Constitución y Derechos

INTERAMERICANIZACIÓN DE LOS DESCA EL CASO CUSCUL PIVARAL DE LA CORTE IDH

Prólogo de
Christian **Courtis**

Mariela **Morales Antoniazzi**
Liliana **Ronconi**
Laura **Clérico**
Coordinadoras

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW
AND INTERNATIONAL LAW

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
unam

Colección

Constitución y Derechos





Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Javier Marra Olea
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Interamericanización de los DESCA
El caso *Cuscul Pivaral* de la Corte IDH

Mariela Morales Antoniazzi
Liliana Ronconi
Laura Clérico
Coordinadoras

Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México
México, 2020

Primera edición: mayo de 2020

Interamericanización de los DESCA
El caso Cuscul Pivaral *de la Corte IDH*

© Mariela Morales Antoniazzi
Liliana Ronconi
Laura Clérico

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-60-8

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
María Paula **Herrera Hurtado**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Contenido

Prólogo
Christian Courtis. 15

Presentación
Mariela Morales Antoniazzi
Liliana Ronconi
Laura Clérico 25

Parte I
Marcos y desarrollos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Derechos sociales. Un mapa conceptual
Rodolfo Arango 31

La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana
Juana María Ibáñez Rivas 51

Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientes a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019
Silvia Serrano Guzmán 95

Los aportes del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
Pablo González Domínguez. 153

La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Flávia Piovesan
Mariela Morales Antoniazzi
Julia Cortez da Cunha Cruz 183

Los argumentos sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador:* un antecedente del caso *Cuscul Pivaral*
Ramiro Ávila Santamaría 213

Parte II
Obligaciones de cumplimiento inmediato y de desarrollo progresivo y garantías de no repetición

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad
Eduardo Ferrer Mac-Gregor 243

El fortalecimiento interpretativo de la Corte Interamericana en defensa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Reflexiones a partir del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*
Lucía Belén Araque
Karina Graciela Carpintero 275

La agenda de progresividad en el Sistema Interamericano. Una aproximación a partir del derecho a la salud
Laura Pautassi 297

Progresividad y no regresividad: reflexiones a la luz de las sentencias *Poblete Vilches* y *Cuscul Piraval* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
María Barraco
Pablo Colmegna
Liliana Ronconi 329

Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas
Julieta Rossi 359

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Manuel Góngora Mera 399

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas? Comentarios en torno al caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*
Diana Guarnizo-Peralta 429

Parte III
Derecho a la salud.
Mirada comparada e interamericana

Derecho a la salud y derechos de las personas que viven con VIH/sida en Guatemala
Julio César Cordón Aguilar 457

¿Diálogo o monólogos paralelos? El Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana sobre la justiciabilidad y la efectivización del derecho social a la salud de personas con VIH
Jorge Alexander Portocarrero Quispe 475

Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso *Pabellón 13* (AR 378/2014)
Francisca Pou Giménez 501

El derecho a la salud de las personas que viven con VIH en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica . .
Fernando Castillo Víquez 535

El derecho a la salud en Argentina
Martín Aldao
Laura Clérico
Federico de Fazio 551

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos
Horacio Javier Etchichury 621

El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte Interamericana
Mary Beloff
Virginia Deymonnaz 663

Parte IV
Otros sistemas de protección regional de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
María Dalli 705

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia del Sistema Africano de Derechos Humanos
Juan Jesús Góngora Maas..... 733

Anexo. Infografía del caso *Cuscul Pivaral*
María Barraco..... 759

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.

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 tesitura 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 dwrorkiniana 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.

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*—.

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 mas acotadas de la situación de hecho. Esta diferencia es relevante para evaluar el tipo de evidencia considerada por

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

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.

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

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 Pivaral* 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-

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 invaluables para esa reflexión.

Christian Courtis
Nueva York, agosto de 2019.

Presentación

Solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de 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.

Preámbulo de la Convención Americana
sobre Derechos Humanos (1969)

Esta publicación compila estudios sobre derechos sociales, el reciente caso *Cuscul Pivaral* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el derecho a la salud. La sentencia es bienvenida, en tanto conforma un vagón en la vía argumentativa de la exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), como lo resalta Christian Courtis en el prólogo de este libro. *Cuscul Pivaral* se acopla a la línea de pronunciamientos de los casos *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, Lagos del Campo vs. Perú, Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, San Miguel Sosa vs. Venezuela, Poblete Vilches y otros vs. Chile*, así como de la OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.

Cuscul Pivaral refuerza esta línea, pues la Corte IDH declara la violación directa del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por la violación de obligaciones estatales de cumplimiento inmediato y, a su vez, de desarrollo progresivo en lo que respecta al derecho a la salud de personas que viven con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Así, *Cuscul Pivaral* escribe historia en las producciones

jurisprudenciales de la Corte IDH. Es la primera vez que este Tribunal determina la violación de una obligación de desarrollo progresivo, luego de haber declarado la violación del cumplimiento inmediato.

En particular, el caso se refiere a la situación de 49 personas que viven o vivieron con VIH en Guatemala y sus familiares. De estas personas, 15 habían fallecido al momento de la sentencia y 34 seguían con vida. Las 49 víctimas fueron diagnosticadas con VIH entre 1992 y 2004 y la mayoría de ellas no recibió atención médica estatal previo a 2004. Muchas contrajeron enfermedades oportunistas y en algunos casos fallecieron por esta causa. Se trataba de personas de escasos recursos, madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias, con baja escolaridad, que vivían en zonas alejadas de las clínicas donde debían recibir atención médica, o se trataba de mujeres embarazadas que requerían tratamiento antirretroviral para evitar la transmisión vertical del virus, o bien, necesitaban cesárea para evitar cualquier tipo de contagio al momento del parto. La Corte IDH aplica también el análisis de discriminación interseccional para la comprensión integral del problema que encerraba el caso y el impacto desproporcionado que implica la afectación de los derechos de personas que viven con VIH, tomando en cuenta, igualmente, el estado de gravidez. Así, la Corte no solo declara la violación del artículo 26, sino también identifica la particular situación de vulnerabilidad de las personas con VIH, en especial cuando se trata de personas de bajos recursos y/o mujeres madres o embarazadas.

Esta sentencia consolida que el artículo 26 de la CADH es plenamente exigible a los Estados de la región y que de él emanan DESCA autónomos. La doctrina, así como defensores y defensoras de derechos humanos, ya habían destacado la relevancia del antecedente inmediato de *Cuscul Pivaral* —la sentencia *Poblete Vilches y otros vs. Chile*— mediante el cual se declaró la violación directa del artículo 26 de la CADH en lo que se refiere a la prestación de medidas de carácter básico de un derecho social, en tanto el Estado chileno no garantizó el derecho a la salud en el caso de una persona mayor en grave estado de salud que requería atención urgente.

Cuscul Pivaral es una sentencia necesaria y urgente. Necesaria, pues la región latinoamericana es la más desigual del mundo, y tanto la violación sistemática de los DESCA como el reconocimiento de su exigibilidad directa son claves a la hora de entender y erradicar esa desigualdad. Urgente, porque, como se destaca en la sentencia, "[...] a cuatro décadas de entrada en vigor de la Convención Americana, [...] la Corte no puede quedarse de lado ante el grave problema de la desigualdad, la inequidad y la exclusión social que prevalecen en la región y en la desprotección en materia de DESCA sobre todo para los grupos más vulnerables."

Ante tal marco, esta obra colectiva pretende acercar a la audiencia lectora un conjunto de reflexiones sobre el precedente *Cuscul Pivaral* ordenadas en función de cuatro ejes temáticos que, consideramos, permiten enriquecer el examen y los legados del caso: I) Marcos y desarrollos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; II) Obligaciones de cumplimiento inmediato y de desarrollo progresivo y garantías de no repetición; III) Derecho a la salud. Mirada comparada e interamericana, y IV) Otros sistemas de protección regional de DESCA.

Este libro nos permite, por un lado, resaltar los avances en la jurisprudencia de la Corte IDH en temas de DESCA y su exigibilidad directa y, por el otro, reiterar el papel crítico de la academia. La Corte IDH, como todas las cortes y tribunales de justicia, requiere de estudios académicos que faciliten la estructuración de la interpretación evolutiva de la CADH y de todo el *corpus iuris* interamericano, a la luz de su mandato transformador. Estas páginas se escriben en ese sentido.

Por lo demás, queremos agradecer a todas y todos los autores por su colaboración para que esta obra sea posible, como así también a Rogelio Flores y a las personas integrantes del equipo de trabajo por la edición de la obra.

Mariela Morales Antoniazzi
Liliana Ronconi
Laura Clérico

Parte I
Marcos y desarrollos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Derechos sociales. Un mapa conceptual

*Rodolfo Arango**

I. Introducción

Los derechos sociales tienen una larga y abigarrada historia.[1] Producto de revoluciones y luchas políticas, les han sido reconocidos a grupos o colectividades, como la clase trabajadora, en forma de derechos laborales y a la seguridad social, o a individuos en estado de necesidad, en forma de un derecho a la subsistencia. En el siglo xx fueron incluso identificados por algunos como "derechos socialistas", ajenos al orden constitucional burgués.[2]

* Abogado por la Universidad de los Andes, Bogotá. *Magister* en Filosofía por la Universidad Nacional de Colombia y doctor en Derecho por la Universidad de Kiel, Alemania. Docente universitario y actual magistrado en la Sección de Apelación del Tribunal para la Paz, Colombia.

1 Peces-Barba, Guillermo, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Revista Derechos y Libertades*, Año III, núm. 6, 1998, pp. 15 y ss.; Herrera, Carlos Miguel, *Les droits sociaux*, París, Presses Universitaires de France, 2009, pp. 38 y ss.; Pereira De Souza Neto, Cláudio y Sarmiento, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

2 Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", *Revista de derecho privado,* Madrid, 1934, pp. 196 y ss.; Forsthoff, Ernst, "Problemas constitucionales del Estado social", en Abendroth, W.; Forsthoff, E. y Doehring, K. (eds.), *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 50 y ss.

Esta polifacética historia aconseja analizar su concepto, historia, estructura, fundamentación y exigibilidad.

II. Concepto

Los derechos sociales son derechos subjetivos que tienen como contenido una prestación positiva fáctica del Estado.[3] Los derechos sociales participan del mismo destino de su género próximo, los derechos subjetivos.[4] Estos últimos son producto de un proceso de creciente abstracción y desontologización del pensamiento jurídico. Inicialmente concebidos de manera sustancial y fundamentados iusnaturalistamente al identificarlos con ámbitos de autodeterminación en los que el sujeto se "desata de las obligaciones asociativas"[5], con el paso del tiempo se ha arribado a un concepto formal que permite entenderlos como "posiciones normativas" de sus titulares. Estas posiciones normativas son idénticas con relaciones deónticas entre sujetos en un orden o sistema normativo intersubjetivamente compartido.[6] Como derechos subjetivos pueden, a su vez, adoptar la modalidad de derechos morales, humanos, fundamentales o legales.[7]

Los derechos subjetivos son posiciones o relaciones normativas para las cuales es posible dar razones validas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminen-

3 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 482.

4 Lima Lopes, José Reinaldo de, "Direito subjetivo e directos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", en Faria, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994; Gomes Canotilho, José Joaquín, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Bruchadura, 1997; Arango, Rodolfo, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, núm. 8, 1997.

5 Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, Madrid, Alianza, 1989, p. 119.

6 Searle, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 145 y ss.

7 Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 33 y ss.

te a la persona.[8] Gracias a que aceptamos el lenguaje y la práctica relacional de los derechos es posible que nos hagamos exigencias mutuas y las respaldemos institucionalmente con el fin de asegurar su cumplimiento.[9] A este concepto de derechos subjetivos hemos arribado luego de un progresivo abandono de concepciones de derecho natural según las cuales las personas tendrían derechos o libertades anteriores al Estado y por voluntad de Dios o por el mero hecho de existir, como si del hecho de *ser* pudiese derivarse *deber ser* alguno.[10]

Tener una posición normativa es estar en relación con otros, relación respaldada institucionalmente. La afirmación de que se tiene una determinada posición o relación normativa frente a otros presupone la posibilidad de justificar la vinculación de otros sujetos a dicha posición. Un trasfondo normativo, fruto de la interacción y las experiencias humanas, es una realidad innegable, aun si tal realidad ha sido socialmente construida. Las razones esgrimidas para justificar una determinada posición normativa deben cumplir con criterios de validez del sistema normativo; además, dichas razones deben ser suficientes para vencer a las razones o argumentos contrarios que niegan esa relación. El carácter ideal de esta construcción exige su reconocimiento institucional. Esto para coordinar los diversos niveles de corresponsabilidad existentes entre las personas y grupos sociales.[11] La efectividad del reconocimiento de posiciones o relaciones normativas entre sujetos de derechos depende de un adecuado y efectivo entrelazamiento de los diversos niveles de protección de tales posiciones o relaciones.[12] El discurso y la práctica de los derechos requieren de un equilibrio entre responsabilidad individual o grupal y subsidiariedad, entre esfuerzo personal y apoyo

8 Arango, Rodolfo, "John Rawls y los derechos constitucionales", en Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 298.

9 Tugendhat, Ernt, *Lecciones sobre ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 325 y ss.

10 Searle, John, *op. cit.*, pp. 174 y ss.

11 Rodríguez-Arana, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Sevilla, Global Law Press-INAP, 2015, pp. 498 y ss.

12 Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a. ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

de terceros, así como la intervención efectiva de los diferentes niveles de protección según el nivel de riesgo y daño presente en cada ocasión. La inminencia del daño y la urgencia de la situación exigen la inversión en el orden de exigibilidad de las posiciones normativas (ver *infra* VI. Exigibilidad).

En la tradición legalista de los siglos xviii y xix los derechos subjetivos eran asegurados principalmente por vía legislativa.[13] El legalismo, no obstante, sería incapaz de responder a la aceleración del tiempo en el capitalismo avanzado.[14] Fue necesario que los jueces interpretaran en forma amplia y sensible la Constitución y la ley para llenar los vacíos de la última frente a realidades constantemente cambiantes. El proceso de constitucionalización del derecho, con la adopción de extensas y sustanciosas cartas de derechos de aplicación directa y la creación de tribunales especializados, caracteriza la evolución actual de la práctica de los derechos.[15] El reconocimiento creciente de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales es una clara expresión de dicho proceso, siendo la experiencia latinoamericana digna de mención a este respecto.[16]

III. Historia

En el siglo xviii, la ayuda o el apoyo a pobres, niños o ancianos expósitos era asunto librado a la familia o la beneficencia pública

[13] Laporta, Francisco, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en Betegón, Jeronimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 297 y ss.

[14] Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

[15] Michelman, Frank, "Welfare Rights and Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly*, núm. 3, 1979, pp. 659 y ss.; Tushnet, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2008.

[16] Arango, Rodolfo y Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002; Mello, Cláudio Ari, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004; Sarlet, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

y privada en forma de deberes jurídicos o morales. En el siglo XIX, los derechos sociales se identificaron con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el estatus de derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados. En el siglo XX les fue dado el carácter de fines u objetivos sociales para cuya realización se requiere de normas jurídicas que impongan obligaciones positivas a las autoridades públicas, lo cual excluía la posibilidad individual de hacerlos exigibles directamente ante los jueces.[17] Hoy en día los derechos sociales son entendidos por una amplia corriente doctrinaria como verdaderos derechos humanos y fundamentales a nivel internacional y en diversas constituciones nacionales.[18] Esta concepción y su fundamento filosófico son relativamente nuevos.

Al entendimiento de las prestaciones positivas del Estado como meros deberes, morales o jurídicos, se opone la tradición revolucionaria iniciada por Maximiliano Robespierre. Este fue el primero en erigir la fraternidad —a la par con la libertad y la igualdad— en principio universal, de la cual emanan derechos del individuo frente a su comunidad política. En 1790 se constituye en París el Comité contra la Mendicidad, el cual formula un primer derecho social a la asistencia pública en caso de necesidad: "todo hombre tiene derecho a la subsistencia".[19]

Para contener el comunismo y "quitarle la gasolina a la revolución", se expidieron las leyes de pobres en tiempos de Otto von

---

17 Duguit, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, París, Albert Fontemoing, 1901.

18 Nino, Carlos Santiago, "On Social Rights", en Aarnio, A. *et al.* (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; Baldasarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; Carbonell, Miguel; Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2001; Sepúlveda, Magdalena *et al.*, *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, Universidad de la Paz, 2004; Arango, Rodolfo, "John Rawls y los derechos constitucionales", en Botero, Juan José (ed.), *op. cit.*; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; Herrera, Carlos Miguel, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 38 y ss.

19 Herrera, Carlos Miguel, *Los derechos sociales..., cit.*, pp. 21 y ss.

Bismark. Mediante la ayuda a los pobres y la asistencia social, las personas necesitadas recibían del Estado prusiano prestaciones determinadas en la ley. Esta establecía obligaciones de beneficencia a la administración con miras a controlar problemas de orden público. La cuestión social era asunto policivo. Lo mismo sucedió en Italia con las leyes de gobiernos conservadores.

Con el cambio de siglo las cosas dieron un giro gracias al avance de la conciencia jurídica socialista y la positivización de las demandas sociales.[20] Las constituciones mexicana (1917) y de Weimar (1919) incluyeron en sus catálogos de derechos multiplicidad de derechos sociales. No obstante, la ampliación del lenguaje de los derechos para abarcar una nueva generación que vendría a complementar a los derechos liberales de corte individualista no fue suficiente para alcanzar el reconocimiento de derechos con rango constitucional.

Los derechos sociales adoptaron en el constitucionalismo de la posguerra la forma de normas objetivas, directivas o disposiciones dirigidas al legislador para el aseguramiento de finalidades u objetivos sociales. No obstante, a nivel del derecho internacional tal desarrollo no pareció suficiente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sí incluyó en su articulado derechos sociales a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social.[21]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoció plena eficacia a los derechos liberales, los cuales pueden ser invocados directamente ante los jueces en caso de violación por parte de las autoridades estatales.[22] No sucedió lo mismo con los derechos sociales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hizo depender el reconocimiento de estos derechos al nivel de desarrollo de cada sociedad, dentro

20 Herrera, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

21 Eide, Asbjørn; Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, 2a. ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

22 Buergenthal, Thomas, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988.

de la reserva de lo posible, no siendo judicializables, salvo en casos de retrocesos injustificados en el nivel de aseguramiento ya alcanzado.[23]

A la luz de su evolución histórica, los derechos sociales han quedado atrapados en una doble significación: para algunos se trata de verdaderos derechos universales —por ejemplo, el derecho a un mínimo social (vital, existencial)— con la misma importancia que los derechos fundamentales de defensa,[24] para otros, sus titulares pueden ser los nacionales que por su situación objetiva de necesidad son protegidos por la comunidad política particular mediante disposiciones generalmente de ley. El divergente sentido y alcance reconocido a los derechos sociales exige profundizar en el estudio de su estructura, fundamento y exigibilidad.

IV. Estructura

Los derechos sociales, al igual que otros, tienen una estructura triádica o de tres elementos: titular del derecho, sujetos obligados y objeto del derecho o prestación.[25]

Si bien la titularidad de un derecho subjetivo puede ser individual o colectiva, en el caso de los derechos sociales, humanos y fundamentales, el titular del derecho es la persona natural o individuo. Esto porque el destinatario directo de la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo o la seguridad social

---

23 Cranston, Maurice, *What are Human Rights?*, Londres, Bodley Head, 1962; Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991; Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales* en *el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven-Quito, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights-Yale Law School, 2003; Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL-CELS, 2006.

24 Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980; Sen, Amartya, *El derecho a no tener hambre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

25 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*..., *cit*., pp. 186, 494 y ss.

es la persona humana. Es el individuo quien sufre de hambre, enfermedad, desempleo, falta de techo o de protección social en la vejez. Si bien pueden perfectamente reconocerse derechos culturales colectivos con el contenido o las prestaciones típicas de los derechos sociales —por ejemplo, la salud o la vivienda según la concepción de mundo de una comunidad étnica determinada—, en tal caso técnicamente es más adecuado hablar de derechos culturales y no de derechos sociales colectivos. La adecuada conceptualización y categorización de los derechos contribuye a su óptima protección.

Los derechos sociales pueden tener diversos y múltiples obligados.[26] Su determinación corresponde al legislador en caso de derechos sociales legales; al constituyente en el caso de los derechos sociales fundamentales; a los Estados y jueces constitucionales o internacionales en el caso de los derechos sociales humanos. Los obligados a satisfacerlos en estos dos últimos eventos pueden ser determinados según una cadena u orden de precedencia.

En Estados de derecho contemporáneos que garantizan los derechos sociales a nivel legal, los obligados pueden ser personas particulares —como el empleador en el caso de la salud o la seguridad social— o el Estado. El menor que exige alimentos; el joven que busca un cupo de estudio; el trabajador que demanda el pago de su salario o prestaciones sociales; la familia que pretende el reconocimiento de vivienda o salud, tienen como contrapartes obligados bien a familiares, a empleadores o al Estado. Cuando el legislador democrático ha desarrollado dichas garantías es posible obligar por vía administrativa y de la justicia ordinaria el cumplimiento de las respectivas prestaciones.

Según el principio de subsidiariedad, los primeros llamados a satisfacer los derechos sociales son su propio titular o sus allegados; en caso de vacío legal o de imposibilidad fáctica, corresponde hacerlo al Estado o a la comunidad internacional. Por su parte, el principio de solidaridad garantiza que ante la imposibilidad jurídica o material de cumplir por parte de los primeramente

[26] Chapman, A. y Russell, S. (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Nueva York, Intersentia, 2002.

obligados, según el orden de precedencia en el sistema de protección multinivel de los derechos humanos, es el Estado nacional el obligado a garantizar el pleno goce de los derechos sociales.

Un criterio determinante para la asignación de las respectivas responsabilidades está dado por la urgencia de la situación.[27] No es razonable en un Estado constitucional basado en la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos y fundamentales no reconocer a personas pobres o desamparadas una exigencia suficientemente justificada cuyo no reconocimiento le ocasionaría un daño inminente con el simple argumento de que el legislador no ha establecido quién o quiénes son los posibles obligados. En caso de urgencia, situación en la que el contenido de las prestaciones es determinable contrafácticamente (ver *infra* VI. Exigibilidad), opera una inversión en el orden de obligados a satisfacer los derechos sociales.

Como se sostuvo al referirnos al concepto de los derechos sociales, el objeto del derecho son —prioritariamente— prestaciones fácticas positivas. Si bien parte de la doctrina incluye obligaciones de no hacer o abstención en el contenido de los derechos sociales, el énfasis en las obligaciones positivas se justifica por requerir para su determinación de métodos más complejos a los tradicionalmente utilizados por los jueces.

V. Fundamento

El debate en torno al fundamento de los derechos sociales es amplio y extenso. Cuatro opciones han sido exploradas en los últimos tiempos en la literatura filosófica y jurídica: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

La dignidad humana ha sido invocada repetidamente en la doctrina y la jurisprudencia como fundamento de los derechos sociales.[28] Es empleada para expresar el valor intrínseco de los seres humanos y evitar su instrumentalización, límite de la ac-

[27] Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2012, pp. 212 y 316.

