

## Prólogo

Ya han pasado dos años desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió, por mayoría, hacer un giro radical con respecto a su jurisprudencia previa sobre el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Sobre ese solitario artículo dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte había evitado, hasta entonces, pronunciamientos de fondo con distintas excusas. Las sentencias acumuladas hasta este momento permiten ya, al menos sumariamente, un balance sobre avances, problemas y desafíos pendientes en la interpretación y aplicación de esta norma. Esta reflexión crítica es necesaria tanto para clarificar los estándares desarrollados por la Corte Interamericana en esta materia —y por ende, guiar con mayor precisión la labor de los litigantes ante el Sistema, la tarea de aplicación de esos estándares por los jueces locales, y la asunción de las respectivas obligaciones por los Estados parte— como para evaluar el mérito del cambio jurisprudencial en examen.

En este sentido, la compilación de esta obra, dedicada al análisis del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, merece ser bienvenida e imitada. El elenco de ensayos que compone la obra ofrece un abanico de material que permite poner el caso en contexto y adentrarse en su análisis desde distintos puntos de vista, que van desde el intento de reconstrucción de los principales argumentos de la Corte, hasta la evaluación francamente crítica de la sentencia a la luz de su comparación con precedentes previos al cambio jurisprudencial.

## CHRISTIAN COURTIS

---

Me parece sano que el debate se dé francamente: es importante evaluar abiertamente en qué medida el cambio de interpretación sobre el artículo 26 de la Convención Americana ha representado un avance con respecto a la tesis previa de la Corte —es decir, la protección de derechos sociales por conexidad con los derechos civiles reconocidos por el tratado—, en qué aspectos han existido innovaciones positivas, y en qué aspectos sería necesario mejorar o apuntalar —o en su caso abandonar— las primeras construcciones del Tribunal Interamericano respecto de la norma citada.

Confieso que me caben las generales de la ley, porque desde hace tiempo he promovido y defendido, como académico y como perito ante la Corte, propuestas de cambio jurisprudencial en el sentido en el que ha decantado la mayoría de la Corte. Eso no impide tomar distancia crítica y señalar lo que, a mi juicio, constituyen desafíos para afinar los estándares, mejorar la argumentación y, a la postre, reforzar la protección de los derechos sociales bajo la Convención Americana.

Una primera pregunta útil para entender *Cuscul Pivaral* en el contexto de la novela en la cadena —metáfora *dworkiniana* mediante— representada por la jurisprudencia interamericana es la de cuáles son las comparaciones relevantes para evaluar las novedades que ofrece esta sentencia. En el libro hay varias sugerencias al respecto, incluida la ya abundante jurisprudencia nacional de la región dedicada al derecho a la salud y, más específicamente, al derecho al acceso a tratamientos y medicación como componente prominente de ese derecho. Esa comparación resulta particularmente trascendente porque una parte importante del litigio nacional en materia de salud se originó, en varios países de la región latinoamericana, a partir de reclamos por el acceso a medicación antirretroviral y a tratamientos para el VIH/sida.

Más allá de la relevancia de comparar el precedente con referentes externos, me parece que resulta imprescindible situar a *Cuscul Pivaral* —como efectivamente hacen algunos de los capítulos del libro— en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y aquí caben, a mi juicio, al menos tres ejes relevantes.

## Prólogo

---

El primer eje es identificar las novedades del caso en la serie de decisiones basadas en el artículo 26 de la Convención, a partir de *Lagos del Campo vs. Perú*. Aquí la pregunta que importa es cuál es el valor añadido y cuáles son los problemas que plantea el caso en relación con las preguntas abiertas por *Lagos del Campo* y colmadas parcialmente por los casos decididos posteriormente sobre la base del artículo 26.

Un segundo eje de comparación, más estrecho, es el relacionado con otras decisiones basadas en el artículo 26 en las que la Corte haya considerado violaciones al derecho a la salud, como derecho derivado del artículo 26. En este sentido, la comparación relevante es la de *Cuscul Pivaral* con la previa decisión del Tribunal en *Poblete Vilches vs. Chile*.

Un tercer eje de comparación que me parece útil de ensayar, a fin de valorar las luces y las sombras de *Cuscul Pivaral* en relación con la jurisprudencia de la Corte, es la de compulsar el caso con las sentencias previas del Tribunal en las que el derecho a la salud fue protegido por conexidad con otros derechos —en particular, con los derechos a la vida y a la integridad personal—. Saber si hemos avanzado o no en la materia supone preguntarnos qué diferencias concretas ha significado el cambio de jurisprudencia con respecto a la manera en que la Corte Interamericana ha considerado los mismos temas bajo otro ropaje.

