

COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATÉGICO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD MEDIANTE EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

JORGE ERNESTO ROA ROA¹

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS CASOS *POBLETE VILCHES Y OTROS CONTRA CHILE* Y *CUSCUL PIVARAL Y OTROS CONTRA GUATEMALA* COMO ESCENARIOS DE COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATÉGICO. 2.1. EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL DEBER DE FORMULAR POLÍTICAS DIFERENCIADAS DE ATENCIÓN EN SALUD: EL CASO *POBLETE VILCHES Y OTROS VS. CHILE*. 2.2. EL DÉFICIT DE ATENCIÓN A LA POBLACIÓN PORTADORA DE VIH-SIDA Y LA NECESIDAD DE ELIMINAR BARRERAS PARA EL ACCESO A MEDICAMENTOS PROTEGIDOS POR PROPIEDAD INTELECTUAL: EL CASO *CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA*. 3. EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATÉGICO EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD MEDIANTE EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. 4. LÍMITES, RIESGOS Y DESAFÍOS DEL COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATÉGICO. 5. DEFERENCIA, INTERFERENCIA Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 6. AMPLIAR LA AGENDA A LOS DESCA PARA FORTALECER LA DELIBERACIÓN, INNOVAR EN LOS REMEDIOS Y FORTALECER LA LEGITIMIDAD SOCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es analizar la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sobre el derecho a la salud. En especial, este texto se centra en dos casos resueltos por la Corte IDH en 2018, a saber, *Poblete Vilches y otros vs. Chile* y *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. La tesis que orienta el estudio de esos dos casos es que estos representan la consolidación de una ampliación de la competencia de la Corte IDH en relación con la exigibilidad del derecho a la salud. Sin embargo,

¹ Doctor en Derecho (*summa cum laude*) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Externado de Colombia. Investigador del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Contacto: jorge.roa@uexternado.edu.co

esta ampliación se ha hecho mediante un *comportamiento judicial estratégico* que genera problemas de: 1) legitimidad democrática de la Corte IDH, 2) ineficacia de las sentencias que protegen el derecho a la salud, 3) reacciones por parte de los Estados y 4) el riesgo de defraudar las expectativas sociales que recaen sobre el tribunal interamericano.

Como consecuencia de ese diagnóstico, en este capítulo se sugiere reflexionar sobre cuatro aspectos: 1) si vale la pena que la Corte IDH continúe la línea de argumentación basada en la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante DESCAs) a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), 2) si la Corte IDH puede resolver los problemas de fundamentación jurídica de la exigibilidad del artículo 26 de la CADH, 3) el grado correcto de deferencia que debe mostrar el tribunal interamericano en virtud de la ampliación de su competencia respecto del artículo 26 de la CADH y 4) los nuevos debates sobre el contenido de los derechos sociales que necesariamente deberían derivarse de la exigibilidad directa de esa disposición convencional.

La estructura de este capítulo es la siguiente. En la primera parte se expondrán brevemente los dos casos objeto de análisis. En la segunda sección, se hará referencia al comportamiento judicial estratégico de la Corte IDH. Finalmente, se indicarán los riesgos, potenciales y desafíos de que la Corte IDH actúe como un tribunal estratégico en el contexto de las democracias latinoamericanas.

2. LOS CASOS *POBLETE VILCHES Y OTROS CONTRA CHILE* Y *CUSCUL PIVARAL Y OTROS CONTRA GUATEMALA* COMO ESCENARIOS DE COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATÉGICO

En esta sección se comentarán los hechos, decisiones y precedentes establecidos en los casos *Poblete Vilches y otros vs. Chile* y *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. El objetivo es ofrecer un contexto adecuado para demostrar, en la siguiente sección, que el tribunal interamericano ha actuado como un juez estratégico.

2.1. *El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el deber de formular políticas diferenciadas de atención en salud: el caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*

En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* de 2018, la Corte IDH resolvió la petición individual de la familia del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, un adulto mayor de 76 años, quien falleció después de haber sido llevado al servicio de urgencias del hospital «Sótero del Río» en razón de una insuficiencia respiratoria grave. En el marco de la atención hospitalaria, el paciente fue sedado debido a los intensos dolores que lo aquejaban. Adicionalmente, el señor fue trasladado a una unidad de cuidados intensivos en la que, sin consultarle

a él ni a sus familiares, le realizaron un procedimiento quirúrgico. El paciente aparentemente se recuperó y salió de la unidad de cuidados intensivos. A pesar de que manifestaba dolores, fiebre y otros síntomas, le dieron de alta. En ese momento, sus familiares no tenían cómo llevarlo a la casa, de manera que contrataron una ambulancia privada para trasladarlo.

