

2006

## Protegiendo el Derecho a la Salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Estudio Comparativo sobre su Justiciabilidad desde un Punto de Vista Substantivo y Procesal

Carlos Ivan Fuentes Alcedo

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [International Law Commons](#)

---

### Recommended Citation

Alcedo, Carlos Ivan Fuentes. "Protegiendo el Derecho a la Salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Estudio Comparativo sobre su Justiciabilidad desde un Punto de Vista Substantivo y Procesal." *American University International Law Review* 22, no. 1 (2006): 7-33.

This Article is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in *American University International Law Review* by an authorized administrator of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact [fbrown@wcl.american.edu](mailto:fbrown@wcl.american.edu).

# **PROTEGIENDO EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:**

## **ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE SU JUSTICIABILIDAD DESDE UN PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO Y PROCESAL**

CARLOS IVÁN FUENTES ALCEDO\*

INTRODUCCIÓN.....	8
I. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	12
A. EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.....	12
B. EL DERECHO A LA SALUD EN OTROS SISTEMAS.....	16
C. RESULTADOS DE LA COMPARACIÓN.....	21
II. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD.....	25
A. LEGISLACIONES NACIONALES.....	26
B. SISTEMAS INTERNACIONALES .....	29
CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS FUTURAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO .....	31

---

\* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas *Summa Cum Laude* por la Universidad Católica Santa María La Antigua (Ciudad de Panamá, Panamá) y candidato al título Master of Laws por McGill University (Montreal, Canadá). Es abogado litigante en la República de Panamá desde abril de 2005 y actualmente labora en la firma forense Fuentes y Asociados. El autor desea dedicar este artículo a los profesores Marie-Claude Prémont, Evan Fox-Decent y René Provost.

## INTRODUCCIÓN

Desde el surgimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones Europeas de principios del siglo XX,<sup>1</sup> estos derechos han contado con escasa protección judicial.<sup>2</sup> Dos argumentos sostienen tal situación: el primero supone que los derechos económicos, sociales y culturales no cuentan con las características intrínsecas que permiten reivindicar los derechos civiles y políticos mediante procedimientos judiciales o quasi-judiciales;<sup>3</sup> y el segundo es el hecho de que la satisfacción de aquellos derechos depende directamente de los recursos que posee el Estado.<sup>4</sup>

Mientras la doctrina internacional y la práctica de los organismos internacionales especializados han afirmado que existe una

---

1. Ver CHRISTIAN TOMUSCHAT, *HUMAN RIGHTS: BETWEEN IDEALISM AND REALISM* 27 (Philip Alston et al. eds., 2003) (describiendo la aparición relativamente tardía de los derechos económicos y sociales en el desarrollo de las constituciones europeas del siglo XX).

2. Ver Craig Scott & Patrick Macklem, *Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution*, 141 U. PA. L. REV. 1, 18-19 (1992) (destacando que en muchas jurisdicciones internacionales y nacionales los derechos económicos y sociales son tratados como meras aspiraciones o metas, a diferencia de los derechos civiles y políticos que son reconocidos como derechos justiciables).

3. Ver TOMUSCHAT, *supra* nota 1, en 47 (explicando que los procedimientos judiciales o quasi-judiciales existentes no son adecuados para proteger los derechos económicos, sociales y culturales, ya que estos derechos están diseñados para ser logrados progresivamente y carecen de garantías individuales); ver también Scott & Macklem, *supra* nota 2, en 18-19.

4. Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución de la Asamblea General [Res. A.G.] 2200 A (XXI), art. 2.3, Documento de la Organización de la Naciones Unidas [Doc. N.U.] A/6316 (16 de diciembre de 1966) [en adelante Pacto DESC] (afirmando que los países en desarrollo podrán tener en cuenta el estado de sus economías nacionales al determinar el grado de garantías que deben concederse a extranjeros en acuerdo con los derechos reconocidos en el Pacto); cf. MARY DOWELL-JONES, *CONTEXTUALISING THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: ASSESSING THE ECONOMIC DEFICIT* 44 (2004) (teorizando que la realización de los derechos del Pacto DESC depende, en parte, en la formación de una economía sostenible y en el reconocimiento de medidas diseñadas para lograr mejores índices económicos, tales como programas para reducir el déficit y aumentar el ingreso, así como inversiones para mejorar el transporte, la comunicación y la infraestructura).

indivisibilidad e interdependencia<sup>5</sup> entre los llamados derechos humanos de primera y segunda generación,<sup>6</sup> muchos gobiernos aún consideran que no están en la obligación de brindar mecanismos judiciales para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>7</sup> Incluso hay Estados que han afirmado que tales derechos no encuentran cabida en una constitución por su naturaleza positiva.<sup>8</sup>

En la esfera internacional, el concepto de “justiciabilidad” surge como el fantasma que mantiene a los derechos económicos, sociales

---

5. Ver Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, Res. A.G. 41/128, art. 6, Doc. N.U. A/RES/41/128 (4 de diciembre de 1986) (indicando que todos los derechos humanos, ya sean derechos civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes, y la implementación de cada uno de ellos debe recibir igual atención y consideración urgente); ver también Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993, Declaración y Programa de Acción de Viena, ¶ 5, Doc. N.U. A/CONF.157/23 (12 de Julio de 1993) [en adelante *Declaración de Viena*] (sosteniendo que la comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos como un todo y dar igual protección a cada uno de los derechos); PATRICE MEYER-BISCH, LE CORPS DES DROITS DE L'HOMME 295 (1992).

6. Aunque esa denominación disfruta amplia aceptación, nos adherimos a la doctrina que considera inapropiada la metáfora porque es simplista, reduce el concepto de derechos humanos y crea una falsa diferencia histórica. Ver Asbjørn Eide & Allen Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*, en ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS 3, 9-10 (Asbjørn Eide et al. eds., 2nd ed. 2001) (proponiendo que la división de los derechos humanos en dos categorías – los derechos civiles y políticos, formando un grupo, y los derechos sociales, económicos y culturales, formando otro – fue el producto de una decisión controversial que la Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas tomó en 1951); ver también; MANFRED NOWAK, INTRODUCTION TO THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS REGIME 23 (2003) (mencionando que las distintas clasificaciones, creadas por Karel Vasak, están usadas para describir el desarrollo de los derechos humanos); TOMUSCHAT, *supra* nota 1, en 24-25.

7. Ver NOWAK, *supra* nota 6, en 151, 173 (señalando que solo un puñado de los países industrializados ha aceptado los derechos económicos, sociales y culturales como iguales a e inseparables de los derechos civiles y políticos, y que muchos gobiernos todavía ven a los derechos económicos, sociales y culturales como injustificables en la práctica).