[28] Tugendhat, Ernt, *op. cit.*, p. 348.

ción moral expresado en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, a saber, el deber de tratar a la persona siempre como un fin y no meramente como un medio. El núcleo intangible del ser humano no solo incluiría la prohibición de degradar su valor intrínseco, sino también el deber de proveer las prestaciones materiales necesarias para una existencia digna. Tales prestaciones abarcarían, entre otras, garantías fisiológicas y de inserción sociocultural de la persona como ser social.

La tradición analítica demoliberal ha intentado basar los derechos sociales fundamentales en la idea de una libertad fáctica, en contraste con concepciones libertarias que niegan tal posibilidad.[29] Para Alexy, los derechos básicos a la alimentación, a la salud básica, a la educación, la vivienda digna, al trabajo y a la seguridad social deben ser asegurados para garantizar libertad efectiva a la persona.[30] No basta defender una idea abstracta de libertad asociada a la posibilidad de optar o elegir. Es así como la necesidad de asegurar al individuo su condición de ciudadano que pueda efectivamente tomar parte en el proceso democrático lleva a John Rawls a incluir el mínimo social, necesario para ser un ciudadano pleno, en el primer principio de la justicia y en los contenidos constitucionales esenciales que aseguran iguales libertades básicas para todos.[31]

La tradición democrática igualitaria funda los derechos sociales en el principio de igualdad.[32] El aseguramiento de estos derechos se muestra indispensable en el proceso de inclusión democrática y social de personas y grupos que, por sus condiciones personales, no se encuentran en capacidad de autodeterminarse

29 Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 1990, p. 7.

30 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*..., *cit*., p. 494.

31 Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Cátedra, 1996, p. 265; Arango, Rodolfo, "John Rawls y los derechos constitucionales", en Botero, Juan José (ed.), *op. cit*., pp. 141 y ss.

32 Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 22, 1995; García Añon, José, "Derechos sociales e igualdad", en Abramovich, Víctor; Añon, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 79 y ss.

sin la garantía estatal de medidas positivas.[33] Quienes fundamentan los derechos sociales en la igualdad parten de la distinción entre la "formal" y la "material". La primera asegura solo la igualdad ante y bajo la ley: prohíbe la discriminación legislativa de quienes deben ser tratados de la misma manera.[34] La material, por su parte, supone la igualación de condiciones materiales mínimas —por vía del reconocimiento de derechos sociales— de forma que la persona, atendiendo a sus capacidades reales y sus funcionamientos en la sociedad concreta, pueda participar plenamente en la vida social, política y cultural de su comunidad.

La solidaridad es un cuarto argumento que se ha esgrimido para fundamentar los derechos sociales.[35] Tiene su origen en el derecho romano. Se refiere a la responsabilidad que asume cada uno de los miembros de un grupo respecto de las obligaciones de todos, así como a la responsabilidad del grupo frente a las obligaciones de sus miembros considerados individualmente. La naturaleza jurídica del concepto de solidaridad permite deslindar la responsabilidad por las obligaciones de su contenido moral, con lo cual se realza el papel crucial del derecho en la coordinación de la acción individual y colectiva.

A las razones de tipo jurídico y político se suman las de tipo económico para justificar los derechos sociales a partir de la solidaridad. En un mundo crecientemente interdependiente e interconectado, donde el hacer o dejar de hacer en una esquina del mundo repercute inevitablemente sobre personas o poblacio-

---

33 Sunstein, Cass R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *U. of Chicago Public Law Working Paper,* Chicago, 2001, núm. 12; Nussbaum, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

34 Carbonell, Miguel; Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *op. cit.*; Escobar Roca, Guillermo, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

35 Lucas, Javier de, *El concepto de solidaridad*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998; Bayertz, Kurt, "Begriff und Problem der Solidarität", en Bayertz, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, pp. 11 y ss.; Arango, Rodolfo. *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, p. 187.

nes lejanas,[36] los derechos positivos entre unos y otros tienden a aumentar y multiplicarse. El punto de partida del liberalismo, el individuo autónomo, racional e irreductible en sus preferencias, viene siendo corregido por el énfasis en nuestro ser relacional e interdependiente que, sin negar las libertades individuales, integra los derechos de libertad y sociales en un todo universal, integral e indivisible.[37]

VI. Exigibilidad

Con respecto a los derechos sociales —p. ej., alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social y trabajo— es necesario distinguir dos tipos de exigibilidad: política y jurídica.

Si bien los derechos sociales fueron inicialmente identificados con reivindicaciones sectoriales o grupales, especialmente de la clase trabajadora a principios del siglo xx, actualmente hacen parte no solo de las constituciones de países socialistas sino también de muchas constituciones, declaraciones y convenciones o pactos internacionales de derechos humanos. Este es el fruto de exigencias o demandas colectivas, así como de la movilización popular en defensa del pleno reconocimiento de los derechos humanos en su integridad.

La experiencia de acciones coordinadas de teóricos, activistas de derechos humanos, jueces y tribunales sensibles a los desarrollos del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a la convicción de que sin la movilización activa de las organizaciones sociales y de las asociaciones cívicas, los avances políticos para la garantía y el goce efectivo de los derechos sociales no habrían sido posibles.[38] La exigibilidad política requiere un constante trabajo de apreciación

---

36 Shue, Henry, "Mediating duties", *Ethics* 98 (4), 687-704, 1988.

37 Sen, Amartya, "Justice: Means and Freedoms", *Philosophy & Public Affairs,* núm. 19, 1990 y *El derecho a no tener hambre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

38 Abramovich, Víctor, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la CEPAL,* núm. 88, 2006.

de experiencias comparadas, lobby político, desarrollo doctrinal, decisiones macroeconómicas, acuerdos o convenios internacionales y litigio internacional en pos de la plena vigencia de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

La exigibilidad jurídica (justicialibilidad) de los derechos sociales es quizás el más difícil desafío que plantean los derechos sociales humanos y fundamentales en la actualidad.[39] La complejidad de los problemas conceptuales, interpretativos e institucionales no ha sido del todo resuelta, ni en la teoría ni en la práctica. La situación, más que desanimar a sus defensores, eleva un reto de gran atractivo e importancia: la posibilidad de realizar efectivamente un mínimo de justicia que asegure la estabilidad de las sociedades que buscan asegurar la paz por vía del derecho, en particular mediante el modelo de Estado social, constitucional y democrático y los sistemas de protección nacional, regional y universal de los derechos humanos.

En la literatura especializada son claramente discernibles dos estrategias complementarias para avanzar en la justiciabilidad de los derechos sociales. La primera toma como base de apoyo el derecho internacional de los derechos humanos, en particular las garantías que suponen principios como los de progresividad y prohibición de regresividad.[40] La segunda estrategia se basa en el constitucionalismo social y los avances interpretativos en sistemas de derecho del llamado "sur global".[41] Ambas estrategias

---

39 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Chapman, A. y Russell, S., *op. cit*.; Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

40 Melish, Tara, *op. cit*.; Courtis, Christian, *Ni un paso atrás..., cit*.; Young, Katherine G.,"The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *The Yale Journal of International Law,* núm. 33, 2008.

41 Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2006; Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social*

convergen en la práctica y potencian las posibilidades de responder satisfactoriamente a las objeciones elevadas en contra de los derechos sociales como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

VII. Conclusión

Luigi Ferraloji afirmaba hace dos décadas que el Estado social de derecho carecía de una teoría del Estado social, en contraste con la frondosa y arraigada teoría del Estado liberal de derecho.[42] El nivel de institucionalización alcanzado actualmente por los derechos sociales, en especial en sociedades "periféricas" o del sur global, ha permitido avanzar en el reconocimiento pleno de estos derechos. Nuevas investigaciones sobre el desarrollo jurisprudencial de este tipo de derechos, así como la internacionalización de su discurso, permiten desmontar los prejuicios en su contra y asegurar derechos sociales mínimos para todos, sin desconocer la libertad individual o la democracia ni sustituir la lucha política por un activismo judicial desbordado e irracional.[43] Por el contario, hoy en día el amplio reconocimiento de los derechos sociales asegura la inclusión de todos en el proceso democrático como ciudadanos libres, capaces y plenos.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", *Revista de la CEPAL,* núm. 88, 2006.

Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

42 Ferrajoli, Luigi, "Estado social y Estado de derecho", en Abramovich, Víctor; Añon, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 11 y ss.

43 Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009; Clérico, Laura, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en Clérico, L., Sieckmann, J. y Oliver Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

—— y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
——, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Arango, Rodolfo, "John Rawls y los derechos constitucionales", en Botero, Juan José (ed.), *Con Rawls y contra Rawls*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005.
——, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.
——, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
——, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", *Pensamiento Jurídico*, núm. 8, 1997.
—— y Lemaitre, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2002.

Baldasarre, Antonio, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Bayertz, Kurt, "Begriff und Problem der Solidarität", en Bayertz, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998.

Buergenthal, Thomas, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988.

Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991.

Carbonell, Miguel, "La eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas", en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
——, Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2001.

Chacón Mata, Ana María, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Bilbao, 2007.

Chapman, A. y Russell, S. (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Nueva York, Intersentia, 2002.

Clérico, Laura, "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", en Clérico, L., Sieckmann, J. y Oliver Lalana, D. (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.

——, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

——, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL-CELS, 2006.

—— y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales,* Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Cranston, Maurice, *What are Human Rights?*, Londres, Bodley Head, 1962.

——, "Human Rights, Real and Supposed", en Raphael, D. D. (ed.), *Political Theory and The Rights of Man*, Londres, Macmillan, 1967.

Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

Duguit, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, París, Albert Fontemoing, 1901.

Eide, Asbjørn; Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, 2a. ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Escobar Roca, Guillermo, *Protección de la salud*, Madrid, Trama, 2006.

——, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

——, "Estado social y Estado de derecho", en Abramovich, Víctor; Añon, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

Forsthoff, Ernst, "Problemas constitucionales del Estado social", en Abendroth, W.; Forsthoff, E. y Doehring, K. (eds.), *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

García Añon, José, "Derechos sociales e igualdad", en Abramovich, Víctor; Añon, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

Gargarella, Roberto *et al*. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2006.

Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Gomes Canotilho, José Joaquín, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Bruchadura, 1997.

Herrera, Carlos Miguel, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

——, *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

——, *Les droits sociaux*, París, Presses Universitaires de France, 2009.

Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, Madrid, Alianza, 1989.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Laporta, Francisco, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004.

Lima Lopes, José Reinaldo de, "Direito subjetivo e directos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de direito", en Faria, José E. (ed.), *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994.

Lucas, Javier de, *El concepto de solidaridad*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998.

Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Melish, Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, New Haven-Quito, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights-Yale Law School, 2003.

Mello, Cláudio Ari, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

Michelman, Frank, "Welfare Rights and Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly,* núm. 3, 1979.

Nino, Carlos Santiago, "On Social Rights", en Aarnio, A. *et al.* (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 1990.

Nussbaum, Martha, *Capacidades como titulaciones fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Peces-Barba, Guillermo, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", *Revista Derechos y Libertades*, Madrid, Año III, núm. 6, 1998.

Pereira de Souza Neto, Cláudio y Sarmiento, Daniel (coords.), *Direitos sociais*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13a. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

——, "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho", en Carbonell, Miguel; Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2001.

Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 22, 1995.

Rawls, John, *Liberalismo político*, Barcelona, Cátedra, 1996.

Robespierre, Maximiliano, "Extractos de 'Sobre la subsistencia'", en *Virtud y terror*, Madrid, Akal, 2007.

Rodríguez-Arana, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Sevilla, Global Law Press-INAP, 2015.

Sarlet, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", *Revista de derecho privado,* Madrid, 1934.

Searle, John, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Sen, Amartya, "Justice: Means and Freedoms", *Philosophy & Public Affairs,* Princeton, núm. 19, 1990.

——, *El derecho a no tener hambre*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

——, *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Sepúlveda, Magdalena *et al*., *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, 2004.

Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

——, "Mediating duties", *Ethics* 98 (4), 687-704 (1988).

Sunstein, Cass R., "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *U. of Chicago Public Law Working Paper,* 2001, núm. 12.

Tugendhat, Ernt, *Lecciones sobre ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Tushnet, Mark, *Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton-Oxford, Princeton, University Press, 2008.

Vasak, Karel (ed.), *The international dimensions of human rights*, Connecticut, Greenwood Press, 1982.

Young, Katherine G., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *The Yale Journal of International Law*, núm. 33, 2008.

La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana

*Juana María Ibáñez Rivas**

I. Introducción

El preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana)[1] establece que "[...] el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria [solo puede realizarse] 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". Más allá del preámbulo, la Convención Americana solo hace mención expre-

* Abogada peruana por la Pontificia Universidad Católica del Perú; candidata a doctora en Derecho Internacional y Europeo por la Universidad París 1, Panthéon-Sorbonne. Máster en Derechos Humanos por la Universidad París X Nanterre La Défense, y diplomada del Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y *The International Center for Transitional Justice*. Consultora especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario e investigadora del *Groupe d'études en droit international et latino-américain de La Sorbonne* (GEDILAS-IREDIES). Previamente se desempeñó como abogada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como responsable de programa en la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para Bolivia, Ecuador y Perú.

1 Adoptada el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica.

sa a los derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 26 titulado "Desarrollo Progresivo", ubicado en el capítulo III de dicho Tratado, en el encabezado "Derechos económicos, sociales y culturales". Según dicho artículo "[l]os 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 [Carta de la OEA],[2] reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, Protocolo)[3] también reafirma, desde su preámbulo, "[...] la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos". El artículo 19.6 del Protocolo dispone, sin embargo, que solo dos de los derechos reconocidos en el Tratado —a saber, los derechos sindicales (art. 8.a) y el derecho a la educación (art. 13)— pueden dar lugar a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por la Convención Americana, en caso de ser violados "por una acción imputable directamente a un Estado parte".[4]

Este *corpus iuris* de protección ha generado toda una serie de debates en la jurisprudencia y la doctrina respecto a la justicia-

[2] Adoptada el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, reformada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires. Sobre el complejo proceso de determinación de los DESC a partir de la interpretación conjunta del artículo 26 de la Convención Americana y la Carta de la OEA, ver Seatzu, Francesco y Úbeda de Torres, Amaya, "The Social charter of the OAS: A step forward in the enforcement of socio-economic rights in the Americas?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32, núm. 2, 2014, pp. 153-156.

[3] Adoptado el 17 de noviembre de 1988, en el Décimo Octavo Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, en San Salvador, El Salvador.

[4] Protocolo de San Salvador, art. 19.6.

bilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y de las correspondientes obligaciones del Estado. El contenido y alcances del artículo 26 de la Convención, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para pronunciarse sobre una afectación a los DESCA, y el régimen de protección del Protocolo de San Salvador en relación con el de la Convención han estado en el centro de la controversia.[5] Frente a ello, desde sus inicios, la Corte Interamericana ha consolidado una protección indirecta o por conexidad de los DESCA, a través del contenido y alcances de los tradicionalmente conocidos como derechos civiles y políticos (DCP).[6]

Sin embargo, a partir de 2009, la Corte ha sido artífice de una evolución jurisprudencial que defiende la justiciabilidad directa del contenido y alcances del artículo 26 de la Convención. Dicha evolución puede explicarse en dos grandes momentos: el primero, cuando la Corte pasó de una interpretación del artículo 26 limitada a la justiciabilidad de la obligación de no regresividad, a otra que postula la justiciabilidad directa de los DESCA y de las correspondientes obligaciones del Estado derivadas de dicha norma (1); el segundo, cuando en aras de la seguridad jurídica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema Interamericano, SIDH) y en atención a las críticas recibidas, la Corte da muestras de una mayor rigurosidad en la argumentación de dicha justiciabilidad directa y reconoce el cambio jurisprudencial (2).

---

5 Para una síntesis sobre dichos debates véase Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011.

6 Sobre el particular, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, México, UNAM-IIJ-CNDH, 2017. Asimismo, Ibáñez Rivas, Juana María, "La dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Cançado Trindade, Antônio Augusto y Barros Leal, César (coords.), *El respeto a la dignidad de la persona humana*, IV Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, Fortaleza, IBDH-IIDH, 2015, pp. 183-212.

II. El cambio jurisprudencial hacia la justiciabilidad directa y plena del artículo 26 de la Convención: claroscuros entre *Acevedo Buendía* y *Lagos del Campo*

En 2009, la sentencia del caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*,[7] sobre el incumplimiento de sentencias que ordenaban el pago de pensiones de jubilación nivelable a cesantes y jubilados de la Contraloría General de la República, constituyó el primer indicio de una Corte Interamericana preparada para dar el gran salto jurisprudencial hacia la justiciabilidad directa del contenido y alcances del artículo 26 de la Convención. Sin embargo, fue hasta 2017, con la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*,[8] sobre el despido arbitrario de un trabajador por una entrevista en la que criticó al Directorio de la empresa privada en la que laboraba, que la Corte removió los cimientos del Sistema Interamericano al declarar la violación directa de un DESCA derivado del referido artículo 26.

2.1. Más allá de la justiciabilidad de la obligación de no regresividad de los DESCA: los estándares del caso *Acevedo Buendía*

La sentencia del caso *Acevedo Buendía y otros,* de 2009, constituye un punto de quiebre en la jurisprudencia interamericana sobre justiciabilidad directa del contenido y alcances del artículo 26 de la Convención. Pese a que en el caso no se declaró una afectación a dicho artículo,[9] los alegatos de las partes respecto a su incum-

[7] 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, núm. 198.

[8] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

[9] En dicho caso, la Corte consideró que no estaba bajo análisis providencia alguna adoptada por el Estado que hubiese impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino mas bien el incumplimiento estatal del

plimiento representaron una ventana de oportunidad para que la Corte precisara —a modo de *obiter dicta*— la tímida y cuestionable jurisprudencia previa sobre esta norma.

En efecto, en 2003, la Corte se había referido al artículo 26 de la Convención en el caso "*Cinco Pensionistas" vs. Perú*,[10] sobre el incumplimiento de sentencias que ordenaban el pago de las pensiones de cinco extrabajadores de la Superintendencia de Banca y Seguros según un antiguo régimen. En dicha oportunidad la Corte reconoció que los DESCA tienen una doble dimensión, a saber, individual y colectiva,[11] y que su desarrollo progresivo[12] debía medirse "[…] en función de la creciente cobertura de los [DESC] en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social".[13] A partir de ello, y sobre la base de un cuestionable criterio cuantitativo, la Corte Interamericana afirmó que la progresividad de los DESCA no era susceptible de medición "[…] en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente […]" en Pe-

pago ordenado por los órganos judiciales de Perú a favor de las víctimas. Corte IDH. *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, *cit*., párrs. 106 y 107. Por tanto, determinó que el derecho a la propiedad privada y el derecho a la protección judicial eran los derechos vulnerados en el caso, no encontrando motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del art. 26. Asimismo, el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 15 y 21, donde hizo una reflexión sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte en cuanto al art. 26 de la Convención Americana. Por otro lado, en su voto concurrente, el juez *ad hoc* Víctor García Toma señaló que en la medida que la Corte no declaró el incumplimiento del art. 26 de la Convención, no encontraba justificación para que se desarrollaran consideraciones sobre dicha norma.

10 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.

11 *Ibidem*, párr. 147.

12 *Idem*. En ese momento, la Corte hizo notar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC) ya se había pronunciado sobre el desarrollo progresivo de dichos derechos a través de su Observación general 3, la índole de las obligaciones de los Estados parte, párr. 1 del art. 2 del Pacto.

13 *Idem*.

rú.[14] En consecuencia, la Corte "[...] desestim[ó] la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los [DESC] en el Perú".[15]

De esta manera, *Acevedo Buendía y otros* permitió a la Corte desarrollar cinco puntos orientados a superar la jurisprudencia emitida en "*Cinco Pensionistas*", dejando en evidencia que el artículo 26 de la Convención es justiciable y que su inclusión en el texto convencional no consiste en una mera declaración de buenas intenciones:

> Primero, partiendo de los trabajos preparatorios de la Convención Americana,[16] la Corte afirmó que una interpretación histórica del tratado permitía concluir que dicho artículo busca hacer posible la ejecución de los DESC mediante la acción de los tribunales. En ese sentido destacó el interés de los Estados por la inclusión de una disposición que estableciera "cierta obligatoriedad jurídica" para el cumplimiento y aplicación de los DESC, así como por la inclusión de mecanismos para su promoción y protección.[17]

---

14 *Idem*.

15 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*, *cit*., párr. 148. Sobre las críticas e interrogantes que generó dicho fallo, véase Burgorgue-Larsen, Laurence, "La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Los avances del asunto *Acevedo Buendía vs. Perú"* en Bogdandy, Armin von *et al., Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un* ius constitucionale commune *en América Latina*, México, UNAM, 2011, pp. 111-115. Asimismo, véase Courtis, Christian, "Artículo 26" en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, México-Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-SCJN, 2014, pp. 654-676.

16 Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos (San José, Costa Rica, 7 a 22 de noviembre de 1969).

17 De acuerdo con la Corte, la revisión de los referidos trabajos preparatorios demuestra asimismo que las principales observaciones sobre la base de las cuales la Convención fue aprobada pusieron especial énfasis en "[...] dar a los [DESC] la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos". Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, *cit*., párr. 99. Seatzu, Franceso y Úbeda de Torres, Amaya, *op. cit*., p. 151. Seatzu y Úbeda ponen en cuestión dicha consideración de la Corte al señalar que "the Inter-American Court has also followed a rather cherry-picking approach when looking at the *travaux préparatoires*

Segundo, desde una interpretación sistemática de la Convención, la Corte observó que si bien el artículo 26 se encuentra ubicado en el capítulo III de la Convención, titulado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", también integra la Parte I de dicho instrumento, titulado "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I ("Enumeración de Deberes"), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II ("Derechos Civiles y Políticos").[18]

Tercero, en el marco del diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte citó la emblemática sentencia del caso *Airey vs. Irlanda* de 1979[19] para recordar la interdependencia y la indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los DESC, a partir de las cuales estos "deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello".[20]

Cuarto, en diálogo con el sistema universal de derechos humanos, la Corte indicó que los alcances del desarrollo progresivo de los DESC deben valorarse sobre la base de los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.[21] A partir de ello el Tribunal enfatizó que la efectividad de los DESC "no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo" y que, en esa medida, "requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad".[22] En el marco de tal

---

of Article 26 of the Convention in the *Acevedo-Buendía* case and it can be criticised for this. Its legal reasoning has not been impeccable".

18 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, *cit*., párr. 100.

19 TEDH. *Airey vs. Irlanda*. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26: "[s]i bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio".

20 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, *cit*., párr. 101.

21 *Ibidem*, párr. 102.