Ya en su casa, la situación del señor Poblete empeoró. Por esa razón, unos días después debieron internarlo nuevamente en el mismo hospital. Sin embargo, en el hospital lo recibieron y le manifestaron que no había disponibilidad en las unidades de cuidados intensivos porque todas estaban ocupadas. Además, le indicaron que él ya había tenido una oportunidad para acceder a la unidad de cuidados intensivos y le manifestaron que estas se encontraban reservadas a las personas jóvenes, con alguna probabilidad más o menos alta de salvarse. Incluso, uno de los funcionarios del hospital le dijo que, en virtud de que su muerte era casi inminente, no había necesidad de enviarlo a una unidad de cuidados intensivos porque le quedaba poco tiempo de vida. En efecto, el señor falleció en uno de los pasillos del hospital, el 7 de febrero del año 2001.

El Estado de Chile reconoció su responsabilidad internacional en relación con casi todos los derechos invocados por la CIDH y por los representantes de las víctimas. Sin embargo, la Corte IDH consideró que el reconocimiento del Estado no era suficiente, que era necesario precisar las obligaciones de los Estados frente a la garantía del derecho a la salud de las personas que requieren un tratamiento urgente y, especialmente, de los adultos mayores.²

Dentro de sus argumentos de fondo, el tribunal interamericano indicó que el Estado chileno incurrió en algunos fallos, como: i) dar de alta al señor Poblete de manera prematura, ii) discriminarlo en el acceso a la unidad de cuidados intensivos, iii) no ofrecerles información a sus familiares, iv) practicarle una intervención quirúrgica sin su consentimiento o el de sus familiares y v) falsificar en la historia clínica el consentimiento de la familia. Esta última falsificación era de tal entidad que en esta se indicaba que la hija autorizaba la cirugía del padre, pero quien supuestamente firmaba era la esposa del paciente. Además, el Estado falló al no haberle tratado o remitido a otro hospital donde hubiera una unidad de cuidados intensivos disponible.

Por todas estas razones, la Corte IDH declaró que se vulneraron los derechos a la salud, a la vida y a la integridad de la víctima (el paciente). Adicionalmente, se vulneró el acceso a la justicia de sus familiares en virtud de que no hubo una investigación penal diligente para determinar los responsables por la negligencia en la atención que condujo a la muerte del señor Poblete. De todas las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH, la que más interesa para este capítulo es la que se refiere a la garantía de no repetición. En concreto, la Corte IDH le ordenó al Estado de Chile que formulara una política de atención integral para los adultos mayores y le confirió un plazo de tres años para que la implementara.³

² CORTE IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párrs. 16-34

³ CORTE IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párr. 241.

2.2. *El déficit de atención a la población portadora de VIH-SIDA y la necesidad de eliminar barreras para el acceso a medicamentos protegidos por propiedad intelectual: el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*

Mientras que el caso *Poblete* se refería a la situación de una persona, el caso *Cuscul Pivaral* tuvo una dimensión colectiva. Se trató de la falta de atención a las personas portadoras de VIH-SIDA en Guatemala. En concreto, las víctimas fueron 49 personas, de las cuales algunas estaban vivas y otras ya habían fallecido por enfermedades oportunistas. La Corte Interamericana estableció que el Estado de Guatemala violó el derecho a la salud de estas personas porque no les proporcionó atención integral y oportuna.

En concreto, el tratamiento de las personas con VIH-SIDA en Guatemala se confió a la actividad de particulares, como ONG's o programas de cooperación internacional. Posteriormente, el Estado asumió paulatinamente la atención pero con altos déficits en materia de cobertura y acceso a los medicamentos, especialmente, en lo que correspondía al tratamiento antirretroviral.⁴

Antes de acudir al Sistema Interamericano, las víctimas se organizaron y movilizaron internamente. En concreto, le enviaron una carta al presidente de la República en la que le solicitaban que destinara recursos para atender sus enfermedades. En virtud de que el presidente no contestó esa comunicación, las víctimas incoaron un amparo ante la Corte de Constitucionalidad. El presidente contestó que el amparo no era un escenario adecuado para discutir las políticas públicas en materia de salud. Sin embargo, el mandatario se comprometió a destinar los recursos públicos necesarios para cubrir los tratamientos antirretrovirales durante un periodo de tres meses.⁵

En sus argumentos de fondo, la Corte Interamericana señaló que la controversia principal en este caso, tanto para las víctimas como para sus representantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), giraba en torno al debate sobre la exigibilidad y el contenido del artículo 26 de la CADH⁶. Desde luego, esa afirmación no era cierta por varias razones. Por una parte, para el momento en el que la Corte modificó la interpretación tradicional del artículo 26 de la CADH⁷, en el caso *Lagos del Campo* contra Perú⁸, las víctimas ya habían sustanciado casi todo su procedimiento ante la Corte Interamericana. Eso significa que las víctimas no conocían el nuevo precedente de la Corte IDH. Como mucho, las víctimas, sus representantes o la CIDH pudieron introducir ese argumen-

⁴ CORTE IDH, Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018, párrs. 123 y 147.