Sobre el primer eje, creo que se puede notar una relativa consolidación de la metodología adoptada por la Corte para identificar los derechos a los que se refiere el artículo 26, a partir de la remisión hecha por el texto. La Corte parece haber aceptado la necesidad de algún anclaje textual en la Carta de la OEA, y la posibilidad de concretar esa identificación acudiendo a otros instrumentos relevantes del Sistema Interamericano y el Sistema Universal en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Por esa vía identificó derechos laborales en *Lagos del Campo*, *Trabajadores cesados de Petroperú y otros* y *San Miguel Sosa*, el derecho a la salud en *Poblete Vilches*, y —posteriormente— el derecho a la seguridad social en *Muelle*. *Cuscul Pivaral* se inscribe en esa línea —aunque, como veremos, con algunas diferencias respecto a *Poblete Vilches*—.

## CHRISTIAN COURTIS

---

Menos consistente ha sido la metodología utilizada por la Corte para identificar el contenido y las obligaciones concretas que emanan de los derechos en juego. Aquí, la Corte ha avanzado más bien dando pasos *ad hoc*, sin proyectar claramente una teoría o un modelo que permita prever qué análisis sugiere el Tribunal para casos futuros. Hay que anotar que la Corte entra en este caso por primera vez a decidir si la acción del Estado viola la obligación de progresividad establecida en el artículo 26, aunque, como veremos comparando *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral*, subsisten algunas preguntas acerca del sentido que da el Tribunal a estas obligaciones.

Un tercer punto que me parece requiere ser subrayado es el excesivo espacio dedicado en la serie de sentencias a repetir los fundamentos de la jurisdicción de la Corte sobre alegadas violaciones al artículo 26. Esto bastaba hacerlo en el *leading case* que cambió el sentido de la jurisprudencia anterior, pero no es necesario repetir páginas con la misma fundamentación —basta con una remisión al primer caso—. Probablemente esta repetición innecesaria se deba a la existencia de votos disidentes, pero la reiteración no agrega demasiado y abulta la sentencia: una vez afirmada la jurisdicción de la Corte, hubiera sido —y sería en el futuro— deseable dedicar más espacio al desarrollo de las obligaciones concretas consideradas en el caso.

Sobre el segundo eje, es decir, la comparación de los dos casos relativos al derecho a la salud decididos sobre la base del artículo 26 de la Convención —*Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral*— también ofrece algunos ángulos interesantes para discutir.

El primero es la diferencia de alcance de ambos casos: *Poblete Vilches* era fundamentalmente individual, y *Cuscul Pivaral* es un asunto colectivo —en el doble sentido de ser un caso con múltiples víctimas identificadas y tener proyección colectiva hacia otras víctimas no identificadas pero damnificadas por la misma situación—. En este sentido, *Cuscul Pivaral* articula un tipo de análisis que uno podría definir como análisis de una política pública desde un enfoque de derechos humanos, mientras que el enfoque de *Poblete Vilches* es algo más estrecho, ceñido a las circunstancias más acotadas de la situación de hecho. Esta diferencia es relevante para evaluar el tipo de evidencia considerada por

## Prólogo

---

la Corte, los estándares que utiliza para considerar la existencia de violaciones y la determinación de medidas de reparación. Me parece útil prestar atención sobre esta diferencia en casos posteriores que involucren alegadas violaciones al artículo 26, para verificar si la Corte asume esa diferencia y desarrolla formas de análisis diferenciados, de acuerdo con el alcance y la complejidad de los casos.

Un segundo punto que me interesa recalcar es que aun siendo casos consecutivos que tratan violaciones al mismo derecho, la Corte varía tanto en la identificación de los derechos como en el análisis de las obligaciones en juego. Me extiendo un poco sobre estas cuestiones.

Sobre la identificación del derecho, mientras en *Poblete Vilches* la Corte acude para esa identificación a la Carta de la OEA y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la legislación interna y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en *Cuscul Pivaral* la Corte alude a la Carta de la OEA pero no menciona ni la Declaración, ni la legislación interna ni otro instrumento internacional relevante. La cuestión tiene importancia porque el artículo 26 habla de derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, de modo que asume que aunque las normas nombradas no hablen explícitamente de derechos, pueden derivarse de ellas derechos —y para ello, es útil emplear instrumentos de derechos humanos que permitan concretar esa derivación—. En lugar de remitirse simplemente a lo dicho en *Poblete Vilches* al respecto, la Corte efectúa en *Cuscul Pivaral* un análisis diferente, sin que queden muy claras las razones de esa divergencia.

