



PRIMERA INSTANCIA

REVISTA JURÍDICA

Número 15, Volumen 8
Julio-diciembre
2020

www.primerainstancia.com.mx
ISSN 2683-2151

DIRECCIÓN Y COMITÉ EDITORIAL DE REDACCIÓN
REVISTA PRIMERA INSTANCIA

EDITOR y DIRECTOR GENERAL
Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Profesor e investigador
Universidad Autónoma de Chiapas, México.

DIRECTOR HONORARIO
Dr. Hugo Carrasco Soulé
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México.

COEDITOR GENERAL
Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas
Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

EDITOR EN SUDAMÉRICA
Dr. Manuel Bermúdez Tapia
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú.

COMITÉ EDITORIAL
Ana Carolina Greco Paes
Professora na Toledo Centro Universitário, Brasil.
Angelo Viglianisi Ferraro
Director Centro de Investigación “Mediterranea International Centre for Human Rights
Research, Italia.
Juan Marcelino González Garcete
Profesor de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay.
Pamela Juliana Aguirre Castro
Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador.
Patricio Maraniello
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
René Moreno Alfonso
Abogado. Profesor de la Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

ASESORAMIENTO CIENTÍFICO
Dra. Jania Maria Lopes Saldanha
Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil.

COORDINADORA DEL COMITÉ EDITORIAL
Neidaly Espinosa Sánchez
Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

REVISTA PRIMERA INSTANCIA, número 15, volumen 8, julio a diciembre de 2020, es una revista electrónica arbitrada en español de difusión vía red de cómputo desde el 2013, resultado de investigaciones científicas originales e inéditas, difunde resultados de estudios empíricos y teóricos preferentemente del área jurídica, con la periodicidad semestral (enero-junio / julio-diciembre).

Boulevard Presa de la Angostura, número 215-12, Fraccionamiento Electricistas Las Palmas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, C.P. 29040, Tel. (52961) 6142659, página web: <http://www.primerainstancia.com.mx/revista-primerainstancia/>

Correo primerainstancia@Outlook.com.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano, titular de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2018-061813141600-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, ISSN 2683-2151.

Las opiniones de los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados, siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Editorial

La humanidad continua inmersa en la pandemia por el virus SARS – COV2, que ha provocado que, en comparación con los datos que reportamos en el número anterior: de 4,687,320 personas contaminadas, al día de hoy 31,937,244, lo que representa un incremento del 14% en el período de 136 días y de 313, 973 personas fallecidas a 977,624 en el lapso indicado, lo que es un incremento del 31.47% de acuerdo con los datos de la Jonh Hopkins University.¹

En la siguiente tabla se puede observar el porcentaje de los países más afectados en base a la densidad de población, en este rubro sobresale Perú con un impacto en el 0.090% de habitantes; asimismo no todos los países que más destinan presupuesto al sector salud son los menos afectados, por ejemplo Estados Unidos consigna el 14.3% del Producto Interno Bruto, es la nación que más fallecimientos tiene, ya que en relación con la fecha del primer caso al 7 de septiembre de 2020, cuentan con un promedio de 822 muertes por día; países con relativa población, como Ecuador tienen el mismo porcentaje de decesos que España 0.062% inclusive con menos tiempo de la pandemia.

Tabla no. 1. Muestreo de COVID.

País	Habitantes	Muertes (1)	%población	PIB (2)	Inicio	Días	Promedio Fallecimientos/día
EEUU	328 Millones	189,166	0.057%	14.3%	21/01	230	822
Brasil	211 Millones	129,960	0.061%	4.0%	25/02	195	666
México	130 Millones	67,558	0.051%	2.8 %	27/02	193	350
Italia	60 Millones	35,553	0.059%	6.5%	21/02	199	178
Perú	33 Millones	29,838	0.090%	2.9%	06/03	185	161
España	47 Millones	29,516	0.062%	6.2%	13/02	207	143
Colombia	50 Millones	21,412	0.042%	5.3%	06/03	185	115
Ecuador	17 Millones	10,576	0.062%	2.8%	29/02	191	55
Chile	19 Millones	11,652	0.061%	5.2%	03/03	188	62
Argentina	45 Millones	9,912	0.022%	9.4%	03/03	188	53

Fuente: Elaboración propia. Realizado el 7 de septiembre de 2020 a las 18. Horas (México)

¹ COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU), véase: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, última consulta 24/09/2020, 10:11 hora de la Ciudad México.

En este número se presentan artículos de destacados juristas con temas de gran importancia para comprender los fenómenos jurídicos actuales: DESAPARICIÓN FORZADA. DEL CASO RADILLA PACHECO AL DE ALVARADO ESPINOZA Vs. MÉXICO, Alfonso Jaime Martínez Lazcano; ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN REDES SOCIALES: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Diana Marcela Peña Cuellar y Astrid Daniela Vidal Lasso; ÉTICA Y PRINCIPIO DE PUBLICIDAD ANTE LA LUCHA CONTRA LAS NOTICIAS FALSAS, MEJORANDO LA TRANSPARENCIA EN EL ÁREA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Beatriz Ferruzzi Rebes y Marcus Vinicius Feltrim Aquotti; EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH: DE LA TUTELA INDIRECTA A LA JUSTICIABILIDAD AUTÓNOMA, Julio Martín Fernández Huaranca; LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA, Luis Gerardo Rodríguez Lozano; LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES SOBRE PLANTAS MEDICINALES EN LA HUASTECA POTOSINA, Carlos Ernesto Arcudia Hernández, Blanca Torres Espinosa y Sara Berenice Orta Flores; PRISIÓN, LÍMITES AL EJERCICIO DEL SUFRAGIO. DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONVENCIONAL, María Magdalena Vila Domínguez; LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS CORTES NACIONALES, Haideer Miranda Bonilla.