22 *Idem*.

flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, "[...] el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido".[23] Sin perjuicio de ello, la Corte resaltó que "la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas" y que, de ser el caso, su cumplimiento podrá ser exigido ante las instancias respectivas.[24]

Quinto, como consecuencia de todo lo anterior, la Corte concluyó que del artículo 26 de la Convención se desprendía la justiciabilidad de la regresividad cuando de DESC se trate.[25] Al respecto, afirmó que el deber —si bien condicionado— de no regresividad no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.[26] En esa línea, la Corte

[23] *Idem* y nota al pie de página 88. La Corte hizo mención a la Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", del Comité DESC, en donde este establece las consideraciones que toma en cuenta al estudiar en una comunicación si un Estado ha adoptado medidas 'adecuadas' o 'razonables' respecto de los DESC, a saber: "a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los [DESC]; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo".

[24] *Ibidem*, párr. 102.

[25] *Ibidem*, párr. 103.

[26] *Idem* y nota al pie de página 89. Como respaldo, la Corte se remitió nuevamente a la Observación general 3 del Comité DESC, según la cual las medidas de carácter deliberadamente regresivo "[...] requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos

citó el informe de admisibilidad y fondo de 2009 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión Interamericana) en el caso *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú*, según el cual para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso".[27]

El término utilizado por la Corte para referirse al artículo 26 confirma que, en esa sentencia, la única justiciabilidad derivada de dicho artículo fue la de una obligación estatal —la de no regresividad de los DESCA— y no la de un catálogo de derechos. Ciertamente, a lo largo del fallo, la Corte se refirió al "incumplimiento" del artículo 26, dejando entrever que, en el entendimiento del Tribunal, dicha norma solo contemplaba una obligación y no DESCA entendidos como derechos autónomos.

A este fallo le siguieron otros en los que la Corte Interamericana continuó en su línea de proteger los DESCA de manera

---

Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". Además, la Corte citó la Declaración de 2007 del mismo Comité, según la cual "[e]n caso de que un Estado Parte aduzca 'limitaciones de recursos' para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate" y con arreglo a una serie de criterios objetivos. Dichos criterios objetivos son: "a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un periodo de recesión económica; d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y f) [s]i el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto".

27 *Ibidem*, párr. 103. Asimismo, véase CIDH, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras *vs.* Perú, de 27 de marzo de 2009, párrs. 140-147. Informe de Admisibilidad y Fondo 38/09.

indirecta o por conexidad, a la luz de los DCP reconocidos en la Convención.[28] Sin embargo, los votos particulares de algunos jueces de la Corte hacían prever que un cambio jurisprudencial era inminente.[29] Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte Interamericana desde 2013 y su actual presidente, destaca como el gran promotor de la justiciabilidad plena del artículo 26 de la Convención. Basta mencionar su emblemático voto concurrente en la sentencia del caso *Suárez Peralta vs. Ecuador,*[30] el mismo año en que inició su mandato como juez, y sus sucesivos votos en materia de DESCA en las sentencias más representativas en el tema hasta la fecha.[31] En el referido voto de 2013, Ferrer Mac-Gregor

[28] Véase, *inter alia*, Corte IDH. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C, núm. 226; *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246; *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261; *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298; *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318; *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325, y *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

[29] Véase 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"*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 181-234. Sobre el rol que han tenido los votos de los jueces interamericanos en materia de justiciabilidad de los DESCA.

[30] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

[31] Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*, *cit*. Véase voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor;

resaltó que "[…] por ser [su] profunda convicción", simplemente pretendía "llamar a la reflexión […] sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar […] efectividad directa a los [DESC]", vía el artículo 26 de la Convención.[32] Así, Ferrer Mac-Gregor concluyó que

> […] a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.[33]

Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, *cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Caso Yarce y otras vs. Colombia*, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Caso I.V. vs. Bolivia*, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor; *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348. Voto concurrente y parcialmente disidente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y *caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

32 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 107.

33 *Ibidem*, párr. 108. En dicho voto, Ferrer Mac-Gregor observó que la Corte debió analizar el derecho a la salud de manera autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía, "[…] partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre [dicho] derecho […] y entendiendo la justiciabilidad directa de[l mismo] —y no solo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles—". (párr. 3.)

El momento estaba por llegar. Cinco años después de dicho voto, la jurisprudencia interamericana dio el gran giro ya anticipado, evidenciando que el *obiter dicta* en *Acevedo Buendía y otros* no cerraba la puerta a una interpretación más amplia del contenido y alcances del artículo 26 de la Convención. *Acevedo Buendía y otros* sería, incluso, una constante —implícita o explícita— en la jurisprudencia posterior sobre la materia.

2.2. Los DESCA y demás obligaciones estatales justiciables: el cambio jurisprudencial surgido en *Lagos del Campo*

En 2017, en la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*, en una criticada aplicación del principio *iura novit curia*,[34] la Corte desarrolló y declaró por primera vez la "violación" autónoma del artículo 26 de la Convención, concluyendo que el derecho a la estabilidad laboral es un derecho laboral protegido por dicha norma. En la medida en que el texto del artículo 26 de la Convención no hacía mención específica a ningún DESCA, la Corte siguió cuatro pasos para determinar si el derecho a la estabilidad laboral era uno protegido por dicho artículo:

> Primero, analizó si el derecho en cuestión era uno de aquellos que se deriva de la interpretación del artículo 26 en relación con las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.[35]

[34] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 28, quien señaló que "[...] el mencionado principio puede ser utilizado cuando sea manifiesta la violación de derechos humanos o cuando los representantes o la Comisión hayan incurrido en un grave olvido o error, de manera que la Corte subsane una posible injusticia, pero dicho principio no debe utilizarse para sorprender a un Estado con una violación que no preveía en lo más mínimo y que no tuvo la oportunidad de controvertir ni siquiera en los hechos".

[35] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *cit*., párr. 143. En concreto, la Corte identificó que los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA establecen que "[e]l trabajo es un derecho y un deber social" y que debe prestarse con "salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos". Asimismo, dichos artículos se refieren al

Segundo, a partir de lo establecido en la Opinión Consultiva OC-10/89[36] y en el artículo 29.d de la Convención,[37] determinó si dicho derecho también derivaba del texto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH o Declaración Americana) que, según la jurisprudencia interamericana "constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la [OEA], una fuente de obligaciones internacionales".[38]

Tercero, observó si el derecho estaba reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como en el vasto *corpus iuris* internacional.[39]

---

derecho de los trabajadores y trabajadoras a "asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses" y al deber estatal de "armonizar la legislación social" para la protección de tales derechos.

36 Corte IDH. OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 14 de julio de 1989. Serie A, núm. 10.

37 De acuerdo con el art. 29.d) de la CADH, "[n]inguna disposición de la [...] Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

38 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *cit*., párrs. 143 y 144. La Corte recordó que la Declaración "[...] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la OEA] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta [...] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA". En ese sentido, la Corte destacó que el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que "[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]".

39 *Ibidem*, párrs. 145-148. La Corte citó el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los arts. 6 y 7 del Protocolo de San Salvador, el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el art. 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el art. 1 de la Carta Social Europea y el art. 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Asimismo, la Corte citó la Observación general 18 sobre el derecho al trabajo del Comité DESC; el Convenio 158 de la Organización International del Trabajo (OIT), sobre la

> Cuarto, notó que las dos últimas Constituciones Políticas del Perú y la ley laboral al momento de los hechos reconocían explícitamente el derecho a la estabilidad laboral.[40]

En este ejercicio de identificación del derecho protegido, el *corpus iuris* internacional y nacional en la materia constituyeron la base para establecer el contenido y los alcances del referido derecho, así como las obligaciones estatales específicas respecto al mismo. De esta manera, la Corte afirmó que en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral en el ámbito privado se desprenden, en principio, las siguientes obligaciones:

> [...] *a)* adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; *b)* proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; *c)* en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, *d)* el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos [...].[41]

Adicionalmente, la Corte se refirió a las afectaciones a la libertad de asociación de la víctima, en relación con el artículo 26 de la Convención. Al tratarse de un derecho expresamente reconocido en el texto convencional, la Corte no siguió la misma metodología de identificación aplicada al derecho a la estabilidad laboral. Sin perjuicio de ello, afirmó que el artículo 45.c de la

terminación de la relación de trabajo (1982) y la Recomendación 143 de la OIT sobre representantes de los trabajadores.

40 *Ibidem*, párr. 138.

41 *Ibidem*, párr. 149. La Corte precisó que "[...] la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho". (párr. 150).

Carta de la OEA reconoce el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses; el Preámbulo de la Carta Democrática Interamericana reconoce que el derecho de los trabajadores de asociarse para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos[42] y que el artículo XXII de la Declaración Americana reconoce el derecho de toda persona a asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.[43] En esa misma línea, la Corte precisó, entre otras cuestiones, que "[…] la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores".[44]

Así, por cinco votos a favor y dos en contra,[45] la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado "[…] por la violación al derecho a la estabilidad laboral, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo",[46] y "[…] por la violación al derecho a la libertad de asociación, reconocido en los artículos 16 y 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la misma, en perjuicio del

42 *Ibidem*, párr. 158.

43 *Ibidem*, nota al pie de página 229.

44 *Ibidem*, párr. 158. De acuerdo con la Corte, "[e]sta protección deriva del propio artículo 16 de la Convención Americana, el cual protege la libertad de asociación con fines de cualquier índole, así como de otros instrumentos internacionales, que reconocen una protección especial a la libertad de asociación con fines de protección de los intereses de los trabajadores, sin especificar que esta protección se restrinja al ámbito sindical".

45 *Ibidem*, párr. 13, así como voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi y voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto. Cabe resaltar, asimismo, que la Corte inició la deliberación de la sentencia el 18 de mayo de 2017 y posteriormente el 29 de agosto de 2017, de manera que comprendió dos periodos de sesiones.

46 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *cit*., párrs. 133-154 y 166.

señor Lagos del Campo".[47] Fue la primera vez que una sentencia desarrolló y concretó una condena específica por la "violación" del artículo 26 de la Convención.[48] El cambio de término en la referencia al artículo 26 no es menor y, por el contrario, reviste la mayor importancia.

Si en 2009, con *Acevedo Buendía y otros*, la referencia al "incumplimiento" del artículo 26 dejaba entrever que este únicamente contenía una obligación estatal de no regresividad de los DESCA, en 2017, con *Lagos del Campo*, la declaración de "violación" del artículo 26 confirmaba que, para la Corte, dicha norma también protege DESCA autónomos susceptibles de justiciabilidad. Era un hecho, la Corte Interamericana había cambiado la jurisprudencia en materia de DESCA que solo identificaba una obligación estatal justiciable en el texto del artículo 26 o que, en todo caso, solo protegía dichos derechos de manera indirecta o por conexidad. El fallo fue aplaudido por la Relatoría Especial para los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la Comisión Interamericana,[49] por las organizaciones de dere-

---

47 *Ibidem*, párrs. 155-163. En término de reparaciones, la Corte estimó que "[...] con motivo de las violaciones fijadas, derivadas del despido arbitrario, la vulneración de la estabilidad laboral y la subsecuente desprotección judicial, el señor Lagos del Campo perdió la posibilidad de acceder a una pensión y beneficios sociales. En razón de lo anterior, [ordenó] que se le otorgue un monto razonable de USD $30,000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América)" por concepto de daño material (párr. 216). Así, autores como Jorge Calderón han señalado que "la declaración de violación del artículo 26 fue el fundamento causal para determinar las indemnizaciones por lucro cesante, correspondiente a los salarios dejados de percibir y sobre todo, del pago por la pérdida de la pensión y beneficios sociales". Calderón Gamboa, Jorge, "La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia *Lagos del Campo*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *op. cit*., p. 373.

48 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *cit*., párr. 154.

49 CIDH, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales saluda histórica decisión de la Corte IDH sobre justiciabilidad en materia de DESCA, Comunicado de prensa núm D181/17, de 15 de noviembre de 2017, *http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/181.asp*. La Relatoría afirmó que la sentencia del caso *Lagos del Campo* "representa un hito histórico en la jurisprudencia interamericana y

chos humanos y por la academia.[50] Pero también fue duramente criticado por su falta de rigurosidad en la argumentación y por las respectivas consecuencias de ello en términos de seguridad jurídica para los Estados parte de la Convención.[51] La legitimidad de la Corte parecía entonces amenazada por esta nueva interpretación del artículo 26.

Solo unos meses después, la Corte notificó la sentencia del caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*,[52] sobre la falta de respuesta judicial frente a ceses colectivos de los que fueron objeto las víctimas, como resultado de procesos de racionalización en entidades públicas en la década de los noventa. La Corte concluyó, por cinco votos a favor y dos en contra, que "[e]l Estado es responsable por la violación del derecho al trabajo, consagrado en el artículo 26 de la Convención [...], en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento".[53] Pese a la expectativa de una argumentación mejorada frente a las críticas a *Lagos del Campo* —incluidas aquellas de los jueces Vio Grossi y Sierra Porto—, el breve periodo de tiempo transcurrido entre la notificación de ambas sentencias parece haber jugado en contra. En efecto, la Corte Interamericana se limitó a reiterar lo establecido en *Lagos del Campo* a propósito de la violación del artículo 26 de la Convención,[54] que en *Trabajado-*

---

un paso hacia adelante en la región en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los DESCA".

50 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *op. cit*.

51 Al respecto véase Cerqueira, Daniel, "La justiciabilidad de los DESCA bajo la Convención Americana. Sobre la necesidad de llenar los vacíos argumentativos de la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú"*, Justicia en las Américas-Blog de la Fundación para el debido proceso, de 29 de mayo de 2018, *https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/*

52 Corte IDH. *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.

53 *Ibidem*, párr. 193. Asimismo, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi y voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

54 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, *cit*., párr. 192.

res Cesados de Petroperú y otros sí fue alegada por las partes. La única precisión hecha, dado el marco fáctico del caso, fue que el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, "tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales".[55]

En febrero de 2018, en la sentencia del caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*,[56] sobre la terminación arbitraria de los contratos de servicios profesionales de las víctimas en el Consejo Nacional de Fronteras, la Corte Interamericana, una vez más con base en el principio *iura novit curia*, se pronunció sobre la violación del derecho al trabajo a partir del artículo 26 de la Convención. La Corte reiteró la jurisprudencia de *Lagos del Campo y otros* sobre el artículo 26 de la Convención,[57] así como la precisión de *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros,* según la cual las obligaciones del Estado en materia de derecho al trabajo se aplican en los ámbitos público y privado de las relaciones laborales.[58] En este caso, la Corte declaró, por cinco votos contra dos, "[...] la violación del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 26 de la Convención, en relación con los derechos a la participación política, a la libertad de expresión y de acceso a la justicia, así como con el principio de no discriminación, reconocidos en los artículos 23.1, 13.1, 8.1, 25.1 y 1.1 de aquel instrumento",[59] en perjuicio de las víctimas.

Pese a la evidencia, en ninguno de estos casos la Corte Interamericana reconoce que las respectivas sentencias representan un cambio de jurisprudencia en relación con lo desarrollado en *Acevedo Buendía y otros,* sobre el contenido y alcances del artículo 26 de la Convención y su justiciabilidad. En consecuencia, la declaración de violación de los DESCA derivados del artículo 26 carece de suficiente rigurosidad jurídica.

---

55 *Ibidem*, párr. 193.

56 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *cit*.

57 *Ibidem*, párr. 220.

58 *Ibidem*, párr. 221.

59 *Ibidem*, párr. 222 y votos parcialmente disidentes de los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto.

III. Entre *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral:* ¿el "colofón" que exigía la justiciabilidad directa del contenido y alcances del artículo 26 de la Convención?

La situación de reiteración de jurisprudencia e indiferencia hacia la crítica cambiaría poco tiempo después con las sentencias de los casos *Poblete Vilches y otros vs. Chile*[60] y *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*.[61] En *Poblete Vilches y otros,* de marzo de 2018, que aborda el fallecimiento de un adulto mayor al que no se le brindaron los servicios de salud básicos necesarios y urgentes en atención a su especial situación de vulnerabilidad, la Corte precisó la jurisprudencia de *Lagos del Campo,* específicamente en cuanto al contenido y alcances del artículo 26 de la Convención. Pero será el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* de agosto de 2018, que analiza las violaciones de derechos cometidas en perjuicio de 49 personas que viven o vivieron con VIH/sida, la verdadera reivindicación de la jurisprudencia interamericana, no solo por haber reconocido expresamente el cambio jurisprudencial surgido en *Lagos del Campo,* sino también por haberlo argumentado con especial rigor jurídico.

3.1. El peso de la crítica: la sentencia *Poblete Vilches* al rescate de la legitimidad de la jurisprudencia interamericana

Frente a la pertinencia de algunos extremos de la crítica, la Corte encontró una primera oportunidad para llenar los vacíos argumentativos de *Lagos del Campo* y precisar el contenido y alcances del artículo 26 de la Convención. La sentencia *Poblete Vilches y otros* estableció así que "[...] 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

60 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

61 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*.

reconocidas en la Carta de la [OEA], así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; [...]".[62] Con dicha afirmación la Corte no solo hace suya la referencia a los DESCA —que incluye los derechos ambientales— como "concepto" que "paulatinamente [...] se ha venido consolidando" en el Sistema Interamericano,[63] sino que también confirma que del artículo 26 se deriva un catálogo de derechos.

Posteriormente, la Corte Interamericana también señaló que "[...] del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones [...]", a saber, la adopción de medidas generales de manera progresiva y la adopción de medidas de carácter inmediato.[64] Respecto de las primeras, la Corte afirmó que si bien

> [...] la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados.[65]

Con esta descripción de las medidas generales de manera progresiva, la Corte desarrolló la jurisprudencia de *Acevedo Buendía y otros* respecto a los alcances de la obligación de desarrollo progresivo de los DESCA, esto es, como una obligación estatal que debe ser entendida en términos de flexibilidad pero sujeta a rendición de cuentas. De ahí que resulte particularmente interesante la mención de la Corte a los "casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano", haciendo notar que el tiempo transcurrido es más que suficiente para que los Estados parte hayan

62 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 103.

63 *Idem* y nota al pie de página 128.

64 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 104

65 *Idem*.

adoptado las medidas necesarias para hacer efectivos los DESCA. Retomando la sentencia de *Acevedo Buendía y otros*, la Corte también se refiere a la obligación de no regresividad y la caracteriza como una manifestación de las medidas generales de manera progresiva. Respecto de las segundas, la Corte estableció que

> [...] estas 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 virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.[66]

Con esta descripción de las medidas de carácter inmediato, la Corte también desarrolló un estándar jurisprudencial surgido en *Acevedo Buendía y otros*, a saber, que el artículo 26 de la Convención está sujeto a las obligaciones generales previstas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Así, pese a que objetivamente los DESCA —al igual que los derechos civiles y políticos— demandan algunas medidas de implementación progresiva, existen otras, como aquellas vinculadas al principio de no discriminación en el ejercicio de los derechos (art. 1.1), cuya exigibilidad y eficacia deben ser inmediatas.

La definición hecha por la Corte Interamericana respecto al contenido y alcances del artículo 26 de la CADH revela sus características particulares, esto es, como una norma a partir de cuya interpretación se derivan tanto DESCA entendidos de manera autónoma, como obligaciones del Estado en relación con los mismos, sean estas progresivas o inmediatas. Aunque sin decirlo "expresamente", con esta precisión la Corte aclara que la interpretación actual de esta norma difiere de aquella desarrollada en *Acevedo Buendía y otros*. Pese a ello, la Corte no alude a un cambio de jurisprudencia y mantiene la confusión respecto al empleo de los términos "incumplimiento" y "violación" para referirse a las afectaciones a dicho artículo.

66 *Idem*.

Adicionalmente, *Poblete Vilches y otros* permitió a la Corte Interamericana consolidar la protección del derecho a la salud de manera autónoma, como un DESCA "justiciable a la luz de la Convención".[67] En este caso, a través de los cuatro puntos de análisis desarrollados en *Lagos del Campo*, la Corte también verificó si el derecho a la salud derivaba de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA (arts. 34.i, 34.l y 45.h)[68] y si se encontraba reconocido en la Declaración Americana (art. XI).[69] La Corte concluyó "que el derecho a la salud es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención" como consecuencia de los dos primeros puntos de análisis y procedió a verificar el alcance y contenido de ese derecho y de las obligaciones correspondientes, teniendo en cuenta la legislación interna de los Estados —incluida la del Estado parte en el proceso—[70] y el *corpus iuris* internacional sobre el derecho a la salud.[71]

---

67 *Ibidem*, párr. 105.

68 *Ibidem*, párr. 106.

69 *Ibidem*, párrs. 107-110.

70 *Ibidem*, párrs. 111-113. La Corte observó que el derecho a la salud "[...] se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región, entre ellas: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela".

71 *Ibidem*, párrs. 114 y 115. La Corte citó el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 10 del Protocolo de San Salvador; el artículo 5 apdo. e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el art. 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el art. 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; el art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el art. 17 de la Carta Social de las Américas; el art. 11 de la Carta Social Europea de 1961, en su forma revisada; el art. 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la secc. II, apdo. 41, de la Declaración y Programa de Acción de Viena, entre otros instrumentos y decisiones internacionales.

A partir de ello, la Corte estableció los estándares aplicables al derecho a la salud en situaciones de urgencia médica respecto de personas mayores, entre ellos, que:

> […] *i)* el derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana; *ii)* este derecho en situaciones de urgencia exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad; *iii)* las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección respecto de servicios de salud de prevención y urgencia; *iv)* a fin de que se impute la responsabilidad del Estado por muertes médicas es necesario que se acredite la negación de un servicio esencial o tratamiento pese a la previsibilidad del riesgo que enfrenta el paciente, o bien una negligencia médica grave, y que se corrobore un nexo causal entre la acción y el daño. Cuando se trata de una omisión se debe verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso; *v)* la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración de la integridad personal, y *vi)* el consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud, las personas mayores ostentan la titularidad de este derecho, sin embargo, se puede transferir bajo ciertas circunstancias a sus familiares o representantes. Asimismo, persiste el deber de informar a los pacientes o, en su caso cuando proceda, a sus representantes sobre los procedimientos y condición del paciente.[72]

Sobre la base de dichos estándares, la Corte Interamericana analizó la violación al artículo 26 de la Convención Americana por la afectación de uno de los derechos derivados de la interpretación conjunta con la Carta de la OEA, en este caso, el derecho a la salud, y la violación al principio de no discriminación, propio de las obligaciones generales de respeto y garantía aplicables al artículo 26, por la afectación al mismo derecho. Respecto al primer supuesto, la Corte consideró que el Estado "[…] no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches

[72] *Ibidem*, párr. 174.