⁵ CORTE IDH, Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018, párrs. 56-62.

⁶ CORTE IDH, Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018, párr. 72.

⁷ PARRA, Ó., «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 de Lagos del Campo» en FERRER MAC-GREGOR *et al.* *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp. 181-234.

⁸ CORTE IDH, *Lagos del Campo vs. Perú*, 2017.

to en los alegatos finales o en la audiencia oral porque estos fueron los dos únicos actos procesales que ocurrieron después del precedente *Lagos Del Campo* de 2017.

De manera que el debate principal no era el contenido o alcance del artículo 26 de la CADH sino el drama de todo un país en el que existía un déficit de atención a las personas portadoras de VIH-SIDA. Frente a ese drama, la Corte IDH reiteró la interpretación del artículo 26 de la CADH y declaró vulnerado el derecho a la salud de las víctimas en virtud de que el Estado le confiaba su tratamiento médico a privados que actuaban ocasionalmente. Asimismo, las personas portadoras de VIH-SIDA carecían de apoyo social, no se tenía en cuenta que eran pobres y que, en muchos casos, eran el único sustento de sus familias. Como si esto fuera poco, algunas de las mujeres portadoras de VIH-SIDA estaban embarazadas. En definitiva, el caso contaba con múltiples elementos de discriminación y existía una vulneración interseccional de derechos.

Un factor adicional que el tribunal interamericano reconoció en los hechos, pero dejó de lado en sus argumentos, se refería a la propiedad intelectual en materia de medicamentos. En efecto, los fármacos antirretrovirales en Guatemala eran muy costosos porque estaban protegidos con patentes. Por esa razón, según las víctimas, con el dinero necesario para adquirir los antirretrovirales para 27 personas se podrían atender a 300 personas si estos fueran genéricos.⁹

Por último, además de la vulneración al derecho a la salud de las víctimas, la Corte IDH consideró que se les había violado el derecho a la vida a aquellas personas que habían muerto por enfermedades oportunistas. Asimismo, el tribunal reconoció una infracción al derecho a la integridad de los familiares de las víctimas quienes tuvieron que cuidarles o quienes se vieron perjudicados porque las víctimas fallecidas eran su fuente de sustento económico. Finalmente, la Corte IDH declaró que también se vulneraron las garantías judiciales porque el amparo superó el plazo razonable y la respuesta judicial ofrecida por la Corte de Constitucionalidad no resolvió el fondo de las peticiones.

Dentro de las medidas de reparación, el tribunal ordenó ofrecer tratamientos gratuitos y vitalicios, realizar procedimientos de diagnóstico y seguimiento, brindar alimentos y atención psicosocial, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, publicar la sentencia, ofrecer becas a los hijos de las víctimas, ejecutar actividades de supervisión en los hospitales, aumentar la calidad de la información y consolidar bases de datos, garantizar el acceso a los medicamentos y realizar una campaña nacional de capacitación dirigida tanto a funcionarios como a familiares y población sobre los derechos de las personas que viven con VIH.¹⁰

⁹ CORTE IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018, párr. 56.

¹⁰ CORTE IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018, párrs. 198-251.

3. EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATÉGICO EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD MEDIANTE EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

En este punto, el lector se podrá preguntar ¿por qué la jurisprudencia de la Corte IDH en estos dos casos es un ejemplo típico de un comportamiento judicial estratégico? En concreto, en esta sección se demostrará que la Corte Interamericana incurrió en una de las formas típicas de realizar comportamiento judicial estratégico. Esta consiste en que un tribunal cambia un precedente propio de forma importante de manera tal que, al hacerlo, suscita una fuerte división dentro del tribunal y en la comunidad jurídica. No obstante, con el objetivo de evadir esa división y deliberación, el tribunal procede estratégicamente a reiterar continuamente la nueva jurisprudencia en otras sentencias con el fin de que el debate sobre la solidez de tal cambio jurisprudencial se diluya u olvide. En este caso, el objetivo del comportamiento judicial estratégico es omitir los problemas de fundamentación de la nueva interpretación jurisprudencial y consolidar como fundante el cambio de precedente.