8. Ver *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983), cert. denied, 465 U.S. 1049 (1984) (rechazando la noción que la enmienda catorce de la constitución de los Estados Unidos incluye derechos positivos, porque así obligaría al gobierno usar su poder de recaudación de impuestos para coercer a algunos ciudadanos a pagar servicios básicos de otros); ver también *DeShaney v. Winnebago County Dep't of Soc. Servs.*, 489 U.S. 189, 194-95 (1989) (explicando que el *Due Process Clause* de la enmienda catorce de la constitución de los Estados Unidos no obliga al Estado a proteger la vida, la libertad o la propiedad de los ciudadanos ante amenazas provenientes de fuentes no estatales).

y culturales como meras obligaciones de medios. Desde 1990, cuando el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales sugirió que los Estados podrían también crear mecanismos jurisdiccionales para salvaguardar estos derechos acorde con la legislación nacional,<sup>9</sup> se han dado pasos significativos con el objetivo de darle justiciabilidad a un instrumento de marcada importancia en esta materia: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Pacto DESC”).<sup>10</sup> Sin embargo, hasta la fecha tal iniciativa se mantiene en mero proyecto.<sup>11</sup> La realidad es que sigue imperando aquel principio de soberanía entre los miembros de la comunidad internacional, el cual es ampliamente defendido especialmente cuando atañe a decisiones tan particulares de los gobiernos como es la distribución de los recursos del Estado.<sup>12</sup>

---

9. Ver Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El Derecho al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud*, ¶ 1-5, Doc. N.U. E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000) [en adelante *Derecho a Salud*] (expresando que el derecho a la salud puede ser logrado a través de distintos mecanismos). En cuanto a los intentos internacionales por considerar la creación de un protocolo adicional, ver también *Declaración de Viena*, supra nota 5, ¶ 75 (animando a la Comisión de Derechos Humanos a continuar examinando el protocolo adicional al Pacto sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales).

10. Pacto DESC, supra nota 4.

11. En su primera sesión, el Consejo de Derechos Humanos renovó el mandato de Grupo de Trabajo encargado de redactar el Protocolo Opcional para hacer justiciable el Pacto DESC. Ver Consejo de Derechos Humanos, *Grupo de Trabajo Abierto Encargado de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. N.U. A/HRC/1/L.10 (29 de junio de 2006); ver también Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, *Elementos para la Elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Doc. N.U. E/CN.4/2006/WG.23/2 (21 de noviembre de 2005) (*preparado por* Catarina de Albuquerque) [en adelante *Protocolo Facultativo*]. Pero ver Michael J. Dennis & David P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?*, 98 AM. J. INT'L L. 462, 467 (2004) (expresando preocupación que la creación de un mecanismo internacional para juzgar la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales puede debilitar la aceptación y el estatus de tales derechos, ya que las diferencias económicas y sociales entre los distintos Estados conllevará a que muchos Estados no implementen estos derechos).

12. Ver Kitty Arambulo, *Drafting an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Can an Ideal Become Reality?*, 2 U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 111, 135 (1996) (enfatisando la intransigencia de los Estados de no permitir que un cuerpo internacional investigue la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en sus

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (“Sistema Interamericano”) no escapa de esa realidad, y a pesar de ir un paso más adelante del Pacto DESC en la protección individual de los derechos de asociación sindical y educación,<sup>13</sup> aún mantiene la premisa general de la injusticiabilidad de la gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales allí contemplados. Esto se debe principalmente a la ausencia de una iniciativa estatal tendiente a adoptar nuevos instrumentos o enmendar los existentes. Aquello a pesar de los esfuerzos de organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales por crear conciencia en la necesidad de proteger integralmente el catálogo de derechos del Sistema Interamericano.<sup>14</sup>

El caso que nos ocupa en esta ocasión, el derecho a la salud, es uno de aquellos derechos que se encuentran definidos en los instrumentos del Sistema Interamericano, pero que permanece entre los que no pueden ser exigidos a través del sistema de petición individual que contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>15</sup>

En el presente escrito estudiaremos el fenómeno de la justiciabilidad y su relación al derecho a la salud. Como todo derecho económico, social y cultural, el derecho a la salud cuenta con escasa protección en los ordenamientos jurídicos nacionales. En este escrito

---

respectivos territorios); *ver también* Paolo G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, 97 AM. J. INT'L L. 38, 72-73 (2003) (proponiendo que la implementación de los derechos humanos por las autoridades nacionales o locales teniendo en cuenta la historia, tradición y cultura de cada país o región es compatible con el concepto de la universalidad de los derechos humanos).

13. *Ver* Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 8.1a, 13, 19.6, 17 de noviembre de 1988, O.A.S.T.S. No. 69 [en adelante Protocolo de San Salvador].

14. *Ver* James L. Cavallaro & Emily J. Schaffer, *Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas*, 56 HASTINGS L.J. 217, 222-23 (2004) (observando que la prevalencia de altos índices de pobreza en Latinoamérica ha causado que las organizaciones no gubernamentales y cuerpos internacionales de derechos humanos enfoquen su interés más hacia los derechos económicos, sociales y culturales).

15. Valga decir desde ya que la definición esbozada en el Protocolo de San Salvador referente al derecho a la salud no tiene nada que envidiar a las disposiciones análogas de otros instrumentos internacionales. En la segunda sección de este escrito exploraremos más a fondo tales disposiciones.

ensayaremos brindar alternativas para lograr una adecuada protección de tal derecho utilizando los mecanismos del Sistema Interamericano.

Iniciaremos con un análisis detallado del contenido de este derecho utilizando una metodología comparativa entre los distintos instrumentos de derechos humanos; pretendemos describir aquí la base fundamental de las obligaciones que tienen los Estados a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Seguidamente expondremos las soluciones que han sido ensayadas en ciertas jurisdicciones y en el ámbito internacional. Finalmente, revisaremos ciertas propuestas que utilizan los instrumentos y la jurisprudencia del Sistema Interamericano para brindar protección individual al derecho a la salud, sin olvidar la propuesta esencial que impera en este tipo de estudio: hacer expresamente justiciable este derecho y en general todos los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>16</sup>

## I. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En esta sección, estudiaremos el contenido del derecho a la salud a la luz del Sistema Interamericano, y posteriormente veremos las disposiciones análogas del Sistema Universal y el Sistema Europeo. El análisis de los aspectos retóricos del discurso legal de los diferentes sistemas nos permitirá descubrir las estructuras mínimas sobre las cuales se erige el derecho humano a la salud, y así dilucidar si son las características intrínsecas de este derecho lo que no permite su justiciabilidad en la esfera internacional o si son aspectos procesales los que impiden su revisión judicial.

### A. EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Aunque es cronológicamente posterior a las demás articulaciones sobre el derecho a la salud que encontramos a nivel internacional, comenzaremos por analizar la enunciada en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de

---

16. *Pero ver* Dennis & Stewart, *supra* nota 11, en 462, 515 (objetando al uso de organismos judiciales o quasi-judiciales internacionales para juzgar los derechos económicos, sociales y culturales).

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo” o “Protocolo de San Salvador”); cuyo texto reza así:

Art. 10. Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.<sup>17</sup>

Salta inmediatamente a la vista que el concepto de derecho a la salud contenido en el Protocolo de San Salvador, al igual que aquel

---

17. Ver Protocolo de San Salvador, *supra* nota 13, art. 10.

contemplado en otros instrumentos internacionales,<sup>18</sup> no corresponde a un derecho a gozar de buena salud o de no estar enfermo.<sup>19</sup> En realidad se trata de un derecho a la protección de la salud,<sup>20</sup> o un derecho a tener los medios que proporcionen el mayor nivel de bienestar posible.<sup>21</sup>

Las obligaciones enunciadas en el citado artículo varían desde la más básica creación de infraestructura y capital humano esencial para satisfacer las primeras necesidades de la población, hasta la masificación de tales servicios para así atender incluso las necesidades de las comunidades más marginadas. En medio de estos dos polos se encuentra también la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir (nótese la ausencia del término “erradicar”) posibles epidemias mediante acciones directas (vacunación) e indirectas (educación).

Cabe recordar que los países miembros de la Organización de Estados Americanos (“OEA”) están automáticamente adheridos a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,<sup>22</sup> y por

---

18. Ver Pacto DESC, *supra* nota 4, en art. 12; Council of Europe, European Social Charter (Revised) art. 11, May 3, 1996, Europ. T.S. 163. Ambos instrumentos enumeran los pasos que los Estados partes deben tomar para proteger el derecho a la salud.

19. Ver *Derecho a Salud*, *supra* nota 9, en ¶ 8; ver también Audrey R. Chapman, *Core Obligations Related to the Right to Health*, in CORE OBLIGATIONS: BUILDING A FRAMEWORK FOR ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS 185, 188 (Audrey R. Chapman & Sage Russell eds., 2002) (argumentando que el concepto de derecho a la salud es variable y depende de cosas que se encuentran fuera del control del Estado, como el individuo mismo, la sociedad y factores naturales); Katarina Tomasevski, *Health Rights*, in ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A TEXTBOOK 125 (Asbjørn Eide et al. eds., 1995) (explicando que el derecho a la salud no se puede entender como un derecho a estar saludable, ya que el Estado no le puede garantizar a ninguna persona un nivel específico de salud).

20. Parafraseando la denominación usada en la Carta Social Europea. Ver European Social Charter, *supra* nota 18.

21. Ver BRIGIT C. A. TOEBES, THE RIGHT TO HEALTH AS A HUMAN RIGHT IN INTERNATIONAL LAW 4 (1999) (enfazando que el Estado, aunque incapacitado para garantizar un nivel específico de salud, puede crear condiciones básicas para proteger la salud e incluso mejorarla).

22. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Res. O.E.A. XXX, Novena Conferencia Internacional Americana (1948), *reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser.LV/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992) [en adelante Declaración Americana].

supuesto a las disposiciones sociales de la Carta de la Organización de Estados Americanos.<sup>23</sup> Estos dos instrumentos también enumeran obligaciones referentes al derecho a la salud, las cuales establecen que “[t]oda 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”<sup>24</sup> y disponen que entre las metas básicas de los Estados miembros de la OEA está la de defender el “potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica.”<sup>25</sup>

Todas estas obligaciones están redactadas usando el léxico habitual de los derechos económicos, sociales y culturales, el cual implica que además de los tradicionales deberes de respetar y proteger el Estado, también tiene el deber de cumplir, el cual a su vez conlleva los deberes de promover, proveer y facilitar.<sup>26</sup> Sin embargo, ante estos deberes aplica la noción del desarrollo progresivo<sup>27</sup> y no la de satisfacción inmediata. En otras palabras, el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar acciones que limiten el derecho a la salud de los habitantes, de proteger a estos de acciones de personas u organizaciones no estatales que puedan truncar o limitar su derecho a la salud,<sup>28</sup> de tomar acciones positivas para asegurarse que todo

---

23. Carta de la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 1967, 119 U.N.T.S. 3 [en adelante Carta OEA]; *ver también* Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Res. O.E.A. 447 (IX-0/79), art. 20 (octubre de 1979) (disponiendo que la Comisión posee autoridad para examinar el cumplimiento de los derechos humanos reflejados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incluso en Estados no signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos).

24. Declaración Americana, *supra* nota 22, art. XI.

25. Carta OEA, *supra* nota 23, art. 34(i).

26. *Ver* MAGDALENA SEPÚLVEDA, THE NATURE OF THE OBLIGATIONS UNDER THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS 245-48 (2003) (considerando el uso del *tripartite typology* – es decir, los deberes de promover, proveer y facilitar – por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); *ver también* TOEBES, *supra* nota 21, en 312-336 (analizando como el derecho a la salud ha sido gradualmente incorporado en los derechos internos de los Estados).

27. *Ver* Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 26, 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 [en adelante Convención Americana].

28. *Ver* Maria McFarland Sanchez-Moreno & Tracy Higgins, *Transnational Corporations and the Protection of Economic, Social, and Cultural Rights in Bolivia*, 27 *FORDHAM INT'L L.J.* 1663, 1731-1732 (2004) (describiendo el derecho

habitante tenga acceso a los elementos más básicos del derecho a la salud, de proveer tal acceso en caso de que un individuo no pueda hacerlo por sus propios medios, y de brindar cada vez más y mejor protección al derecho a la salud de los habitantes.<sup>29</sup>

#### B. EL DERECHO A LA SALUD EN OTROS SISTEMAS

Dentro de los tratados del sistema de protección a los derechos humanos de las Naciones Unidas, la más amplia definición del concepto de derecho a la salud la podemos encontrar en el Pacto DESC, el cual dice:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
  
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
  - (a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
  
  - (b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
  
  - (c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
  
  - (d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.<sup>30</sup>

---

a salud en términos expansivos, que reclama que el Estado proteja la población de acciones de las personas y organizaciones no estatales).

29. Ver Convención Americana, *supra* nota 27, art. 26.

30. Ver Pacto DESC, *supra* nota 4, art. 12.

Aunque la definición del derecho a la salud coincide con la esbozada por el Protocolo de San Salvador, la articulación de las obligaciones de los Estados partes difiere parcialmente. Este artículo está complementado por un amplio Comentario General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>31</sup> Dicho comentario explica en detalle en que consisten los deberes de respetar, proteger, cumplir-proveer, cumplir-promover y cumplir-facilitar,<sup>32</sup> y señala las obligaciones básicas que conlleva el derecho a la salud:

(a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;

(b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;

(c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;

(d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;

(e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

(f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de

---

31. *Ver Derecho a Salud*, nota 9.

32. *Ver id.* ¶ 34-37.

referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.<sup>33</sup>

Se hace evidente inmediatamente que hay puntos comunes y aspectos que difieren entre las obligaciones delineadas por el texto del Pacto DESC y el del Comentario General. Esto se debe obviamente a las cuatro décadas de diferencia entre ambos documentos. Inicialmente se nota la amplitud de la obligación de brindar los servicios básicos de salud bajo las premisas de igualdad y no discriminación, y la obligación de prevenir enfermedades infecciosas y profesionales; dichas obligaciones están expuestas en similares términos a los expresados en el Protocolo de San Salvador.<sup>34</sup> Sin embargo, las demás obligaciones recogidas en los documentos de las Naciones Unidas o bien no están contempladas por el instrumento interamericano,<sup>35</sup> o bien están cubiertas bajo otros derechos.<sup>36</sup>

---

33. *Id.* ¶ 43.

34. *Comparar* Protocolo de San Salvador, *supra* nota 13, art. 10(2)(b) y (d) (expresando el compromiso de los Estados partes a adoptar medidas para “la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado” y “la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole”), *con* Pacto DESC, *supra* nota 4, art. 12(c) y (d) (requiriendo que los Estados partes adopten medidas para “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” y “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”).

35. El Protocolo de San Salvador no contiene disposiciones especiales tendientes a la protección del derecho a la salud de los niños, pero cuenta con una disposición general que abarca los aspectos del derecho a la educación de los menores y a permanecer con su familia. Esto no quiere decir que los niños no se encuentren amparados por las obligaciones genéricas del derecho a la salud allí contempladas; simplemente no hay disposiciones dirigidas directamente a crear un nivel especializado de protección a los menores de edad. Para un catálogo más amplio en cuanto al derecho a la salud de los niños en particular, *ver* Convención sobre los Derechos del Niño art. 24, 20 de noviembre de 1989, 1577 U.N.T.S. 3; *ver también* Protocolo de San Salvador, *supra* nota 13, el cual no contempla disposiciones similares a las que encontramos en el parágrafo 43(c) y (d) del *Derecho a Salud*, *supra* nota 9.

36. Mientras el Pacto DESC se refiere en el parágrafo 2(b) a los “aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente”, el Protocolo de San Salvador articula

Por otro lado, la Carta Social Europea contiene una disposición mucho más escueta sobre el derecho a la salud, la cual establece en su primera parte que “[e]veryone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable”<sup>37</sup> y elabora el contenido de la obligación en la segunda parte:

Article 11 – The right to protection of health

With a view to ensuring the effective exercise of the right to protection of health, the Contracting Parties undertake, either directly or in co-operation with public or private organisations, to take appropriate measures designed *inter alia*:

1. to remove as far as possible the causes of ill-health;
2. to provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health;
3. to prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases.<sup>38</sup>

La Carta Social Europea define el derecho a la salud en los mismos términos que el Protocolo de San Salvador y el Pacto DESC, y enumera las obligaciones de los Estados partes bajo este derecho.<sup>39</sup> Las obligaciones allí contenidas van dirigidas a prevenir tanto enfermedades epidémicas y endémicas como accidentes, a educar a la población sobre la promoción de la salud y a remover en la medida de lo posible las causas de enfermedad. Aunque esta última parece

---

las mismas obligaciones en sus artículos 7 (Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo) y 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano). Cuando el Comentario General habla de “asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima” en el párrafo 43(b), el Protocolo de San Salvador contempla tal derecho en su artículo 12 (Derecho a la Alimentación).

37. European Social Charter, *supra* note 18, parte I, art. 11.

38. *Id.* parte II, art. 11.

39. Valga decir que este catálogo es *numerus apertus*.

tremendamente amplia y noble, su ambigüedad es tal que no permite una formulación exacta de lo que se pretende proteger con ella.

Sin embargo, la obligación de brindar servicios de salud la encontramos en un artículo aparte, haciéndolo un derecho especializado:

Article 13 – The right to social and medical assistance

With a view to ensuring the effective exercise of the right to social and medical assistance, the Contracting Parties undertake:

1. to ensure that any person who is without adequate resources and who is unable to secure such resources either by his own efforts or from other sources, in particular by benefits under a social security scheme, be granted adequate assistance, and, in case of sickness, the care necessitated by his condition;
2. to ensure that persons receiving such assistance shall not, for that reason, suffer from a diminution of their political or social rights;
3. to provide that everyone may receive by appropriate public or private services such advice and personal help as may be required to prevent, to remove, or to alleviate personal or family want;
4. to apply the provisions referred to in paragraphs 1, 2 and 3 of this article on an equal footing with their nationals to nationals of other Contracting Parties lawfully within their territories, in accordance with their obligations under the European Convention on Social and Medical Assistance, signed at Paris on 11th December 1953.<sup>40</sup>

Después de haber revisado la definición y contenido del derecho a la salud en el Sistema Interamericano, el Sistema Europeo y el Sistema de las Naciones Unidas, vemos que existe una continuidad

---

40. *Id.* parte II, art. 13.

arquitectónica en la formulación de ciertas obligaciones mínimas. Sin embargo, podemos ver también obligaciones más especializadas en las cuales no existe tal consenso. Corresponde entonces analizar las consecuencias de tal separación de criterios.

### C. RESULTADOS DE LA COMPARACIÓN

Es necesario diferenciar inicialmente cuales son las obligaciones comunes en los tres sistemas y cuales son particulares del Sistema Interamericano. En principio los tres cuerpos legales consideran que existe una obligación esencial de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas y de otra índole.<sup>41</sup> También es común la progresiva obligación de brindar servicios de salud de calidad a toda la población, especialmente a los grupos de alto riesgo.<sup>42</sup> Por otro lado, la obligación de educar a la población sobre los riesgos de la salud no está enumerada en el Pacto DESC como una de las obligaciones básicas; sin embargo, el Comentario General la considera entre una de las obligaciones “de prioridad comparable.”<sup>43</sup> También se nota una obligación que es especial del Sistema Interamericano y que responde a la situación socio-económica de este continente: brindar inmunización a la población contra enfermedades infecciosas,<sup>44</sup> aunque para los efectos del presente estudio la veremos como una ampliación de la obligación de prevenir y tratar posibles epidemias.

No es nuestra intención analizar las obligaciones comunes en los sistemas, pues tanto el Sistema Europeo como el de las Naciones Unidas ya han implementado o están en el proceso de implementar métodos para hacer estas obligaciones (y aquellas que son particulares a cada uno de ellos) justiciables. En este sentido, ya se hace obvio que la configuración de estas obligaciones permite,

---

41. Ver Pacto DESC, *supra* nota 4, art. 12(2)(c); Protocolo de San Salvador, *supra* nota 13, art. 10(2)(d); European Social Charter, *supra* nota 18, en parte II, art. 11(3).

42. Ver Pacto DESC, *supra* nota 4, art. 12(1); Protocolo de San Salvador, *supra* nota 13, art. 10(2)(f); European Social Charter, *supra* nota 18, parte I, art. 11.

43. Ver *Derecho a Salud*, *supra* nota 9, ¶ 44(d) (identificando la obligación de proveer educación y acceso a información sobre los principales problemas de salud en la comunidad, como un deber de prioridad comparable).

44. Ver Protocolo de San Salvador, *supra* nota 13, art. 10(2)(c) (expresando el compromiso de los Estados partes a lograr “la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas”).

*mutatis mutandi*, adoptar un sistema de revisión judicial a nivel internacional. Sin embargo, la obligación de brindar servicios de salud de calidad a la población, permanece en duda, particularmente porque su ejecución está altamente ligada a los ejercicios presupuestarios del Estado (o incluso del gobierno de turno). No quiere decir esto que las obligaciones de educación en la salud y prevención de epidemias están por encima de aquellas preocupaciones; sin embargo, las exigencias económicas de un sistema de salud eficiente y accesible son sin dudas mayores que las requeridas para proveer educación sobre la salud y prevenir epidemias. En este sentido, mientras es mucho más tangible la ejecución de estas dos obligaciones, es ciertamente mucho más complicada la obligación de brindar servicios de salud a la población; por lo que podría hacer eco de los argumentos que pregonan una intrínseca injusticiabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

La obligación de brindar servicios de salud, tal como está articulada en el Protocolo de San Salvador, llama a la aplicación inmediata de los servicios más básicos de salud a toda la población, y recoge la premisa de desarrollo progresivo cuando propone la eventual “extensión de los beneficios de los servicios de salud”<sup>45</sup> a todos los habitantes y la posterior “satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo.”<sup>46</sup> A estas alturas es necesario recordar que el Protocolo de San Salvador pone las obligaciones dentro del contexto de cada país, y dispone que los Estados implementarán aquellos derechos “hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.”<sup>47</sup>

En este sentido, la cuestión de la justiciabilidad de la obligación de brindar servicios de salud a la población se basa en la posibilidad de sopesar las obligaciones del Protocolo de San Salvador con el grado de desarrollo de los Estados partes. No parece esta una excusa suficiente para mantener comunidades sin los servicios esenciales de

---

45. *Id.* art. 10(2)(b).

46. *Id.* art. 10(2)(f).

47. *Id.* art. 1.

salud o no apoyar el progreso de los servicios ya existentes. Sin embargo, la distribución de recursos sigue siendo un tema político, mientras que el derecho a la salud es un instrumento manco, el cual necesita de una supervisión internacional para lograr los cometidos en los dispuestos.

Si se trata entonces de un balance entre la situación económica del país y las necesidades de la población, ¿puede el Juez Interamericano enfrentar propiamente una operación jurídica que disponga sopesar elementos políticos abstractos, como la distribución de recursos, y elementos reales, como las necesidades sociales que aquejan a aquellos que están más alejados del juego político? Evidentemente no se trata de una fórmula matemática perfecta, ya que bajo ninguna circunstancia se puede encontrar una regla que mida en abstracto y que pueda brindar resultados regulares. No obstante, el Sistema Interamericano ya cuenta con medios para llevar al conocimiento del tribunal aspectos particulares de la situación de cada país. Tales medios incluyen, por ejemplo, el nombramiento de jueces *ad hoc*<sup>48</sup> y la utilización de peritos especializados.<sup>49</sup> Estos mecanismos permiten al tribunal tener un conocimiento más directo sobre la situación actual del Estado *sub judice*, por lo cual puede reducir la brecha entre

---

48. Ver Convención Americana, *supra* nota 27, art. 55.

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*.

4. El juez *ad hoc* debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

49. Ver Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 63, 4-8 de octubre de 2000, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos10.htm>; ver también Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arts. 33, 41, 44, 46, 47, 25 de noviembre de 2003, <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos12.htm>.

la realidad y el texto del Protocolo y establecer un exitoso balance jurídico.

En cuanto al asunto de su reparación, podría ensayarse tanto una reparación individual como colectiva. La primera surge del hecho que la afectación en la salud de una persona puede traer como consecuencia daño inmaterial,<sup>50</sup> lucro cesante<sup>51</sup> e incluso una alteración de su proyecto de vida.<sup>52</sup> En el ámbito colectivo, debemos recordar que estos derechos se deben a la sociedad en su conjunto, y aunque la sociedad en general no podría ser reparada en abstracto,<sup>53</sup> la Corte ya ha ensayado en otros casos la reparación colectiva tras violaciones a los derechos humanos de grupos definidos o definibles, aunque estos casos han involucrado solo violaciones a derechos civiles y políticos.<sup>54</sup>

---

50. Ver Caso Cantoral-Benavides, 2001 Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte I.D.H.] (ser. C) No. 88, ¶ 53 (3 de diciembre de 2001). Este caso presenta dos formas de reparaciones de un daño inmaterial. “En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones . . . .” <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/C/88-esp.html> - \_ftn45 *Id.* ¶ 53.

51. Ver Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, 1989 Corte I.D.H. (ser. C) No. 7, ¶ 46 (21 de julio de 1989) (calculando las reparaciones de una persona desaparecida por el gobierno por “un lucro cesante de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural.”).

52. En el caso *Loayza Tamayo*, la Corte examinó y reconoció la existencia del concepto de “daño al proyecto de vida,” al cual describió como la frustración de la “realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones. . . .” Sin embargo, la Corte rehusó cuantificar el daño al proyecto de vida, explicando que “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos.” Ver Caso *Loayza Tamayo*, 1998 Corte I.D.H. (ser. C) No. 42, ¶ 144-54 (27 de noviembre de 1998).

53. Ver *Parque Natural Metropolitano v. Panamá*, Caso 11.533, Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Comisión I.D.H.], Informe No. 88/03, OEA/Ser./L/V/II.118, doc. 70 rev. 2, ¶ 34 (2003) (rechazando una denuncia hecha a nombre de todos los ciudadanos de Panamá).

54. Ver Caso *Baena Ricardo*, 2001 Corte I.D.H. (ser. C) No. 72 (2 de febrero de 2001) (ordenando reparaciones del Estado panameño por violar el derecho de la libertad de asociación de 270 trabajadores que habían participado en una manifestación por reclamos laborales); Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni v. Nicaragua*, 2001 Corte I.D.H. (ser. C) No. 79 (31 de agosto de

Habida cuenta de que ya existen organismos internacionales que reconocen la justiciabilidad internacional del derecho a la salud, (en el caso de las Naciones Unidas se encuentra en proceso de elevación a nivel de tratado) y prestando atención a hecho de que las obligaciones especiales del Sistema Interamericano no contienen una incompatibilidad manifiesta con la función de supervisión de la Comisión o con la función jurisdiccional de la Corte, consideramos que no hay elementos intrínsecos en el derecho a la salud que lo hagan naturalmente injusticiable. Por el contrario, debido a su importancia, éste reclama un reconocimiento dentro del sistema de peticiones individuales del Sistema Interamericano.

Las obligaciones recogidas en el Protocolo de San Salvador y otros instrumentos internacionales respecto al derecho a la salud tocan los aspectos más esenciales de la persona humana. El no cumplimiento de estas obligaciones podría conllevar irreparables consecuencias en la vida individual de la persona y en la vida colectiva del grupo.

Preocupa particularmente la situación de los grupos aborígenes de América, los cuales comúnmente viven aislados de los centros urbanos y por este motivo no pueden acceder a los servicios de salud más básicos. No negamos la importancia que tiene el asunto presupuestario en la posibilidad que tiene un estado de brindar tales beneficios a las poblaciones marginadas, pero un correcto balance entre tales obligaciones y las situaciones que se viven en aquellas comunidades debe brindar una respuesta que incentive la educación y protección contra enfermedades infecciosas, epidémicas y endémicas sin sacrificar los demás proyectos y el presupuesto del Estado.

---

2001) (declarando que el Estado de Nicaragua violó los derechos de propiedad de la comunidad Mayagna y que deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a la comunidad); Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 124 (15 de junio de 2005) (disponiendo que el Estado tiene que pagar las cantidades fijadas por concepto de daño material, y también por concepto de daño inmaterial); Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 125 (17 de junio de 2005) (reconociendo que la sentencia es una forma de reparación a favor de la comunidad y dispone entre otras medidas la indemnización por daño material).

## II. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD

Poco a poco el concepto de no-justiciabilidad que se maneja en el tema de los derechos económicos, sociales y culturales ha comenzado a disiparse. Es interesante como en el caso particular del derecho a la salud, ciertas legislaciones nacionales han dado especial atención a su protección. Esta sección pretende mostrar casos en los cuales la legislación doméstica ha comenzado a proteger el derecho a la salud y las perspectivas con que lo han logrado. Seguidamente veremos modelos internacionales en los que se ha adoptado un enfoque más abierto en cuanto a la protección general de los derechos económicos, sociales y culturales y como esto afecta al derecho a la salud en particular. Nuevamente, el motivo de la comparación es buscar alternativas al litigio del derecho a la salud dentro del Sistema Interamericano, con miras a hacer recomendaciones posteriores.

### A. LEGISLACIONES NACIONALES

Aunque la ejecución de las políticas públicas es considerada una facultad de los órganos ejecutivos de los Estados modernos, ciertos países han aceptado la tutela o acción judicial tendiente a proteger el derecho a la salud de sus habitantes.

Tal es el ejemplo de Colombia, en donde el derecho a la salud goza de protección constitucional a través del mecanismo de tutela "en aquellos eventos en los cuales se encuentre en conexidad con derechos fundamentales como la vida y la integridad física."<sup>55</sup> En otras palabras, "la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección constitucional, en situaciones en que la salud adquiera el carácter, por conexidad, de derecho fundamental."<sup>56</sup>

En este caso, el derecho a la salud no es considerado un derecho fundamental y por consiguiente no es justiciable *per se*. Su justiciabilidad dependerá del grado de la violación, pues si la misma

---

55. Corte Constitucional, 11/4/2002, "Reinel Castro Anaya v. Activa Salud A.R.S.," Sentencia T-252/02 (Colom.).

56. Corte Constitucional, 14/4/1999, "Adriana María Alvarado García v. El Instituto de Seguros Sociales de Cali," Sentencia T-231/99 (Colom.).

es de tal magnitud que atenta a la vez con un bien jurídico superior, o si recae sobre personas particularmente protegidas por la constitución colombiana,<sup>57</sup> entonces la Corte Constitucional está en la capacidad de decidir mediante la Acción de Tutela y ordenar reparaciones.<sup>58</sup>

Similarmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina sostiene que “la protección del derecho a la salud . . . es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria,”<sup>59</sup> en virtud de la incorporación de los instrumentos internacionales ratificados por este país a su Constitución Política.<sup>60</sup> El ciudadano tiene el derecho de recurrir por la vía del amparo contra las posibles violaciones al derecho a la

---

57. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA art. 13 (proponiendo adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”).

58. *Ver* Corte Constitucional, 13/9/2001, “Rosamira González v. SOLISALUD,” Sentencia T-978/01 (Colom.) (decidiendo que, según el artículo 49 de la Constitución, el Estado tiene el deber de garantizar acceso al sistema de salud a cada persona).

59. Corte Suprema de Justicia [CJSN], 1/6/2000, “Asociación Benghalensis v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional / amparo,” Fallos (A-186-XXXIV) (Arg.).

60. *Ver* CONST. ARG. art. 75 § 22.

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

salud;<sup>61</sup> sin embargo, cabe recordar que esta es una excepción y no la regla entre los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>62</sup>

Es particularmente esperanzador el caso de Sudáfrica, en dónde la Corte Suprema ha adoptado una interpretación más progresiva del concepto de derecho a la salud,<sup>63</sup> y los derechos económicos, sociales y culturales en general.<sup>64</sup> Este alto tribunal ha decidido en varias ocasiones que el derecho a recibir servicios de salud incluye el derecho a tener acceso a medicamentos, ya sea adquiriéndolos a precios razonables<sup>65</sup> o directamente del Estado en circunstancias especiales.<sup>66</sup>

Es igualmente importante el caso de India, en donde el derecho a la salud ha gozado de la tutela gubernamental indirecta a través de las decisiones de la Corte Suprema.<sup>67</sup> Este tribunal ha afirmado que la preservación de la salud es una meta constitucional imperativa,<sup>68</sup> y

61. AGUSTÍN GORDILLO ET AL., *DERECHOS HUMANOS IX-9* (4° edición 1999) (“En ausencia de cumplimiento administrativo, el particular tiene la vía del amparo para hacer cesar el daño a su salud . . . y posteriormente el recurso extraordinario y la vía supranacional. . .”).

62. *Id.* VIII – 1-2.

63. *Ver* David Bilchitz, *South Africa: Right to Health and Access to HIV/AIDS Drug Treatment*, 1 INT'L J. CONST. L. 524, 524 (2003) (observando que Sudáfrica es uno de los pocos países en que los jueces pueden revisar decisiones del Estado si forman violaciones de los derechos socio-económicos de la constitución); *ver también* Roger Phillips, *South Africa's Right to Health Care: International and Constitutional Duties in Relation to the HIV/AIDS Epidemic*, 11 HUM. RTS. BRIEF 9, 11 (2004) (notando que la Corte Constitucional de Sudáfrica ha señalado que el Estado debe actuar razonablemente con el propósito de proveer acceso a derechos socio-económicos). *Ver generalmente* GEORGE J. ANNAS, *AMERICAN BIOETHICS: CROSSING HUMAN RIGHTS AND HEALTH LAW BOUNDARIES* 59-67 (2005) (discutiendo el derecho a salud en Sudáfrica).

64. Esta Corte ha afirmado que las consideraciones presupuestarias no constituyen una excusa para restar justiciabilidad a estos derechos. *Ver Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) (S. Afr.).

65. *Ver Minister of Health v. New Clicks Africa (PTY) Ltd.* 2006 (1) BCLR 1 (CC) (S. Afr.).

66. *Ver Minister of Health v. Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721 (CC) (S. Afr.).

67. *Ver* TOEBES, *supra* nota 21, en 219 (“The right to life in the Indian constitution has been understood to include a right to healthy working conditions and to emergency medical treatment.”).

68. *Ver C.E.S.C. Ltd. v. Subhash Chandra Bose*, A.I.R. 1992 S.C. 573, 294 (India) (declarando que los derechos sociales y económicos son derechos fundamentales en la constitución de la India).

que la justicia social requiere que el derecho a la salud sea considerado un derecho fundamental.<sup>69</sup>

Los casos que hemos aquí presentado<sup>70</sup> ejemplifican la diversidad de tratamientos en el tema de revisión judicial del derecho a la salud, los cuales varían desde la total justiciabilidad de este derecho en cualquier circunstancia, hasta la justiciabilidad dependiente de su conexión con un derecho civil o político. Esto nos demuestra que el derecho a la salud cuenta con el potencial para ser incluido dentro de la categoría de derechos justiciables en el derecho internacional en general y en el Sistema Interamericano en particular. De allí que se haga necesario revisar los procedimientos internacionales existentes o en formación para determinar cual podría ser la vía a seguir por la OEA.

## B. SISTEMAS INTERNACIONALES

A pesar de existir ya varios mecanismos activos en la protección de ciertos derechos económicos, sociales y culturales, nos referiremos en esta sección al mecanismo creado en el seno del Sistema Europeo y a los intentos para la creación de un Protocolo Opcional al Pacto DESC. En principio es necesario aclarar que al referirnos al Sistema Europeo, no lo hacemos pretendiendo que este es equivalente a los órganos creados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.<sup>71</sup> En lo que se refiere a derechos económicos, sociales y culturales, el órgano europeo encargado de interpretar y aplicar la Carta Social Europea es el Comité Europeo de Derechos Sociales ("CEDS").

Por disposición expresa de la Carta Social Europea, los países firmantes están en la facultad de escoger, dentro de ciertos parámetros, los artículos de la Carta por los cuales se verán obligados. De allí que no todo país está en la obligación de respetar

---

69. *Ver Consumer Education and Research Centre v. Union of India*, A.I.R. 1995 S.C. 992, 657 (India).

70. No pretendemos afirmar que hemos agotado la lista de Estados en donde el derecho a la salud se encuentra protegido a través de procesos jurisdiccionales tendientes a identificar y reparar violaciones a los derechos humanos. *Ver por ejemplo TOEBES, supra* nota 21, en 190-231.

71. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213 U.N.T.S. 222.

el derecho a la salud o el derecho a la asistencia médica y social, como están expresados en la segunda parte de la Carta.

En virtud de lo señalado por el Protocolo Adicional de 1995, sindicatos de trabajadores o empleadores y ciertas organizaciones no gubernamentales reconocidas por el Consejo Europeo están en la capacidad de elevar comunicaciones colectivas alegando la aplicación insatisfactoria de los principios de la carta,<sup>72</sup> en cuanto a los derechos que el Estado acusado ha declarado obligatorios.<sup>73</sup>

A la fecha, treinta y cuatro comunicaciones colectivas han sido declaradas admisibles por el CEDS, y aunque se ha alegado la violación del derecho a la salud o el derecho a la asistencia médica y social en un par de casos,<sup>74</sup> el Comité aún no ha emitido una declaración sustancial que pueda determinar el alcance de la protección al derecho a la salud en el contexto europeo.

En cuanto a la posible adopción de un Protocolo Opcional al Pacto DESC, el proyecto todavía no permite dilucidar cual será el final de tal empresa, sin embargo el documento producido por Catarina de Albuquerque sobre los elementos del proyecto brinda ciertas luces sobre el tema.<sup>75</sup> Aunque no se descarta la posibilidad de crear un sistema parecido al europeo en el aspecto de la comunicación colectiva,<sup>76</sup> el documento presenta una clara inclinación por el modelo de comunicación individual.<sup>77</sup> En el aspecto referente a los derechos cubiertos, el documento presenta cinco alternativas que

---

72. Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints art. 1, Nov. 9, 1995, Europ. T.S. 158.

73. *Id.* art. 11.

74. *Ver* Int'l Fed'n of Human Rights v. France, Complaint No. 14/2003, European Committee of Social Rights (2004) ("legislation or practice which denies entitlement to medical assistance to foreign nationals . . . is contrary to the Charter."); *Confédération générale du travail v. France*, Complaint No. 22/2003, European Committee of Social Rights (2003); *Marangopoulos Found. for Human Rights v. Greece*, Complaint No. 30/2005, European Committee of Social Rights (2005).