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". Asimismo, "[...] el Estado incumplió con su deber de obtener el consentimiento informado por sustitución de los familiares frente a la intervención quirúrgica practicada, así como de brindar información clara y accesible para los familiares respecto del tratamiento y procedimientos practicados al paciente".[73]

Sobre el segundo supuesto, la Corte señaló que la edad es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención en el marco del término "otra condición social" y que, "[e]n este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, se encuentra tutelada por la Convención Americana".[74] De esta manera, "[...] la Corte sostuvo que la edad del señor Poblete Vilches, [...], resultó ser una limitante para que recibiera la atención médica requerida",[75] de forma que el incumplimiento de la obligación de no discriminación resultó transversal al incumplimiento de la obligación de garantía respecto de los derechos de la víctima. Por tanto, por unanimidad, la Corte consideró que el Estado "[...] es responsable internacionalmente por la falta de garantía de los derechos a la salud, vida, integridad personal, libertad, dignidad y acceso a la información, de conformidad con los artículos 26, 4, 5, 13, 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de no discriminación del artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Poblete Vilches".[76]

A mayor abundamiento, en el caso *Poblete Vilches y otros,* la Corte ordenó reparaciones con un nexo causal mucho más evidente con la declaración de violación del artículo 26 de la Convención. Así, en vista de los hechos y violaciones acreditadas y a la luz de la información remitida, estimó pertinente dictar las siguientes medidas como garantías de no repetición:[77]

73 *Ibidem*, párr. 175.

74 *Ibidem*, párr. 122.

75 *Ibidem*, párr. 175.

76 *Ibidem*, párr. 176.

77 *Ibidem*, párr. 236.

1. Capacitaciones. La adopción de "programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados".[78]

2. Informe sobre implementación de avances en el Hospital Sotero del Río. "Asegurando, a través de las medidas suficientes y necesarias, que [dicho] Hospital [...] cuente con los medios de infraestructura indispensables para brindar una atención adecuada, oportuna y de calidad a sus pacientes, particularmente relacionados con situaciones de urgencia en atención de la salud, brindando una protección reforzada a las personas mayores".[79]

3. Incidencia geriátrica en la salud y medidas a favor de las personas adultas mayores. A través de las siguientes medidas:[80] *i)* fortalecimiento institucional del "Instituto Nacional de Geriatría" y su incidencia en la red hospitalaria tanto pública como privada, vinculándose también en la capacitación ordenada;[81] *ii)* diseño "de una publicación o una cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las personas mayores en relación con la salud, contemplados en los estándares establecidos en [la] Sentencia, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención médica";[82] *iii)* adopción "de las medidas necesarias, a fin

---

78 *Ibidem*, párr. 237. Dentro de dichos programas "[...] se deberá hacer especial mención a la [...] Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente a los relativos al derecho a la salud [...] y acceso a la información".

79 *Ibidem*, párr. 238. Para ello, la Corte solicitó al Estado que informe, en el plazo de un año, "[...] sobre: a) los avances que ha implementado, a la actualidad del informe, en infraestructura de la Unidad de Cuidados Intensivos de dicho Hospital; b) los protocolos vigentes de atención frente a urgencias médicas, y c) las acciones implementadas para la mejora en la atención médica de los pacientes en la UCI, particularmente de las personas mayores —desde la perspectiva geriátrica—, y a la luz de los estándares de [la] Sentencia".

80 *Ibidem*, párrs. 239-241. La Corte dispuso esta medida de reparación por cuatro votos a favor y uno en contra, del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

81 *Ibidem*, párr. 239.

82 *Ibidem*, párr. 240. De acuerdo con lo ordenado por la Corte, "[...] dicha publicación (impresa y/o digital) deberá estar disponible en todos los hospi-

de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores, de conformidad con los estándares en la materia".[83]

Por tanto, en el marco de la "reparación integral" que la Corte Interamericana ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia, las reparaciones ordenadas en *Poblete Vilches y otros* responden al requisito de nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos en el caso. En efecto, las violaciones al artículo 26 de la Convención han tenido como correlato la orden de garantías de no repetición con una auténtica vocación transformadora. Frente al desafío de la supervisión de cumplimiento, la Corte ha optado por ordenar al Estado que "[...] informe anualmente sobre los avances de las [respectivas] garantías de no repetición [...] por un periodo de tres años"[84] o, simplemente, por las particularidades de la medida, ha establecido que no supervisará el cumplimiento de la misma.[85]

3.2. El cambio jurisprudencial reconocido y perfeccionado en *Cuscul Pivaral*: la importancia de resguardar la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano

El caso *Cuscul Pivaral y otros* constituye un nuevo hito en la jurisprudencia interamericana. En dicho caso, la Corte reconoció por primera vez, de manera expresa y clara, que "[...] la aproximación adoptada [...] desde *Lagos del Campo vs. Perú*, y que ha sido continuada en decisiones posteriores [...] representó un cambio en la jurisprudencia de la Corte respecto a casos previos [en los que las alegadas violaciones a los DESCA] eran analizad[a]s por conexidad con algún derecho civil o político".[86] De esta mane-

tales públicos y privados de Chile, tanto para los y las pacientes como para el personal médico, así como en el sitio web del Ministerio de Salud."

83 *Ibidem*, párr. 241.

84 *Ibidem*, párrs. 238, 240 y 241.

85 *Ibidem*, párr. 239.

86 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 73.

ra, la Corte reconoció que "[…] debido a la importancia que esta cuestión tiene para la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano, […] considera[ba] pertinente precisar el cambio jurisprudencial en la materia a través de una interpretación del artículo 26 de la Convención y de su relación con los artículos 1.1, 2, 62 y 63 del mismo instrumento".[87]

Así, los diferentes aspectos que habían sido desarrollados en las distintas sentencias a propósito del contenido y los alcances del artículo 26 y su justiciabilidad fueron sistematizados y profundizados en este fallo con mayor rigor jurídico. En *Cuscul Pivaral y otros,* la Corte Interamericana no solo analizó la violación al artículo 26 de la CADH por la afectación del derecho a la salud —derivado de la interpretación conjunta con la Carta de OEA— y la violación al principio de no discriminación por la afectación al mismo derecho, sino también la respectiva violación al principio de progresividad.[88]

Respecto al primer aspecto, para demostrar que el artículo 26 de la Convención también reconoce derechos justiciables, la Corte aplicó de manera simultánea y conjunta los métodos de interpretación establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,[89] a saber, la interpretación literal,[90] la sistemática,[91] la teleológica[92] y los métodos complementarios de interpretación.[93] Aunque los argumentos de la Corte están integrados bajo los títulos de los referidos métodos de interpretación, muchos de ellos son desarrollos más extensos del *obiter dicta* de *Acevedo Buendía y otros*:

> *a)* Interpretación literal. La Corte consideró que "el sentido corriente que ha de atribuirse a la norma prevista en el artículo 26

87 *Ibidem*, párr. 74.

88 *Ibidem*, párr. 72.

89 *Ibidem*, párr. 75. Para dichos efectos, la Corte también se remitió a lo dispuesto en las normas de interpretación que se desprenden de la CADH.

90 *Ibidem*, párrs. 76-81.

91 *Ibidem*, párrs. 82-89.

92 *Ibidem*, párrs. 90-93.

93 *Ibidem*, párrs. 94-96.

de la Convención es que los Estados se comprometieron a hacer efectivos 'derechos' que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la [OEA]".[94] Asimismo, la Corte consideró que la mención del artículo 26 a que los Estados se comprometen a "adoptar providencias", "para lograr progresivamente la plena efectividad" de los derechos que se derivan de la Carta de la OEA "debe ser entendid[a] como una formulación acerca de la naturaleza de la obligación que emana de dicha norma, y no acerca de la falta de existencia de obligaciones en sentido estricto para los Estados".[95]

b) Interpretación sistemática-contexto interno. La Corte reiteró que el artículo 26 está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. De esta forma, precisó que tales obligaciones generales aplican a todos los derechos, "sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales".[96] De acuerdo con la Corte, "al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el artículo 26, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los artículos 62 y 63 de la Convención".[97]

---

94 *Ibidem*, párr. 78. En ese sentido, advirtió que "[...] si bien la Carta de la OEA consagra 'principios' y 'metas' tendientes al desarrollo integral, también se refiere a ciertos 'derechos', tanto de manera explícita como implícita. De esta forma, de una interpretación literal del texto del artículo 26 es posible afirmar que se refiere precisamente al deber de los Estados de lograr la efectividad de los 'derechos' que sea posible derivar de la Carta de la OEA. El texto de la norma debe ser interpretado de forma tal que sus términos adquieran sentido y un significado específico, lo que en el caso del artículo 26 implica entender que los Estados acordaron adoptar medidas con el objetivo de dar plena efectividad a los 'derechos' reconocidos en la Carta de la OEA".

95 *Ibidem*, párr. 79. La Corte recordó que "[...] existen obligaciones formuladas en términos similares al artículo 26 reconocidos en otros artículos de la Convención, sin que exista controversia respecto a que estos imponen obligaciones exigibles en el plano internacional".

96 *Ibidem*, párr. 83.

97 *Ibidem*, párr. 84. Así, la Corte consideró que "[...] ahí donde sea posible identificar una acción u omisión atribuible al Estado, que vulnere un derecho protegido por el artículo 26, la Corte podrá determinar la responsabilidad del Estado por dicho acto y establecer una reparación adecuada". Asimismo, la Corte advirtió que "[...] el hecho de que los derechos derivados del artículo 26 estén sujetos a las obligaciones generales de la Convención"

c) Interpretación teleológica. Según la Corte, "[u]na interpretación teleológica de la norma sería conforme con la conclusión a la cual se arribó por medio de la interpretación literal y sistemática, en el sentido que el artículo 26 reconoce la existencia de 'derechos' que deben ser garantizados por el Estado [...]. El reconocimiento de estos derechos y de la competencia de la Corte para resolver controversias en relación con ellos tienen el objetivo de consolidar un régimen de libertad personal y justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre reconocidos en la Carta de la OEA, lo cual es claramente compatible con el objeto y fin de la Convención Americana".[98]

d) Métodos complementarios de interpretación. La Corte recordó que "[l]a revisión de [los] trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales esta fue aprobada pusieron especial énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos". Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso "hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales".[99]

---

no solo es resultado de cuestiones formales, sino también "[...] de la interdependencia e indivisibilidad recíproca existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales, culturales y ambientales". *Ibidem*, párr. 85. Para la Corte, "[...] la interdependencia e indivisibilidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Esta condición atañe no solo al reconocimiento de los DESCA como derechos humanos protegidos por el artículo 26, sino también a los aspectos de competencia de este Tribunal para conocer sobre violaciones a los mismos sobre la base de dicho artículo" (párr. 86).

98 *Ibidem*, párr. 93.

99 *Ibidem*, párr. 96. La Corte recordó que "[...] el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de esta, nacido del interés de los Estados por consignar una 'mención directa' a los 'derechos' económicos, sociales y culturales; 'una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación'; así como 'los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección', ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, solo 'recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires'". *Ibidem*, párr. 95.

Por tanto, la Corte advirtió que "[...] una interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA [...]" y que corresponderá, en cada caso concreto, "[...] determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección [...]".[100]

Para efectos del caso, reiteró que el derecho a la salud es un derecho autónomo y justiciable que se deriva "[...] de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA"[101] (arts. 34.i, 34.l y 45.h). Verificado esto, determinó los alcances del derecho a la salud y de los derechos correlativos para personas que viven con VIH, a la luz del *corpus iuris* internacional en la materia,[102] incluida la Declaración Americana (art. XI),[103] tanto en lo que respecta a aquellos aspectos que tienen una exigibilidad inmediata como aquellos que tienen un carácter progresivo.[104] Concluyó que el derecho a la salud de las personas que viven con VIH "[...] incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como

100 *Ibidem*, párr. 97.

101 *Ibidem*, párrs. 98 y 99.

102 *Ibidem*, párr. 100.

103 *Ibidem*, párrs. 101 y 102. Al respecto, la Corte afirmó que "[...] no está asumiendo competencias sobre tratados sobre los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los DESCA". Por el contrario, la Corte afirmó estar realizando "[...] una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29, y conforme a su práctica jurisprudencial, que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA que se encuentran reconocidos por el artículo 26 de la Convención".

104 *Ibidem*, párr. 98.

el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria y el acceso a las tecnologías de prevención".[105] En el caso, por cuatro votos a favor y uno en contra, la Corte declaró al Estado responsable por la violación del derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma.[106]

En cuanto al segundo aspecto, la exigibilidad del principio de no discriminación frente a los DESCA derivados del artículo 26, la Corte reiteró como punto de partida la jurisprudencia del caso *González Lluy y otros vs. Ecuador,* según la cual "[...] en la esfera de protección de la Convención, el VIH es un motivo por el cual está prohibida la discriminación en el marco del término 'otra condición social' establecido en el artículo 1.1 de la Convención".[107] Asimismo, resaltó que "[...] la obligación de los Estados en el respeto y garantía del derecho a la salud adquiere una dimensión especial en materia de protección a personas en situación de vulnerabilidad [...]", tales como aquellas que viven con VIH/sida, sean mujeres embarazas o en edad reproductiva[108] o niños, en situación de pobreza o pobreza extrema.[109] La Corte declaró así que, en el caso, la omisión estatal de "[...] brindar una adecuada atención médica a mujeres que viven con el VIH en estado de embarazo, [...] tuvo un impacto diferenciado y generó un riesgo de transmisión vertical del VIH a sus hijos".[110] Al respecto, se refirió a una "discriminación interseccional", entendida esta como "resultado de la confluencia de

---

105 *Ibidem*, párr. 114.

106 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit.,* párrs. 75-119 y 120-127, y voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

107 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 130, y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit*., párr. 255.

108 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 138. Sobre el particular, la Corte ha señalado que "[...] la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, y que este tipo de discriminación puede afectar a las mujeres de algunos grupos de diferente medida o forma que a los hombres".

109 *Ibidem*, párr. 131.

110 *Ibidem*, párr. 137.

distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona". De esta forma, "[...] los Estados deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas, así como aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones".[111] La Corte concluyó así, por cuatro votos a favor y uno en contra, "[...] que el Estado es responsable por la violación de la prohibición de discriminación en relación con la obligación de garantizar el derecho a la salud, consagrado en el artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1", en perjuicio de dos mujeres víctimas del caso.[112]

Sobre el tercer aspecto, la obligación de desarrollo progresivo de los DESCA, la Corte reiteró la jurisprudencia de los casos *Acevedo Buendía y otros* y *Poblete Vilches y otros* para referirse a las obligaciones de carácter progresivo que derivan del artículo 26 de la Convención.[113] Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal destacó que la dimensión progresiva de los DESCA prohíbe "[...] la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal [...]", o cuando sea necesario corregir desigualdades sociales e incluir a grupos vulnerables.[114] Por ende, consideró que el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva cuando, *de facto* o *de iure,* no cuenta "[...] con políticas públicas o programas [...] que le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad" de tales derechos.[115] La determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber "[...] deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y los recursos disponibles.

111 *Ibidem*, párr. 138.

112 *Ibidem,* párrs. 128-139 y voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

113 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párrs. 141-143.

114 *Ibidem*, párr. 146.

115 *Idem*.

Sin embargo, la Corte reconoce que el margen con el que gozan los Estados para la realización efectiva de los DESCA no justifica la inacción en su protección".[116] De esta forma, concluyó, por cuatro votos a favor y uno en contra, que "[...] debido a la inacción estatal en materia de protección al derecho a la salud de la población de personas que viven con el VIH, a pesar de la existencia de una obligación internacional y de una regulación estatal, [...] el Estado es responsable por la violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento".[117] Dicho esto, en cuanto a las manifestaciones de la obligación de progresividad, añadió a la obligación de no regresividad de *Acevedo Buendía y otros*, la prohibición de la inactividad en materia de DESCA.

Finalmente, y no por eso menos importante, en el caso *Cuscul Pivaral y otros*, con la misma intención de llenar los vacíos argumentativos de su cambio jurisprudencial, la Corte respondió a los cuestionamientos a su competencia para pronunciarse sobre alegadas violaciones a los DESCA.[118] Al respecto, advirtió sobre "[...] la tensión que puede existir en relación con la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a los derechos derivados de la Carta de la OEA, a través de una aplicación de los artículos 26, 1.1, 2, 62 y 63 de la Convención, y la competencia que reconoce el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador".[119] Consideró "[...] 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".[120] Por el contrario, "[...] al no existir una restricción

116 *Ibidem*, párr. 147.

117 *Ibidem*, párrs. 140-148 y voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto.

118 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 86.

119 *Ibidem*, párr. 87.

120 *Ibidem*, párr. 88.

expresa en el Protocolo de San Salvador, que limite la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a la Convención, [e]sta limitación no debe ser asumida por este Tribunal".[121] Asimismo, recordó "[...] que el hecho de que los Estados adopten protocolos o tratados relacionados con materias específicas, y definan la competencia de este Tribunal para conocer sobre aspectos definidos de dichos tratados, no implica una limitación a la competencia de este Tribunal para conocer sobre violaciones a la Convención Americana sobre aspectos sustantivos que se regulan en ambos tratados".[122]

En cuanto a las reparaciones, al igual que en *Poblete Vilches y otros*, la Corte ordenó medidas de reparación que responden al nexo causal con la declaración de violación del artículo 26, en relación con el derecho a la salud. En este caso, dispuso

> [...] la obligación, a cargo del Estado, de brindar gratuitamente, a través de instituciones de salud públicas especializadas, o personal de salud especializado, y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas directas de violaciones al derecho a la salud y a la integridad personal. Este tratamiento deberá incluir lo siguiente: *i)* el suministro gratuito y de por vida de los medicamentos que eventualmente se requieran, tanto aquellos necesarios para combatir el VIH, como aquellos necesarios para combatir las enfermedades oportunistas [...]; *ii)* la realización de pruebas diagnósticas para la

121 *Idem*.

122 *Idem*. A mayor abundamiento, la Corte advirtió que "[...] si la Convención Americana no está siendo modificada expresamente con un acto posterior de los Estados, la interpretación que corresponde debe ser la menos restrictiva respecto a sus alcances en materia de protección de los derechos humanos. Asimismo, el Tribunal recuerda que la propia Convención Americana prevé en su artículo 76 un procedimiento específico para realizar enmiendas a la misma, el cual requiere una aprobación de dos terceras partes de los Estados parte de la Convención. De esta forma, sería contradictorio considerar que la adopción de un Protocolo adicional, que no requiere un margen de aceptación tan elevado como una enmienda a la Convención Americana, puede modificar el contenido y alcance de los efectos de la misma. En consecuencia, la Corte considera que la mera existencia del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador no permite inferir conclusiones con consecuencias limitativas respecto a la relación entre los artículos 26, 1.1, 2, 62 y 63 de la Convención" (párr. 89).

> atención del VIH y para el diagnóstico y tratamiento de otras enfermedades que puedan surgir [...]; *iii)* el apoyo social, que incluya el suministro de alimentos necesarios para el tratamiento, apoyo emocional, asesoramiento psicosocial y apoyo nutricional [...], y *iv)* los preservativos, lubricantes, material de inyección estéril como tecnologías de prevención del VIH [...]. En el caso de que el Estado careciera de ellas deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas. Adicionalmente, el Estado deberá otorgar atención médica inmediata a las víctimas que padezcan lipodistrofia, incluyendo la cirugía requerida para el tratamiento de dicha enfermedad.[123]

Asimismo, frente al incumplimiento estatal del deber de garantía del derecho a la salud en perjuicio de cinco de las víctimas, "[...] al no haber adoptado medidas positivas que permitieran su acceso a los centros de salud", la Corte ordenó "que el tratamiento médico se otorgue en el centro médico más cercano al lugar de residencia de las víctimas [...] por el tiempo que sea necesario" y que el Estado asuma "[...] los gastos de transporte y alimentación por el día en que acudan al centro médico".[124] En lo que concierne a estas medidas, la Corte recordó "la necesidad de que el Estado actúe con especial celeridad en [su] cumplimiento [...], pues de [ello] depende la preservación de la salud, la integridad personal y la vida de las víctimas del caso".[125]

A mayor abundamiento, si bien la Corte "[...] valor[ó] positivamente las medidas legislativas y de política pública que han sido adoptadas por el Estado para combatir la epidemia del VIH en Guatemala", tomando en consideración las violaciones ocurridas en el caso, la información disponible respecto a la falta de tratamiento médico de una parte de la población que vive con el VIH en Guatemala, y los objetivos y metas a los que se comprometieron los Estados en la Agenda 2030,[126] "[...] orden[ó]

---

123 *Ibidem*, párr. 210.

124 *Ibidem*, párr. 211.

125 *Ibidem*, párr. 213.

126 ONU, Resolución de la Asamblea General "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" A/70/L.1 aprobada el 25 de septiembre de 2015, *https://undocs.org/es/A/RES/70/1* (consultado el 5 de octubre de 2018).

las siguientes medidas de reparación como garantías de no repetición":[127]

> En primer lugar,
>
> [...] implementar mecanismos efectivos de fiscalización y supervisión periódica de los hospitales públicos a fin de asegurar que se brinde una atención integral en materia de salud para personas que viven con el VIH, acorde a la legislación interna y a lo establecido en la [...] sentencia [...]. Para ello, el Estado deberá instaurar un sistema de información sobre el alcance de la epidemia del VIH en el país, el cual deberá contener información estadística de las personas atendidas por el sistema de salud público, así como información estadística sobre el sexo, edad, etnia, lengua y condición socioeconómica de los pacientes. Igualmente debe instaurar un sistema que le permita hacer un diagnóstico de la atención prestada a la población que vive con el VIH, para lo cual deberá establecer el número de establecimientos que atienden a esta población, su ubicación geográfica e infraestructura.[128]

En la misma línea, ordenó al Estado "[...] diseñar un mecanismo para garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de los antirretrovirales, los exámenes diagnósticos y las prestaciones en salud para la población con el VIH".[129] Este mecanismo

> [...] debe cumplir los siguientes objetivos mínimos, los cuales deberán ser cumplidos por medio de las acciones que establezcan las entidades estatales, y cuyas metas serán medidas de acuerdo con los indicadores que se establezcan en el marco de una política pública participativa: *i)* aumentar la disponibilidad, accesibilidad y ca-

---

127 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párrs. 224 y 230.

128 *Ibidem*, párr. 225. Sobre esta sentencia y la obligación estatal de generar información estadística que sirva de indicador para supervisar los alcances de los servicios de salud para personas con VIH/sida, véase Cruz Rosel, Angeles y Escoffié Duarte, Carlos Luis, "Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala: generar información para garantizar el derecho a la salud", *Nexos,* 7 de noviembre de 2018, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9187&fbclid=IwAR1Ptb_7r6ToBugiyTuRZ3Y4ZnpfUMrPgXAg7b7zXFR3ikSnBcO7a42YTMY*

129 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 226.

lidad de medicamentos antirretrovirales, de pruebas diagnósticas para la detección del VIH y para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades oportunistas, *ii)* mejorar los programas de atención a la población que vive con el VIH y aumentar la cobertura de atención, *iii)* aumentar y mejorar las medidas inmediatas y urgentes en materia de atención en salud a la población con VIH, *iv)* mejorar la información disponible para la toma de decisiones por todas las autoridades competentes.[130]

De acuerdo con el Tribunal Interamericano,

[...] para que el diseño e implementación de este mecanismo sea efectivo, el Estado deberá convocar la participación de la comunidad médica, de personas que viven con el VIH que sean usuarios del sistema de salud, y de organizaciones que los representen, y de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala en lo que respecta a la fijación de prioridades de atención, la adopción de decisiones, la planificación y la evaluación de estrategias para la mejor atención de la salud".[131] De acuerdo con la Corte, el diagnóstico de la atención prestada a la población que vive con el VIH, ordenado al Estado, "[...] servirá de base para la elaboración de [este] mecanismo de mejoramiento de accesibilidad, disponibilidad y calidad de las prestaciones en materia de salud para la población que vive con el VIH.[132]

En segundo lugar, implementar

[...] un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud, que laboren en hospitales y unidades de atención médica que atiendan personas con VIH en Guatemala, acerca de los estándares internacionales y la legislación nacional en materia de tratamiento integral para personas que viven con el VIH. Estas capacitacio-

130 *Idem*.

131 *Idem*. Sobre la relevancia y particularidad de esta medida, véase Góngora Maas, Juan Jesús, "La Corte Interamericana y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: las virtudes del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala"*, Justicia en las Américas-Blog de la Fundación para el debido proceso, *https://dplfblog.com/2018/10/31/la-corte-interamericana-y-los-derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales-las-virtudes-del-caso-cuscul-pivaral-y-otros-vs-guatemala/*

132 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 225.

nes deberán incluir información acerca de las mejores prácticas de atención, sobre los derechos de los pacientes y las obligaciones de las autoridades. Asimismo, estas capacitaciones deberán ser impartidas, durante un tiempo razonable, por personal médico y jurídico especializado en la materia, y deberán ser realizadas con perspectiva de género.[133]

En tercer lugar,

[...] garantizar que las mujeres embarazadas tengan acceso a una prueba de VIH, y que les sea practicada si así lo desean. El Estado deberá dar seguimiento periódico a aquellas mujeres embarazadas que viven con el VIH, y deberá proveer el tratamiento médico adecuado para evitar la transmisión vertical del virus, sin perjuicio de lo establecido en [...] la [...] Sentencia. Para este fin, como lo ha hecho en otros casos, la Corte ordena al Estado diseñar una publicación o cartilla en forma sintética, clara y accesible sobre los medios de prevención de la tran[s]misión del VIH y sobre el riesgo de transmisión vertical de este, así como los recursos disponibles para minimizar ese riesgo. Dicha publicación deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados de Guatemala, tanto para los pacientes como para el personal médico. Asimismo, debe darse acceso a dicha cartilla o publicación a través de los organismos de la sociedad civil vinculados al tema.[134]

En cuarto lugar, realizar

[...] una campaña nacional de concientización y sensibilización, dirigida a personas que viven con el VIH, funcionarios públicos, y la población general, sobre los derechos de las personas que viven con el VIH, sobre las obligaciones que las autoridades tienen en su atención, y sobre la necesidad de respetar a las personas que viven con esta condición. Esta campaña deberá estar dirigida a combatir el estigma y la falta de información sobre las causas y consecuencias para la salud de las personas que viven con el VIH. Asimismo, la campaña deberá tener perspectiva de género y deberá ser comprensible para toda la población.[135]

133 *Ibidem*, párr. 227.

134 *Ibidem*, párr. 228.

135 *Ibidem*, párr. 229.

Por tanto, la sentencia *Cuscul Pivaral y otros* mantiene y fortalece la jurisprudencia de una reparación integral con enfoque de DESCA, a través de medidas con un claro nexo causal con la declaración de violación al artículo 26. En el caso, las garantías de no repetición tienen una vocación transformadora que aspira a tener un efecto correctivo de la situación de estigma, discriminación y desprotección en la que viven las personas con VIH/sida en el país. En cuanto a la supervisión de cumplimiento, la Corte también ha optado por ordenar al Estado que "inform[e] anualmente sobre los avances de las [respectivas] garantías de no repetición [...] por un periodo de tres años".[136]

Por todo lo expuesto, *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral* dan respuesta a los cuestionamientos respecto a la justiciabilidad de los DESCA y de las obligaciones estatales derivadas del artículo 26 de la Convención. Con una argumentación mucho más elaborada, y sobre la base de los métodos de interpretación establecidos en la Convención de Viena de 1969, ambas sentencias confirman que de la lectura conjunta del artículo 26 y la Carta de la OEA se derivan DESCA entendidos como derechos autónomos justiciables, cuyo contenido y alcances son determinados a la luz del *corpus iuris* internacional, interamericano y nacional pertinente. Asimismo, ambas sentencias desarrollan las obligaciones a cargo del Estado en materia de DESCA, diferenciando entre aquellas de naturaleza progresiva y aquellas de naturaleza inmediata, todas plenamente justiciables a la luz de la Convención. Por último, estas sentencias tienen la virtud de haber ordenado reparaciones integrales con enfoque DESCA, demostrando que las exigencias del nexo causal se mantienen frente a las violaciones cometidas contra dichos derechos y que, nuevamente, el Tribunal apuesta por reparaciones con efecto transformador.

IV. A modo de conclusión

La justiciabilidad del artículo 26 de la Convención quedó establecida desde 2009 en el *obiter dicta* de la sentencia del caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú,* en lo que concierne a la obligación

136 *Ibidem*, párr. 230.

estatal de no regresividad de los DESCA. Si bien en los años que siguieron la Corte guardó silencio respecto al contenido y alcances de dicho artículo, aquella mantuvo su línea de protección indirecta o por conexidad de los DESCA. No obstante, los votos separados de algunos jueces fueron anticipando la inminencia —o, en todo caso, la expectativa— de un cambio de jurisprudencia destinada a ampliar el alcance de dicha justiciabilidad. Así, el caso *Lagos del Campo vs. Perú,* de 2017, ocupará siempre un lugar en la historia de la jurisprudencia interamericana como el *leading case* de la declaración de violación de un derecho derivado de la interpretación conjunta del artículo 26 de la Convención y la Carta de la OEA —e incluso de la Declaración Americana—, a saber, el derecho a la estabilidad laboral. La existencia, el contenido y los alcances de dicho derecho fueron determinados a la luz de las legislaciones nacionales y del *corpus iuris* internacional pertinentes.

La audacia detrás de este cambio jurisprudencial despertó toda serie de reacciones: por un lado, los aplausos por su carácter histórico y representativo de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y, por otro, la crítica por las debilidades en la argumentación y el alto costo para la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano. Ciertamente, la Corte Interamericana no solo cambió su jurisprudencia al pasar de la justiciabilidad indirecta o por conexidad de los DESCA a la justiciabilidad directa de los mismos, sino también al superar la jurisprudencia emitida en 2009 en *Acevedo Buendía y otros* en la que estableció que "lo justiciable" del artículo 26 de la Convención era la obligación estatal de no regresividad de los DESCA. La rigurosa explicación de dicho cambio jurisprudencial resultaba imperativa. Sin embargo, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* reiteró la misma argumentación de *Lagos del Campo*, salvo por la precisión de que los estándares desarrollados respecto al derecho a la estabilidad laboral se aplicaban tanto en el ámbito público como en el privado. *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* reiteró también los párrafos respectivos de las dos sentencias precedentes.

Por el contrario, la sentencia del caso *Poblete Vilches y otros* representó un primer gran avance en términos de perfecciona-

miento de la argumentación. Así, la Corte no solo afirmó que la Convención Americana comprendía un catálogo de derechos que incluía a los DESCA derivados del artículo 26 de la misma, sino que también estableció que de dicho artículo se desprenden dos tipos de obligaciones del Estado, a saber, la adopción de medidas generales de manera progresiva y la adopción de medidas de carácter inmediato. Sobre las primeras, la Corte desarrolló la jurisprudencia de *Acevedo Buendía y otros* respecto a la obligación de desarrollo progresivo de los DESCA y la flexibilidad con la que debe ser entendida, sin perder de vista la rendición de cuentas y su correlato en la obligación de no regresividad. Sobre las segundas, también desarrollando la jurisprudencia de *Acevedo Buendía y otros*, recordó que el artículo 26 de la Convención está sujeto a las obligaciones generales previstas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y que, en consecuencia, los DESCA demandan tanto medidas de implementación progresiva como otras de exigibilidad y eficacia inmediatas. Asimismo, estableció que el derecho a la salud es uno de aquellos derechos derivados de la lectura conjunta del artículo 26 y la Carta de la OEA, y determinó su contenido y alcances a modo de estándares aplicables a situaciones de urgencia médica respecto de personas mayores. A partir de ello, la sentencia *Poblete Vilches y otros* analizó la violación al artículo 26 de la Convención Americana por la afectación del derecho a la salud y la violación al principio de no discriminación, propio de las obligaciones generales de respeto y garantía aplicables al artículo 26, por la afectación al mismo derecho.

Sin embargo, el caso *Cuscul Pivaral y otros* marcará un nuevo hito en la evolución de la justiciabilidad de los DESCA, ya que en la sentencia, la Corte reconoció, por primera vez de manera expresa, que el caso *Lagos del Campo* supuso un cambio de jurisprudencia y que dicho cambio ameritaba una argumentación más sólida en aras de la seguridad jurídica del Sistema Interamericano. En cuanto al contenido y alcances del artículo 26 de la Convención Americana, no solo analizó su violación por la afectación del derecho a la salud y la violación al principio de no discriminación por la afectación al mismo derecho, sino también la violación al principio de progresividad por el incumplimiento de la prohibición de inactividad en la adopción de medidas para la plena efectividad del derecho en cuestión.

Así *Cuscul Pivaral y otros* representa el primer caso en el que la Corte declaró una afectación a la obligación de desarrollo progresivo de los DESCA.

Esta nueva jurisprudencia en materia de justiciabilidad directa de los DESCA ha tenido también un impacto indiscutible en las reparaciones ordenadas por la Corte. Si bien en los primeros tres casos esto no ha sido evidente *(Lagos del Campo*, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros* y *San Miguel Sosa y otras),* desde la sentencia *Poblete Vilches y otros*, y con mayor claridad en *Cuscul Pivaral y otros*, ordenó medidas de reparación que responden al nexo causal con la declaración de violación del artículo 26, concretamente del derecho a la salud derivado del mismo. Esta justiciabilidad directa ha ampliado los alcances de la reparación integral que ha defendido la Corte Interamericana a lo largo de su jurisprudencia, poniendo énfasis en la orden de garantías de no repetición con indudables efectos transformadores.

La justiciabilidad directa de los DESCA y de las respectivas obligaciones estatales es hoy una realidad en la jurisprudencia interamericana. Tal como lo ha demostrado la Corte, dicha justiciabilidad es jurídicamente defendible, aunque no por ello libre de cuestionamientos. La Corte es consciente de esto y ha dado los pasos para resguardar la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano, a través de una mayor rigurosidad en la elaboración de los estándares en la materia. Este ejercicio de "perfeccionamiento" resulta fundamental, teniendo en cuenta que el grado de legitimidad de la jurisprudencia interamericana —y del propio Tribunal— frente a los Estados juega un papel clave para la efectividad del control de convencionalidad.[137]

[137] Burgorgue-Larsen, Laurence, "Les standards, normes imposées ou consenties ?", en Fatin-Rouge Stefanini, Marthe y Scoffoni, Guy (dirs.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ? Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu,* Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 22. Sobre el control de convencionalidad, véase Ibáñez Rivas, Juana María, *El control de convencionalidad. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, México, UNAM-IIJ-CNDH, 2017.

Bibliografía

Burgorgue-Larsen, Laurence, "La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Los avances del asunto *Acevedo Buendía vs. Perú*" en Bogdandy, Armin von *et al., Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un* ius constitucionale commune e*n América Latina*, México, UNAM, 2011.

——, "Les standards, normes imposées ou consenties ?", en Fatin-Rouge Stefanini, Marthe y Scoffoni, Guy (dirs.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ? Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu,* Aix-Marseille, PUAM, 2013.

Cerqueira, Daniel, "La justiciabilidad de los DESCA bajo la Convención Americana. Sobre la necesidad de llenar los vacíos argumentativos de la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú*", Justicia en las Américas-Blog de la Fundación para el debido proceso, de 29 de mayo de 2018, *https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/*

Courtis, Christian, "Artículo 26" en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, México-Bogotá, Fundación Konrad Adenauer-SCJN, 2014.

Cruz Rosel, Ángeles y Escoffié Duarte, Carlos Luis, "Caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*: generar información para garantizar el derecho a la salud", *Nexos,* 7 de noviembre de 2018, *https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9187&fbclid=IwAR1Ptb_7r6ToBugiyTuRZ3Y4ZnpfUMrPgXAg7b7zXFR3ikSnBcO7a42YTMY*

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia,* México, UNAM-IIJ-CNDH, 2017.

Góngora Maas, Juan Jesús, "La Corte Interamericana y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: las vir-

tudes del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*", Justicia en las Américas-Blog de la Fundación para el debido proceso, 31 de octubre de 2018, *https://dplfblog.com/2018/10/31/la-corte-interamericana-y-los-derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales-las-virtudes-del-caso-cuscul-pivaral-y-otros-vs-guatemala/*

Ibáñez Rivas, Juana María, *El control de convencionalidad. Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia,* México, UNAM-IIJ-CNDH, 2017.

——, "La dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Cançado Trindade, Antônio Augusto y Barros Leal, César (coords.), *El respeto a la dignidad de la persona humana*, IV Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos, Fortaleza, IBDH-IIDH, 2015.

Parra Vera, Óscar, J*usticiabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano,* México, CNDH, 2011.

——, "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*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Seatzu, Francesco y Úbeda de Torres, Amaya, "The Social charter of the OAS: A step forward in the enforcement of socio-economic rights in the Americas?", *Netherlands Quarterly of Human Rights,* vol. 32, núm. 2, 2014.

Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019*

*Silvia Serrano Guzmán***

I. Introducción

En los últimos tres años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dado un giro en su aproximación al momento de decidir casos en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), mediante sus sentencias en seis casos contenciosos: *Lagos del Campo vs. Perú*;[1] *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs.*

---

* Este ensayo corresponde a la autora a título personal y no compromete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni a su Secretaría Ejecutiva.

** Abogada egresada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia, Máster en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Actualmente se desempeña como Coordinadora de la Sección de Casos de la CIDH.

1 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

Perú;[2] *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela;*[3] *Poblete Vilches y otros vs. Chile;*[4] *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,*[5] y *Muelle Flores vs. Perú*.[6]

La manifestación principal de este giro jurisprudencial es que en dichas sentencias se declaró la responsabilidad internacional de los Estados concernidos por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Este trabajo pretende plantear algunas reflexiones iniciales de una lectura conjunta de estas seis sentencias y sus implicaciones en la justiciabilidad de los DESCA en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) desde una perspectiva más general que incluye —pero no se limita a— la aplicación directa del artículo 26 de la Convención.

Para ello, este capítulo se divide en cuatro partes. La primera presenta un resumen de la justiciabilidad de los DESCA por la Corte IDH antes de *Lagos del Campo,* desagregando a su vez en cuatro puntos que agrupan las distintas vías de justiciabilidad exploradas hasta ese momento. La segunda procura organizar algunas reflexiones iniciales sobre las seis sentencias desde *Lagos del Campo* hasta *Muelle Flores*, incluyendo la continuidad de la llamada conexidad y el giro propiamente respecto del artículo 26 de la Convención. La tercera incluye algunas reflexiones sobre las reparaciones ordenadas en las seis sentencias. Y en la cuarta se mencionan brevemente algunos de los casos que se encuentran actualmente en trámite ante la Corte IDH que se identifican como las próximas oportunidades para avanzar en el fortalecimiento de este giro jurisprudencial.

---

2 Corte IDH. *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.

3 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348,

4 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349

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

6 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375.

II. Breve resumen de la justiciabilidad de los DESCA por la Corte IDH antes de *Lagos del Campo*

La jurisprudencia de la Corte IDH antes del caso *Lagos del Campo* puede organizarse a partir de las distintas vías de justiciabilidad directa o indirecta de los DESCA que se desprenden del marco normativo interamericano y que se encuentran presentes en una serie de sentencias emitidas previo a 2017: *1)* mediante el artículo 26 de la Convención; *2)* mediante la llamada conexidad entre DESCA y derechos tradicionalmente considerados como civiles y políticos; *3)* mediante derechos que aplican transversalmente a toda la Convención y que proyectan su aplicación al ámbito interno, y *4)* mediante la aplicación directa del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Es importante aclarar que varios de los casos que se citan en los diferentes subtítulos de esta sección incorporan análisis que son pertinentes respecto de dos o más de estas vías. En ese sentido, en cada punto se invocan las cuestiones de las sentencias que son oportunas o que reflejan la vía de justiciabilidad que se analiza, sin perjuicio de que otros componentes de un mismo caso sean citados en otras secciones. Además, muchas de las sentencias citadas incorporan otros importantes desarrollos de la jurisprudencia interamericana en diversas temáticas que exceden el objeto de este artículo y, por tanto, no serán referidos.

2.1. Sobre el artículo 26 de la Convención[7]

Las sentencias previas a 2017 en las cuales la Corte IDH trató con algo de detalle el artículo 26 de la Convención fueron las

[7] El art. 26 de la CADH señala: "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".

emitidas en los casos "*Cinco Pensionistas*"[8] y *Acevedo Buendía y otros (Contraloría General de la República)*,[9] ambos contra Perú. Las referencias anteriores en los casos del *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*,[10] la *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*[11] y *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*,[12] fueron tangenciales y sin mayor fundamentación.

En "*Cinco Pensionistas",* la Corte IDH dijo lo siguiente sobre el alegato relativo al artículo 26 de la Convención:

---

8 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.

9 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, núm. 198.

10 Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 255. En este caso, frente a los alegatos sobre el art. 26, la Corte indicó que no era necesario pronunciarse al respecto, pues las cuestiones relativas a la vida digna, la educación y la recreación, ya habían sido valoradas bajo los arts. 4 y 5 de la Convención, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la misma y con el art. 13 del Protocolo de San Salvador.

11 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrs. 163 y 204. En este caso, la Corte IDH se refirió al art. 26 de la Convención de manera muy tangencial en dos puntos. En primer lugar, en su análisis sobre derecho a la vida digna bajo el art. 4 de la Convención, como parte del *corpus iuris* pertinente para analizar las obligaciones especiales de los Estados frente a miembros de pueblos indígenas. En segundo lugar, tomando en cuenta el allanamiento del Estado bajo dicho artículo, en la determinación de la reparación relativa al daño inmaterial, específicamente, el fondo de desarrollo comunitario.

12 Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 185. En este caso, la Corte IDH se refirió al art. 26 de la Convención también de manera muy tangencial en su análisis sobre las afectaciones a la educación de las niñas como consecuencia de las violaciones ya declaradas a los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. La Corte IDH analizó dichas afectaciones bajo el art. 19 de la Convención, en relación, entre otros, con el art. 26 del mismo instrumento, para concluir que de las mismas se desprende el deber estatal de "[...] proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual".

> Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,[13] se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.[14]

Este pronunciamiento ha sido criticado en la medida en que parece sugerir que las violaciones del artículo 26 de la Convención podrían ocurrir únicamente cuando los hechos afecten a la totalidad de la población de un país o cuando las presuntas víctimas sean representativas de la situación general prevaleciente. No se profundizará en la crítica a la sentencia del caso "*Cinco Pensionistas",* pues se considera que esta aproximación empezó a ser superada con la sentencia del caso *Acevedo Buendía,* y ya de manera consolidada mediante las seis sentencias que se comentan en este artículo.

De lo dicho por la Corte IDH en el caso *Acevedo Buendía* se destacan cinco puntos. El primero es que ratificó su competencia para examinar violaciones de "todos los derechos" establecidos en la Convención, incluyendo los referidos en el artículo 26.[15] El segundo, relativo a los trabajos preparatorios de la Convención, señalando que de los mismos se desprende que el artículo 26 provino del interés de los Estados en la incorporación de una mención directa a los derechos económicos, sociales y cultura-

---

13 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, cit*., párr. 247. En este argumento, la Corte cita: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), adoptada en el 5º Periodo de Sesiones, 1990, punto 9. U.N. Doc. E/1991/23.

14 *Idem*.

15 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, cit*., párr. 97.

les, mediante una norma que contuviera una suerte de obligatoriedad.[16] El tercero es la aplicabilidad de las normas que consagran las obligaciones generales de la Convención —artículos 1.1 y 2— al artículo 26, al igual que a los demás derechos previstos en los artículos 3 a 25 del Tratado. Esta consideración fue complementada con una referencia a la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, la perspectiva integral de los derechos humanos y la consecuente ausencia de jerarquía entre los mismos.[17]

El cuarto es la incorporación de lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) sobre la naturaleza de las obligaciones exigibles, particularmente en cuanto a las nociones de "flexibilidad" y "realización progresiva". En este punto, sobre la intención de la Corte IDH de referirse a la justiciabilidad en esta materia, es de destacar la mención a la "rendición de cuentas" en el contexto de la obligación de "realización progresiva", aunque con algo de ambivalencia en cuanto a las "instancias" a las que apunta la Corte IDH: "La implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos".[18]

Y el quinto es la mención a la prohibición de regresividad, señalando su carácter condicionado y que "[...] no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho". La Corte IDH agregó, con referencia al Comité DESC, que las medidas deliberadamente regresivas "[...] deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos [...] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga". Además, citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte IDH adelantó algo sobre la intensidad del escrutinio con el que deberán evaluarse las medidas regresivas, planteando que deben ser justifi-

16 *Idem*.

17 *Ibidem*, párrs. 100 y 101.

18 *Ibidem*, párr. 102.

cadas por "razones de suficiente peso". Concluyó la Corte IDH en este punto que la prohibición de regresividad es justiciable.[19]

Estos cinco puntos, aun con sus ambivalencias en algunas cuestiones, deben entenderse como la superación de lo dicho en "*Cinco Pensionistas",* así como las bases sobre las cuales se sustenta el giro materializado en los últimos dos años por la vía de la aplicación directa del artículo 26 de la Convención, y que será materia de análisis más adelante.

2.2. Sobre la llamada conexidad con derechos civiles y políticos

La vía más explorada de justiciabilidad de los DESCA por parte de la Corte IDH antes de 2017 es la llamada conexidad con derechos civiles y políticos. A continuación se reseñan algunos de los casos más representativos, destacando solo las cuestiones de las sentencias que incorporan los análisis por conexidad.