Desde esta perspectiva, el caso *Poblete* de 2018 es un ejemplo claro de cómo la Corte IDH trató de consolidar el precedente *Lagos Del Campo* de 2017 sin afrontar los problemas jurídicos suscitados por este trascendental cambio jurisprudencial. Específicamente, en el párrafo 103 del *Caso Poblete*, la Corte IDH indicó que era claro que la CADH incorporaba los DESCAs en el artículo 26 como derechos exigibles directamente. Desde luego, esa premisa es precisamente la gran innovación y el objeto de disenso frente al caso *Lagos Del Campo*. Se trata entonces de la utilización del lenguaje para consolidar el comportamiento judicial estratégico:

Así, resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna (*infra* párr. 108). Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al *corpus iuris* internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención (*infra* párr. 114), a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho.¹¹

En el ámbito del Sistema Interamericano y, en concreto, de los DESCAs, hay un doble comportamiento judicial estratégico de la Corte IDH. Por una parte, en el caso *Lagos Del Campo* —que es el gran precedente del año 2017 en donde la Corte cambió su interpretación

¹¹ CORTE IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párr. 103.

de artículo 26— la Corte IDH sugirió que no había un cambio, sino una reiteración de su comprensión clásica del principio de progresividad. Aquí la estrategia fue, entonces, denominar reiteración al cambio jurisprudencial. Sin embargo, el tribunal cometió el error de que en las sentencias futuras, donde la Corte IDH indicaba que estaba reiterando su comprensión del principio de progresividad, siempre citaba *Lagos Del Campo*. Esto manifestaba que no era cierto que estuviera reiterando su comprensión tradicional del artículo 26 sino que efectivamente en *Lagos Del Campo* ocurrió el cambio en la interpretación de la CADH. Por ejemplo en el caso *Poblete*, la Corte IDH afirmó:

En la sentencia del caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, la Corte desarrolló y concretó por primera vez una condena específica en forma autónoma del artículo 26 de la Convención Americana, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado. Así, este Tribunal reiteró su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados. Asimismo, la Corte reiteró la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.¹²

La segunda parte del comportamiento judicial estratégico ocurrió en las sentencias posteriores a *Poblete*. En efecto, en estas, el tribunal señaló que el derecho a la salud era uno de los derechos incluidos en el artículo 26 de la CADH. Desde luego, esta segunda premisa también era muy cuestionable porque ya era dubitativa la interpretación hecha en *Lagos Del Campo* del artículo 26; y ahora aparecía como dudosa la interpretación hecha en *Poblete* con base en *Lagos Del Campo* en el marco concreto del derecho a la salud. Por eso es que en el caso *Cuscul Pivaral* la Corte IDH solo pudo remitir al caso *Poblete* para afirmar lo siguiente:

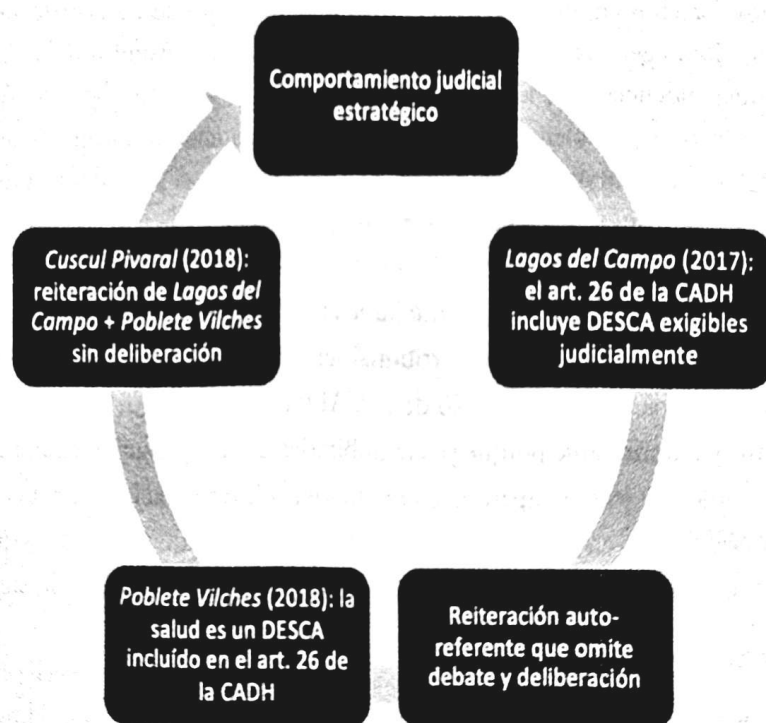
Al respecto, esta Corte ya ha reconocido que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.¹³

¹² CORTE IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, párr. 100.

¹³ CORTE IDH, Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018, párr. 105.

