

Prólogo

El caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* representa un hito en la jurisprudencia interamericana. Constituye la primera ocasión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declara una violación directa y autónoma del derecho a la salud, que tradicionalmente se había tutelado por la vía de la conexidad, principalmente mediante los derechos a la vida o a la integridad personal. De esta manera se continúa y profundiza en una línea jurisprudencial que rápidamente se ha desarrollado en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), al seguir la estela trazada en los casos *Lagos del Campo vs. Perú*, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, y *San Miguel Sosa vs. Venezuela*, así como en la OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. Y que de manera más reciente fue tratada en el importante caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*.¹

¹ *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348. Opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, 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). *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

En *Poblete Vilches* se dispuso que el derecho a la salud constituye un derecho que se puede derivar de algunas disposiciones de la Carta de la OEA, concluyendo que el derecho a la salud puede ser justiciable ante la Corte Interamericana desde el artículo 26 del Pacto de San José. Si bien en el caso *Acevedo Buendía y otros* (2009), la Corte IDH había externado el contenido de la obligación de progresividad, en *Poblete Vilches* se da un paso más en la delimitación del contenido de las obligaciones emergentes cuando se analizan posibles violaciones a derechos sociales. En esta tesis, la Corte IDH explica que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: las obligaciones *progresivas* y las obligaciones *de carácter inmediato*. Respecto de la primera, entiende que la realización progresiva significa que los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs, y que ello no debe interpretarse en el sentido de 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. Por otro lado, y respecto de las obligaciones de carácter *inmediato*, consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos.

En el caso *García Lucero y otras vs. Chile* (2013), la Corte IDH ya había expresado que las personas mayores se erigen como un grupo en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, *Poblete Vilches* constituyó la primera oportunidad en la cual se abordó de modo detallado la especial situación de vulnerabilidad y discriminación que viven estas personas. En efecto, la Corte IDH estableció que las personas mayores tienen derecho a una protección especial y reforzada, poniendo de relieve la obligación de los Estados de adoptar medidas diferenciadas para garantizar sus derechos y, en particular, el derecho a la salud. Se precisa que “la edad”, como categoría sospechosa, si bien no se encuentra expre-

Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

Prólogo

sa en el artículo 1 del Pacto de San José, esta puede interpretarse —de la misma forma en la que lo ha hecho con otras categorías no expresas— dentro de la categoría de “u otra condición social”. Por tanto, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada por la Convención Americana.

Como lo precisó la Corte IDH, 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”. La Corte IDH dejó sentado que la edad del señor Poblete Vilches fue una razón “limitante para recibir una atención médica oportuna, pues de los hechos del caso se desprende que no se le brindó el tratamiento médico adecuado, en parte, por su condición de persona mayor, razón por la cual no se priorizó su tratamiento médico a pesar de su condición crítica y avanzada edad”. Advirtió que “la edad de una persona no debe ser una causa que obstaculice su desarrollo humano y por lo tanto el acceso a la protección de su salud”.

La sentencia aborda puntalmente el contenido del derecho a la salud de las personas mayores. Se resalta la idea de la relevancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y, por ende, de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia, debiendo tener, al menos, protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal. De este modo, la Corte IDH hace alusión al envejecimiento como un hecho ineludible que está impactando de manera constante y considerable la demografía de las Américas. Este desafío debe ser atendido a través del involucramiento de los Estados en una respuesta integral que reconozca a las personas mayores como sujetos de derechos especiales, incluyendo la prevención y promoción de su salud. En específico, destaca la sentencia que “las personas mayores deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal”.

Un elemento fundamental se constata en el hecho de que la Corte IDH es explícita al señalar cuál es el contenido del derecho

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

a la salud en casos de urgencias médicas a la luz de los elementos esenciales e interrelacionados de calidad, disponibilidad, aceptabilidad y accesibilidad —física, económica, de información y sin discriminación—. Y particularmente es enfática al señalar que la no discriminación es transversal en los servicios de atención de la salud.

También, a diferencia del caso *I.V. vs. Bolivia* (2016), en donde la Corte IDH determinó que el derecho al consentimiento informado es parte del derecho al acceso a la información (art. 13 de la Convención Americana), en *Poblete Vilches* posiciona el consentimiento informado mediante el acceso a la información como un *instrumento* que permite garantizar el derecho a la salud del paciente o de sus familiares. Por otro lado, el fallo precisa la regla en materia de consentimiento informado —es decir, que el paciente es quien debe dar dicho consentimiento— y la excepción a la regla —el consentimiento sustituto, por ejemplo, en el caso de emergencias médicas—.

Una vez más, la Corte IDH hizo uso del concepto de “reparación integral” que ha venido desarrollando a lo largo de su jurisprudencia. Este concepto representa un sello distintivo que ha logrado influir activa y positivamente en los diferentes procesos que pretenden la garantía de los derechos humanos, incluso contemplando reparaciones que abarcan no solo a las víctimas, sino a la sociedad en su conjunto. En *Poblete Vilches* resultan especialmente importantes las garantías de no repetición. La Corte IDH toma nota y valora las acciones y los avances implementados por el Estado para honrar sus obligaciones sobre implementación del consentimiento informado, así como valora que el Estado haya aumentado el número de camas de cuidados y la Unidad de Gestión Centralizada de camas. Sin embargo, a la luz de los hechos y violaciones acreditadas, los avances no parecen ser aún suficientes para desarmar la situación que ha configurado la vulneración de esos derechos. Por ello, ordena un conjunto de garantías de no repetición a los efectos de generar las condiciones para que dichas violaciones no vuelvan a ocurrir.

Las medidas de no repetición en el caso responden a dos bloques. Por un lado, respecto al derecho a la salud de las personas

Prólogo

mayores en general. Por otro lado, en forma más específica a la Unidad Hospitalaria en la que recibió atención el señor Poblete Vilches. En lo concerniente a la Unidad Hospitalaria, advierte que es necesario que el Estado asegure los medios de infraestructura indispensables para brindar una atención *adecuada, oportuna y de calidad* a sus pacientes. En particular, lo refiere a las situaciones de urgencia en atención de la salud y garantizando una *protección reforzada* a las personas mayores. Para ello, el Estado debe adoptar las “medidas suficientes y necesarias”.

Por lo demás, la Corte IDH sigue sosteniendo, como en otras oportunidades, que la educación y capacitación en derechos humanos es el camino que hay que seguir andando. En específico, ordena al Estado que adopte programas de educación y formación permanentes dirigidos a las y los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal del sistema de salud y seguridad social, con inclusión de los órganos de mediación. Determina que estos programas deben incluir contenidos sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados. Agrega que, a su vez, en estos programas es material de enseñanza y aprendizaje ineludible las temáticas propias de la sentencia en el caso *Poblete Vilches*, los instrumentos internacionales de derechos humanos y, en particular, los dedicados al derecho a la salud y acceso a la información.

Otras medidas de no repetición están dirigidas a la incidencia geriátrica en la salud y en favor de las personas mayores. Insta al Estado a fortalecer el “Instituto Nacional de Geriátrica” y su incidencia en la red hospitalaria tanto pública como privada. Advierte que este fortalecimiento se debe vincular también con la mencionada capacitación. Agrega que el Estado debe diseñar una cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención médica. Insta a que se asegure la disponibilidad de esta cartilla en los hospitales públicos y privados como en el sitio web del Ministerio de Salud. Por último, ordena al Estado adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Como lo revela la reconstrucción de los pilares de la sentencia expuestos en los párrafos anteriores y los estudios que contiene la presente obra, el caso *Poblete Vilches* simboliza un hito histórico en la jurisprudencia interamericana, teniendo en cuenta el contexto de nuestra región y los desafíos en materia social, económica y ambiental que atraviesa, y con particular intensidad para las personas mayores. Este libro ofrece una valiosa conjunción de trabajos de académicas y académicos de la región interamericana y europea, presentados en tres partes: I. Enfoques en derechos sociales: hacia la interamericanización del derecho a la salud; II. Perspectivas comparadas, y III. Textos y contextos: el derecho a la salud a propósito de *Poblete Vilches*.

La *primera parte* puede ser leída en clave de círculo hermenéutico por un lado, entre los desarrollos que provienen de los Estados de la región —perspectiva *bottom up*—, tales como los pioneros del derecho a la salud en el constitucionalismo social en los países latinoamericanos (Rodolfo Arango) con inclusión de los más recientes que se relacionan con la discriminación interseccional en la jurisprudencia latinoamericana (Manuel Eduardo Góngora Mera). Y, por otro lado, se tratan los desarrollos en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de DESCAs, que llevan a calificarla como jurisprudencia de la audacia (Laurence Burgorgue-Larsen), con inclusión de la especial protección de los derechos humanos de las personas mayores para que puedan gozar en forma efectiva del derecho a la salud (Aída Díaz-Tendero Bollain). Culmina con reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en materias de derechos sociales. Estos retos se plantean tanto para las sentencias dictadas por las Cortes nacionales, como para las pronunciadas por la Corte IDH (Óscar Parra Vera). Esta primera parte de la obra indica entonces que la sentencia *Poblete Vilches* no surge del vacío ni en forma aislada, sino en interacción con desarrollos y discusiones que se venían dando en las prácticas constitucionales de la región y en el ámbito interamericano.