Un primer grupo de casos son los peruanos relacionados con incumplimientos de fallos judiciales que reconocen efectos patrimoniales derivados del derecho a la seguridad social: "*Cinco Pensionistas"* y *Acevedo Buendía*. En lo concerniente a ese punto, en ambos casos se declararon violaciones del derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de la Convención, tomando en cuenta que mediante los fallos judiciales los montos específicos de la pensión nivelada habían ingresado al patrimonio de las víctimas y, por tanto, el incumplimiento de tales fallos implicó un perjuicio a su propiedad.[20] Así, a través del artículo 21 de la Convención, se protegieron de manera indirecta contenidos del derecho a la seguridad social reconocidos mediante fallos judiciales internos. La manera en que la Corte IDH analizó estos casos

---

19 *Ibidem*, párr. 103. Asimismo, la Corte cita: Informe de Admisibilidad y Fondo núm. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú, emitido por la CIDH el 27 de marzo de 2009, párrs. 140-147.

20 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, cit*., párrs. 115 y 121, y *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, cit*., párr. 88.

permite afirmar que la misma lógica sería aplicable a otro tipo de prestaciones laborales o derivadas de la seguridad social, cuando cuenten con reconocimiento legal o por vía judicial.

Otro grupo de casos son los relacionados con el derecho a la salud en conexidad con la vida y/o la integridad personal, dentro de los que destacan: *Ximenes Lopes vs. Brasil*;[21] *Suárez Peralta vs. Ecuador*;[22] *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*,[23] y *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*.[24]

En *Ximenes Lopes,* relacionado con la muerte de una persona internada en un hospital psiquiátrico, la Corte IDH estableció la posibilidad de que los Estados comprometieran su responsabilidad internacional en el ámbito de la prestación de servicios de salud, indicando que como consecuencia del deber de garantía de los derechos a la vida e integridad personal (arts. 4 y 5 de la Convención), los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar tales prestaciones, independientemente del carácter público o privado de la entidad. Mediante este caso se pudieron desarrollar las implicaciones de estos deberes en el ámbito de la salud mental y particularmente de las instituciones psiquiátricas.[25]

En *Suárez Peralta,* relativo a una mala praxis médica que causó secuelas físicas permanentes, bajo el derecho a la integridad personal, vinculándolo con la salud humana, la Corte IDH se refirió en más detalle a los deberes de regulación, fiscalización y supervisión, indicando que los mismos deben orientarse

21 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 95.

22 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

23 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

24 Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.

25 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, cit*.

a asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las prestaciones médicas. Tomando en cuenta los hechos del caso, se puso especial énfasis en el deber de supervisar y fiscalizar la calidad del servicio, lo que implica que las condiciones sanitarias y el personal sean adecuados, que estén debidamente calificados y que se mantengan aptos para ejercer su profesión.[26]

En *Gonzales Lluy* se estudia el contagio a una niña con VIH mediante una transfusión de sangre que no fue sometida a pruebas mínimas de seguridad. La Corte IDH estableció la violación de los derechos a la vida e integridad personal, relacionados con la salud de la víctima, por incumplimiento de los deberes de supervisión y fiscalización de un banco de sangre que operaba con múltiples deficiencias. Un punto a destacar del análisis es que a pesar de que la víctima no murió, se determinó la violación del derecho a la vida, por la gravedad de la enfermedad y el consecuente riesgo al que puede estar expuesta en diversos momentos de su vida.[27]

En *Chinchilla Sandoval,* que versa sobre la falta de atención médica adecuada a una mujer privada de su libertad que padecía diabetes y que adquirió una discapacidad motriz y visual y falleció bajo la custodia del Estado, la Corte IDH analizó la responsabilidad estatal nuevamente a la luz de los derechos a la vida e integridad personal, indicando que la garantía de estos derechos para las personas privadas de libertad incluye salvaguardar su salud física y mental, lo que se incrementa por el principio de igualdad y no discriminación cuando la persona padece enfermedades graves o crónicas o cuando su salud se puede deteriorar de manera progresiva. Agregó que esta obligación puede verse condicionada, acentuada o especificada según el tipo de enfermedad.[28]

Además de estos cuatro, es importante citar dos casos más que reflejan otras formas de conexidad de componentes del derecho a la salud con uno o varios derechos tradicionalmente considerados como civiles y políticos, distintos a la vida e integridad

[26] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, cit*.

[27] Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit*.

[28] Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, cit*.

personal o al menos no exclusivamente: los casos *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*;[29] e *I.V. vs. Bolivia*.[30]

En *Artavia Murillo*, relacionado con la prohibición de acceder a la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro*, la Corte IDH analizó los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada (arts. 5, 7 y 11 de la Convención), para derivar de una lectura conjunta de los tres, un derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, incluyendo el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Agregó la Corte IDH que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva. Mediante la derivación de un derecho a la autonomía reproductiva a partir de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada, la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre los derechos reproductivos y los relacionó no solo con la libertad de las parejas y personas de decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, sino también con el derecho a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. La Corte IDH agregó el acceso a la tecnología médica necesaria, incluyendo al más alto y efectivo progreso científico.[31]

En el caso *I.V.*, relativo a la realización de una ligadura de trompas de falopio a la víctima sin haber obtenido su consentimiento informado, la Corte IDH analizó conjuntamente los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada y familiar, al acceso a la información y a fundar una familia (arts. 5, 7, 11, 13 y 17 de la Convención). Asimismo, se refirió al consentimiento en materia de salud como un elemento básico en

[29] 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, núm. 257.

[30] Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

[31] Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación* in Vitro*) vs. Costa Rica, cit*.

la práctica médica, destacando sus características de ser previo, libre, pleno e informado. Tomó en cuenta la asimetría que caracteriza la relación médico-paciente y el cambio de paradigma al respecto. Precisó que el consentimiento en materia de salud forma parte de la accesibilidad y aceptabilidad de los servicios de salud. Transversal a todo el análisis, la Corte IDH se refirió a las especificidades de dicho consentimiento cuando se trata de la salud reproductiva y, puntualmente, en el caso de las esterilizaciones de mujeres. Otro aspecto relevante del análisis bajo las disposiciones citadas es el desarrollo del contenido del deber de regulación en materia de salud reproductiva.[32]

Cabe mencionar también el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*,[33] que aborda una serie de situaciones de esclavitud, servidumbre por deudas, trabajo forzoso y trata de personas en una hacienda. En lo relevante para este trabajo, el aporte del caso es el uso del artículo 6.1 de la Convención para la calificación de ciertos supuestos de explotación laboral moderna, dentro de calificaciones jurídicas que revisten una gravedad muy elevada en el derecho internacional, siempre que estén cumplidos sus respectivos elementos constitutivos, los cuales se detallan en la sentencia.[34] Algo similar ocurrió en el caso *I.V.,* referido en el párrafo anterior, en el que además de las violaciones mencionadas, la Corte IDH calificó la esterilización no consentida como un trato cruel, inhumano y degradante bajo el artículo 5.2 de la Convención.

Los anteriores son los casos considerados en primer término cuando se habla de la justiciabilidad de los DESCA por la vía de la conexidad, siendo el elemento común de los extremos citados de cada sentencia, la incorporación de contenidos de DESCA en el análisis bajo derechos civiles y políticos. Sin embargo, a pesar de ese común denominador que puede entenderse como la estrategia propiamente de justiciabilidad de los DESCA por esta vía, de este grupo de casos es posible identificar que no existe una única

---

32 Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia, cit*.

33 Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318.

34 *Idem*.

forma de aplicar la llamada conexidad y que la misma puede servir, además de dicha estrategia, a otros fines en la argumentación de los fallos de la Corte IDH.

Así, en algunos de los casos citados, la conexidad también ha tenido el efecto de poner de manifiesto situaciones de pluriofensividad, ya sea porque un mismo hecho es generador de violaciones a varios derechos, o bien, porque distintos elementos de un hecho complejo constituyen violaciones también a varios derechos. En algunos escenarios, ciertas situaciones de pluriofensividad pueden ser simplificadas indicando que unas violaciones están subsumidas en otras. Sin embargo, en otros escenarios, la indicación de los distintos derechos violados por un mismo hecho puede ser importante para establecer el alcance completo de la responsabilidad estatal, derivar otras obligaciones en materia de verdad y justicia e incluso fijar reparaciones que sean coherentes con la integridad de las violaciones ocurridas. Dentro de estos casos de pluriofensividad se destacan aquellos en los que la situación que también involucra violaciones a algún DESCA es calificada como una violación especialmente grave conforme al derecho internacional, como la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (caso *I.V.*), o como la violación de una norma imperativa de derecho internacional, como la prohibición de la esclavitud (caso *Hacienda Verde*).

Otra finalidad lograda por algunos de los casos citados, como se indicó, ha sido la derivación de derechos no nombrados explícitamente en la Convención, como el derecho a la autonomía reproductiva o el derecho al consentimiento previo, libre, pleno e informado en materia de salud. De esta manera, ha sido el abordaje conjunto de varios derechos civiles y políticos y su relación con contenidos de DESCA el que ha servido de recurso hermenéutico y argumentativo para que tal derivación sea rigurosa y esté adecuadamente fundamentada.

Por lo anterior, es importante que los debates en cuanto al giro jurisprudencial del artículo 26 de la Convención y la manera en que el mismo se relaciona con las otras vías de justiciabilidad, particularmente, la de conexidad, tomen en cuenta que además de la estrategia de justiciabilidad detrás de estos análisis, los mismos han servido a otros fines relevantes. Como se verá, en los

seis casos decididos entre 2017 y 2019 que representan tal giro jurisprudencial, se mantienen diversos análisis por vía de conexidad equiparables a los citados en este punto, lo que permite adelantar que la Corte IDH parece inclinarse por ahora por un entendimiento que caracteriza a ambas vías como complementarias.

2.3. Mediante los derechos de aplicación transversal y que se proyectan al derecho interno

Otra de las vías indirectas de justiciabilidad de los DESCA es la que se deriva del derecho a la protección judicial (art. 25) y del principio de igualdad y no discriminación (arts. 24 y 1.1), dos derechos establecidos en la Convención que son de aplicación transversal a todos los derechos protegidos por el instrumento e incluso proyectan sus efectos al derecho interno.[35] Esta es en realidad otra forma de conexidad, pero que amerita un análisis separado, justamente por su transversalidad y proyección.

Muchos de los casos ya citados en este trabajo incluyen también violaciones del derecho a la protección judicial y del principio de igualdad y no discriminación. Sin embargo, se citan en este punto los ejemplos de casos en los cuales este ha sido uno de los análisis principales, de manera que se cumpla el propósito de visibilizarlos como una vía de justiciabilidad indirecta inde-

[35] Este carácter de ambos derechos se desprende tanto de su texto en la Convención Americana como de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los mismos. Así, por ejemplo, sobre el derecho a la protección judicial, en prácticamente toda su jurisprudencia en la materia, la Corte IDH ha indicado reiteradamente que " [...] para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos del mismo, es decir que den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley". Sobre el principio de igualdad y no discriminación, en varios casos, la Corte IDH ha definido los ámbitos de aplicación de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, precisando que el primero aplica a casos de discriminación en el ejercicio de un derecho convencional, y el segundo a casos de discriminación en la aplicación de la normativa interna. Esta delimitación es discutible e impracticable en muchos casos de igualdad y no discriminación, pero tal debate excede los fines de este análisis.

pendiente de que haya sido explorada en la jurisprudencia previa a *Lagos del Campo*.

Respecto del artículo 25 de la Convención, son representativos los casos peruanos de incumplimiento de fallos judiciales que reconocen derechos en el ámbito laboral o de seguridad social (*"Cinco Pensionistas"* y *Acevedo Buendía*), en las determinaciones de violaciones del derecho a la protección judicial y, puntualmente, del derecho a que los fallos judiciales sean efectivamente cumplidos. También es pertinente el caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, que aunque poco invocado es un buen ejemplo de justiciabilidad indirecta. En el caso se le aplicó retroactivamente a un grupo de trabajadores una norma que derogó su sistema de actualización salarial y no obtuvieron protección judicial frente a dicha aplicación retroactiva. A pesar de que la irretroactividad desfavorable en el texto de la Convención está limitada al ámbito penal y se ha extendido vía jurisprudencia al ámbito administrativo sancionatorio, en este caso se estableció una violación a la Convención por la falta de protección judicial del derecho a la irretroactividad desfavorable en materia laboral, el cual estaba previsto únicamente en la Constitución.[36]

En cuanto a los artículos 24 y 1.1 de la Convención, es representativo el caso *Duque vs. Colombia*, en el cual se analizó, bajo el principio de igualdad y no discriminación, la diferencia de trato derivada de la falta de acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobreviviente. También es representativo el caso *Artavia Murillo*, en el cual se analizó, bajo el referido principio, el impacto diferenciado y, por tanto, discriminatorio que la prohibición en el acceso a un servicio de salud, particularmente a una técnica de reproducción asistida, tuvo en las personas infértiles con base en su situación de discapacidad, su género y su situación económica.

Como se verá, conforme a los seis casos más recientes, componentes del acceso a la justicia (*Lagos del Campo, Trabajadores Cesados, San Miguel Sosa* y *Muelle Flores*) como del principio de igualdad y no discriminación (*San Miguel Sosa, Poblete Vilches*

[36] Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Serie C, núm. 223, párr. 76.

y *Cuscul Pivaral*), han sido tomados en cuenta como unas de las obligaciones de carácter inmediato que se desprenden del artículo 26 de la Convención en cuanto al derecho al trabajo, a la salud y a la seguridad social. De esta manera, se identifica que puede haber cierto traslape entre esta vía indirecta de conexidad de los DESCA y la vía que se empieza a consolidar, específicamente en cuanto a las referidas obligaciones de carácter inmediato. Sin embargo, en la misma línea del punto anterior, esto no debe llevar a restar relevancia a las violaciones de derechos civiles y políticos que coincidan con violaciones a DESCA y que ahora estén siendo materia de justiciabilidad directa por vía del artículo 26 de la Convención.

En todo caso, la justiciabilidad indirecta de los DESCA cuando existen violaciones a la protección judicial o al principio de igualdad y no discriminación sigue siendo una puerta abierta para la presentación de peticiones y casos individuales que puede ser usada, por ejemplo, frente a ciertos DESCA reconocidos en los marcos normativos internos pero cuya derivación de la Carta de la OEA presente problemas a la luz de la metodología que, como se verá, se ha venido consolidando en los casos más recientes para dicha derivación.

2.4. Mediante la aplicación directa del Protocolo de San Salvador

El artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador otorga competencia para que los órganos interamericanos conozcan peticiones individuales por posibles violaciones a los artículos 8. a, (derecho a la asociación sindical) y 13 (derecho a la educación).

La Corte IDH estableció, por primera vez, una violación directa y autónoma del artículo 13 del Protocolo de San Salvador en el caso *Gonzales Lluy*. Este caso ya fue mencionado en la sección de conexidad en lo pertinente a la responsabilidad internacional del Estado por su postura respecto del contagio. En este punto, el hecho relevante del caso es que Talía fue suspendida del colegio por, supuestamente, constituir un riesgo para sus compañeros como consecuencia de vivir con VIH. Tras referirse a su com-

petencia bajo el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador,[37] la Corte IDH tuvo la oportunidad de profundizar sobre los contenidos del derecho a la educación a la luz de las características de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Para ello, la Corte IDH se fundamentó en la Observación general 13 del Comité DESC.[38] Además de estas características generales, el caso permitió "[...] precisar algunos elementos sobre el derecho a la educación de las personas que conviven con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/sida". A partir de lo anterior, la Corte IDH se refirió a tres derechos exigibles: *i)* el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/sida; *ii)* la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/sida, y *iii)* el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social.[39]

Dado que, por la naturaleza de los hechos, el derecho a la educación en el caso fue analizado tomando en cuenta el principio de igualdad y no discriminación, la Corte IDH tuvo la oportunidad también de establecer que vivir con VIH es una categoría prohibida de discriminación bajo el rubro de "otra condición social" conforme al artículo 1.1 de la Convención[40] y, por tanto, cualquier diferencia de trato basada en la misma debe evaluarse con un escrutinio estricto en el que se invierte la carga de la prueba, recayendo sobre el Estado.[41] Esto permitió que la Corte IDH también estableciera que una diferencia de trato basada en "condición médica o enfermedad [...] debe hacerse en base a criterios médicos y la condición real de salud, tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios",[42] aun si "estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o la salud pública".[43]

---

37 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit*. párr. 234.

38 *Ibidem,* párr. 235.

39 *Ibidem,* párr. 241.

40 *Ibidem,* párr. 255.

41 *Ibidem,* párr. 256.

42 *Ibidem,* párr. 258.

43 *Idem*.

La Corte IDH consideró que lo anterior fue lo que ocurrió en el caso y determinó la violación al derecho a la educación y al principio de igualdad y no discriminación, particularmente que "[…] no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades".[44] Por último, otro aporte significativo del caso es la referencia a la noción de interseccionalidad,[45] para referirse a la naturaleza especial que tuvo la discriminación en el ámbito educativo tomando en cuenta que la víctima es una "persona con VIH, niña, mujer y viviendo en situación de pobreza".[46]

Dado que *Gonzales Lluy* es un fallo anterior al giro jurisprudencial iniciado con *Lagos del Campo*, está por verse en un caso futuro, la manera en que la Corte IDH abordará un asunto sobre el derecho a la educación o a la asociación sindical, incluidos explícitamente en la cláusula de competencia del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, cuando se trate de un Estado parte de dicho instrumento y respecto de un hecho que haya ocurrido dentro de la vigencia temporal del mismo. Puntualmente si un caso así será analizado solamente a la luz del Protocolo de San Salvador, o conjuntamente con el artículo 26 de la Convención, y la manera en que se articularán tales análisis a la luz de la naturaleza de las obligaciones exigibles según cada instrumento.

III. Reflexiones iniciales sobre *Lagos del Campo, Trabajadores Cesados, San Miguel Sosa, Poblete Vilches, Cuscul Pivaral* y *Muelle Flores*

Como se dijo, la sentencia del caso *Lagos del Campo* marcó un giro jurisprudencial en materia de justiciabilidad de los DESCA, al establecer por primera vez una violación autónoma y directa del artículo 26 de la Convención. Esta sentencia estuvo seguida por las emitidas en *Trabajadores Cesados*, *San Miguel Sosa*, *Poble-*

44 *Ibidem,* párr. 274.

45 *Ibidem,* párr. 290.

46 *Ibidem,* párr. 291.

te Vilches, *Cuscul Pivaral* y *Muelle Flores*. Esta segunda sección del ensayo se divide en dos grupos: 1. la continuidad de los análisis por conexidad, y 2. la aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la Convención.

3.1. La continuidad de los análisis por conexidad

Un primer punto en el que coinciden las seis sentencias es que en todas ellas concurren —con la aplicación directa del artículo 26 de la Convención— análisis de derechos civiles y políticos equiparables a los descritos en la primera parte de este trabajo en lo relativo a la conexidad.

La diferencia entre estos casos y los anteriores es que la llamada conexidad ya no debe ser entendida necesariamente como una herramienta hermenéutica y argumentativa para justificar una justiciabilidad indirecta de los DESCA, en la medida en que el giro jurisprudencial de la Corte IDH respecto del artículo 26 de la Convención permitiría dicha justiciabilidad de manera directa. Así, es posible dejar de lado la idea de jerarquía o subordinación que para algunos ha ensombrecido los análisis por conexidad. En ese sentido, una manera de ver hacia el futuro la concurrencia de la determinación de violaciones bajo el artículo 26 de la Convención, con violaciones de derechos civiles y políticos, puede ser más bien como una manifestación de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, con el necesario desafío de ir articulando los análisis en diferentes supuestos, así como la manera de resolver posibles situaciones de traslape y subsunción de violaciones. Esto debe realizarse con criterios claros, de manera consistente y sin perder de vista que existen situaciones en las cuales el análisis de todos los derechos involucrados sigue siendo útil y pertinente, por ejemplo, por algunas de las razones que se adelantaban anteriormente.

A continuación, se describen y realizan algunas consideraciones sobre los análisis por conexidad que se identifican entre *Lagos del Campo* y *Muelle Flores* y sus respectivos aportes. Esto con la finalidad de visibilizar el impacto más integral de estas sentencias en materia de justiciabilidad de los DESCA, y no ex-

clusivamente con ocasión de la aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la Convención. Se aclara que lo que se cita en adelante no constituye la totalidad del análisis de la Corte IDH en cada caso, sino únicamente los extremos en las consideraciones sobre otros derechos de la Convención que guardan alguna relación con los DESCA.

3.1.1. En el caso Lagos del Campo: *aportes en el análisis de los derechos a la libertad de expresión, libertad de asociación, garantías judiciales y protección judicial*

El tema del caso se puede resumir en el despido —por parte de un empleador privado— de un trabajador que a su vez era representante de trabajadores, como consecuencia de sus manifestaciones sobre temas de interés público, y la posterior denegación de justicia frente a dicho despido arbitrario.

En el análisis de la violación del derecho a la libertad de expresión (art. 13 de la Convención), la Corte IDH señaló que tal derecho "[...] es una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser".[47] Agregó que la libertad de expresión "resulta particularmente aplicable en contextos laborales", que los deberes estatales se extienden a la garantía de ese derecho en el ámbito privado y que cuando existe un "interés general o público" se requiere de un nivel reforzado de protección, especialmente respecto de quienes ejercen cargos de representación de trabajadores.[48] La Corte IDH señaló que la emisión de información concerniente al ámbito laboral "por lo general, posee un interés público"[49] y que las declaraciones del señor Lagos del Campo tenían, por esa razón, protección reforzada.[50] En la aplicación del

47 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párr. 91.

48 *Ibidem*, párrs. 96 y 108.

49 *Ibidem*, párr. 111.

50 *Ibidem*, párr. 116.

test habitual en casos de restricciones a la libertad de expresión mediante responsabilidades ulteriores, la Corte IDH tomó en cuenta que la sanción impuesta —el despido del trabajador— "puede constituir la máxima sanción de la relación laboral", por lo que la misma debe estar fundamentada en una necesidad imperiosa.[51] Entre otras fuentes, en este análisis la Corte IDH tomó en cuenta la Recomendación núm. 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores.[52]

En el análisis de la violación del derecho a la libertad de asociación (art. 16 de la Convención), la Corte IDH recordó que este derecho protege la constitución y funcionamiento de organizaciones sindicales[53] y destacó nuevamente la importancia que el derecho internacional le ha otorgado a la asociación sindical.[54] El aporte del caso *Lagos del Campo* en este punto es la extensión de la protección de la libertad de asociación en el contexto laboral, "a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores".[55] Aquí, la Corte IDH acudió nuevamente, entre otras, a fuentes de la OIT.[56] Agregó que las autoridades nacionales deben garantizar que la imposición de sanciones no genere un efecto disuasivo en el derecho de los representantes a expresar y defender los intereses de los trabajadores.[57] En esta línea, tomando en cuenta el rol de representante de trabajadores que tenía la víctima, se destaca que la violación del derecho a la libertad de asociación se declaró no solo en su dimensión individual, sino colectiva, por el efecto amedrentador e intimidante de la represalia.[58] La conexidad en este punto resultó explícita en la conclusión, pues la Corte IDH declaró la violación de los artículos 16.1 y 26 de la Convención, en relación con los

51 *Ibidem*, párr. 125.