Estamos inmersos en una revolución jurídica, esencialmente por la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno de los países latinoamericanos adheridos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos que requiere de muchas voces y reflexiones para comprender los nuevos parámetros de protección a los derechos humanos.

Esperando que nuestra publicación venga a contribuir y a impulsar la nueva cultura jurídica de protección de los derechos humanos.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Editor y Director General

Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 24 de septiembre de 2020.

ÍNDICE

DESAPARICIÓN FORZADA. DEL CASO RADILLA PACHECO AL DE ALVARADO ESPINOZA Vs. MÉXICO.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano.....11

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN REDES SOCIALES: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Diana Marcela Peña Cuellar y Astrid Daniela Vidal Lasso.....37

ÉTICA Y PRINCIPIO DE PUBLICIDAD ANTE LA LUCHA CONTRA LAS NOTICIAS FALSAS, MEJORANDO LA TRANSPARENCIA EN EL ÁREA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Beatriz Ferruzzi Rebes y Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.....57

EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH: DE LA TUTELA INDIRECTA A LA JUSTICIABILIDAD AUTÓNOMA

Julio Martín Fernández Huaranca.....89

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DEMOCRACIA

Luis Gerardo Rodríguez Lozano.....112

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES
SOBRE PLANTAS MEDICINALES EN LA HUASTECA POTOSINA**

Carlos Ernesto Arcudia Hernández, Blanca Torres Espinosa y Sara Berenice Orta
Flores.....137

**PRISIÓN, LÍMITES AL EJERCICIO DEL SUFRAGIO. DESDE UNA
PERSPECTIVA DEL DERECHO CONVENCIONAL**

María Magdalena Vila Domínguez.....159

**LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
Y LAS CORTES NACIONALES**

Haideer Miranda Bonilla.....185



EL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH: DE LA TUTELA INDIRECTA A LA JUSTICIABILIDAD AUTÓNOMA¹

Julio Martín FERNÁNDEZ HUARANCA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Planteamiento del debate sobre la justiciabilidad del derecho a la salud.* III. *Posición de la Corte Interamericana sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud.* IV. *Control de convencionalidad y su incidencia en la protección del derecho a la salud.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

Resumen: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Poblete Vilches Vs. Chile, transformando su propia doctrina jurisprudencial, desarrolló el contenido protegido del derecho a la salud desde un punto de vista autónomo a la luz del Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicha decisión constituyó un cambio paradigmático en el debate sobre la justiciabilidad directa de este derecho social; por lo que conscientes del avance significativo que implica esta posición jurisdiccional, el presente trabajo de investigación delimita los fundamentos que amparan la tutela integral y autónoma del derecho a la salud, analizando la evolución jurisprudencial que sobre el tema ha desarrollado la Corte Interamericana y las implicancias que esto trae consigo bajo el prisma de la aplicación del test o control de convencionalidad.

¹ Trabajo recibido el 20 de mayo de 2020 y aprobado el 25 de agosto de 2020.

* Magíster en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, profesor de la Universidad Católica de Santa María y de la Universidad Nacional de San Agustín. Contacto: jfernandezh@ucsm.edu.pe.

Palabras clave: Control de convencionalidad, derecho a la salud, derechos humanos, justiciabilidad autónoma, justiciabilidad indirecta.

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights, in the judgment of the *Poblete Vilches v. Chile* case, transforming its own case law doctrine, developed the protected content of the right to health from an autonomous standpoint under Article 26 of the American Convention on Human Rights. Said judgment embodied a paradigmatic shift within the debate about the direct justiciability of this social right; for that reason, being aware of the considerable advancement that this jurisdictional stance implies, this research paper defines the fundamentals that sustain the integral and autonomous protection of the right to health, analyzing the evolution of the case law doctrine on this subject developed by the Inter-American Court and the implications thereof, under the prism of the application of the conventionality control or test.

Keywords: Autonomous justiciability, conventionality control, human rights, indirect justiciability, right to health.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de justiciabilidad, durante mucho tiempo, ha significado respecto de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), una sombra que supeditaba o condicionaba su protección, a la interrelación que existiera o no, con la vulneración de los denominados derechos de primera generación, convirtiendo a derechos como el de la salud en meras obligaciones de medios.

Dicho esto, la exigibilidad autónoma de los DESCAs en general, probablemente signifique, y aun constituya, uno de los mayores desafíos en materia de protección de los derechos humanos, desafíos que la Corte Interamericana (en adelante Corte o Corte IDH), a través de su jurisprudencia constante, ha ido abordando. Así, respecto del derecho a la salud, ha precisado las obligaciones que deben cumplir los Estados dejando atrás el modelo de la protección indirecta, para pasar a una visión autónoma de tutela de acuerdo a las características propias de estos derechos.

Esta situación, significa un cambio histórico en la concepción de los DESCAs, derechos que lamentablemente se habían visto relegados en cuanto a su aplicación y exigibilidad, y que precisamente a través del giro jurisprudencial de la Corte Interamericana avizoran un nuevo horizonte.