Sobre el alcance de las obligaciones analizadas por la Corte, la diferencia fundamental entre ambos casos es que en *Poblete Vilches* la Corte optó por juzgar irrelevante el análisis de la realización progresiva de los derechos, y se centró —siguiendo la distinción hecha por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— en la consideración de obligaciones inmediatas. En *Cuscul Pivaral*, la Corte analizó tanto obligaciones de carácter inmediato como las de realización progresiva. Aunque la introducción de la distinción entre unas y otras es un paso importante, la

## CHRISTIAN COURTIS

---

Corte no ha ofrecido razones para entender cuáles son las obligaciones inmediatas y cuáles las sujetas a progresividad. De *Poblete Vilches* se desprende que el acceso a tratamientos de emergencia constituye una obligación inmediata, aunque el Tribunal no desarrolla un fundamento explícito. En *Cuscul Pivaral*, la Corte parece afirmar que las obligaciones analizadas son simultáneamente inmediatas y sujetas a progresividad —algo imposible de sostener, ya que ambas categorías son excluyentes—. Para poder asignar sentido a la distinción, es necesario contar con criterios para entender cuáles son las obligaciones inmediatas —por ejemplo, las obligaciones negativas, las que no requieren de tiempo o gran costo para ser ejecutadas, o las que forman parte de un nivel mínimo esencial de obligaciones priorizadas— y, por oposición, cuáles están moduladas por la progresividad.

En *Cuscul Pivaral* era posible avanzar en esta línea, considerando que el acceso a medicación retroviral, como parte de la lista mínima de medicamentos esenciales definidos por la Organización Mundial de la Salud, es una obligación inmediata por formar parte de ese nivel mínimo esencial, distinguiendo ese acceso del resto de las medidas de política pública destinadas a garantizar el derecho, estas sí sujetas a progresividad. Con esta distinción, o alguna equivalente, hubiera sido más claro el sentido de analizar y encontrar violaciones tanto referidas al cumplimiento de obligaciones inmediatas como a las sujetas a progresividad. Creo que la jurisprudencia posterior debería desarrollar al menos algunos criterios para entender cuáles son, de acuerdo con la Corte, las obligaciones de uno y otro tipo, para no generar confusión en la materia.

En cuanto al tercer eje, ciertamente la Corte Interamericana ya había abordado temas vinculados con violaciones al derecho a la salud por vía de la conexidad con los derechos a la vida, a la integridad personal y a otros derechos en casos como *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, *Furlan y familiares vs. Argentina*, *Suárez Peralta vs. Ecuador*, y *Gonzales Lluy vs. Ecuador*, entre otros relevantes. Cabe entonces preguntarse si algo ha variado en el análisis y en las consecuencias de haber encuadrado ahora violaciones similares como violaciones al derecho a la salud bajo el artículo 26.

## Prólogo

---

Una primera consideración que me parece importante señalar es la mayor sinceridad conceptual de tratar temas vinculados con el acceso y la calidad de los servicios de salud como temas relacionados con el derecho a la salud. Eso no significa negar la interdependencia con los derechos a la vida e integridad física u otros relevantes, pero parte de la jurisprudencia anterior consistió justamente en insuflar el desarrollo de contenidos del derecho a la salud —en particular, los realizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— a los derechos a la vida e integridad física sin mayor reflexión y sin apenas mencionar el derecho a la salud. Me parece que *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral* resultan mucho mejor encuadrados cuando se los trata como casos en los que se discute centralmente el derecho a la salud, sin perder de vista las conexiones con otros derechos.

Mi segundo punto al respecto tiene que ver con el desarrollo de los contenidos del derecho y de los estándares aplicables para determinar la existencia o no de violaciones a las obligaciones estatales. En algunos de los casos mencionados anteriormente (*Suárez Peralta* y, especialmente, *Gonzales Lluy*), la Corte ya había mencionado algunos de los criterios desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia de derecho a la salud —en particular, su identificación de la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, bienes e instalaciones de salud como elementos esenciales del derecho—. Pero esas menciones distan bastante del desarrollo concreto de una jurisprudencia sobre la base de esos criterios. Tanto *Poblete Vilches* como *Cuscul Pivaral* parecen haber tomado con mayor rigor esos criterios e intentado articular, al menos inicialmente, un análisis de la conducta estatal a partir de esos criterios.