52 *Ibidem*, párr. 126.

53 *Ibidem*, párr. 156.

54 *Ibidem*, párr. 157.

55 *Ibidem*, párr. 158.

56 *Ibidem*, párrs. 159 y 160.

57 *Ibidem*, párr. 161.

58 *Ibidem*, párr. 162.

artículos 1.1, 13 y 8 del mismo tratado, sin perjuicio del análisis independiente que luego se hizo del artículo 26.[59]

Otra referencia se encuentra en el análisis de la violación a los artículos 8 y 25 de la Convención, en el cual la Corte IDH indicó que un despido arbitrario "hace cesar la condición misma de trabajador, o sea, se lo expulsa de una categoría y se le priva de un derecho fundamental y en ocasiones indispensable para la supervivencia y realización de otros derechos". Agregó que la lesión "arbitraria a la estabilidad laboral es susceptible de afectar incluso la propia identidad subjetiva de la persona e incluso trascender, afectando a terceros vinculados".[60] De lo anterior, la Corte IDH determinó la exigencia de una amplia protección judicial, reforzada por la condición de la víctima.[61]

3.1.2. En el caso San Miguel Sosa: *aportes en el análisis de los derechos políticos, igualdad y no discriminación, libertad de expresión, garantías judiciales y protección judicial*

El caso versa sobre la separación del cargo de tres funcionarias públicas como represalia por haber firmado una convocatoria a referendo revocatorio contra el entonces presidente de la República, Hugo Chávez Frías.

En el análisis de la violación a los derechos políticos y la existencia de discriminación política (arts. 23 y 1.1 de la Convención), puntualmente en la determinación de si lo ocurrido en el caso fue una desviación de poder, la Corte IDH realizó consideraciones que implican una protección a los trabajadores del sector público —aun cuando tengan contratos de libre remoción— contra despidos motivados por el ejercicio de los derechos políticos. En efecto, la Corte IDH declaró la desviación de poder ante la falta de una explicación concreta del despido y la multiplicidad de indicios sobre una verdadera motivación política, "[…] más allá de la naturaleza del vínculo […] con la administración públi-

59 *Ibidem*, párr. 163.

60 *Ibidem*, párr. 189.

61 *Ibidem*, párr. 190.

ca, o de la necesidad de determinar si —en virtud de una cláusula en su contrato— la autoridad respectiva tenía o no una facultad discrecional para darlo por terminado en cualquier momento, incluso sin motivación".[62]

Cabe mencionar que en este caso, la Corte IDH reiteró lo señalado en *Lagos del Campo* respecto del artículo 13 de la Convención, en cuanto a las protecciones derivadas del derecho a la libertad de expresión en contextos laborales.[63]

Por último, en el análisis de la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, la Corte IDH estableció algunos parámetros probatorios y de motivación que deben aplicar las autoridades judiciales cuando conocen casos de alegada discriminación encubierta en el ámbito laboral. Indicó que los jueces deben analizar "la motivación o finalidad real del acto impugnado más allá de las razones formales invocadas por la autoridad recurrida", así como "los elementos contextuales e indiciarios relevantes". Esto, en la medida en que "es prácticamente imposible para el recurrente demostrar 'fehacientemente' un nexo causal, con pruebas directas, entre un trato discriminatorio y la decisión formal de terminar los contratos".[64]

3.1.3. En los casos Poblete Vilches *y* Cuscul Pivaral: *aportes en el análisis de los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, vida privada y libertad de expresión*

El caso *Poblete Vilches* aborda el fallecimiento de una persona mayor tras un segundo ingreso a un hospital público sin que se le hubiera brindado el tratamiento de emergencia que requería. Además, en el primer ingreso al hospital fue dado de alta de manera prematura y tuvieron lugar una serie de omisiones en la prestación de la atención médica. Las intervenciones se dieron sin el consentimiento informado de sus familiares.

62 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit*., párrs. 149 y 150.

63 *Ibidem,* párr. 155.

64 *Ibidem*, párrs. 192 y 195.

El caso *Cuscul Pivaral* estudia los hechos de la falta prácticamente absoluta de atención en salud a instancias del Estado respecto de un grupo de personas que viven o vivían con VIH durante un periodo de tiempo, seguida de una atención deficiente a partir de cierto momento. Un grupo de víctimas falleció tras haber contraído sida y como consecuencia de enfermedades oportunistas. Otras víctimas estuvieron expuestas al riesgo de que les ocurriera lo mismo y sufrieron diversas afectaciones en su salud.

3.1.3.1. En cuanto a los derechos a la vida y a la integridad personal

En el análisis del derecho a la vida, que en el caso *Poblete Vilches* se efectúa después del análisis del artículo 26 de la Convención, la Corte IDH señaló que la controversia que debía resolver en este punto era "si existen elementos que acrediten que las acciones u omisiones del Estado hayan derivado en la muerte del paciente".[65]

A diferencia de los demás casos, en esta oportunidad, el análisis bajo el derecho civil y político, particularmente el derecho a la vida, parece representar cierto retroceso.

En primer lugar, la Corte IDH empieza el análisis señalando que "en materia de salud [...] no toda muerte acaecida por negligencias médicas debe ser atribuida al Estado internacionalmente"[66] y que para ello "corresponderá atender las circunstancias particulares del caso".[67]

Aunque esta afirmación parece en principio razonable, es importante aportar algunos elementos del contexto. La misma proviene de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Lopes de Sousa Fernándes vs. Portugal,* de diciembre de 2017, que restringe los supuestos en los cuales se puede declarar violación de la dimensión sustantiva del derecho a la vida (tomando en cuenta que en el Sistema Europeo de Derechos Humanos la distinción entre las dimensiones sustantiva y

65 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párr. 144.

66 *Ibidem,* párr. 147, en este caso, la Corte citó: TEDH. *Caso Lopes de Sousa Fernandes vs. Portugal*. Sentencia de 19 de diciembre de 2017, (Req. núm. 5608/13), párrs. 194-196.

67 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párr. 147.

procesal de los derechos se encuentra consolidada en comparación con el Sistema Interamericano). De hecho, en esta sentencia citada por la Corte IDH en el caso *Poblete Vilches*, la Gran Sala del TEDH revocó la decisión de Sala emitida en diciembre de 2015, en la cual sí se estableció la violación de la dimensión sustantiva del derecho a la vida, como consecuencia de la muerte de la víctima tras no recibir la atención posoperatoria que requería.[68]

Cabe mencionar que en el informe de fondo de la CIDH en el mismo caso *Poblete Vilches* se utilizó la decisión de la Sala que fue posteriormente revocada por la Gran Sala, justamente durante el litigio ante la Corte IDH. El uso de esta decisión fue importante en el informe de fondo de la CIDH, pues en él se estableció, para el caso y como estándar, que para acreditar la violación del derecho a la vida por una prestación inadecuada de un servicio de salud, era suficiente demostrar que la muerte fue seguida de la prestación inadecuada, sin que fuera necesario especular sobre la posibilidades de supervivencia de la persona en caso de que dicha situación no hubiera ocurrido, justamente porque ello no siempre es fácilmente demostrable.[69]

Apoyándose en la decisión de la Gran Sala en el mencionado caso contra Portugal, la Corte IDH fijó un estándar conforme al cual, en caso de muerte en el ámbito de la prestación de un servicio de salud, cuando no se trate de situaciones de urgencia médica o tratamientos médicos esenciales, es necesario acreditar además de la negligencia médica grave, el nexo causal. Es una exigencia probatoria más alta que se desprende de una decisión al parecer restrictiva de la Gran Sala del TEDH que atiende a las dinámicas propias de dicho sistema en materia de dimensiones procesales y sustantivas,[70] y que no había estado presente en la jurisprudencia de la Corte IDH, al menos en esos términos.[71]

---

68 *Ibidem,* párrs. 110 y 114.

69 CIDH. Informe núm. 1/16. Caso. 12965. Fondo. Vicente Antonio Poblete Vilches y familiares *vs.* Chile, párrs. 134 y 135.

70 En algunos casos aislados, esta aproximación ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte IDH, pero actualmente está lejos de entenderse como consolidada en el Sistema Interamericano. Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C, núm. 352.

71 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párr. 148.

Aunque la Corte IDH señaló que en esta evaluación se deberá atender a la posible situación especial de vulnerabilidad de la persona afectada,[72] y en el caso sí se estableció la violación del derecho a la vida del señor Poblete Vilches,[73] será necesario evaluar en casos futuros la manera en que operará esta exigencia probatoria aparentemente más estricta en este tipo de casos para la determinación de violaciones del derecho a la vida.

Cabe mencionar que en *Cuscul Pivaral*, la Corte IDH reiteró lo indicado en *Poblete Vilches* sobre la exigencia del nexo causal para acreditar la violación del derecho a la vida.[74]

En el análisis del derecho a la integridad personal, la Corte IDH sostuvo lo dicho en los casos anteriores sobre conexidad, en cuanto a que "la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculada con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención". Además, confirmó lo relativo al deber de regulación de los servicios de salud y la implementación de mecanismos para asegurar la efectividad de dicha regulación, citando, entre otros, la Observación general 14 del Comité DESC.[75]

Al evaluar los hechos del caso y sobre la base de lo ya analizado en la sentencia bajo el artículo 26 de la Convención en cuanto a las omisiones en la atención brindada y la manera en que las mismas contribuyeron al deterioro de la salud de la víctima, la Corte IDH apuntó a los sufrimientos durante al menos cinco días y declaró la violación del derecho a la integridad personal.[76]

La conexidad en este punto se hizo explícita en la conclusión sobre los derechos a la vida e integridad personal, cuya violación fue declarada en relación con los derechos a la salud y no discriminación establecidos en los artículos 26 y 1.1 de la Convención.[77]

---

72 *Idem*.

73 *Ibidem,* párr. 151.

74 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*. párr. 156.

75 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párr. 152.

76 *Ibidem,* párr. 155.

77 *Ibidem,* párr. 156.

3.1.3.2 En cuanto al consentimiento informado en materia de salud, incluyendo consentimiento por sustitución o representación

En el caso *Poblete Vilches,* la Corte IDH relacionó el derecho de acceso a la información (art. 13 de la Convención) con el derecho a la salud bajo el artículo 26 del tratado, al indicar que, dado que el consentimiento informado es parte del derecho a la salud, el acceso a la información "adquiere un carácter instrumental para garantizar y respetar" dicho derecho. La Corte IDH indicó que "el derecho al acceso a la información es una garantía para hacer realidad la derivación del derecho contemplado en el artículo 26 de Convención, con la posibilidad de que se acrediten otros derechos relacionados, de acuerdo con las particularidades del caso en concreto".[78] En términos de las especificidades del derecho al consentimiento informado en materia de salud, la Corte IDH reiteró lo dicho en el caso *I.V.*,[79] ya referido en la primera sección de este trabajo.

La novedad que plantea el caso *Poblete Vilches* en esta materia es la relativa al consentimiento por representación o sustitución. La Corte IDH señaló que aquel "se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación a su salud, por lo cual esta potestad le es otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley". Agregó que, en todo caso, se deben tomar en cuenta las capacidades evolutivas del paciente y su condición actual para brindar el consentimiento.[80]

En cuanto a los distintos derechos involucrados, la Corte IDH reiteró lo indicado en el caso *I.V.* e indicó "[...] que la necesidad de obtención del consentimiento informado protege no solo el derecho de los pacientes a decidir libremente si desean someterse o no a un acto médico, sino que es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y garantía de distintos derechos humanos reconocidos por la Convención Americana, como lo son la digni-

78 *Ibidem,* párr. 160.

79 *Ibidem,* párrs. 161 y 162.

80 *Ibidem,* párr. 166.

dad, libertad personal, integridad personal, incluida la atención a la salud, la vida privada y familiar".[81]

3.1.4. En el caso Muelle Flores: *aportes en el análisis de los derechos a la protección judicial, a las garantías judiciales, a la integridad personal, a la dignidad y a la propiedad privada*

El caso se relaciona con la falta de cumplimiento, por más de 26 años, de un fallo judicial firme emitido en un juicio de amparo. En dicha sentencia se determinó que el señor Muelle Flores —quien se jubiló de una empresa minera estatal— tenía derecho a la pensión nivelada conforme al régimen previsto en un decreto cuya aplicación en su favor fue suspendida por la empresa.

Este caso es muy similar a los casos "*Cinco Pensionistas*" y *Acevedo Buendía,* los cuales ya fueron referidos en la primera sección de este trabajo, con la particularidad de que plantea adicionalmente la cuestión de la privatización cuando ya existía un fallo judicial firme en contra de la empresa estatal, como uno de los factores que obstaculizaron el cumplimiento de dicho fallo que había ordenado el pago de la pensión nivelada.

Así, en el análisis del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la Convención, la Corte IDH analizó este aspecto que resulta novedoso y que podría tener incidencia en casos futuros vinculados al incumplimiento de fallos judiciales en contextos de privatización con un impacto en los derechos sociales de los trabajadores y jubilados.

Uno de los aportes se relaciona con la aplicación del estándar de debida diligencia propio del deber de garantía previsto en el artículo 1.1 de la Convención. Así, la Corte estableció la responsabilidad del Estado por privatizar la empresa "sin adoptar medidas con la debida diligencia requerida para evitar que dicha transferencia afectara el cumplimiento de la obligación del pago de la pensión del señor Muelle Flores".[82] La Corte IDH tradujo este estándar de debida diligencia, en primer lugar, en la

[81] *Ibidem,* párr. 170.

[82] Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit*., párr. 133.

necesidad de que el Estado regulara claramente "[...] quién sería el responsable del pago de la pensión del señor Muelle Flores, generó una situación de incertidumbre sobre su cobro, lo cual, a su vez, generó un obstáculo en el cumplimiento y ejecución de la sentencia".[83] Además, la Corte IDH se refirió a la obligación de los Estados, en cabeza del poder judicial, de hacer cumplir sus decisiones mediante las determinaciones correspondientes frente a controversias respecto de la obligada a cumplir[84] y aun cuando dicha obligada sea una empresa privada.[85]

Otro aporte que se encuentra presente tanto en el análisis del derecho a la protección judicial con fundamento en el artículo 25 de la Convención como en la garantía de plazo razonable bajo el artículo 8.1 del mismo instrumento es la "especial diligencia y celeridad" que se establece que le era exigible al Estado para lograr el cumplimiento de la sentencia, tomando en cuenta que se trataba de una prestación vinculada al derecho a la seguridad social de una persona mayor[86] con discapacidad auditiva. Así, dentro de los elementos para exigir un "criterio reforzado de celeridad", la Corte IDH enfatizó en varias oportunidades que la pensión tiene un carácter alimentario y sustitutivo del salario,[87] agregando su relación también con la posibilidad del señor Muelle Flores de acceder al sistema público de salud, lo cual era de especial relevancia como persona de escasos recursos económicos.[88]

Adicionalmente, en esta sentencia, la Corte IDH invocó el principio *iura novit curia* para determinar también violaciones al derecho a la integridad psicológica y a la dignidad humana del señor Muelle Flores, establecidos en los artículos 5.1 y 11 de la Convención. La Corte IDH fundamentó la pertinencia de la invocación de estos derechos en que "[...] la ausencia de recursos económicos ocasionada por la falta de pago de las mesadas pensionales genera en una persona mayor directamente un menoscabo en

83 *Ibidem*, párrs. 134 y 137.

84 *Ibidem*, párr. 143.

85 *Ibidem*, párr. 142.

86 *Ibidem*, párr. 148.

87 *Ibidem*, párrs. 157 y 162.

88 *Idem*.

su dignidad, pues en esta etapa de su vida la pensión constituye la principal fuente de recursos económicos para solventar sus necesidades primarias y elementales del ser humano". Agregó que esta situación genera necesariamente "angustia, inseguridad e incertidumbre en cuanto al futuro de una persona mayor por la posible falta de recursos económicos para su subsistencia" y que en el caso se generó una afectación a su calidad de vida, tratándose de una persona "en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad".[89]

3.2. La aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la Convención

Para organizar la descripción y consideraciones sobre la aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la Convención en las seis sentencias, se toma como punto de partida la redacción de dicha disposición y los consecuentes desafíos interpretativos derivados de aquella. Tales desafíos son de, al menos, dos órdenes. El primero, relativo a la determinación de cuáles son los derechos protegidos tomando en cuenta la remisión a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, y el segundo, relativo a la naturaleza de las obligaciones exigibles, tomando en cuenta, por una parte, la aplicabilidad de las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y, por la otra, la referencia en la norma a la progresividad y al máximo de los recursos disponibles.[90]

De las seis sentencias es posible identificar que en las tres primeras —*Lagos del Campo, Trabajadores Cesados* y *San Miguel*

[89] *Ibidem*, párrs. 205-207.

[90] Estos dos niveles de análisis ya habían sido referidos por la CIDH en 2009, en el Informe de Admisibilidad y Fondo 38/09. Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras, *cit*. El primer análisis se realiza en los párrs. 130-133, mientras que el segundo en los párrs. subsiguientes. Tratándose de un caso en que se alegaba que una reforma constitucional y legal era contraria a la prohibición de regresividad, en el segundo nivel de análisis, la CIDH se concentró en dicha prohibición.

Sosa—, el primer nivel de análisis es el más desarrollado, pues se ofrece cierta claridad sobre la metodología para la determinación de los derechos protegidos. Sin embargo, en las tres sentencias se identifica una omisión argumentativa importante con relación con el segundo nivel de análisis. En los casos *Poblete Vilches, Cuscul Pivaral* y *Muelle Flores*, la Corte IDH empieza a abordar, al menos conceptualmente, el segundo nivel de análisis, distinguiendo entre obligaciones inmediatas y de realización progresiva. Sin embargo, persiste cierta ambigüedad e incluso traslape, lo que se ve reflejado particularmente en la sentencia del caso *Cuscul Pivaral*, pues de las seis, esta es la única que entra a un análisis de ambos tipos de obligaciones.

A continuación, se detallan los contenidos principales de las sentencias y se formulan algunas consideraciones, agrupándolas conforme a este diagnóstico inicial.

3.2.1. Los casos Lagos del Campo, Trabajadores Cesados *y* San Miguel Sosa, *y su aporte en cuanto a la metodología para la derivación de los derechos protegidos por el artículo 26*

En *Lagos del Campo*, la Corte IDH partió del reconocimiento de la derivación textual del artículo 26 de la Convención y, para efectos de identificar "los derechos laborales protegidos", citó en primer lugar los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta de la OEA que establecen que "el trabajo es un derecho y un deber social", que implica "salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos". Agregó que dichos artículos señalan el derecho de los trabajadores y trabajadoras a "asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses" y que los Estados deben "armonizar la legislación social" para la protección de tales derechos.[91]

En segundo lugar, recordó lo dicho en su Opinión consultiva 10/89 sobre la relación entre la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración) y la Carta de la OEA, específicamente en cuanto a que la primera "contiene y

[91] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párr. 143.

define" los derechos humanos esenciales a los que se refiere la segunda.[92]

Establecida esta relación y recordando también que en dicha Opinión consultiva se determinó que la Declaración es fuente de obligaciones internacionales, la Corte IDH citó su artículo XIV relativo al derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente la vocación. La pertinencia del uso de la Declaración en este ejercicio también fue sustentada por la Corte IDH en la regla de interpretación establecida en el artículo 29.d de la Convención que indica que la misma no puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar los efectos que pueda producir la Declaración.[93]

En tercer lugar, acudió al reconocimiento del derecho al trabajo en "diversas leyes internas de los Estados de la región", invocando las constituciones de 20 Estados.[94]

Y en cuarto lugar, hizo referencia a "un vasto *corpus iuris* internacional" que reconoce el derecho al trabajo, acudiendo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la Carta Social de las Américas, el Protocolo de San Salvador, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta Social Europea y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana).[95]

Cabe mencionar que el derecho que la Corte IDH indicó explícitamente que derivó de la metodología anterior fue el "derecho a la estabilidad laboral".[96]

Una vez establecido lo anterior, describió en varios párrafos los contenidos del derecho al trabajo relevantes para el análisis

92 *Idem*.

93 *Ibidem*, párr. 144.

94 *Ibidem*, párr. 145.

95 *Idem*.

96 *Ibidem*, párr. 146.

del caso.[97] Citando la Observación general 18 del Comité DESC, se refirió al derecho "a no ser privado injustamente del empleo" y a la obligación de protección frente a actores no estatales. También citó el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo que incluye la legalidad del despido, la necesidad de ofrecer motivos válidos y el derecho a "recursos jurídicos efectivos". Agregó la Recomendación 143 de la OIT sobre representantes de los trabajadores.[98] Con base en lo anterior, la Corte IDH fijó cuatro obligaciones para la protección del que denominó "derecho a la estabilidad laboral" en el ámbito privado: *i)* regulación y fiscalización; *ii)* protección a través de órganos competentes contra el despido injustificado; *iii)* en caso de despido injustificado, otorgar remedios como la reinstalación o indemnización y "otras prestaciones previstas en la legislación nacional", y *iv)* el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva del derecho.[99]

Acto seguido, la Corte IDH estableció la violación del artículo 26 de la Convención en el caso por la falta de protección frente a la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros, pues "no se le reinstaló en su puesto de trabajo ni recibió ninguna indemnización ni los beneficios correspondientes".[100]

En *Lagos del Campo,* la Corte IDH no realiza consideración alguna sobre el segundo nivel de análisis que como se indicó arriba, se deriva de la redacción del artículo 26 de la Convención.

Las sentencias de los casos *Trabajadores Cesados* y *San Miguel Sosa,* son prácticamente idénticas a la de *Lagos del Campo,* pues se citaron textualmente los mismos motivos por los cuales el derecho al trabajo está protegido por el artículo 26 de la Convención, al igual que los contenidos relevantes del derecho al trabajo.[101] El contenido de tal derecho aplicado en *Trabajadores Cesados* y *San Miguel Sosa,* fue el "acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito

97 *Ibidem,* párr. 147.

98 *Ibidem,* párr. 148.

99 *Ibidem,* párr. 149.

100 *Ibidem,* párrs. 151 y 153.

101 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, cit*., párr. 192, y *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit*., párr. 220.

privado de las relaciones laborales"[102] y en *San Miguel Sosa* con referencia también a la no discriminación.

Por la naturaleza de los hechos en estos tres casos, esta calificación jurídica bajo el artículo 26 de la Convención, se sustenta casi integralmente en el análisis que fundamentó las demás violaciones en el caso. Es decir, en la determinación de la arbitrariedad de los despidos bajo otras normas sustantivas de la Convención, o bien, en la denegación de justicia frente a dichos despidos.

