, J. (2008). Derecho Humano a la Salud: Fundamento y Construcción. En *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, vol. II, núm. 120, (pp. 49-57). San José, Costa Rica. Fecha de consulta 11/12/19. Recuperado del sitio web <https://www.redalyc.org/coleccionHome.oa>. ØParra Vera, O. (2013) *La Protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos*. Fecha de consulta 01/11/2019. Recuperado del sitio web <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf>. ØRossi, J. & Abramovich, V. (2004). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En *Derecho Internacional de los Derechos humanos* (pp. 457-480). México: Fontamara.

ØTalavera, F. P. (2016). Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal. En *Revista Boliviana de Derecho*, N° 21 (pp. 18-47). Bolivia.

Jurisprudencia y Otros Documentos Normativos JurisprudenciaØCaso Acevedo Buendía y Otros vs. Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 168. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de Julio de 2007)ØCaso de los Niños de la Calle Villagrán Morales y otros vs. Guatemala.Sentencia de fondo. Serie C, N° 63. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de noviembre de 1999).

Ø Caso Ximenes López vs. Brasil. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 149. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de Julio de 2006).

Ø Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 349. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de marzo de 2018)

Ø Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 112. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de septiembre de 2004). Ø Caso Furlan y Familia Vs. Argentina. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N° 246 (Corte Interamericana de Derechos Humanos) Ø Opinión Consultiva N° 10/89 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de Julio de 1989). Ø Observación General N° 03 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14 de Diciembre de 1990). Ø Observación General N° 14 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 de Agosto del 2000). Ø Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ø Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(*) Profesora JTP de Filosofía del Derecho de la Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino (UNSTA), Doctoranda de la Universidad Católica Argentina (UCA), Integrante del equipo de investigación UCA/ PROYECTO PICTO 2017-0032. Abogada, Tucumán, Argentina. Correo electrónico: marianapardoiosa22@gmail.com.

[1] Para una visión más detallada, ver: Bonet de Viola, A, M (2016). «Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales». En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 46(124) ,17-32. Fecha de Consulta 13 de Diciembre de 2019. ISSN: 0120-3886. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1514/151448396002>.

[2] Con respecto a este tema existen posturas que entienden como derechos incluidos en la norma sólo aquellos que pueden derivarse de la Carta de la OEA, sin que pueda utilizarse la Declaración Americana ni el principio pro persona para su determinación (Parra Vera, 2013, p. 767). Sin embargo, el artículo 29 inciso (b) del Pacto de San José indica que las disposiciones de la Convención Americana no se pueden interpretar de manera que limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

[3] Cfr. May Maculay, Margarrette, Voto concurrente, en el caso: *Furlan y Familiares Vs. Argentina*.

[4] La Corte IDH reconoció que la Comisión interamericana había considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso (Caso Acevedo Buendía y Otros vs. Perú, 2007).

[5] En la sentencia del caso Lagos del Campo Vs. Perú, de fecha 31 de Agosto de 2017, la Corte desarrolló y concretó por primera vez una condena específica en forma autónoma por

violación del artículo 26 de la Convención Americana.

[6] Dicha accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: 1) *igualitaria*: en el sentido de no discriminación, 2) *la física*: en tanto que espacial y arquitectónica 3) la económica o asequibilidad, 4) la informativa: que incluye el derecho a recibir, solicitar y difundir información sobre cuestiones relativas a la salud, sin menoscabar el derecho a la confidencialidad de los datos personales en materia sanitaria. La primera y la cuarta (no discriminación y acceso a la información) forman parte de los niveles esenciales de salud y, por ello, constituyen obligaciones irrenunciables, de cumplimiento inmediato y universal por parte de los Estados, cuya ausencia resulta de todo punto justificable.

[7] ONU, Comité DESC, OG-14, supra, párr. 12. A este respecto, dicho Comité señaló que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: a) *Disponibilidad*. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas [...] Esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado [...] b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte [...]; c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, [...] y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate; d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

[8] Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párr. 140.

[9] El artículo aludido, tiene por objeto analizar la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso denominado «I.V. vs. Bolivia», dictada el 30 de noviembre de 2016, la cual juzga la responsabilidad internacional del Estado demandado por una intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio practicada por los funcionarios de un hospital público sin que se tratara de una situación de emergencia y sin mediar el consentimiento de la víctima, haciendo especial hincapié en el estudio de las normas referidas al consentimiento informado en el ámbito de la salud.

[10] En el fallo *Poblete Vilches*, la Corte IDH realiza la distinción entre dos tipos de obligaciones que se desprenden del artículo 26 para los Estados partes: por un lado obligaciones de cumplimiento inmediato y por otro lado obligaciones de carácter progresivo.

[11] Los estándares desarrollados por la Corte IDH en el presente caso, relativo a las prestaciones básicas y específicas del derecho a la salud, actúan como piso y no como techo para los Estados signatarios.

[12] Al respecto, el Código Civil y Comercial Argentino, en su Título Preliminar realiza

una distinción entre ley positiva y derecho.

Citar: eDial DC2A99

Publicado el: 12/05/2020

**copyright © 1997 - 2020 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina**