

El derecho social autónomo  
a la salud y sus contenidos.  
El caso *Poblete Vilches* y el examen  
de (in)cumplimiento de las obligaciones  
impostergables y no ponderables\*

*Martín Aldao*\*\*

*Laura Clérico*\*\*\*

A las y los *Poblete Vilches* de la región.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana (Corte IDH) declaró la responsabilidad internacional del Estado chileno por no haber garantizado al señor *Poblete Vilches*<sup>1</sup> su derecho a la salud sin discriminación, “mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a

---

\* Agradecemos la lectura atenta y crítica de Camila Fernández Meijide. Los errores son nuestros.

\*\* Abogado (UBA); doctor en Derecho (UBA); investigador (CIC) CONICET, Instituto de Investigaciones A. L. Gioja, Facultad de Derecho-UBA.

\*\*\* Abogada (UBA), doctora en Derecho (Kiel), investigadora CONICET; profesora de Derecho Constitucional (UBA) y profesora honoraria (Universidad de Erlangen/Nürnberg).

<sup>1</sup> Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349. El voto mayoritario estuvo conformado por los jueces y jueza: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Elizabeth Odio Benito; Eugenio Raúl Zaffaroni; L. Patricio Pazmiño Freire. El voto concurrente fue emitido por Humberto Sierra Porto.

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

su situación especial de vulnerabilidad como persona adulta mayor, lo cual derivó en su muerte” (arts. 26, 1.1<sup>2</sup> y 4 de la CADH<sup>3</sup>), “así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente” (art. 5 de la CADH);<sup>4</sup> vulneró “el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y al acceso a la información en materia de salud”, en perjuicio de Poblete y de sus familiares (arts. 26, 13, 7 y 11, en relación con el artículo 1.1 de la CADH),<sup>5</sup> así como el derecho al acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la CADH)<sup>6</sup> e integridad personal de los familiares del señor Poblete (art. 5.1<sup>7</sup> de la CADH).<sup>8</sup>

*Poblete Vilches* es un caso paradigmático. Dos puntos quedan aclarados y consolidados en cuanto al derecho a la salud y respecto de su protección reforzada, teniendo en cuenta al sujeto afectado. Así se consolida la tesis de que:

- i. el derecho a la salud es un derecho social autónomo protegido por el art. 26 CADH, y
- ii. las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección para el goce efectivo de los derechos.

Estos dos puntos son avances en la resolución de disputas de larga data. La balanza se inclinó por la mejor interpretación del artículo 26 de la CADH. Al respecto, nos remitimos a los medulo-

---

<sup>2</sup> Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, supra, párrs. 99-143 y 174-176.

<sup>3</sup> *Ibidem*, párrs. 144-151 y 174-176.

<sup>4</sup> *Ibidem*, párrs. 158-160 y 174-176.

<sup>5</sup> *Ibidem*, párrs. 161-173 y 174-176.

<sup>6</sup> *Ibidem*, párrs. 182-193.

<sup>7</sup> *Ibidem*, párrs. 203-210.

<sup>8</sup> Por lo demás, la Corte IDH interpretó que el Estado no es responsable por la violación del derecho a la seguridad social (art. 26 de la CADH), tal como lo habían alegado los representantes de las víctimas (párr. 86). La Corte IDH estimó “innecesario referirse adicionalmente al derecho a la seguridad social aludido por las representantes (párr. 90). Tampoco fue declarada la responsabilidad por violación al derecho a la imparcialidad judicial (art. 8 CADH), de acuerdo con los párrs. 99 y 194-198 de Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, supra.

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

tos trabajos que sostienen el carácter autónomo de los derechos sociales<sup>9</sup> basándose en el *texto* del artículo 26 en serio (argumento textual),

- i. el *preámbulo* de la CADH y sus fines (argumento teleológico),
- ii. las *precuelas judiciales interpretativas* que fueron abriendo el camino (argumento jurisprudencial) y
- iii. la *integración* de la CADH con otros instrumentos interamericanos e internacionales (argumento sistemático) para *inclinarse* por aquella interpretación<sup>10</sup> que mejor luz arroja desde los principios que estructuran la convención.<sup>11</sup>

Además, la consagración del derecho a la salud como derecho social autónomo hay que leerla con efecto espejado regional. Estudios empíricos demuestran que la mayor parte de las constituciones latinoamericanas reconocen derechos sociales como

---

<sup>9</sup> Véase Rossi, Julieta; Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, abr, año/vol. 9, Universidad de Rosario, Bogotá, 2009, pp. 34-53; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores, Rogelio (coords.) *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, IECEQ, 2018, entre muchos otros.

<sup>10</sup> Sobre interpretación y Corte IDH, véase Burgorgue-Larsen, Laurence. “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, Talca, pp. 105-162.

<sup>11</sup> En el texto de Óscar Parra Vera es claro que en su argumentación aplica el modelo dworkiniano de interpretación como novela en cadena. Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo...*, *cit.*, pp. 181-230. Véase, asimismo, Ronconi, Liliana, “Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 12, 2016, p. 129; Ronconi, Liliana, “Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?”, en este libro.

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

derechos autoejecutables y exigibles.<sup>12</sup> Estudios teórico-prácticos sustentan la exigibilidad del derecho a la salud como derecho autónomo y desarrollan su contenido y métodos de aplicación.<sup>13</sup> Si esto es así, y así es, consideramos que se consolida la tesis de la exigibilidad de los derechos sociales como derechos autónomos.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Jung, Courtney; Hirschl, Ran; Rosevear, Evan (2015): “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, núm. 4, 2015, pp. 1043-1094. Véase asimismo, Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 113, con referencia a normas constitucionales en 19 de los 23 países que han ratificado la Convención.

<sup>13</sup> Véase, entre muchos otros, Parra Vera, Óscar, “The protection of social rights”, en Bergallo, Paola; Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Ashgate, 2016; Arango, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, IECEQ, 2016; Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (versión en castellano, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005); Clérico, Laura; Ronconi, Liliana, y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

<sup>14</sup> La exigibilidad judicial hay que pensarla en su dimensión individual y en su dimensión colectiva. Advertimos que tanto en el ámbito interno como regional (Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en adelante SIDH) se encuentran desarrollos “de estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y, especialmente, en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo” [CIDH, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de Derechos Humanos, 2007, párr. 328]. No es objeto de este trabajo explorar esta doble dimensión del acceso a la justicia en materia de derechos sociales. Sin embargo, es fundamental pensar, por ejemplo, la (in)suficiencia de los servicios de acceso a la justicia para aquellos sectores de la sociedad que se encuentran en situaciones estructurales de desigualdad. En estos casos, “la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela”, *ididem*, párr. 9. Clérico, Laura y Vita, Leticia, “Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 18, 2018, Universidad de La Plata, pp. 219-233; Clérico, Laura y Aldao, Martín; “Hacia una pragmática de los derechos culturales.

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

Por tal razón, no volveremos sobre este punto. Lo presupone-mos.

### 2. LOS OBJETIVOS DE ESTE TRABAJO Y ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA

En este trabajo nos interesa el día después: *la pregunta acerca de la determinación de los contenidos y de la metodología de aplicación del derecho a la salud como derecho autónomo*. En este sentido, esta línea debería empalmarse (*deliberative engagement*) con las investigaciones que se desarrollan acerca de este punto en el orden interno y, a su vez, en los estudios de derecho comparado e internacional comparado. Así, reconstruimos la argumentación de la Corte que sostiene:

- a) la posibilidad de determinar el contenido de partida o mínimo<sup>15</sup> de ese derecho en abstracto;
- b) la utilización de ese prisma para determinar si el derecho se violó en concreto.

A su vez, la reconstrucción de la argumentación desde una perspectiva crítica nos permite marcar que:

- c) el examen desatiende el *contexto* del sistema de salud en el que se produce la violación.

La Corte IDH olvida realizar un análisis de contexto comprensivo. Esto la lleva a trabajar el caso como si fuera un caso aislado. El énfasis en el árbol no le permite ver el bosque. O dicho de otra manera: que el caso no es un único, sino expresión de los déficits estructurales de los sistemas de salud.

---

Cuestiones de marcos”, *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 2016, pp. 35-71.

<sup>15</sup> Sostenemos que esta debería ser una estación en la vía del contenido del derecho y no la única. Para ello hay que tener en cuenta los documentos que la Corte IDH cita. Además, que en otras sentencias reconoció contenidos de los derechos que van más allá del de partida o del “mínimo”, o de lo “esencial” o del “piso”. La discusión de las similitudes y diferencias de las teorías del mínimo, el contenido esencial o el piso, respectivamente, escapan al objeto de este trabajo, así como la determinación del contenido más allá del mínimo, que en estos trabajos sostuvimos que también son exigibles.

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

### 3. LA DELIMITACIÓN DEL CASO *POBLETE VILCHES*: HECHOS Y CUESTIÓN NORMATIVA. ¿UN PASO A LA VEZ?

Los hechos del caso ocurrieron en Chile. Sin perjuicio de lo cual se asemejan a muchos otros que ocurren en diversos Estados de la región. Poblete Vilches era un adulto mayor de 76 años, con antecedentes de diabetes tipo 2, hipertensión y una arritmia. El 22 de enero de 2001 fue atendido por una insuficiencia respiratoria grave en un hospital público e internado en cuidados intensivos. Durante la internación y mientras estaba inconsciente, fue sometido a una intervención quirúrgica. Ni Poblete Vilches ni sus familiares dieron su consentimiento para esa intervención. Poblete Vilches fue dado de alta, aunque en forma temprana. Tenía fiebre y emanaba pus por las heridas.<sup>16</sup> Poblete Vilches fue trasladado a su domicilio en una ambulancia privada contratada por sus familiares. No había ambulancias públicas disponibles. Sus familiares no recibieron información exacta acerca de la condición del paciente ni indicaciones acerca de los cuidados que requería y cómo responder frente a signos de alarma. Al poco tiempo, volvió al hospital. Su estado de salud era grave, a la insuficiencia respiratoria se le sumó probable shock séptico. A pesar del cuadro, no fue internado en cuidados intensivos. Faltaban camas. La unidad de cuidados intermedios fue su destino. El tratamiento requería un respirador artificial. No se lo suministraron. Poblete Vilches no recibió los servicios básicos que requería.<sup>17</sup> Tampoco fue trasladado a otro centro con disponibilidad. De los hechos se desprende que, durante al menos cinco días, Poblete Vilches “experimentara diversos sufrimientos motivo de la desatención

---

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 136.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párrs. 47, 52-53. Declaración rendida por del señor Vinicio Marco Antonio Poblete Tapia ante la Corte IDH en la Audiencia Pública del 19 de octubre de 2017: “El doctor [...] dijo «tu papá ya se le dio una oportunidad de vivir», como que él era un ser sobrenatural que tenía el poder sobre la vida, «yo le di la oportunidad de vivir» dijo [...] «la primera vez que ingresó al Sotero del Río, yo no le voy a darle otra oportunidad de vivir, tu papá tiene que morir, tu papá ya [...]»”.

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

a sus particulares condiciones de salud”.<sup>18</sup> El señor Poblete Vilches falleció el 7 de febrero de 2001. Los familiares de Poblete Vilches acudieron a la justicia. Entre otras cosas, solicitaron que se investigara la conducta del personal médico interviniente. En el orden interno no se determinó responsabilidad alguna por la muerte de Poblete Vilches.

La Corte IDH parece encargarse de delimitar la cuestión del caso con precisión. ¿No se arriesga a decir más de la cuenta? Concluye que el Estado “no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares referidos, por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir, de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia.”

No parece discutir cómo se aplica el derecho a la salud en general, sino el derecho a la salud en situaciones de urgencia. Hace un recorte del enunciado normativo para el caso. Para ello, primero una aclaración y luego el derecho a la salud, en este caso, como regla.

### 4. EL DERECHO A LA SALUD EN SITUACIÓN DE ATENCIÓN URGENTE

Una primera aclaración. Arriba sostuvimos que las discusiones sobre derechos sociales se desarrollaron también en el orden interno.<sup>19</sup> Esto dio lugar a varios estudios de derecho comparado en mayor o menor comunicación con el derecho internacional de los derechos humanos. Esto nos permite hacer dos deslindes en la argumentación de la Corte IDH: por un lado, respecto del contenido delimitable del derecho a la salud (4.1); por el otro, respecto de las diferencias en cuanto al tipo de obligaciones que genera el derecho a la salud (4.2).

---

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párrs. 155 y 137.

<sup>19</sup> Arango Rodolfo, “Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Ronconi Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. 1.

#### 4.1. Contenido del derecho delimitable. No al modelo sudafricano que por ahora niega su carácter delimitable como paso previo al examen en concreto

He aquí el primer deslinde. En el derecho constitucional comparado parece haber por lo menos, dos modelos en disputa:<sup>20</sup>

- a) un modelo que sostiene que los derechos sociales tienen un contenido de partida delimitable. Este modelo surge de una reconstrucción de las observaciones generales del Comité DESC;
- b) un modelo que no niega la determinación de ese contenido, pero que sostiene que aún es difícil determinarlo desde un comienzo. Este modelo suele ser el sudafricano.

Reconstrucciones de las argumentaciones de la Corte sudafricana asumen que esta se negó a sostener que el derecho a la salud o a la vivienda, por ejemplo, tienen un contenido mínimo de partida. Por caso, frente al reclamo a la vivienda de la población afectada, la Corte evalúa si el Estado tuvo en cuenta la posición de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Existen acaloradas disputas acerca de cómo determinar el contenido mínimo o esencial o central de los derechos. Véase el análisis de Young, Katherine, “The Minimum Core of Economic and Social Rights”, en *Yale Journal International Law*, núm. 33, 2008, p. 113; Young, Katherine, *Constituting Economic and Social Rights*, OUP, Oxford, 2012; Fazio, Federico de, *La teoría principialista de los derechos sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2019 (en prensa).

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*): “The right of access to adequate housing is entrenched because we value human beings and want to ensure that they are afforded their basic human needs. A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality. To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right. It may not be sufficient to meet the test of reasonableness to show that the measures are capable of achieving a statistical advance in the realisation of the right. Furthermore, the Constitution requires that everyone must be treated with care and concern. If the measures, though



## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

Agrega que esto no implica partir de una garantía de contenido mínimo del derecho<sup>22</sup> elaborada por el Tribunal, aunque admite que esta puede guiar el examen de razonabilidad para establecer si las acciones/omisiones estatales tuvieron en cuenta las necesidades de las poblaciones más vulnerables:

Yet in rejecting the minimum core as a standalone right, the Constitutional Court held open the possibility that the minimum core, understood as relevant standard, could guide its assessment of reasonableness. Arguably, a compelled attention to the needs of the most vulnerable fosters the same attitude of priority-setting as the minimum core inquiry, *without “entrenching” the judiciary’s own articulation of what the minimum core demands.*<sup>23</sup>

---

statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test.”

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*), párr. 33: The determination of a minimum core in the context of “the right to have access to adequate housing” presents difficult questions. This is so because the needs in the context of access to adequate housing are diverse: there are those who need land; others need both land and houses; yet others need financial assistance. There are difficult questions relating to the definition of minimum core in the context of a right to have access to adequate housing, in particular whether the minimum core obligation should be defined generally or with regard to specific groups of people. As will appear from the discussion below, the real question in terms of our Constitution is whether the measures taken by the state to realise the right afforded by section 26 are reasonable. There may be cases where it may be possible and appropriate to have regard to the content of a minimum core obligation to determine whether the measures taken by the state are reasonable. However, even if it were appropriate to do so, it could not be done unless sufficient information is placed before a court to enable it to determine the minimum core in any given context. In this case, we do not have sufficient information to determine what would comprise the minimum core obligation in the context of our Constitution. It is not in any event necessary to decide whether it is appropriate for a court to determine in the first instance the minimum core content of a right.

<sup>23</sup> Young, Katherine, “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en Jackson, Vicki y Tushnet, Mark (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; Young, Katharine y Lemaitre, Julieta, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, 2013; disponible en <http://ssrn.com/abstract=2283945> sosteniendo que en Sudáfrica “the right to health has

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

Por el contrario, la Corte IDH no ve obstáculos en la posibilidad de delimitar de antemano el contenido del derecho a la salud<sup>24</sup> en casos de urgencia. Para ello, utiliza la observación general del Comité DESC en relación con el derecho a la salud y su jurisprudencia. Además, realizó algunas pinceladas que en algo hablan de los contenidos en la región, cuando se refirió a las constituciones que reconocen el derecho a la salud y a otras normas de derecho interno.

---

supported limited judicial interventions for particular health outcomes only (low intensity justiciability)”.

- <sup>24</sup> Por el contrario, la Corte sudafricana cree que aún no puede determinarlos de antemano. En el párr. 31 la Corte sudafricana interpreta cómo fue desarrollado este concepto en el ámbito de protección internacional de los derechos humanos. Esto le sirve para sostener luego que le faltan elementos para poder determinarlo *en su contexto*. “The concept of minimum core obligation was developed by the committee to describe the minimum expected of a state in order to comply with its obligation under the Covenant. It is the floor beneath [...]. Each right has a «minimum essential level» that must be satisfied by the states parties. The committee developed this concept based on “extensive experience gained by [it] [...] over a period of more than a decade of examining States parties’ reports [...]. The committee has also used the general comment «as a means of developing a common understanding of the norms by establishing a prescriptive definition. Minimum core obligation is determined generally by having regard to the needs of the most vulnerable group that is entitled to the protection of the right in question. It is in this context that the concept of minimum core obligation must be understood in international law»”. Por el contrario, la Corte sudafricana sostiene que: “It is not possible to determine the minimum threshold for the progressive realisation of the right of access to adequate housing without first identifying the needs and opportunities for the enjoyment of such a right. These will vary according to factors such as income, unemployment, availability of land and poverty. The differences between city and rural communities will also determine the needs and opportunities for the enjoyment of this right. Variations ultimately depend on the economic and social history and circumstances of a country. All this illustrates the complexity of the task of determining a minimum core obligation for the progressive realisation of the right of access to adequate housing without having the requisite information on the needs and the opportunities for the enjoyment of this right. The committee developed the concept of minimum core over many years of examining reports by reporting states. *This Court does not have comparable information*”. Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00 (*Grootboom*). (cursivas agregadas)

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

### 4.2. Test de las obligaciones impostergables no ponderables. Pasos de la argumentación

El segundo deslinde estaría dado por separarse de aquellas posiciones que establecen que el derecho a la salud es en todos los casos solo principio, que se definen en la dimensión del peso de los derechos. La Corte IDH sostiene que el derecho a la salud respecto de la atención de urgencia es de cumplimiento inmediato. Su contenido está delimitado:

[...] este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad.

No se pregunta si el Estado tenía buenas razones para no cumplir con sus obligaciones (conflicto entre principios). Esto queda claro cuando la Corte IDH sostiene:

En el presente caso la Corte no encuentra que esté en discusión la faceta progresiva de las obligaciones estatales en materia del derecho a la salud (párr. 88), lo cual tampoco fue alegado por las representantes (párr. 87). Corresponde a la Corte valorar las alegadas acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico e inmediato (párr. 104), a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches, por lo que delimitará su análisis de fondo al alcance de dicha obligación en el caso concreto, y a la luz de las obligaciones reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.<sup>25</sup>

En cambio, se pregunta qué hizo para honrar la obligación de cumplimiento inmediato que surge del derecho a la salud en caso de atención de urgencia de un adulto mayor que requiere protección reforzada:

Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, estas consisten en *adoptar medidas adecuadas, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas*

---

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, supra, párr. 134.

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

*medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos.* (cursivas añadidas)

Para ello, la argumentación está estructurada de la siguiente manera:

- a) análisis de los estándares relacionados con el derecho a la salud en situaciones de urgencias médicas (párrs. 118 a 124) en general;
- b) luego combina los estándares con la situación de las personas adultas mayores (párrs. 125-132), y
- c) de ambos análisis surge la norma para establecer luego si el Estado violó o no sus obligaciones en el presente caso a la luz de los contenidos delineados en a) y b) (párrs. 133-143).

### **4.3. Primer paso: el derecho a la salud en situaciones de urgencias médicas y vulnerabilidad**

El primer paso en la argumentación consiste en identificar el andamiaje normativo que establece el contenido del derecho. En esa línea y sobre el eje del artículo 26 de la Convención, la Corte IDH retoma las siguientes referencias:

- a) De la Carta de la OEA, retoma los incisos i) y l) del artículo 34, que establecen, entre las metas básicas de los países miembros, la defensa del potencial humano mediante la ciencia médica y la generación de condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, y el inciso h) del artículo 45, que establece el mandato de desarrollo de una política eficaz de seguridad social.
- b) De la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre retoma el artículo XI, que establece el derecho de toda persona a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y asistencia médica.
- c) A nivel nacional, la Corte no solo señala la norma respectiva en la Constitución de Chile (art. 19, num. 9, que establece la obligación para el Estado chileno de asegurar a todas las personas el derecho a la protección y recuperación de la salud), sino que, además, la pone en contexto

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

con el amplio consenso regional en materia de reconocimiento de este derecho.<sup>26</sup>

- d) A su vez, se señala el *corpus iuris* internacional, que incluye el inciso 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que contempla a la salud dentro del nivel de vida adecuado que corresponde a toda persona; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece la obligación de adoptar medidas para asegurar la asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad; el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, que reitera las obligaciones ya mencionadas y agrega la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo; además de numerosas referencias en otros instrumentos del DIDH.<sup>27</sup>

Luego acude al acervo interpretativo desarrollado por el Comité DESC de la ONU. Desde hace varios años, el Comité ha levantado el guante de la misión interpretativa de su mandato a través de sus *observaciones generales*. Estas son el fruto de “abundante experiencia sobre el tema examinando informes y dialogando con Estados partes” y con “representantes de organizaciones internacionales y de la sociedad civil a fin de preparar la presente observación general”.<sup>28</sup> Nuevamente, aquí debemos hacer una advertencia. El Comité está realizando la interpreta-

---

<sup>26</sup> La Corte IDH hace referencia a normas constitucionales en 19 de los 23 países que han ratificado la Convención. A saber, Argentina (art. 42); Barbados (art. 17.2.A); Bolivia (art. 35); Brasil (art. 196); Colombia (art. 49); Costa Rica (art. 46); Ecuador (art. 32); El Salvador (art. 65); Guatemala (arts. 93 y 94); Haití (art. 19); Honduras (art. 145); México (art. 4); Nicaragua (art. 59); Panamá (art. 109); Paraguay (art. 68); Perú (art. 70); República Dominicana (art. 61); Surinam (art. 36); Uruguay (art. 44). También se referencia el art. 83 de la Constitución de Venezuela. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 113.

<sup>27</sup> Véase Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 114.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párr. 5. Así, estas interpretaciones no son el mero resultado de un ejercicio intelectual que el Comité realiza entre sus miembros, sino también el fruto de un proceso dialógico con diversos actores relevantes que operan en la esfera internacional y de cara a las realidades en materia de DESC que le toca evaluar.

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

ción de las normas del PIDESC.<sup>29</sup> Si bien el documento nodal es la Observación General 14 sobre el disfrute al más alto nivel posible de salud,<sup>30</sup> también se ha pronunciado sobre componentes del derecho a la salud en sucesivas observaciones generales.<sup>31</sup> A su vez, el Grupo de Trabajo de la OEA para el Análisis de los

<sup>29</sup> Está estableciendo pisos y no techos. La Corte considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables al presente caso, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica. Esto quiere decir que en el ámbito interno, quien emprenda la tarea de interpretar las obligaciones debe tener a la OG como piso y no techo. En el caso de varios Estados interamericanos, existen obligaciones inmediatas que exceden al piso fijado por el Comité. Estas son exigibles, los Estados (nacionales, provinciales, locales) no se pueden amparar en la OG para limitar la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones. Deben cumplir con las obligaciones del Pacto y con las más precisas que surgen de las normas de fuente interna. Un claro ejemplo se encuentra en las interpretaciones que se hacen del PMO en Argentina, que establece las Prestaciones Médicas Obligatorias que, por detalle y alcance, superan las contenidas en el PIDESC. Esto último no es un argumento válido para incumplir con la obligación precisa que surge en el orden interno.

<sup>30</sup> ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, observación general 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

<sup>31</sup> ONU, Comité DESC, La índole de las obligaciones de los Estados partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), observación general 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 3 y 10; ONU, Comité DESC, El derecho a una vivienda adecuada, observación general 4, E/1992/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 8; ONU, Comité DESC, Las personas con discapacidad, observación general 5, E/C.12/1994/13, 1994, párr. 34; ONU, Comité DESC, El derecho al agua, observación general 15, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párrs. 3 y 8. ONU, Comité DESC, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 del PIDESC), observación general 16, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 29; ONU, Comité DESC, El derecho al trabajo (art. 6 del Pacto), observación general 18, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12; ONU, Comité DESC, El derecho a la seguridad social, observación general 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrs. 13 y 14; ONU, Comité DESC, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, observación general 20, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 33. En especial, véase la observación general 6; ONU, Comité DESC, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, observación general 6, E/1996/22, 8 de diciembre de 2015, párrs. 5 y 34.

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

Informes Anuales sobre Indicadores de Progreso también se ha referido al tema del derecho a la salud.<sup>32</sup>

Como advertimos anteriormente, dos clasificaciones parecen ser relevantes para la Corte IDH, tomando como referencia al Comité de DESC.<sup>33</sup> Por un lado, las obligaciones que son de cumplimiento inmediato, en materia de derecho a la salud, por oposición a las que son de desarrollo progresivo. Por otro lado, la clasificación sobre el contenido mínimo y el contenido más allá de este último del derecho a la salud.

Las obligaciones de cumplimiento inmediato tienen que ver, *entre otras cosas*, con posibilitar los niveles mínimos<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> Para la Corte IDH, las de desarrollo progresivo determinan un empezar a andar y continuar haciendo<sup>36</sup> para lograr el goce efectivo del dere-

---

<sup>32</sup> OEA. Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales Previstos en el Protocolo de San Salvador, Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2011. Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador. Segundo agrupamiento de derechos, OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, e Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.D/XXVI.11, 2015, pp. 43 a 53.

<sup>33</sup> Así, la Corte IDH adopta varias clasificaciones ampliamente discutidas en la academia. Véase, al respecto, Fazio, Federico de, 2019, *op. cit.*; Young, Katherine “The Minimum Core of Economic and Social Rights...”, *cit.*

<sup>34</sup> Ronconi, Liliana M., “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 2, 2012, pp. 131-149.

<sup>35</sup> Observación general 14, párr. 47.

<sup>36</sup> Observación general 21, párr. 45. La Corte IDH, en Poblete Vilches, “destacó que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y, por otro, la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

cho. El cumplimiento no es discrecional: “impone a los Estados partes la obligación expresa y continua de adoptar medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho de toda persona”. A su vez, implica una prohibición de regresión arbitraria sobre los contenidos ganados.<sup>37</sup>

Por fin, la Corte IDH toma partido en otra disputa. Interpreta que los contenidos del derecho a la salud pueden ser determinados de antemano para *guiar*<sup>38</sup> el examen del cumplimiento de las obligaciones impostergables del Estado.<sup>39</sup> En este sentido, retoma lo establecido por la OG 14 del Comité de DESC de la ONU y agrega nuevos elementos a partir de su jurisprudencia. Entonces, de la combinación de estas tres clasificaciones surgiría que el derecho a la salud genera obligaciones de cumplimiento inmediato que se refieren al contenido mínimo del derecho que es delimitable como paso previo al examen en concreto. Veamos:

---

de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESC, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano”. Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 124.

<sup>37</sup> Aquí podemos hablar de un estándar consolidado para evaluar el cumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo: la prohibición de regresión arbitraria. Por último, la obligación estatal que surge de los derechos implica, en el caso concreto, evaluar si ese accionar estatal es o no suficiente para permitir la realización del derecho. Sobre la prohibición de regresión, Curtis, Christian (comp.) *Ni un paso atrás: La prohibición de regresión en materia de derechos sociales*. Del Puerto, Buenos Aires, 2006; Añón Roig, María José. “¿Hay límites a la regresión de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, núm. 34, ene, 2016, pp. 57-90.

<sup>38</sup> Sobre diferentes propuestas teóricas para la determinación del contenido mínimo del derecho a la salud, véase Forman, Lisa, *et al.*, “Conceptualising Minimum Core Obligations under the Right to Health. How Should We Define and Implement the «Morality of the Depths»?”, en Klotz, Sabine; Bielefeldt, Heiner; Schmidhuber, Martina y Frewer, Andreas (eds.), *Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation*, Bielefeld, Transcript, pp. 95-121, 118.

<sup>39</sup> Esta disputa fue referida anteriormente en relación con el modelo sud-africano.



## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

CUADRO 1. “Contenidos del derecho a la salud”  
 Elaboración propia tomando contenidos  
 de la OG 14 y del caso *Poblete Vilches* (2018).

Estándares del derecho a la salud	Piso OG 14	Ampliación <i>Poblete Vilches</i>
<i>Definición OMS</i>	Bienestar físico, mental y social (párr. 4)	Acceso a servicios esenciales y prestaciones médicas eficaces y de calidad (párr. 118)
<i>Disponibilidad</i>	Cantidad suficiente de establecimientos, bienes, servicios y programas de salud. (párr. 12a)	Coordinación entre establecimientos que permita una atención integrada (párr. 121c)
<i>Accesibilidad</i>	-Física (párr. 12.b.ii) -Económica (párr. 12.b.iii) -de Información (párr. 12.b.iv) -No discriminatoria (párr. 12.b.i)	La edad como “otra condición social” de la prohibición de discriminación (párr. 122) Medidas negativas y positivas —de creación de condiciones de igualdad real— (párr. 123)
<i>Aceptabilidad</i>	Respeto de cultura, género y ciclo de vida (párr. 12c)	Deber de información y respeto de autonomía (párr. 121d)
<i>Calidad</i>	En equipos, personal y medicamentos (párr. 12d)	Personal calificado para atender urgencias (párr. 121a)
<i>Deber de regulación</i>	Incluida en la obligación de protección (párr. 51)	De públicos y privados y programas nacionales de calidad ( <i>Suárez Peralta y Ximenes Lopes</i> ) (párr. 119)
<i>Mecanismos de supervisión y control</i>		Aplicable tanto a públicos como a privados, puede surgir por omisión, se agrava en casos de servicios de urgencia ( <i>Suárez Peralta</i> ) (párr. 124)
<i>Específicos de adultos mayores</i>	Integración de prevención, curación y rehabilitación (párr. 25)	-Protección reforzada y medidas diferenciadas (párr. 127) -Necesidad de políticas integrales ante el envejecimiento de la población (párr. 130) -Prestaciones eficientes y continuas (párr. 132)

Estos contenidos le sirven luego para analizar en el caso concreto si las acciones y omisiones del Estado demandado implican violación del derecho a la salud según el modelo de la adecuación o encastre.<sup>40</sup> Como hemos señalado en otros trabajos, cuando los mandatos de DESC son claros, sea por reconocimiento normativo expreso,<sup>41</sup> o bien, por la integración de normas y precedentes a través de una red de reglas resultado de sentencias previas,<sup>42</sup> la estrategia argumentativa aplicable es la de la subsunción, que es la aplicada por la Corte IDH en *Poblete Vilches*. No hay lugar en este caso para el balanceo de derechos o la ponderación.

#### **4.4. Segundo paso: Las acciones y omisiones en concreto: adecuación como encastre; adecuación sin balanceo**

En la “Conclusión general sobre el derecho a la salud”, la Corte IDH resume los tres pasos de su argumentación: En *primer lugar*, la determinación de estándares del derecho a la salud aplicables al caso, que incluye los contenidos generales y los específicos para adultos mayores (párr. 174), los cuales han sido analizados en profundidad en el apartado anterior. En *segundo lugar*, la determinación de las acciones y omisiones del Estado de Chile en el caso concreto (párr. 175). En *tercer lugar*, la Corte IDH llega al resultado del caso (párr. 176).

---

<sup>40</sup> Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 134: “valorar las alegadas acciones u omisiones del Estado frente a la prestación de medidas de carácter básico e inmediato [...], a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches, por lo que delimitará su análisis de fondo al alcance de dicha obligación en el caso concreto, y a la luz de las obligaciones reconocidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”, *cfr.*, párr. 104.

<sup>41</sup> Véase Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, G. y Bercovich, L. (coords.), *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

<sup>42</sup> Clérico, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2015, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=113>

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

Sobre el primer paso ya nos detuvimos en la sección anterior, por lo cual nos dedicaremos al segundo. En primer lugar, la Corte reconoce que el estándar de *regulación* se encuentra cubierto, ya que tanto la Constitución como la legislación de Chile reconocen adecuadamente el derecho a la salud.<sup>43</sup> Por el contrario, los diagnósticos deficientes brindados en ambas internaciones dan cuenta del incumplimiento de la dimensión de *calidad* del derecho a la salud, y la falta de infraestructura (ambulancias, respiradores artificiales, camas en la UCI) dan cuenta de un incumplimiento de la dimensión de la *disponibilidad* del derecho a la salud.<sup>44</sup> A su vez, la falta de prioridad en el acceso al sistema de salud dada a Poblete Vilches en razón de su edad da cuenta del incumplimiento de la dimensión de la *accesibilidad* del derecho a la salud; mientras que la incapacidad del sistema de salud para dar cuenta de las necesidades específicas de Poblete Vilches como adulto mayor nos hablan del incumplimiento de la dimensión de la *aceptabilidad*.<sup>45</sup> Todo esto lleva al Tribunal a concluir que:

El señor Poblete Vilches era un adulto mayor con patologías agregadas que hacían que su situación lo convirtiera en un paciente aún más vulnerable. Sin perjuicio de lo anterior, quedó evidenciado que no recibió el tratamiento adecuado conforme a su situación particular. Del marco fáctico se desprende que, en el segundo ingreso, existió urgencia de las prestaciones de salud requeridas en el caso, cuya dispensa de forma inmediata resultaban de carácter vital. En suma, el paciente requería de una atención médica urgente y de calidad, que el sistema de salud pública no proveyó, por lo que dicha situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor.<sup>46</sup>

Una vez establecida tanto *la vulneración del derecho a la salud en el caso concreto, como la obligación de especial atención a la situación de vulnerabilidad* de Poblete Vilches, la Corte IDH despliega tres líneas argumentativas complementarias que, sin afectar la autonomía del derecho social a la salud, refuerzan los fundamentos de la sentencia y resaltan los principios de *interde-*

---

<sup>43</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 135.

<sup>44</sup> *Ibidem*, párr. 138.

<sup>45</sup> *Ibidem*, párrs. 129-141.

<sup>46</sup> *Ibidem*, párr. 142.

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

*pendencia e indivisibilidad* de los derechos humanos, al conectar el derecho a la salud con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la autonomía. Así, la omisión de prestación de servicios básicos de salud en los casos en que el personal médico se encuentra en conocimiento de una situación de urgencia constituye una vulneración del *derecho a la vida*, lo que implica una falta de *disponibilidad* del derecho a la salud.<sup>47</sup> Por otro lado, el alta prematura de Poblete Vilches, así como la precariedad e insuficiencia de las condiciones de la segunda internación constituyen una vulneración del derecho a la *integridad personal*, que incide a su vez en la *calidad* en el acceso a la salud para *adultos mayores*.<sup>48</sup> Por último, las múltiples irregularidades y omisiones respecto de la obligación de brindar información adecuada y completa tanto a Poblete Vilches como a sus familiares implica una vulneración del derecho a la autonomía y, por ende, del requisito de *aceptabilidad* que deben cumplir las prestaciones de salud.<sup>49</sup>

En el siguiente cuadro se despliega en detalle la argumentación de la Corte IDH, poniendo en correlación el derecho involucrado, el estándar normativo aplicable, los hechos del caso y la ubicación de las argumentaciones que justifican cada una de las cadenas lógicas que constituyen la sentencia.