La *segunda parte* del libro nos permite vislumbrar la exigibilidad de los derechos sociales desde una perspectiva comparada. El foco es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Prólogo

Humanos. La cuestión principal se enfoca en las nuevas tendencias de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de derechos sociales (Christina Binder y Thomas Schobesberger); y qué se puede reconstruir de ese *case law* a la luz de la determinación del contenido de los derechos sociales en su faz de prestación y las obligaciones positivas del Estado (Encarna Carmona Cuenca). La lectura de la primera y segunda parte del libro permite al/la lector/a ampliar el círculo hermenéutico. Esta obra colectiva comprende no solo la mirada de los avances en materia de los derechos sociales en los Estados de la región y el Sistema Interamericano, sino también se examina su par europeo. De esta manera se brinda una contribución acerca de qué tipos de sentencias se están dando en ambos sistemas y se facilita la identificación de las tendencias hacia la convergencia, divergencia o la emergencia de particularidades muy propias de cada uno de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. No puede pasar inadvertido los avances en el Sistema Interamericano al haberse creado de manera reciente la Relatoría especial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (REDESCA) en el seno de la Comisión Interamericana, que seguramente contribuirá a la visibilidad de los grandes desafíos que enfrentamos.

La *tercera parte* de esta publicación se destina al análisis pormenorizado de la sentencia *Poblete Vilches*. El marco es el derecho a la salud (Pedro Villarreal). Continúa con el señalamiento de *Poblete Vilches* como el fallo fundacional en materia de exigibilidad directa del derecho a la salud que surge luego de muchos años de vigencia de la Convención Americana (40 años). Varios argumentos justifican que esta exigibilidad directa llegó para quedarse (Liliana Ronconi). De singular relevancia resultan las reflexiones en torno a las enseñanzas de la sentencia *Poblete Vilches* para la determinación de los contenidos y la metodología de aplicación del derecho a la salud como derecho social autónomo. Un capítulo específico reconstruye el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables en materia de derecho a la salud en casos de urgencia y en que la persona afectada requiere de una protección especial por tratarse de una persona en situación de vulnerabilidad (Martín Aldao y Laura Clérico). Igualmente se explora

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

el impacto para la protección de los derechos de las personas mayores y su vínculo con el fortalecimiento de los estándares interamericanos (Flávia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi, Erika Montero).

Esta tercera parte incluye dos estudios que permiten considerar el caso *Poblete Vilches* en el contexto local en que se produce la violación a los derechos. Plantea la pregunta acerca del sistema de salud como parte del derecho a la salud y su (des)protección en el “Estado subsidiario” (Allard Soto Raúl, Hennig Leal Mônia Clarissa, Galdámez Zelada Liliana), como así también las posibilidades reales de exigibilidad judicial del derecho a la salud en el marco de la jurisprudencia de protección en Chile (Rodolfo Figueroa G.). En fin, la tercera parte del libro puede entenderse como la ampliación de los círculos interpretativos generados en las partes primera y segunda del libro. Se complementan distintos enfoques indagando en el texto y en sus márgenes (sentencia *Poblete Vilches*), sus diferentes contextos (sistemas interamericano y europeo, los Estados de la región y, en particular, el Estado demandado). En suma, la obra presenta valiosas contribuciones para reforzar los estándares del caso *Poblete Vilches*, incluyendo perspectivas críticas y constructivas.

El caso *Poblete Vilches* ha generado estándares que podrán ser utilizados por las y los juzgadores de los países que han suscrito el Pacto de San José, en su condición de juezas y jueces interamericanos, cuando ejerzan control de convencionalidad. Son ellas y ellos quienes en primera línea están llamados a aplicar la Convención Americana y efectivizar su efecto útil en la protección y garantía de los derechos humanos de las personas. De ellos se nutre la jurisprudencia interamericana y a su vez, esta es el faro que las y los guía en la resolución de las problemáticas más sensibles y complejas, siempre a través de la brújula conformada por el principio *pro personae*. Se constituye de esta manera un Sistema Interamericano integrado, a través de una judicatura interamericana compartida, donde juntos se va construyendo un *ius commune* en materia de derechos humanos, respetando el alto y rico grado de diversidad de nuestras sociedades.

Por supuesto que el diálogo trasciende del diálogo jurisprudencial. Involucra a todas las autoridades del Estado, a las orga-

Prólogo

nizaciones y a las defensoras y defensores de derechos humanos, a las víctimas y en general a la sociedad civil en su conjunto. La visión crítica de la academia, de los medios de comunicación y de la sociedad civil en general, nutre de manera especial el trabajo de la Corte IDH, por lo que quisiera terminar destacando su relevante rol y función en la construcción de un orden público interamericano basado en los derechos humanos, en los altos valores y principios democráticos.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica, noviembre de 2018