Así, la presente investigación, tiene como principal objetivo demostrar cómo la garantía de revisión autónoma de los DESCAs, implica establecer de manera material un mayor y mejor reconocimiento del derecho a la salud; precisando, cómo los alcances interpretativos sobre el Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención, CADH o Pacto de San José), no solamente permiten a la Corte revisar de manera independiente vulneraciones al derecho a la salud, sino además establecer parámetros de protección exigibles en base a los Arts. 1.1 y 2 del mencionado instrumento (artículos que establecen precisamente las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación).

II. PLANTEAMIENTO DEL DEBATE SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

Para poder contextualizar el debate que gira en torno a la justiciabilidad del derecho a la salud, y cuáles han sido las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta pertinente y hasta necesario, comprender de manera preliminar qué es “justiciabilidad”; entendiendo por dicho concepto, la posibilidad que tiene una persona, víctima de alguna vulneración, de acudir ante un órgano autónomo e imparcial a fin de solicitar la reivindicación de sus derechos; más aún, si se entiende que *“los derechos justiciables otorgan a sus titulares una vía de acción legal que les permite reclamar, cuando quien debe cumplir con las obligaciones, no lo hace”*.²

La materialización de este concepto, plantea una serie de interrogantes respecto a la protección del derecho a la salud y su justiciabilidad a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; máxime, si al observar la evolución jurisprudencial de la Corte, sus pronunciamientos no han sido precisamente unívocos. Con ello, de ninguna manera se

² Los Tribunales y la Exigibilidad Legal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Experiencias Comparadas de Justiciabilidad, *Informe de la Comisión Internacional de Juristas*, 2009, (véase en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2009/07/Courts-legal-enforcement-ESCR-Human-Rights-Rule-of-Law-series-2009-spa.pdf>, consultado el 09/05/20).

pretende restar legitimidad a las decisiones adoptadas por este alto tribunal supranacional, sino más bien evidenciar cuáles han sido los criterios utilizados sobre el tema que nos ocupa.

Así, el debate sobre la justiciabilidad del derecho a la salud (y en general sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales), se da en el seno de dos visiones sumamente marcadas:

- i. La primera, sostiene que las vulneraciones al derecho a la salud deben ser analizadas exclusivamente en relación con los derechos Civiles y Políticos (Arts. 3 al 25 de la Convención); es decir, a través de una justiciabilidad indirecta.
- ii. Y la segunda, sostiene que las transgresiones al derecho a la salud deben ser revisadas de manera individual, sobre la base del Art. 26 de la Convención; es decir, a través de una justiciabilidad directa o autónoma.

Al respecto, y con el afán de poder delimitar el debate que el presente trabajo de investigación aspira a desarrollar, es menester indicar que la jurisprudencia de la Corte en un primer momento se inclinó por la postura de la justiciabilidad indirecta,³ analizando el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal recogidos en los Arts. 4 y 5 de la Convención.

No obstante lo anterior, un punto de quiebre, y que marca un antes y un después en la concepción de justiciabilidad del derecho a la salud, es el caso *Poblete Vilches Vs. Chile*,⁴ ya que en dicho proceso la Corte Interamericana terminó optando por la justiciabilidad autónoma e individual del derecho a la salud; pues si bien, el tribunal supranacional ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tratamiento de los DESC con anterioridad,⁵ no fue hasta el caso del señor Poblete Vilches, que en la

³ CORTE IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 155; *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 208; *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrs. 167-207; y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 155.

⁴ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párrs. 100-124.

⁵ CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 141-154; Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los

jurisdicción interamericana se decidió amparar la tesis de la autonomía del derecho a la salud, en base al contenido dispuesto en el Art. 26 de la Convención.

Este giro en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, significó entender que la invocación del derecho a la salud, ya no se encontraba supeditada al reflejo tutelar que pudiera alcanzar a través del prisma de otros derechos como la vida o a la integridad personal, sino que por su propia naturaleza y relevancia se puede invocar directamente la protección inmediata en la formulación de pretensiones,⁶ tal y como sucede con los derechos Civiles y Políticos. No obstante, lo anterior, y en torno a dicha afirmación, cabe preguntarse:

¿La Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite o ampara la justiciabilidad autónoma del derecho a la salud con base en el Art. 26 de dicho instrumento internacional?

III. POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD

Para poder responder de manera adecuada la pregunta que cierra el desarrollo del acápite anterior, es necesario analizar los preceptos esbozados por la Corte Interamericana y que llenan de contenido la justiciabilidad directa del derecho a la salud. Así, corresponde entonces examinar i. La interdependencia y autonomía de los derechos humanos, ii. La aparente limitación del Protocolo de San Salvador en relación a la justiciabilidad directa del derecho a la salud, iii. La interpretación evolutiva del Art. 26 de la Convención Americana, y iv. La importancia del Art. 29 de la Convención Americana en la delimitación interpretativa del derecho a la salud.

derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párrs. 108-126; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párrs. 211-222.

⁶ PARRA VERA, Óscar, *La justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en el sistema interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2011, p. 182.

1. Sobre la interdependencia y autonomía de los derechos humanos

El distinguir los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales, con el objetivo de categorizarlos y otorgar mayor relevancia, y por tanto protección a los primeros, parece responder a una teoría ya superada,⁷ más aun si al revisar el preámbulo de la Convención Americana, observamos que dicho instrumento internacional indica de manera literal que: *“sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”*.