En definitiva, el círculo del comportamiento judicial estratégico se completa en virtud de que, en todas las sentencias posteriores a *Lagos Del Campo*, la Corte IDH ha dado por sentado —como unívoco e indiscutible— que el artículo 26 de la CADH incluye a los DESCAs como derechos exigibles directamente. A su vez, en todas las sentencias posteriores a *Poblete Vilches*, la Corte IDH ha indicado que la salud es uno de los DESCAs incluidos en el artículo 26 de la CADH y, por ende, justiciable. El resultado al que quiere conducir la Corte IDH es a que el lector olvide que donde la Corte IDH dice que tiene una tradición jurídica consolidada, en realidad, hubo un gran cambio jurisprudencial con un debate muy intenso entre todos los actores del Sistema Interamericano¹⁴. Este debate comenzó mucho antes de que la Corte IDH cambiara la interpretación del artículo 26 de la CADH.¹⁵

GRÁFICO 1. EL COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATÉGICO EN LA CORTE INTERAMERICANA



Fuente: elaboración propia

¹⁴ CAVALLARO, J. y SCHAFFER, E., «Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas» en *Hastings Law Journal*, Vol. 56, 2004, pp. 217-282.

¹⁵ MELISH, T., «Rethinking the «Less as More» Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas» en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, 2006, pp. 171-343.

4. LÍMITES, RIESGOS Y DESAFÍOS DEL COMPORTAMIENTO JUDICIAL ESTRATÉGICO

Desde luego, no es esencialmente cuestionable que un tribunal, como la Corte Interamericana, actúe estratégicamente. Existen muchas formas de realizar comportamiento judicial estratégico y ninguna de ellas es esencialmente perjudicial¹⁶. Además, el comportamiento judicial estratégico ocurre tanto en los tribunales nacionales como en los tribunales supranacionales y de derechos humanos¹⁷. Ahora bien, cualquiera de las formas de comportamiento judicial estratégico puede causar efectos muy negativos.

Un impacto negativo del comportamiento judicial estratégico ocurre cuando, como parece que sucede con la Corte IDH, el tribunal asume enfoques de interferencia cuando se trata de proteger los DESCA mediante una ampliación de su agenda, pero sin ofrecer resultados nuevos. En estos casos, este tipo de prácticas puede defraudar las expectativas sociales sobre el rol de la Corte IDH como escenario judicial regional.¹⁸

Aún más, el comportamiento judicial estratégico puede conducir a la ineficacia de las sentencias de la Corte IDH en virtud de que estas mutan en una especie de *victorias pírricas*. Así se denominan aquellas decisiones judiciales que, como en la historia del Rey Pirro, implican una victoria con consecuencias muy perjudiciales. Como se recordará, siempre que Pirro iba a la guerra regresaba victorioso pero con muchos menos hombres en su ejército. Por esa razón, al regresar de una de sus últimas batallas expresó: «una batalla más y me quedo sin ejército». La analogía ocurre cuando el tribunal interamericano amplía su agenda a los DESCA mediante la exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH, pero tal ampliación se realiza con unos fundamentos jurídicos tan débiles que le ofrecen a los propios Estados el argumento para poner en cuestión la existencia de obligaciones internacionales sobre esas materias.

Lo anterior significa que las sentencias sobre DESCA son *victorias pírricas* en tanto desarrollan estándares maravillosos de protección de los derechos humanos, pero, al mismo tiempo, ofrecen argumentos a los obligados a cumplirlas para que reaccionen bajo objeciones democráticas o de interferencia. Así ocurrió durante mucho tiempo con las opiniones consultivas de la Corte IDH. En efecto, hasta el año 2014, en las opiniones consultivas se formulaban estándares progresistas de protección de los derechos humanos pero, al mismo tiempo, se indicaba que las opiniones consultivas de la Corte IDH no eran obligatorias sino que se reducían a asesorías o consejos no vinculantes. Por esa razón, los Estados no se tomaban en serio esas obligaciones internacionales. Solo hasta la Opinión Consultiva 21 se esta-

¹⁶ SPILLER, P. y GELY, R., «Strategic Judicial Decision-making» en Caldeira, Gregory et al. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford University Press, Oxford, 2008.

¹⁷ EPPERLY, B. y LINEBERGER, M., «Strategic Behavior of Comparative Courts» en HOWARD, R. y RANDAZZO, K., *Routledge Handbook of Judicial Behavior*, Routledge, London, 2017.

¹⁸ ROA, J., «La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos» en *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 8, n.º 2, 2018, pp. 801-823.

bleció la obligatoriedad de esas decisiones de la Corte IDH en virtud de que fueron incorporadas al parámetro de convencionalidad.¹⁹

El caso *Poblete* puede ser un ejemplo de *victoria pírrica* en materia de derechos humanos. Es importante recordar que, en ese caso, el Estado de Chile reconoció ante la Corte IDH su responsabilidad internacional por la violación al derecho a la salud en conexidad con la vida y la integridad personal. Sin embargo, el Estado advirtió a la Corte IDH que no debía ir más allá de su competencia para referirse a la justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH.²⁰ Como ya se ha mencionado, el tribunal interamericano decidió reiterar en *Poblete* el precedente de *Lagos del Campo* y avanzar hacia la inclusión del derecho a la salud como uno de los derechos justiciables incluidos directamente en el artículo 26 de la CADH. Además, el tribunal le ordenó al Estado implementar una política pública de atención integral en salud.