75. *Ver* *Protocolo Facultativo*, *supra* nota 11.

76. El cual es evidentemente mucho más eficaz que el método de reportes por países. *Ver* Robin R. Churchill & Urfan Khaliq, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, 15 EUR. J. INT'L L. 417, 423 (2004) (enumerando los pasos a seguir para elevar una queja de acuerdo con el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea).

77. *Ver* *Protocolo Facultativo*, *supra* nota 11, ¶ I-D.

varían desde la adopción de derechos “a la carta” similar al Sistema Europeo hasta la creación de un sistema de progresiva inclusión de derechos a la lista de los justiciables en cada Estado.<sup>78</sup>

La experiencia del Sistema Europeo y las discusiones llevadas en el seno de las Naciones Unidas pueden servir de luz y guía para la eventual adopción en el Sistema Interamericano de mecanismos que permitan incluir los derechos económicos, sociales y culturales a la lista de derechos justiciables ante los órganos del sistema.

### CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS FUTURAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Habiendo concluido que el derecho a la salud no tiene características intrínsecas que imposibiliten su justiciabilidad, después de haber revisado diferentes legislaciones que contemplan ya la posibilidad de revisión judicial de tal derecho, y tras haber observado el funcionamiento del mecanismo europeo de protección a los derechos económicos, sociales y culturales, así como los intentos de creación de un Protocolo Opcional al Pacto DESC, se hace evidente que el Sistema Interamericano debe empezar a considerar seriamente la posibilidad de incorporar el Protocolo de San Salvador, en todo o en parte, al mecanismo de comunicaciones individuales. No obstante, debemos ser conscientes que el Sistema Interamericano pasa por un momento en dónde su preocupación se enfoca en otras áreas.<sup>79</sup>

Mientras tanto, consideramos que es posible el litigio del derecho a la salud ante el Sistema Interamericano a través de vías alternas. En

---

78. *Id.* ¶ I-B.

79. Las preocupaciones de la Corte y la Comisión están enfocadas en pasar de un sistema de *locus standi* para las víctimas a uno de *ius standi*, en el cual contemple el derecho de acción directa. Igualmente es tema de preocupación la adopción del Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ver ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE Y MANUEL E. VENTURA ROBLES, EL FUTURO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 88-96 (2° ed. 2003); ver también Antonio Augusto Cançado Trindade, *Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, en MEMORIA DEL SEMINARIO: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI 30-39 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2° ed. 2003).

su estudio sobre la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano, Tara Melish nos presenta cuatro alternativas para llevar posibles violaciones de estos derechos a través del litigio tradicional ante el sistema.<sup>80</sup> Entre las vías propuestas, dos de ellas pueden ser particularmente útiles en el litigio del derecho a la salud.

La primera vía es a través del litigio indirecto.<sup>81</sup> Se trata de utilizar las disposiciones de la Convención Americana en materia de igualdad, no discriminación y garantías procesales para sostener que el Estado no cumple con los estándares internacionales de aquellos derechos en relación a otras obligaciones contraídas internacionalmente (por ejemplo, el derecho a la salud). De esta manera, una acción discriminatoria por parte de una autoridad, y la consiguiente falta de solución por parte del organismo judicial encargado podría abrir la puerta para la interposición de una queja ante el Sistema Interamericano.

La segunda vía es a través del concepto de integración de los derechos.<sup>82</sup> Esta consiste en entender los derechos ya consagrados en la Convención Americana desde una perspectiva más amplia, a manera de abarcar acciones que ordinariamente cabrían en otro derecho. En el caso del derecho a la salud, se podría entender que la incapacidad del Estado para responder a determinada necesidad vital de la población se traduciría en una violación al derecho a la vida e integridad personal de estas personas. Al respecto, los jueces Abreu Burelli y Cançado Trindade han afirmado *ober dictum* que “[e]l derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico.”<sup>83</sup> Desde esta perspectiva podríamos sostener que el derecho a la vida incluye las obligaciones de prevenir

---

80. Las alternativas son: (1) vía de litigio indirecto; (2) vía de integración de los derechos; (3) vía del artículo 26, y; (4) vía de las violaciones complejas. Ver TARA MELISH, PROTECTING ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: A MANUAL ON PRESENTING CLAIMS (2002).

81. *Id.* en 193-194.

82. *Id.* en 233-234.

83. Ver Caso Villagrán Morales v. Guatemala, 1999 Corte I.D.H. (ser. C) No. 63, ¶ 2 (2 de febrero de 2001) (voto concurrente de Cançado Trindade y Abreu Burelli).

la muerte de las personas a través de programas de salud dirigidos a evitar catástrofes sanitarias, y que el derecho a la integridad personal incluye el “derecho de acceso a las instituciones de sanidad y atención médica . . . .”<sup>84</sup>

Por ejemplo, en el caso *Comunidad Yakya Axa*, la Corte Interamericana consideró que el Estado de Paraguay violó el artículo 4.1 de la Convención “por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna,”<sup>85</sup> después de haber establecido que el concepto de una vida digna incluye, entre otras cosas, el respeto al derecho a la salud.<sup>86</sup> Igualmente, en las medidas provisionales del caso *La Pica*, la Corte ordenó a la República Bolivariana de Venezuela “brindar la atención médica necesaria a los internos, de tal forma que se garantice su derecho a la integridad personal.”<sup>87</sup>

Es evidente que contamos con muy pocos y cuestionables medios en el Sistema Interamericano para proteger el derecho a la salud. Es preocupante tal situación especialmente al tomar en cuenta el estado en que se encuentran muchas comunidades marginadas a lo largo del continente. Es tiempo de tomar conciencia sobre el valor de las obligaciones a las que los Estados de la organización se comprometieron al firmar el Protocolo de San Salvador, y es necesario tomar pasos concretos a lograr su aplicación y su justiciabilidad en la esfera internacional.

---

84. *Ver* Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, 2005 Corte I.D.H. (ser. C) No. 125 (17 de junio de 2005) (voto parcialmente disidente de Abreu Burelli); *ver también* Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, 2006 Corte I.D.H. (ser. C) No. 146, ¶ 153 (29 de marzo de 2006).

85. *Ver id.* ¶ 176.

86. *Ver id.* ¶ 163, 167.

87. Caso del Internado Judicial de Monagas (“La Pica”), 2006 Corte I.D.H. (ser. E) Medidas Provisionales, ¶ 2 Resuelve (9 de febrero de 2006).