A modo ilustrativo, el párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena refiere que *“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí,”*⁸ concepción tridimensional reforzada por la Carta Social de las Américas al resaltar la importancia y relevancia de *“la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y su papel esencial para el desarrollo social y la realización del potencial humano”*.⁹

En ese sentido, y bajo la misma línea argumentativa, la interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y más específicamente del derecho a la salud con los derechos civiles y políticos, ha sido objeto de recientes pronunciamientos en la esfera supranacional. Así, a modo de ejemplo, encontramos el caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*,¹⁰ en el que la Corte Interamericana desarrolló los estándares del derecho a la salud aplicables a personas que viven con el VIH, resaltando el vínculo de causalidad entre la falta de tratamiento médico adecuado y el padecimiento y muerte de determinadas personas, es decir, la interdependencia entre la vulneración del derecho a la salud y los derechos a la vida e integridad personal. Resulta pertinente indicar, de manera adicional, que dicha sentencia es emblemática, pues además de prohibir cualquier acto de discriminación relacionado al ejercicio del derecho a la salud, por primera vez en su

⁷ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth, “América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos”, en: *Agenda Internacional 14*, Lima, 1999, pp. 123-136.

⁸ Párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

⁹ OEA. Asamblea General. Carta Social de las Américas. Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012 Doc. OEA/Ser.P AG/doc.5242/12 rev. 1.

¹⁰ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 127, 139, 148, 158, 159, 163 y 164.

historia, la Corte Interamericana declaró responsable internacionalmente a un Estado por la transgresión de la obligación de progresividad contenida en el Art. 26 de la Convención.

Otro ejemplo informador de la interdependencia entre el derecho a la salud y los derechos civiles y políticos se puede encontrar en el *caso Hernández Vs. Argentina*,¹¹ proceso en el que además de ratificar el análisis autónomo del derecho a la salud en la esfera interamericana, la Corte advierte el nexo causal entre la falta de atención médica y el deterioro de la salud de personas privadas de su libertad, es decir la interdependencia entre el derecho a la salud y la integridad personal.

Si bien, la Corte Interamericana a lo largo de su jurisprudencia constante ha recalcado que todos los derechos contenidos en la Convención deben ser entendidos sin jerarquía entre sí,¹² se hace especial alusión y referencia a los casos *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala* y *Hernández Vs. Argentina*, al ser ambos los últimos procesos contenciosos donde este tribunal supranacional, abordó el desarrollo del derecho a la salud desde un punto de vista autónomo, exponiendo la interdependencia existente en materia de derechos humanos sin llegar a concluir que dicha relación es condición *sine qua non* de una justiciabilidad indirecta, más aun si entendemos que solamente puede existir interdependencia entre derechos soberanos de su propio desarrollo.

Una posición en contrario, que vincule el concepto de interdependencia a la falta de autonomía del derecho a la salud, significaría volver al estado de cosas anterior al cambio jurisprudencial producido a partir del caso *Poblete Vilches Vs. Chile*; circunstancia que traería como consecuencia concebir la aplicación del Art. 26 de la Convención Americana como una cuestión meramente accesorio, limitando el conocimiento de la Corte sobre este derecho social, única y exclusivamente, a aquellos casos en los que se pudiera observar la vulneración a partir del contenido de otro derecho civil o político, apreciación que en palabras de Ferrer Mac-Gregor, actual juez de la Corte Interamericana, “llevaría a una comprensión de los DESCAs parcial y limitada”¹³

¹¹ CORTE IDH. *Caso Hernández Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párrs. 54 a 61 y 96.

¹² CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 10.

¹³ CORTE IDH. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 40, párr. 58.

2. Sobre la aparente limitación del Protocolo de San Salvador en relación a la justiciabilidad directa del derecho a la salud

Antes de abordar, de manera específica, la interpretación asumida por la Corte Interamericana sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud a través de lo dispuesto en el Art. 26 de la Convención, resulta propicio y hasta inevitable, realizar un breve recuento del progreso y camino recorrido en la protección autónoma de los DESCAs, ya que ello nos permitirá discernir el tema de la interpretación evolutiva del Art. 26 desde un punto de vista más amplio y completo.

En esa línea de ideas, es menester recordar que ya a inicios del Siglo XXI, la temática de justiciabilidad de los derechos sociales comenzaba a cobrar trascendencia en el ámbito interamericano;¹⁴ sin embargo, la materialización de dicha aspiración, no sería nada sencilla, especialmente si tenemos en cuenta que la referencia más próxima a nivel convencional sobre estos derechos, el Art. 26 del Pacto de San José, era entendida en un primer momento, como una cláusula abierta relacionada a la progresividad, pero que no desarrollaba o contenía ningún derecho social.¹⁵ A esto, se sumaría el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, que, si bien constituyó un notable progreso en la materia, no contempló la posibilidad de justiciabilidad directa respecto a la protección del derecho a la salud, circunstancia que para cierta parte de la doctrina, significó convertir a este derecho social, en un derecho ficticio o de papel.¹⁶

Al respecto, y de la revisión del Art. 19.6 del Protocolo de San Salvador, se observa que la justiciabilidad directa contemplada en el instrumento internacional gira en torno únicamente a los derechos sindicales de asociación (Art. 8.1.a) y al derecho a la educación

¹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo”, en: RAMA-MONTALDO, Manuel (dir.) y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (hom.), *El derecho internacional en un mundo de transformación, Liber Amicorum: en Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1994, pp. 345-363.

¹⁵ GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, en: CERVANTES ALCAYDE, Magdalena, EMANUELLI, María, GÓMEZ TREJO, Omar y SANDOVAL TERÁN, Areli (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, IIJ-UNAM-SCJN, México, 2014, pp. 91-106.

¹⁶ MEJÍA RIVERA, Joaquín, “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 51, N° 56, San José 2010, pp. 64-74.

(Art. 13); particularidad que llevó a sostener, incluso hasta la actualidad, aunque de forma minoritaria en el foro de la Corte Interamericana,¹⁷ que dicha disposición implicaría una limitación directa a la teoría de la justiciabilidad autónoma del derecho a la salud, ya que al limitar el sistema de peticiones respecto de determinados derechos, tácitamente se estaría negando o excluyendo la posibilidad de reivindicar la protección del derecho a la salud ante los órganos del sistema interamericano.

Esta tensión aparente entre la Convención Americana y el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, daría lugar al pronunciamiento de la Corte, al esclarecer el alcance del Protocolo Adicional sosteniendo que: *“El hecho de que el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador establezca límites sobre la competencia de este Tribunal para conocer exclusivamente sobre violaciones a determinados derechos a través del sistema de peticiones individuales, no debe ser interpretado como un precepto que limite el alcance de los derechos protegidos por la Convención, ni sobre la posibilidad de la Corte para conocer sobre violaciones a estos derechos”*.¹⁸

Esta última referencia a la que hace alusión la Corte, sobre la posibilidad que tiene como tribunal supranacional para conocer sobre violaciones relacionadas a los DESCAs, y específicamente relacionada al derecho a la salud, guarda singular coherencia con el análisis que sobre la posición del Art. 26 ha mantenido a lo largo de su jurisprudencia;¹⁹ al defender que si bien dichos preceptos se encuentran en el Capítulo III de la Convención, a su vez la mencionada disposición normativa se ubica dentro de la Parte I del Tratado, titulada “Deberes de los Estados y derechos protegidos”, apreciación que permite inferir que las obligaciones generales de garantía, respeto y adecuación recogidas en los Arts. 1.1 y 2 de la Convención, también le son aplicables a los derechos derivados del Art. 26, entre ellos el de la salud.

Para poder colegir que el Protocolo de San Salvador, a través del Art. 19.6, pretendió limitar e impedir el conocimiento de la Corte sobre posibles violaciones relacionadas al derecho a la salud, tendría que haberse establecido de forma expresa e

¹⁷ CORTE IDH. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto en el *Caso Hernández Vs. Argentina*, supra nota 11, párr. 4.

¹⁸ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, supra nota 10, párr. 88.

¹⁹ CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, supra nota 12, párr. 100.

inequívoca tal restricción,²⁰ circunstancia que en palabras de la distinguida ex jueza de la Corte Interamericana, Margarete May Macaulay, no ocurre, ya que dicho instrumento internacional “*no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana*”.²¹

3. Sobre la interpretación evolutiva del Art. 26 de la Convención Americana

Habiendo superado la tesis sobre la aparente, pero inexistente, limitación respecto a la justiciabilidad directa de los derechos sociales, por parte del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana, corresponde analizar los argumentos a partir de los cuales se considera a la salud como un derecho autónomo y justiciable a la luz del Art. 26 del referido Pacto de San José.

En ese sentido, en principio dicho artículo dispone:

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

En atención a la literalidad del texto, no se observa una referencia relacionada al derecho a la salud, ni tampoco su conceptualización o desarrollo; sin embargo sí podemos notar, que la norma remite en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante Carta de la OEA), el desarrollo de estos preceptos.²²

Esta apreciación, que *prima facie* pareciera resultar intrascendente, cobra especial relevancia al reparar en las disposiciones de la Carta de la OEA; ya que si bien dicho

²⁰ CORTE IDH. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, supra nota 3, párr. 42.

²¹ CORTE IDH. Voto concurrente de la jueza Margarete May Macaulay en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párr. 9.

²² CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, supra nota 4, párr. 103.

instrumento internacional consagra básicamente “principios” y “metas”, también hace alusión a determinados “derechos”, ya sea de manera implícita o explícita.²³

Entender que el Art. 26 de la Convención Americana, responde a prerrogativas únicamente aspiracionales sin ningún criterio obligatorio o vinculante oponible a los Estados, implicaría desconocer el sentido de la propia norma dentro del sistema de protección a los Derechos Humanos, yendo en contra de la interpretación sistemática que la Corte Interamericana ha mantenido de forma acertada a lo largo de su jurisprudencia.²⁴ Por lo que, admitir una desnaturalización conceptual respecto a los preceptos contenidos en el Art. 26, convertiría en ilusorias y ficticias las obligaciones de garantía, respeto y adecuación consagradas en los Arts. 1.1 y 2 de la Convención respecto de todos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre ellos evidentemente el de la salud, hecho que además de ir en contra del análisis sistemático y la interdependencia de los derechos, atropellaría el objeto y fin del propio tratado internacional.²⁵

En ese sentido, es de notar que la interpretación dada al Art. 26 de la Convención Americana por parte de la Corte, responde a un análisis literal, sistemático, y teleológico que atiende las reglas del derecho internacional²⁶ y que refleja la evolución y el carácter decisivo que cumplen los DESCAs dentro del sistema interamericano de protección a los derechos humanos.

4. Sobre la Importancia del Art. 29 de la Convención Americana en la delimitación interpretativa del derecho a la salud

“Un sistema de derechos que se considere completo y total tiene silencios, tiene implicitudes, tiene carencias normativas, no obstante lo cual, nutrido en el arsenal

²³ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, supra nota 10, párr. 78.

²⁴ CORTE IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43; Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 59.

²⁵ CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, supra nota 10, párr. 78.

²⁶ *Yearbook of International Law Commission*, 1964, vol II, Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey, Special Rapporteur, pp. 57-58. HERDEGEN, Mathias, “Interpretation in International Law”, en *Max Planck Encyclopedia on Public International Law*, Heidelberg y Oxford University Press, Reino Unido, 2008, p. 12.

*principista-valorativo, abastece en plenitud a los derechos, sea que muchos consten en normas, sea que otros les falten normas de reconocimiento”.*²⁷

Estas palabras de Bidart Campos, describen de manera ilustrativa, cuál es la realidad del *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos, universo normativo en el que el Pacto de San José cumple un papel estelar, y donde la Corte Interamericana, en gran medida a través del Art. 29 de la Convención, ha sabido sortear el importante reto que implica la protección de los derechos sociales en los diferentes casos contenciosos sometidos a su jurisdicción.

Este desafío al que se hace referencia, ha significado para la Corte el tener que analizar el derecho a la salud en una constelación casuística diversa, realidad que si bien, como se apuntara en líneas precedentes, logra tutela a través del Art. 26 de la Convención, resulta imprescindible acudir a otros instrumentos internacionales con el fin de delimitar el alcance y contenido del derecho en sí,²⁸ máxime si se pretende determinar las obligaciones de los Estados respecto a la protección de derechos sociales.

En ese sentido, si bien es de notar, que la derivación que hace el Art. 26 en la Carta de la OEA no se corresponde con una delimitación exacta que aborde la conceptualización del derecho a la salud (Arts. 34.i, 34.l²⁹ y 45.h³⁰); también es necesario precisar, que en dicha coyuntura el Art. 29 del Pacto de San José cobra especial sentido, ya que al amparo del mismo, se ha venido realizando una interpretación dinámica de los mandatos normativos que recoge la Convención, siendo el *corpus iuris* internacional acotado sobre la

²⁷ BIDART CAMPOS, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna” en: NETO NAVIA, Rafael (ed.) *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 1994, p. 39.

²⁸ COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, México, 2008, pp. 361-438.

²⁹ Artículo 34 de la Carta de la OEA. - Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica [y] l) Condiciones [...] que hagan posible una vida sana, productiva y digna.

³⁰ Artículo 45 de la Carta de la OEA. - Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

materia, el que finalmente delimita el contenido y conceptualización del derecho a la salud, más aún si comprendemos que muchos de los componentes de los derechos sociales, no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos.³¹

Bajo ese parámetro de ideas, la aplicación del Art. 29 de la Convención, y por tanto del principio *pro persona* o *pro homine*, respecto del Art. 26, implica la realización de una interacción interpretativa donde se toman en consideración una serie de instrumentos internacionales informadores del derecho a la salud,³² un vasto *corpus iuris* internacional, al que no se le pretende otorgar carácter convencional si no lo tiene, sino más bien, incorporar los preceptos y líneas conceptuales al Art. 26 para desarrollar e interpretar el derecho a la salud.³³

IV. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

Hasta antes del cambio jurisprudencial sobre la tutela directa e individual de los DESCAs, tal y como se señalara en líneas precedentes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había tenido la oportunidad de abordar, aunque no de manera independiente, el contenido del derecho a la salud en conexidad con otros preceptos convencionales como la vida o la integridad personal;³⁴ así como en procesos donde se examinaron las condiciones en que se brindaba el tratamiento médico en instituciones reclusorias o similares,³⁵ o con

³¹ MELISH, Tara, "The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity", en: LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2008, p. 18.

³² CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, supra nota 4, párr. 114.

³³ CORTE IDH. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. supra nota 3, párr. 56.

³⁴ CORTE IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párr. 197; *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226, párrs. 39-44; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 258; *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, párrs. 117-122, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párrs. 155-163.

³⁵ CORTE IDH. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párrs. 135-141; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrs. 218-223; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrs. 319, 321, 331; y *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párrs. 159-161.

motivo de desarrollar el concepto de vida digna,³⁶ o incluso en conexidad a derechos reproductivos y sexuales.³⁷

Esta justiciabilidad indirecta o por conexidad, con la que este alto tribunal había venido desarrollando el derecho a la salud, limitaba drásticamente los alcances del propio derecho y sobre todo su exigibilidad vinculada a las obligaciones generales contenidas en los Arts 1.1 y 2 de la Convención. Sin embargo, ya superada esta restricción y entendiendo que los derechos derivados del Art. 26 son susceptibles de la misma protección que los derechos civiles y políticos, la entrada preponderante en escena del control de convencionalidad constituye el siguiente paso en el afán garantista de tutelar este derecho social.

En ese sentido, y con el objetivo de analizar la práctica del control de convencionalidad respecto del derecho a la salud, corresponde delimitar en primer lugar i. Cuáles son los fundamentos que permiten conceptualizar el test de convencionalidad, y ii. Cómo debería darse su aplicación para el caso en concreto materia de estudio.

1. Sobre los fundamentos y el concepto del control de convencionalidad

El carácter vinculante de la Convención Americana y donde la Corte cumple una función notable³⁸ encuentra su razón en tres preceptos normativos del tratado internacional; primero, los Arts. 1.1³⁹ y 2⁴⁰ que recogen las obligaciones generales de los Estados parte; y

³⁶ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrs. 165-167; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 74.

³⁷ CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 148; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 130; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 122; y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 168.

³⁸ ALBANESE, Susana, “*Garantías Judiciales*”, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 346 y 347.

³⁹ Art. 1.1 de la CADH “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones jurídicas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁴⁰ Artículo 2 de la CADH “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las

segundo, el Art. 62.3,⁴¹ que permite a este alto tribunal conocer de todos aquellos procesos en los que el actuar estatal no se ajuste a los mandatos internacionalmente asumidos.

En ese sentido, y aunque el Pacto de San José no hace alusión taxativa referente al control de convencionalidad, podemos hallar los cimientos de aplicación de esta técnica de control normativo, precisamente en los Arts. 1.1, 2 y 62.3 de la CADH. No obstante, la doctrina mayoritaria⁴² atribuye el surgimiento de esta figura jurídica al resultado del caso *Almonacid Arellano contra Chile*,⁴³ en realidad el pronunciamiento de la Corte Interamericana reflejó las disposiciones contenidas en la Convención, ya que con anterioridad a la emisión de dicha sentencia, se venía aplicando respecto de los Estados, un control tácito de convencionalidad.

Bajo ese parámetro de ideas, y dando por asumido que el sustento jurídico de esta técnica de control normativo se encuentra en la misma Convención, la Corte Interamericana, como máxima intérprete del tratado internacional, ha definido y expuesto el alcance de esta figura jurídica; mandato que se puede resumir en los siguientes puntos:

- i. La obligación de realizar el test o control de convencionalidad, no responde a un quehacer exclusivo de la Corte Interamericana (control concentrado), sino que además su aplicación es vinculante y le es exigible a los jueces estatales (control difuso).⁴⁴
- ii. La aplicación de esta figura jurídica es de imperativo cumplimiento *ex officio*, no debiendo permanecer en inactividad a la espera del actuar procesal de las partes.⁴⁵
- iii. Por último, respecto a su ejecución, no únicamente los jueces que tengan a su cargo la labor jurisdiccional dentro de los Estados son los llamados a cumplir con la

medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁴¹ Artículo 62.3 de la CADH “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

⁴² SAGÜÉS, Nestor Pedro, “El control de Convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en: *La Ley*, año LXXIII, N° 35, Buenos Aires, 2009, p. 1; PALACIO DE CAEIRO, S., “El control de convencionalidad y los convenios de la OIT”, en *La Ley*, año LXXIII, N°. 133, Buenos Aires, 2009, p. 1; ALBANESE, Susana, “*El control de convencionalidad*”, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 15.

⁴³ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 124.

⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

aplicación de test de convencionalidad, sino que dicha tarea corresponde a todos los órganos del Estado.⁴⁶

En ese sentido, y siendo conscientes de la responsabilidad de los Estados en la práctica del derecho internacional,⁴⁷ el test o control de convencionalidad debe ser entendido como “*una técnica de control normativo de aplicación obligatoria ex officio por todos los órganos del Estado, un estándar mínimo, el cual pone bajo revisión una norma, o disposición interna, de origen nacional, frente a los preceptos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana*”.⁴⁸

2. Sobre la aplicación del control de convencionalidad para la protección del derecho a la salud

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las tres sentencias que abordan la justiciabilidad directa del derecho a la salud y desarrollan su contenido de manera autónoma, ha establecido, que este derecho social impone respecto de los Estados dos tipos de obligaciones.⁴⁹ Por un lado, el compromiso de adoptar disposiciones generales tendientes a la concreción del derecho de manera progresiva, y por otro la toma de medidas cuya exigibilidad es inmediata. Respecto al primer compromiso relacionado al principio de progresividad, los Estados tienen la obligación de tomar medidas concretas y constantes tendientes a la plena efectividad del derecho a la salud; mientras que en alusión al segundo deber, los Estados deben garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones propias del derecho a la salud.

En ese contexto, el control de convencionalidad entra a jugar un papel trascendental, ya que permite a los jueces, y en general a los órganos del Estado, aplicar esta técnica de control normativo respecto de disposiciones internas que aborden el derecho a la salud en

⁴⁶ CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 63.

⁴⁷ SALMÓN, E., “*Introducción al Derecho Internacional Humanitario*”, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004, p. 35.

⁴⁸ FERNANDEZ HUARANCA, J., “El test de convencionalidad: Un precepto como consecuencia de la supremacía de la Convención Americana, Perú, 2013”, Trabajo Fin de Grado, Universidad Católica de Santa María, 2014, (véase en: <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/4300>, consultado el 11/05/20).

⁴⁹ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, supra nota 4, párr. 104 y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, supra nota 10, párr. 98, y *Caso Hernández Vs. Argentina*, supra nota 11, párr. 81.

su doble dimensión; es decir, en relación a cuestiones de carácter progresivo y respecto de aquellas que imponen una ejecución inmediata.