Lo que generó el caso *Poblete* fue la expectativa de que la Corte IDH sería un tribunal de DESCA que podría ordenar efectivamente la implementación de políticas públicas en materia de salud. Sin embargo, los fundamentos de tal premisa son tan débiles y discutibles que los propios Estados han puesto en cuestión ese rol. Del mismo modo, el control y seguimiento al cumplimiento de ese tipo de órdenes ha resultado tan ambiguo que no es posible considerar a la Corte IDH como un actor idóneo para ese tipo de procedimientos.

Además de las *victorias pírricas*, el comportamiento judicial estratégico puede generar reacciones de los Estados con reclamos de ilegitimidad democrática de la Corte Interamericana. De ese segundo efecto también se puede derivar que el comportamiento judicial estratégico ponga en peligro la integridad del Sistema Interamericano. Cuando esto ocurre, es imperativo reflexionar sobre la oportunidad y conveniencia de estas prácticas judiciales.

5. DEFERENCIA, INTERFERENCIA Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En relación con los reclamos de interferencia, ilegitimidad democrática y falta de deferencia, no fue una sorpresa la denominada *declaración de los cinco presidentes* en la que se reclamaba, precisamente, subsidiariedad y autonomía para los Estados con el fin de que puedan determinar la forma de proteger los derechos humanos. En efecto, esta es una reacción esperada (no válida, ni justificada, ni de buena fe) de los Estados cuando un tribunal internacional de derechos humanos combina los siguientes tres factores: 1) la ampliación de su agenda al ámbito de los DESCA, 2) la adopción de enfoques de interferencia en aspectos que involucran políticas públicas de contenido económico o social y 3) el comportamiento judicial estratégico con deficiencia de argumentación.

¹⁹ ROA, J., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

²⁰ CORTE IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 2018, 2018, párr. 88.

De manera que las peores combinaciones institucionales posibles son las siguientes. Por una parte, una agenda limitada con enfoques de deferencia y, por otra, una agenda amplia con enfoques de interferencia. En el primer caso, se genera una infra protección judicial de la CADH que puede ayudar a que el tribunal interamericano no afronte problemas de legitimidad democrática dada su irrelevancia como actor dentro del sistema. Por el contrario, en el segundo caso, se causan problemas muy serios de legitimidad democrática del tribunal interamericano y se puede llegar a un escenario de protección unilateral e ineficaz de los DESCA.

Por esa razón, las mejores combinaciones institucionales posibles son las siguientes. Por una parte, una agenda limitada con enfoques de interferencia en la que el tribunal mantiene su legitimidad democrática porque es incuestionable que puede asumir la protección de los derechos establecidos en la CADH. Además, en esta opción, se causa una protección razonable y eficaz de los derechos establecidos en la CADH. Esta alternativa, incluso, puede contener algunos elementos de protección de los DESCA a través del criterio de conexidad.

La segunda opción institucional es que la ampliación de la agenda de la Corte IDH en materia de DESCA vaya acompañada, al mismo tiempo, de dos aspectos. Por una parte, estándares de deferencia (no margen de apreciación) y, por otra parte, debates o formas de reparación novedosas. En efecto, si el tribunal interamericano abandona definitivamente la protección de los DESCA mediante el criterio tradicional de la conexidad para asumir la exigibilidad directa a partir del artículo 26 de la Convención, debe elaborar estándares de deferencia.

TABLA I. RELACIONES ENTRE AMPLITUD DE LA AGENDA, DEFERENCIA, LEGITIMIDAD E IMPACTO

Alcance de la agenda del tribunal	Enfoque	Repercusión en la legitimidad democrática de la Corte IDH	Repercusión en la protección de los derechos
Agenda limitada	Interferencia	Mantiene su propia legitimidad democrática	Protección razonable y eficaz de los derechos de la CADH
Agenda amplia	Deferencia	Soportabilidad democrática de la Corte IDH	Protección dialógica de los DESCA
Agenda limitada	Deferencia	Alta soportabilidad democrática de la Corte IDH por irrelevante	Infraprotección judicial de la CADH
Agenda amplia	Interferencia	No soportabilidad democrática de la Corte IDH + Reacciones de los Estados	Protección unilateral, ineficaz y poco novedosa de los DESCA

Fuente: elaboración propia

6. AMPLIAR LA AGENDA A LOS DESCA PARA FORTALECER LA DELIBERACIÓN, INNOVAR EN LOS REMEDIOS Y FORTALECER LA LEGITIMIDAD SOCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA

Además de lo anterior, el tribunal interamericano debe demostrar que la exigibilidad directa de los DESCA implica nuevos contenidos, formas de remediar las vulneraciones, esos derechos y una ampliación de la deliberación. Por ejemplo, uno de los elementos esenciales del debate en el caso *Cuscul Pivara* era si las normas sobre propiedad intelectual y la imposibilidad de contar con antirretrovirales genéricos era una de las causas de la violación del derecho a la salud. Se trataba de una deliberación muy difícil de canalizar bajo la concepción tradicional sostenida por la Corte IDH en relación con la protección de la salud en conexión con el derecho a la vida. Por el contrario, la relación entre patentes, propiedad intelectual y acceso a los medicamentos es esencial para comprender el contenido del derecho a la salud como derecho autónomo. Se trata de un debate que no ha sido afrontado directamente por el tribunal interamericano y que podría haber ocurrido en el marco del caso *Cuscul Pivara* en el que se indicó, precisamente, que el derecho a la salud era un derecho exigible judicialmente de manera autónoma.

Además de ese déficit de deliberación, en el caso *Cuscul Pivara* los propios representantes de las víctimas afirmaron que la propiedad intelectual y las patentes sobre los medicamentos antirretrovirales impedían la progresividad en el acceso al derecho a la salud²¹. A pesar de lo anterior, la Corte IDH manifestó que no era procedente realizar un análisis sobre esta materia debido a que ese argumento no lo habían respaldado fácticamente ni los peticionarios ni la Comisión Interamericana:

Teniendo en cuenta que los hechos objeto de la controversia, en lo que respecta a aquellos presuntamente constitutivos de una violación del principio de progresividad por las alegadas barreras legales en materia de propiedad intelectual, y la normativa y práctica sobre contratación administrativa y de alegados factores de corrupción, no están contemplados en el marco fáctico sometido por la Comisión, la Corte considera que en el presente caso no es procedente pronunciarse sobre si estos constituyeron la base de una violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención.²²

Este tipo de argumentos de la Corte IDH suscita la siguiente pregunta: ¿cuál es el contenido, la deliberación y los remedios diferentes o novedosos que derivan de la exigibilidad directa y autónoma del derecho a la salud y que no podían ser inferidos de su exigibilidad en conexión con los derechos a la vida e integridad personal? Sin duda, lo que ocurre hasta ahora es que se ha acudido a la discutida y problemática protección de la salud mediante el artículo 26, sin que ello implique debates, formas de reparación o enfoques diferentes o novedosos en relación con la garantía del derecho a la salud. Todavía más, se trata de contenidos

²¹ CORTE IDH, *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*, 2018, párrs. 96 y 70.

²² CORTE IDH, *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*, 2018, párr. 153.

que podían ser inferidos de la conexión del derecho a la salud con los derechos establecidos en los artículos 4 y 5 de la CADH.

En definitiva, si la ampliación de la competencia de la Corte IDH a los DESCAs no lleva a debates nuevos, causa *victorias pírricas*, crea el riesgo de defraudación de las expectativas sociales que tienen los ciudadanos interamericanos sobre el rol de la Corte IDH y suscita reacciones de los Estados que reclaman la ilegitimidad democrática de la Corte IDH, es importante evaluar si se trata del mejor esquema para avanzar en la protección de los DESCAs o si, por el contrario, causa problemas muy serios que deben ser atendidos por el tribunal interamericano.

Por último, pero no menos importante, la Corte IDH es un actor que puede ayudar a preservar la integridad del Sistema Interamericano. Desde luego, la integridad del sistema requiere que los avances jurisprudenciales de la Corte IDH vayan acompañados de una buena argumentación jurídica, de movilizaciones políticas, de movilización social y de enfoques dialógicos con todos los actores relevantes. El Sistema Interamericano carece de una base social que le proteja y tiene una legitimidad social muy baja. Frente a ese déficit, los avances en DESCAs deben ocurrir en casos importantes, con bases fácticas idóneas y con amplia deliberación.

Sin duda alguna, en materia de protección judicial de los DESCAs, la Corte IDH tiene bastante que aprender de la experiencia de los tribunales constitucionales nacionales de Sudáfrica, India y América Latina²². En esos contextos, los tribunales domésticos han avanzado en la protección de las promesas sociales de las Constituciones²³, de una manera progresiva, dialógica, creativa y eficaz²⁴. Desde luego, el rol del tribunal interamericano no es actuar como un tribunal constitucional regional, ni es posible o deseable trasladar completamente los esquemas de justicia constitucional a los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos²⁵. Sin embargo, lo que sí es posible es diseñar un esquema de protección regional de los DESCAs que respete la configuración normativa del *corpus iuris* interamericano, las competencias de la Corte IDH y la CIDH y que sea deferente, dialógico y eficaz en relación con los mecanismos de protección nacional. Se trata de ampliar lo que verdaderamente interesa que es el nivel de garantía efectiva de las promesas sociales que se han hecho a quienes habitan la región más desigual del planeta.

²² SCHWARTZ, C., «Social and Economic Rights? Lessons from South Africa» en *Forum Constitutionnel*, Vol. 11, n.º 4, 2001, pp. 125-132.

²³ LANDAU, D., «The Reality of Social Rights Enforcement» en *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, n.º 1, 2012, pp. 190-247.

²⁴ CHRISTIANSEN, E., «Adjudicating Non-Judicial Rights: Socio-Economic Rights and The South African Constitutional Court» en *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 38, 2007, pp. 321-386 y CHRISTIANSEN, E., «Constitutional Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice» en *The Journal of Gender, Race and Justice*, Vol. 13, 2010, pp. 575-614.

²⁵ RICO, J., *Control de Constitucionalidad Deliberativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

7. CONCLUSIONES

En materia de protección de los DESCAs, el análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a la salud demuestra que el primer reto de la Corte IDH es aumentar la solidez de los argumentos que respaldan la exigibilidad directa de estos derechos a través del artículo 26 de la CADH. El abandono intempestivo de la conexidad requeriría argumentación sólida, casos estratégicos, enfoques de deferencia, movilización social y máxima deliberación con los Estados.

En segundo lugar, la Corte IDH tiene el reto de no desestimular el movimiento social. Aunque la Corte IDH haya avanzado hacia la protección directa de los DESCAs mediante el artículo 26 de la CADH, es importante que exista un movimiento social en América Latina que le reclame a los Estados para que aumenten el grado de cumplimiento y la exigibilidad del Protocolo de San Salvador o promulguen una Carta Social Interamericana plenamente exigible.

Desde luego, la Corte Interamericana debe ser un actor que contribuya a fortalecer y cualificar la deliberación sobre los DESCAs. El constitucionalismo transformador en América Latina, que se construye entre los jueces nacionales y los jueces Interamericanos²⁷, debe tener impacto real en la vida de las personas. Esto significa que el constitucionalismo transformador no se puede quedar en decisiones y en debates académicos, teóricos o judiciales.

Ahora bien, no puede haber un constitucionalismo liberal transformador que apunte a la igualdad económica si no hay un factor real de cambio social²⁸. Por esa razón, el último y más grande reto que tiene la Corte Interamericana es ser un motor serio, responsable y activo de un constitucionalismo transformador latinoamericano en un continente cuyo nombre es sinónimo de injusticia y desigualdad.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BOGDANDY, A. *et al.*, *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford University Press, Oxford, 2017.
- CAVALLARO, J. y SCHAFER, E., «Less is More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas» en *Hastings Law Journal*, Vol. 56, 2004, pp. 217-282.
- CHRISTIANSEN, E., «Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice» en *The Journal of Gender, Race and Justice*, Vol. 13, 2010, pp. 575-614.

²⁷ BOGDANDY, A. *et al.*, *Transformative Constitutionalism in Latin America*. Oxford University Press, Oxford, 2017.

²⁸ DIXON, R. y SUK, J., «Liberal Constitutionalism and Economic Inequality», en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, 2018, pp. 369-401.

- CHRISTIANSEN, E., «Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and The South African Constitutional Court» en *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 38, 2007, pp. 321-386.
- DIXON, R. y SUK, J., «Liberal Constitutionalism and Economic Inequality», en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, 2018, pp. 369-401.
- EPPELBY, B. y LINEBERGER, M., «Strategic Behavior of Comparative Courts», en HOWARD, R. y RANDAZZO, K. *Routledge Handbook of Judicial Behavior*, Routledge, London, 2017.
- MELISH, T., «Rethinking the «Less as More» Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas» en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, 2006, pp. 171-343.
- LANDAU, D., «The Reality of Social Rights Enforcement» en *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, n.º 1, 2012, pp. 190-247.
- PARRA, Ó., «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 de Lagos del Campo», en Ferrer Mac-Gregor, E. et al. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp. 181-234.
- ROA, J., *Control de Constitucionalidad Deliberativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.
- , «La protección de los derechos políticos frente a las funciones disciplinarias de las autoridades administrativas: subsidiariedad y deferencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos» en *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 8, n.º 2, 2018, pp. 801-823.
- , *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- SPILLER, Pablo y GELY, Rafael, «Strategic Judicial Decision-making», en Caldeira, Gregory et al. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford University Press, Oxford, 2008.
- SUNSTEIN, Cass, «Social and Economic Rights? Lessons from South Africa» en *Forum Constitutionnel*, Vol. 11, n.º 4, 2001, pp. 123-132.