CUADRO 2. Mapeo de líneas argumentales en *Poblete Vilches*. Elaboración propia.

Contenido	Estándar aplicable	Acciones y omisiones estatales	Justificación
Salud	General: -Disponibilidad: 121c -Accesibilidad: 122-123 -Aceptabilidad: 121d -Calidad: 121a	Regulación: 135 Calidad/disponibilidad: 138 Accesibilidad/aceptabilidad: 139-141 Específicos: integrados	142-143

<sup>47</sup> *Ibidem*, párr. 150.

<sup>48</sup> *Ibidem*, párrs. 155 y 156.

<sup>49</sup> *Ibidem*, párrs. 160 y 173.

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

Contenido	Estándar aplicable	Acciones y omisiones estatales	Justificación
	-Regulación: 119 -Supervisión y control: 124 -Específico: 126-127, 130 y 132		
<i>Vida (disponibilidad)</i>	146-148	149	150-151
<i>Integridad personal (calidad y especificidad de adultos mayores)</i>	152	153-154	155-156
<i>Consentimiento (aceptabilidad)</i>	-Propio: 157 -Por sustitución: 161-162	158 163-165	159-160 166-173

### 5. LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE SALUD Y LAS DEFICIENCIAS ESTRUCTURALES: ARGUMENTACIÓN *INTERRUPTA*.

#### CUANDO EL ÁRBOL NO LE PERMITE VER EL BOSQUE

Para la Corte IDH, el problema no reside entonces en falta de “marco”. El problema estaría en las barreras que existen para el “goce efectivo del derecho” delineado por la CADH y por la legislación doméstica. “En relación con los estándares en materia de salud, primeramente, la Corte observa que en la época de los hechos existía regulación suficiente sobre el derecho a la salud que garantizaba este derecho a toda persona sin distinción (*supra* párr. 112), por lo que dicha obligación de regular se encontraba acorde con la Convención (*supra* párr. 119)”.<sup>50</sup>

Desde el punto de vista crítico, surge la siguiente consideración. Por un lado, la Corte IDH no está dispuesta a analizar si la regulación en salud es adecuada para proteger el derecho a la salud de las personas que tienen acceso al sistema público de salud

<sup>50</sup> *Ibidem*, párr. 135.

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

en Chile. Esta pregunta no es menor. Varios Estados de la región presentan fuertes déficits en el acceso a la atención sanitaria para aquellas poblaciones que se encuentran sin acceso al sistema de la seguridad social, por su relación de dependencia laboral o al sistema privado que depende de la contribución —directa o a través de las empleadoras— de la población contribuyente.

El problema no reside solo en la ejecución de la norma, sino en el marco.<sup>51</sup> Muy probablemente esta discusión hubiese devenido en la referencia a los distintos sistemas de organización de la atención sanitaria. Probablemente quiso evitar entrar en la discusión acerca de cuáles sistemas de salud encajan mejor o peor con el derecho humano a la salud. Sin embargo, pudo analizar qué parte del marco existente obtura el acceso al goce efectivo del derecho a la salud de las personas en situación de vulnerabilidad por edad y condición económicosocial, sin eufemismos, pobreza.

En este punto sostenemos que la argumentación de la Corte IDH quedó corta, la cual considera:

1. El paciente requería de una atención médica urgente y de calidad;<sup>52</sup>
2. el sistema de salud pública no proveyó esa atención;
3. la falta de provisión de la atención se determina en relación con las acciones y omisiones de los operadores sanitarios *en concreto*, y
4. esa situación derivó en una discriminación por su condición de persona mayor.

Es decir, el análisis es en relación con el caso individual. Correcto. Sin embargo, ¿qué nos dice el *análisis en concreto* en relación con el *contexto*?. Estudios empíricos sobre los sistemas de salud en la región, hablan de que los sistemas padecen problemas

---

<sup>51</sup> Esta es la discusión que da la Corte Constitucional colombiana en la conocida sentencia T-760, 1 de julio de 2008.

<sup>52</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, supra*, con referencia a los dichos de un perito que “destacó en audiencia sobre la falta de capacidad de los recursos humanos en relación con saber tratar a un adulto mayor por su carácter vulnerable y las deficiencias de infraestructura presentadas en este hospital” (párr. 141).

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

estructurales.<sup>53</sup> La Comisión Interamericana advirtió a la Corte IDH que el caso presentaba “una oportunidad para abordar supuestos de responsabilidad estatal derivados de deficiencias estructurales en hospitales públicos”.<sup>54</sup> Esta dimensión no aparece con claridad en el fallo.

Nos preguntamos entonces qué tanto la Corte toma en cuenta los *condicionantes* del derecho a la salud. La situación de *hecho* del sistema de salud y las *regulaciones* que organizan el sistema de salud<sup>55</sup> son parte de las condiciones materiales que posibilitan u obstaculizan un acceso efectivo y digno del ejercicio del derecho y que afectan en especial a las poblaciones en situación de vulnerabilidad, en situación de pobreza.<sup>56</sup> Pudo al menos haberse planteado la pregunta.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Véase Allard Soto, Raúl; Hennig Leal, Mônia Clarissa y Galdámez Zelada, Liliana, “El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 95-138; Figueroa, Rodolfo, “El derecho a la salud en Chile”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. 3; Vita, Leticia J., “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.

<sup>54</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 85.

<sup>55</sup> Cabe advertir que los representantes de las víctimas habían argumentado que el Estado “ha abundado en detalles sobre las diferentes políticas implementadas y medidas adoptadas en pos de mejorar su sistema público de salud”, sin embargo éste “se limitó a ofrecer un menú de decisiones políticas desarrolladas en los últimos años sin demostrar el impacto real y efectivo que pudieran haber tenido en las poblaciones más vulnerables”, Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párrs. 86-87, *cf.* 99.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 85. La Comisión expresó que el caso plantea “[...] consideraciones sobre la protección adecuada de los derechos de las personas en situación de *pobreza*, y la aplicación del principio de igualdad y no discriminación” (cursivas agregadas). Por el contrario, la Corte IDH no realizó en el fallo consideraciones referidas a la situación de pobreza. En este sentido, dejó pasar una oportunidad. Esto es lamentable teniendo en cuenta que “la jurisprudencia del sistema interamericano sobre la situación de personas que viven en pobreza, se encuentra aún en desarrollo, [...]”. CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos, 2017, párrs. 143 y 18.

<sup>57</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*. Véase, sin embargo, que como garantías de no repetición estableció que: “informar al Tribunal

## MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

### 6. CONSIDERACIONES FINALES

En este texto sostuvimos dos tesis. Por un lado, la Corte IDH tomó partido en la disputa acerca de si el contenido del derecho a la salud puede ser delimitado *prima facie*. Para ello se valió de los elementos del derecho a la salud que el Comité DESC de la ONU desarrolló en sus observaciones generales, y otras producciones del SIDH con alguna referencia a constituciones y normas de los Estados de la región. Así, la Corte IDH se aleja del modelo sudafricano que considera que no pueden, por ahora, ser delimitables los contenidos del derecho social en abstracto como uno de los primeros pasos argumentativos. Por el contrario, para la Corte IDH, los contenidos delimitados sirven como prisma para evaluar si el Estado demandado violó el cumplimiento de las obligaciones impostergables que surgen del derecho a la salud. Las acciones y omisiones en concreto fueron evaluadas en clave de accesibilidad, aceptabilidad, calidad para concluir que se violó la prohibición de discriminación en razón de la edad de la persona y que no se tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Poblete Vilches, no solo en razón de su edad sino también por su estado grave de salud.

La segunda tesis se refiere a la mirada acotada que presenta el caso respecto del acceso y atención de los servicios de salud en Chile y la región para satisfacer el goce efectivo del derecho a la salud. La Corte IDH no echa una mirada al contexto regional, parece inclinarse por un análisis individual del caso en la parte de la justificación o mérito de la sentencia, por lo que no es claro en qué medida la Corte IDH toma suficientemente en serio los condicionantes que determinan el derecho a la salud. Tampoco considera este derecho desde la posición de las personas que se encuentran en situación de pobreza y en clara desigualdad de hecho para el goce efectivo del derecho a la salud.

Por último, en el caso la Corte IDH delimita las obligaciones del Estado como de cumplimiento inmediato e impostergable.

---

sobre los avances que ha implementado en hospital de referencia; (vi) fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria [...] adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores”.



## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

Para ello, establece que evaluará la pertinencia y adecuación de las acciones y omisiones perpetradas por el Estado a la luz de su idoneidad para lograr los elementos del derecho a la salud. La Corte IDH no da pistas acerca de cómo aplicar el derecho a la salud cuando su contenido va más allá de lo inmediato e impostergable. Escogió así la estrategia del paso a paso.

### BIBLIOGRAFÍA

- Allard Soto, Raúl; Hennig Leal, Mônia Clarissa y Galdámez Zelada Liliana, “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 1, 2016.
- Añón Roig, María José, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, ene. 2016.
- Arango, Rodolfo, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, IECEQ, 2016.
- , “Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.
- , *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (versión en castellano, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005).
- Burgorgue-Larsen, Laurence, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, 2014, Talca.
- Clérico, Laura, “Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2015, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=113>
- , “Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local”, en Maurino, G.; Bercovich, L. (coords.), *Los derechos sociales en la Gran Bue-*

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

- nos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción, Buenos Aires, Eudeba, 2013.
- y Aldao, Martín, “Hacia una pragmática de los derechos culturales. Cuestiones de marcos”, en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, 2016.
- y Vita, Leticia, “Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: El caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 18, 2018, Universidad de La Plata.
- Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- Fazio, Federico de, *La teoría principialista de los derechos sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2019 (en ed.).
- Etchichury, Horacio, “Poder judicial, democracia y derechos sociales”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas “A. L. Gioja”*, 2011.
- , *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores, Rogelio (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2018.
- Figuroa, Rodolfo, “El derecho a la salud en Chile”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. 3.
- Forman, Lisa *et al.*, “Conceptualising Minimum Core Obligations under the Right to Health. How Should We Define and Implement the «Morality of the Depths»?”, en Klotz, Sabine; Bielefeldt, Heiner; Schmidhuber, Martina y Frewer, Andreas (eds.), *Healthcare as a Human Rights Issue: Normative Profile, Conflicts and Implementation*, Bielefeld, Transcript, 2017.
- Jung, Courtney; Hirschl, Ran y Rosevear, Evan, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, núm. 4, 2015.

## El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos...

---

- Parra Vera, Óscar, “The protection of social rights”, en Bergallo, Paola; Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Ashgate, 2016.
- , “La justiciabilidad de los DESCAs y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2018.
- Ronconi, Liliana, “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud Colectiva*, vol. 8, núm. 2, 2012.
- , “Después de mucho andar, los DESCAs traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?”, en Clérico, Laura y Morales Antoniazzi, Mariela, *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Pobleto de la Corte IDH*, Querétaro, IECEQ, 2018 (en esta obra).
- , “Mucho ruido y pocos... DESCAs. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 12, 2016.
- Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, abr, 2009, Universidad de Rosario, Bogotá.
- Vita, Leticia J., “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.
- Young, Katherine, “The Minimum Core of Economic and Social Rights”, en *Yale Journal International Law*, núm. 33, 2008.
- , *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, OUP, 2012.
- , “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en Jackson, Vicki y Tushnet, Mark (eds.), *Proportionality: New*

MARTÍN ALDAO Y LAURA CLÉRICO

---

*Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

- y Lemaitre, Julieta, “The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 26, 2013.