No obstante, lo anterior, resulta imperativo indicar que el camino a recorrer aun es amplio, que uno de los retos que afrontará la Corte en el ejercicio de su labor interpretativa, girará en torno a delimitar y llenar de contenido el derecho a la salud, tarea que tendrá que realizar en base al *corpus iuris* internacional informador en la materia; pero que sin embargo, y aun cuando el desafío es inmenso, la justiciabilidad autónoma abre la posibilidad de desarrollar la protección del derecho en base a su propia esencia y características, sin tener que depender de la conexidad limitativa a la que estaba sometido previamente. Así, y una vez se alcance un alto grado de concreción respecto al derecho a la salud, la ejecución del control de convencionalidad será cada vez más viable.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión y sin ánimo de hacer una recopilación reiterativa de los argumentos expuestos en el presente trabajo de investigación, considero pertinente señalar que la justiciabilidad directa o autónoma del derecho a la salud, implica variaciones en sus alcances, tales como: i) Una mejor delimitación del derecho en base a su esencia y características (sin las restricciones propias de su evaluación a la luz de otros derechos como la vida o la integridad personal); ii) la obligación de aplicar de manera material los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos reconocidos en la Convención Americana, entendiendo que toda separación, jerarquización o categorización para su protección debe ser negada; iii) que la vulneración del derecho pueda declararse de manera autónoma, estableciendo la violación del contenido recogido en el Art. 26 del Pacto de San José en correlación al incumplimientos de los deberes generales de garantía y adecuación, Arts. 1.1 y 2 de la Convención (tal y como sucede con los Derechos Civiles y Políticos); iv) que se permita una mayor definición del *corpus iuris* interamericano sobre la materia, advirtiendo los alcances del Art. 26 de la Convención y los preceptos establecidos en el Protocolo de San Salvador; v) la interpretación del derecho a la salud a la luz de otros tratados bajo las disposiciones del Art. 29 de la Convención, no significando esto que la Corte pueda asumir competencias que no le correspondan o dar valor convencional a normas contenidas en otros instrumentos relacionados a los DESCAs.

Todas estas implicancias en el alcance del derecho a la salud a través de la justiciabilidad autónoma, reafirman la existencia de obligaciones de carácter inmediato para la concreción efectiva del derecho, no debiendo interpretarse la progresividad de manera equivocada, como si se tratase de una disposición que privase al derecho a la salud de todo contenido significativo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALBANESE, Susana, “*El control de convencionalidad*”, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- ALBANESE, Susana, “*Garantías Judiciales*”, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, en: NETO NAVIA, Rafael (ed.) *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 1994.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio, “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo”, en: RAMA-MONTALDO, Manuel (dir.) y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (hom.), *El derecho internacional en un mundo de transformación, Liber Amicorum: Homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchega*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1994.
- COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, México, 2008.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, en: CERVANTES ALCAYDE, Magdalena, EMANUELLI, María, GÓMEZ TREJO, Omar y SANDOVAL TERÁN, Areli (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*

- Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, IIJ-UNAM-SCJN, México, 2014.
- HERDEGEN, Mathias, “Interpretation in International Law”, en: *Max Planck Encyclopedia on Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, Reino Unido, 2008.
- MELISH, Tara, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en LANGFORD, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2008.
- PARRA VERA, Óscar, *La justiciabilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en el sistema interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2011.
- SALMÓN GÁRATE, Elizabeth, “América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos”, en: *Agenda Internacional* 14, Lima, 1999.
- SALMÓN, E., “Introducción al Derecho Internacional Humanitario”, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004.

Hemerografía

- MEJÍA RIVERA Joaquín, “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 51, N° 56, San José 2010.
- PALACIO DE CAEIRO, S., “El control de convencionalidad y los convenios de la OIT”, *La Ley*, año LXXIII, N° 133, Buenos Aires, 2009.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro, “El control de Convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, año LXXIII, N° 35, Buenos Aires, 2009.

Legisgrafía

- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Carta Social de las Américas.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración y Programa de Acción de Viena.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Economicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

Corte IDH

CORTE IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009.

CORTE IDH. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

CORTE IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016.

CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

- CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018.
- CORTE IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.
- CORTE IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- CORTE IDH. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011.
- CORTE IDH. *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.
- CORTE IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.
- CORTE IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.
- CORTE IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- CORTE IDH. *Caso Hernández Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019.
- CORTE IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.
- CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017.
- CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.
- CORTE IDH. *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- CORTE IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013.
- CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017.

CORTE IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018.

CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

CORTE IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

CORTE IDH. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011.

CORTE IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006.

CORTE IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

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

Páginas de Internet

FERNANDEZ HUARANCA, J., “*El test de convencionalidad: Un precepto como consecuencia de la supremacía de la Convención Americana*, Perú, 2013”, Trabajo Fin de Grado, Universidad Católica de Santa María, 2014, disponible en: <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/4300>.

Los Tribunales y la Exigibilidad Legal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Experiencias Comparadas de Justiciabilidad, Informe de la Comisión Internacional de Juristas*, 2009, disponible en: <https://www.icj.org/wp->

[content/uploads/2009/07/Courts-legal-enforcement-ESCR-Human-Rights-Rule-of-Law-series-2009-spa.pdf](#).