Dejo al lector adentrarse en los capítulos contenidos en este volumen para evaluar el análisis de la Corte. Lo que me parece importante es destacar que, con un encuadramiento conceptual más adecuado de las violaciones, el marco ofrecido por el contenido del derecho a la salud según ha sido desarrollado internacionalmente permitirá un uso más afinado de esas categorías y una discusión más sofisticada de cuándo puede afirmarse que se ha configurado una violación. *Gonzales Lluy* había dado un paso en

## CHRISTIAN COURTIS

---

ese sentido —sentando los criterios de análisis, aunque sin mayor profundidad en su aplicación concreta al caso—. Soy optimista al respecto, y creo que *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivara* mejoran el legado de *Gonzales Lluy* y constituyen pasos adelante en el camino de clarificar el contenido del derecho a la salud y alcance de sus obligaciones. En todo caso, la jurisprudencia basada en el artículo 26 no niega, sino que puede integrar perfectamente, algunas de las importantes contribuciones de la Corte por vía de conexidad —en particular, las desarrolladas en *Ximenes Lopes vs. Brasil* sobre la responsabilidad estatal en la rectoría del sistema de salud, aun cuando incluya prestadores de servicios privados—.

Mi última observación tiene que ver con el capítulo de las reparaciones. En la etapa anterior de la jurisprudencia de la Corte Interamericana era casi utópico decir que, además de la conexidad ya referida, el Tribunal protegió derechos económicos, sociales y culturales a través de una concepción amplia de las reparaciones, que incluyó no solo indemnizaciones pecuniarias, sino también prestación de servicios de salud y educación, pago de pensiones de acuerdo con la determinación judicial, reintegro al puesto de trabajo u otorgamiento de empleo similar, distribución de alimentación y agua potable, acceso y restitución de viviendas y tierras, implementación de planes de desarrollo local, reconocimiento de responsabilidad y desagravio de las víctimas en lengua indígena, entre otros tipos de indemnización vinculados directamente con la satisfacción de los mencionados derechos. En la etapa posterior a *Lagos del Campo*, la Corte ha decidido considerar directamente la violación de derechos sociales, sin necesidad de hacer uso de la conexidad.

Queda, sin embargo, abierta la cuestión de si este cambio jurisprudencial tuvo o tendrá algún efecto concreto sobre la forma en que el Tribunal determina las reparaciones en caso de violaciones. Creo que esto obliga a mirar con cuidado las reparaciones decididas por la Corte en los casos juzgados bajo el artículo 26: como mínimo para verificar que no haya abandonado la tesitura de considerar una amplia gama de reparaciones, adecuada a las violaciones analizadas, y —siendo un poco más ambiciosos— para saber si el cambio de jurisprudencia generó a su vez alguna modulación particular de las reparaciones, en función de la natu-



## Prólogo

---

raleza de los derechos considerados. Por ejemplo, cabe preguntarse si la Corte podría ahondar, en materia de garantías de no repetición, particularmente en casos de alcance colectivo como *Cuscul Pivaral*, en la formulación de bases mínimas de políticas públicas con enfoque de derechos humanos destinadas a la mejor garantía de los derechos involucrados hacia el futuro.

En este rubro, que merece ser considerado caso por caso, *Cuscul Pivaral* no desentona con la jurisprudencia previa de la Corte, pero tampoco descolla como un caso de gran innovación en materia de reparaciones. Entre las reparaciones individuales puede destacarse un intento de traducir en términos concretos los criterios de disponibilidad, accesibilidad y calidad de las prestaciones de salud destinadas a las víctimas. Más modesto es el avance en materia de garantías de no repetición. Hay, ciertamente, un acápite de la parte de reparaciones dedicado al tema (párrs. 224 a 230 de la sentencia) con un catálogo correcto de medidas a adoptar, pero se extraña, en un caso en el que las violaciones desnudan la falta de articulación e implementación de una política pública coherente en materia de prevención y combate contra el VIH/sida por parte del Estado, una conceptualización más firme de la necesidad de una política pública integral sobre el tema, desarrollada en consulta con el grupo afectado.

En síntesis, creo que casos como el que nos convoca nos invitan a pensar críticamente cuáles han sido los avances y cuáles son los desafíos para continuar el desarrollo de una jurisprudencia que mejore la tutela de los derechos sociales, provea criterios sólidos para pensar casos futuros y ofrezca a los Estados bases razonables y previsibles para mejorar el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia, teniendo en cuenta el contexto de la región y la situación particular de cada país concernido. Creo que el libro que el lector tiene entre sus manos aporta materiales invaluable para esa reflexión.

CHRISTIAN COURTIS  
*Nueva York, agosto de 2019.*