3.2.2. Los casos Poblete Vilches, Cuscul Pivaral *y* Muelle Flores *y sus precisiones adicionales en cuanto a competencia y derivación de los derechos protegidos; e inicio del abordaje de la naturaleza de las obligaciones exigibles*

3.2.2.1 Precisiones en cuanto a la competencia sobre el artículo 26 de la Convención a la luz de los artículos 62 y 63 del tratado

Un elemento que distingue la sentencia del caso *Cuscul Pivaral* de las cuatro anteriores es el amplio desarrollo argumental que realiza para concluir, por una parte, que del artículo 26 de la Convención se desprenden derechos concretos y, por otra, que la Corte IDH tiene la competencia para establecer violaciones a tales derechos y fijar las respectivas reparaciones.

Como se indicó anteriormente, estas dos cuestiones habían sido claramente establecidas en 2009 en *Acevedo Buendía* y, por tanto, en los casos *Lagos del Campo*, *Trabajadores Cesados*, *San Miguel Sosa* y *Poblete Vilches*, no había sido necesario ratificar detalladamente tales presupuestos básicos. En *Cuscul Pivaral,* la Corte IDH explica la necesidad de motivar a profundidad respecto de estos dos puntos en el principio de seguridad jurídica.[103]

Con base en esa necesidad expresada de explicar el giro jurisprudencial, la Corte IDH aplicó una interpretación lite-

[102] Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, cit*., párr. 193, y *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit*., párrs. 221 y 222.

[103] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 74.

ral,[104] sistemática[105] y teleológica,[106] acudiendo finalmente al criterio complementario de los trabajos preparatorios,[107] para reafirmar lo ya indicado desde *Acevedo Buendía:* que el artículo 26 de la Convención protege derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA; que el alcance de tales derechos están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 del tratado, y que pueden ser sujetos de supervisión de la Corte IDH. Agregó que lo anterior se fundamenta también en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos. Por último, indicó que corresponderá determinar en cada caso si de la Carta de la OEA se deriva "explícita o implícitamente" un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención y los alcances de dicha protección.[108]

Se observa que en varios puntos de esta sección de la sentencia se procura dar respuesta a algunos de los argumentos esbozados en los votos disidentes de los anteriores fallos, particularmente los del juez Humberto Sierra Porto, dentro de los cuales se destacan las razones por las cuales el Protocolo de San Salvador no puede ser entendido como una limitación de las competencias de la Corte IDH bajo la Convención. Es posible que esta sección de la sentencia, que ratifica cuestiones superadas muchos años antes de *Lagos del Campo*, se explique por la necesidad de la mayoría de dar respuesta, en el fallo, a algunos de los cuestionamientos más fuertes de los votos disidentes y concurrentes de las cuatro sentencias anteriores.

En el caso *Muelle Flores,* en el cual el Estado concernido interpuso expresamente una excepción preliminar de falta de competencia de la Corte IDH para pronunciarse sobre el artículo 26 de la Convención, la Corte IDH se remitió a la interpretación más completa en la materia realizada en el caso *Cuscul Pivaral*.[109]

104 *Ibidem,* párrs. 76-81.

105 *Ibidem,* párrs. 82-89.

106 *Ibidem,* párrs. 90-93.

107 *Ibidem,* párrs. 94-96.

108 *Ibidem,* párr. 97.

109 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit*., párrs. 33-37.

3.2.2.2. Precisiones en cuanto a la derivación de los derechos protegidos

Como se indicó, la cuestión de la derivación de los derechos protegidos, correspondiente al primer nivel de análisis, fue la más desarrollada en el caso *Lagos del Campo* y luego reiterada textualmente en *Trabajadores Cesados* y *San Miguel Sosa*. De estos tres casos ya es posible concluir con claridad que el derecho al trabajo está protegido por el artículo 26 de la Convención, pero principalmente que existe una metodología para realizar esta derivación. Dado que los elementos centrales de esta metodología (derivación de la Carta de la OEA y referencia a la Declaración Americana) de los tres primeros casos se mantiene en términos generales en *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral* y, como se verá, en *Muelle Flores* exclusivamente sobre la base de la Carta, en este punto se mencionan algunas particularidades de estas tres sentencias respecto de este ejercicio, el cual dio lugar a la derivación de los derechos a la salud y a la seguridad social como derechos protegidos.

Una particularidad en el caso *Poblete Vilches* es que la Corte IDH finaliza su fundamentación sobre la derivación propiamente, tras las referencias a la Carta de la OEA y a la Declaración, para concluir tras tales referencias que "el derecho a la salud es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención".[110] Las referencias a la legislación interna y al *corpus iuris* internacional se incluyen después de esta derivación y con la finalidad de "verificar el alcance y contenido de este derecho" para efectos del caso.[111]

En *Cuscul Pivaral*, y siguiendo la línea de lo ocurrido en los tres primeros casos sobre el mismo derecho, hubiera sido deseable que en el punto de la derivación del derecho a la salud, por razones de consistencia, la Corte IDH se remitiera a lo dicho en el caso *Poblete Vilches*, tratándose del mismo derecho involucrado; sin embargo, se observa que la fundamentación de la derivación del derecho a la salud en *Cuscul Pivaral* no es la misma. Algo que llama la atención, por ejemplo, del ejercicio de derivación en el caso *Cuscul Pivaral*, que no estaba presente en el caso *Poblete*

110 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párr. 110.

111 *Idem*.

Vilches, es la referencia a que el derecho a la salud se deriva de manera "implícita"[112] de la Carta de la OEA, con referencia a su relación con la seguridad social, sin invocar en este punto y para esta determinación, las referencias explícitas y autónomas contenidas en la Declaración Americana que, conforme a la propia metodología ya consolidada y la Opinión consultiva 10, se había establecido como fundamental para determinar los derechos que se derivan de la Carta. De hecho, la Declaración se cita en los párrafos siguientes, pero en la motivación sobre el alcance y contenido del derecho y no para el citado ejercicio de derivación.[113]

En *Muelle Flores,* la Corte IDH indica que es la primera vez que se referirá a si el derecho a la seguridad social se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención, cuestión a la que responde afirmativamente. Llama la atención que, en este caso, el ejercicio de derivación se realiza exclusivamente con referencia a diversas disposiciones de la Carta de la OEA sin incluir referencias a la Declaración Americana o a otras fuentes denominadas en los otros casos como parte del *corpus iuris* relevante en este primer paso del análisis. Así, al señalar que "considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA",[114] la Corte IDH pareciera indicar que no resulta necesario acudir a las referidas fuentes adicionales dado el grado de especificidad de las referencias en la propia Carta. Esto, sin embargo, contrasta con el hecho de que la Corte IDH indica que el reconocimiento a la seguridad social en la Carta es de carácter implícito, calificativo que, a su vez, no resulta claro, tomando en cuenta las repetidas referencias en la Carta de la OEA.

3.2.2.3. Inicio de abordaje de la naturaleza de las obligaciones exigibles

El segundo nivel de análisis que se esbozaba arriba tiene que ver con la naturaleza de las obligaciones exigibles bajo el artículo 26

[112] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 99.

[113] *Ibidem,* párrs. 100 y 101.

[114] Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit*., párr. 173.

de la Convención, tomando en cuenta, por una parte, la aplicabilidad de las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 del Tratado y, por otra, la referencia a la progresividad y recursos disponibles en el propio artículo 26. También se dijo anteriormente que las sentencias de los casos *Lagos del Campo*, *Trabajadores Cesados* y *San Miguel Sosa* no aportaron mayor fundamentación sobre este segundo nivel de análisis, pues en ellas la Corte IDH, tras efectuar la derivación del derecho al trabajo y definir sus contenidos, adjudicó dichos contenidos a los hechos del caso de manera directa y en gran parte sobre la base de las mismas conclusiones de los análisis bajo otros derechos.

En los casos *Poblete Vilches, Cuscul Pivaral y Muelle Flores*, la Corte IDH da un paso importante para explicar la racionalidad de la justiciabilidad directa de los DESCA, puntualmente en lo relativo a la naturaleza de las obligaciones exigibles, distinguiendo entre obligaciones inmediatas y obligaciones de realización progresiva. Por la importancia que tiene la cuestión, se citan las referencias textuales.

En *Poblete Vilches* indicó:

> Asimismo, este Tribunal destaca que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera *progresiva* y por otro lado la adopción de medidas de carácter *inmediato*. Respecto de las primeras, [...] la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter *inmediato*, estas 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 virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así

como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.[115]

En *Cuscul Pivaral* distinguió las obligaciones de esta manera:

> La Corte reitera que de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA se deriva el derecho a la salud. La Corte reitera la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de este derecho, tanto en lo que respecta a aquellos aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, como aquellos que tienen un carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.[116]

En *Muelle Flores,* la Corte IDH reitera, en términos muy similares a *Cuscul Pivaral,* la distinción entre obligaciones inmediatas y de realización progresiva.[117]

De esta manera, al menos conceptualmente, la Corte IDH distingue entre ambas obligaciones, adelantando algunos elementos sobre la manera en que correspondería analizar un caso concreto. Los casos *Poblete Vilches* y *Muelle Flores* fueron analizados exclusivamente bajo las obligaciones inmediatas del derecho a la salud, y el caso *Cuscul Pivaral* fue analizado bajo ambos tipos de obligaciones.

En cuanto al estudio de las obligaciones inmediatas en los casos, lo que se identifica es que la metodología de la Corte IDH consistió en definir los contenidos relevantes del derecho a la

115 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párr. 104.

116 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 98.

117 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit*., párr. 190.

salud y a la seguridad social aplicables a cada uno de los casos según sus particularidades, para luego adjudicarlos directamente al caso concreto estableciendo si esos contenidos fueron satisfechos o no respecto de las víctimas.

De esta manera, en el caso *Poblete Vilches,* los contenidos relevantes del derecho a la salud se dividieron en dos grandes temas. El primero, el de las prestaciones médicas en situaciones de urgencia bajo los deberes de regulación y fiscalización, y los principios de calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad;[118] y el segundo, el derecho a la salud de las personas mayores, el cual debe respetarse y garantizarse de manera reforzada en atención a su situación de vulnerabilidad.[119] En la aplicación de los contenidos definidos al caso, la Corte IDH declaró la violación del artículo 26 de la Convención, pues estableció que ambos ingresos al hospital no cumplieron con la calidad, disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad, particularmente en situaciones de urgencia como la ocurrida en el primer ingreso. Además, estableció que el señor Poblete Vilches fue discriminado como persona mayor, al no tener la posibilidad de recibir la atención médica que requería.[120] Cabe mencionar que esta sentencia tiene importancia no solo en materia de justiciabilidad de los DESCA, sino por tratarse del primer pronunciamiento de la Corte IDH sobre derechos de las personas mayores, lo que fue seguido por la sentencia del caso *Muelle Flores.* El detalle de estos desarrollos jurisprudenciales excede el objeto de este trabajo.

En el caso *Cuscul Pivaral*, los contenidos relevantes del derecho a la salud se definieron con relación a las personas que viven con VIH, los cuales se resumen en "el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunidad y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico,

118 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párrs. 118-124.

119 *Ibidem,* párrs. 125-132.

120 *Ibidem,* párr. 143.

la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención".[121] En aplicación de lo anterior a los hechos del caso, la Corte IDH declaró la violación del artículo 26 de la Convención, indicando que durante un marco temporal, las víctimas no tuvieron acceso a tratamiento alguno provisto por el Estado, mientras que en otro marco temporal, las víctimas tuvieron acceso irregular, nulo e inadecuado a antirretrovirales; no se realizaron pruebas periódicas de CD4, carga viral, fenotipo y genotipo; se constató un inadecuado y nulo apoyo social, y hubo imposibilidad de acceso a los centros de salud.[122]

A diferencia de los casos *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral,* en el caso *Muelle Flores,* se describen los contenidos del derecho a la seguridad social de manera amplia, y no únicamente los relevantes para el análisis del caso. Para la descripción de estos contenidos, la Corte IDH acude a la noción de *corpus iuris*, citando la Carta de la OEA, la Declaración Americana, el Protocolo de San Salvador, la Declaración Universal, el PIDESC y la Constitución peruana.[123] Además de lo anterior, acude a pronunciamientos de la OIT y del Comité DESC, especialmente a la Observación general 19 de este último.

Con base en todas estas fuentes, la Corte IDH identifica, en primer lugar como "contenido", que es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras que, de producirse, ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla.[124] Sin embargo, esta y otras referencias en la sentencia no parecen ser el contenido del derecho, sino más bien su definición, finalidad y razón de ser.

Ya específicamente sobre contenidos, la Corte IDH se centra de manera primaria en la referida Observación general 19 del Comité DESC que desarrolla los siguientes aspectos: *i)* disponibilidad (requiere de un sistema sostenible en el derecho nacional

121 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Resumen oficial de sentencia de 23 de agosto de 2018.

122 *Idem*.

123 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit*., párrs. 78-182.

124 *Ibidem,* párr. 183.

con administración o supervisión eficaz de las autoridades públicas, de manera que se garanticen las prestaciones correspondientes a riesgos e imprevistos sociales); *ii)* riesgos e imprevistos sociales en nueve ramas principales (atención en salud, enfermedad, vejez con edad prescrita en la legislación nacional, desempleo, accidentes laborales, prestaciones familiares, maternidad, discapacidad y sobrevivientes y huérfanos); *iii)* nivel suficiente de las prestaciones asegurando la dignidad humana y el principio de la no discriminación, con revisión periódica de criterios y relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente; *iv)* accesibilidad que incluye cobertura a todas las personas mediante planes no contributivos, condiciones (razonables, proporcionadas y transparentes), asequibilidad de las cotizaciones y su definición por adelantado, participación e información, concesión oportuna de las prestaciones y acceso físico a los servicios de seguridad,[125] y *v)* acceso a la justicia.[126] Con base en la misma Observación general, la Corte IDH agregó la obligación de los Estados de facilitar el derecho a la seguridad social a través de medidas positivas.[127] Igualmente, estableció los parámetros que deben seguirse en caso de que un Estado o una tercera parte lleve a cabo cualquier medida que interfiera en el derecho a la seguridad social.[128]

Al momento de analizar el caso concreto, la Corte IDH estudia dos hechos principales. La privatización y la falta de cumplimiento de las sentencias de amparo que reconocieron el derecho a la pensión nivelada de la víctima. En cuanto a la privatización y tomando en cuenta lo señalado por el Comité DESC en cuanto a la obligación de asegurar que tales actos no socaven los derechos de los trabajadores, la Corte IDH consideró aplicable dicha obligación a los derechos de las personas jubiladas, poniendo especial énfasis en la naturaleza de la pensión,[129] y aplicándolo al caso concreto en la situación de vulnerabilidad de la víctima,

125 *Ibidem,* párr. 187.

126 *Ibidem,* párr. 188.

127 *Ibidem,* párr. 189.

128 *Idem.*

129 *Ibidem,* párr. 197.

dada su discapacidad auditiva, situación de pobreza y condición de persona mayor.[130] Concretamente, la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado peruano, bajo la perspectiva de las obligaciones inmediatas, por no contar con una regulación adecuada para garantizar la seguridad social en caso de privatización, por no determinar en la privatización del caso a qué entidad correspondía el pago de las pensiones, por no informar al señor Muelle Flores sobre la forma mediante la cual se garantizaría su derecho a la pensión y por no cumplir con el fallo judicial que reconoció dicho derecho.[131]

Una cuestión que se identifica en las tres sentencias en cuanto al análisis de las obligaciones inmediatas es que la Corte IDH no hace referencia explícita a los contenidos esenciales del derecho a la salud y a la seguridad social como elemento para fundamentar su exigencia inmediata bajo el artículo 26 de la Convención. Más bien, lo que se observa es que en los tres casos, en la definición de los contenidos relevantes de los derechos a la salud y a la seguridad social, se acude a la noción de *corpus iuris* sobre tales derechos, incluyendo una multiplicidad de fuentes de derecho internacional, y en los casos sobre derecho a la salud también de derecho comparado, de variada naturaleza y jerarquía. Un desafío a futuro sería aclarar si todos los contenidos de los DESCA que se establezca que están protegidos por el artículo 26 de la Convención mediante la derivación ya descrita, son exigibles de manera inmediata e independiente del principio de no discriminación.

Hasta ahora, con base en *Poblete Vilches, Cuscul Pivaral* y *Muelle Flores,* pareciera que este es el entendimiento de la Corte IDH, en la medida en que fija todos los contenidos relevantes del derecho, sin distinguir cuáles son los contenidos esenciales, y luego analiza los hechos del caso bajo todos esos contenidos desde la perspectiva de la exigibilidad inmediata. Una aproximación que podría brindar mayor racionalidad a la aplicación del artículo 26 de la Convención y a la distinción entre obligaciones inmediatas y de realización progresiva sería entender que los contenidos de los derechos protegidos que se desprenden del artículo 26 y que

130 *Ibidem,* párr. 198.

131 *Ibidem,* párr. 202.

son exigibles de manera inmediata, además del principio de no discriminación, son los contenidos esenciales de tales derechos. También podría considerarse que aquellos contenidos que no requieran de recursos económicos para su concreción también son exigibles de manera inmediata.

Bajo esta aproximación, podría entenderse que otros contenidos de los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención son exigibles progresivamente y que es necesario determinar los parámetros de medición del cumplimiento de la obligación. Al respecto, indicadores de progreso y la debida articulación con el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador podrían explorarse como herramientas útiles para el análisis de casos contenciosos. El tema de los mecanismos de medición de progreso en materia de DESCA excede el objeto de este trabajo. El diálogo jurisprudencial con el Comité DESC podría dar luces sobre la manera en que el mismo está y continuará adjudicando, en el marco del sistema de casos individuales, alegatos relacionados con obligaciones de realización progresiva y debates en torno al máximo de los recursos disponibles pues, hasta ahora, la Corte IDH ha tomado en cuenta lo dicho por el Comité en sus observaciones generales con el fin de determinar el contenido de los derechos.

En todo caso, si la Corte IDH se inclina por la aproximación de exigir inmediatamente todos los contenidos relevantes del derecho protegido, otra reflexión se relaciona con la importancia de la rigurosidad en el uso de las fuentes con base en las cuales se construye el *corpus iuris* aplicable y la consecuente derivación de los contenidos específicos de los derechos que la Corte va a adjudicar directamente en los casos desde la perspectiva de las obligaciones inmediatas, como ocurrió en *Poblete Vilches, Cuscul Pivaral* y *Muelle Flores*.

Por último, en *Cuscul Pivaral,* la Corte IDH también analizó el caso bajo "el principio de progresividad". En esta sección, recordó lo que había avanzado en el caso *Acevedo Buendía* e indicó que, en cuanto a la flexibilidad sobre el plazo y modalidades de realización, el Estado tendrá "esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer [...] en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga", agregando que

ello puede ser materia de rendición de cuentas. Además, reiteró la prohibición de regresividad, también citando lo que ya se había señalado en *Acevedo Buendía* y agregando algunos parámetros para analizar posibles situaciones regresivas justificadas por los Estados sobre la base de los recursos disponibles, para lo cual la Corte invocó lo dicho por el Comité DESC.[132]

En aplicación de lo anterior al caso, la Corte IDH analizó dos cuestiones, una de las cuales, la de alegada regresividad, se consideró procesalmente improcedente por estar fuera del marco fáctico del caso, por lo que no se hizo mayor referencia, aunque es uno de los temas en los que la jurisprudencia en materia de artículo 26 de la Convención deberá ser impulsada en el futuro. En cuanto a lo resuelto efectivamente bajo la obligación de progresividad, se destaca la referencia a que "la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones", particularmente cuando la ausencia de acción estatal plantea un riesgo inminente de afectaciones a la vida e integridad personal.[133] De esta manera, la Corte IDH dejó claridad en cuanto a que si bien los recursos disponibles son un factor relevante para analizar el cumplimiento de la obligación de progresividad, tal cuestión "no justifica la inacción". Dado que en el caso ya se había acreditado que antes de 2004 el Estado no proveyó tratamiento médico a las víctimas, la Corte IDH declaró que esta inacción constituyó un incumplimiento de la protección progresiva del derecho a la salud.

Llama la atención que el hecho analizado por la Corte IDH en cuanto a la progresividad ya había sido materia de pronunciamiento en la sentencia bajo la perspectiva de las obligaciones inmediatas, tal como se señaló. De esta manera, del caso *Cuscul Pivaral* se desprende que un mismo hecho —en este caso la total falta de atención médica hasta una fecha determinada— puede ser evaluado por la Corte IDH y constituir violación tanto de las obligaciones progresivas como de las obligaciones inmediatas.[134]

---

132 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 141-143

133 *Ibidem*, párr. 146.

134 *Ibidem*, párr. 112.

En la misma línea de lo señalado anteriormente, uno de los principales desafíos de la Corte IDH en casos futuros es el ofrecimiento de mayor claridad sobre la relación entre la distinción que se realiza sobre las obligaciones inmediatas y las de realización progresiva, y la definición de los contenidos de los derechos, a fin de determinar cuáles deben ser analizados como unas u otras obligaciones. Por el momento, pareciera que aunque está claro que existen dos tipos de obligaciones, persiste la ambigüedad sobre si todos los contenidos relevantes de los derechos son susceptibles de ser analizados bajo la óptica de ambos tipos de obligaciones, o si existen ciertos contenidos de exigibilidad inmediata y otros de exigibilidad progresiva.

IV. Algunas consideraciones sobre las reparaciones

Dentro del análisis del giro jurisprudencial de la Corte IDH es importante incluir también lo relativo a las reparaciones, pues son ellas las que miden el impacto concreto de los fallos en las víctimas de cada uno de los casos, así como el posible impacto estructural de los mismos, mediante las medidas de no repetición que trascienden los intereses de las víctimas. Esta sección no pretende ser un estudio exhaustivo de las reparaciones dictadas por la Corte IDH en todos los casos relacionados con DESCA. La finalidad es formular comentarios iniciales sobre algunas de las reparaciones ordenadas o dejadas de ordenar por la Corte IDH en los seis casos objeto de análisis.

4.1. La ausencia de medidas de no repetición en los casos *Lagos del Campo* y *Muelle Flores*

En cuanto al caso *Lagos del Campo,* el comentario se centra en la decisión de la Corte IDH de no ordenar medidas de no repetición. Tanto la Comisión como los representantes de la víctima solicitaron medidas de no repetición, pero la Corte IDH rechazó dicho pedido con base en dos fundamentos principales. El primero, la falta de especificidad en cuanto a las medidas solicitadas, y

el segundo, que la norma aplicada al caso en cuanto a retiro injustificado no fue declarada *per se* contraria a la Convención y, por tanto, no procedía ordenar una adecuación normativa.[135]

Sin embargo, como se indica en la propia sentencia, el alcance de las medidas de no repetición solicitadas incluía la práctica judicial respecto de la norma referida. Esto tenía un claro nexo con las violaciones declaradas en el caso, en la medida en que, al tratarse de un caso entre actores no estatales, la responsabilidad internacional del Estado fue comprometida justamente por la manera en que las distintas autoridades judiciales que conocieron el caso omitieron incluir en sus valoraciones si había ocurrido un despido injustificado, así como una debida ponderación del derecho a la libertad de expresión del señor Lagos del Campo bajo los estándares interamericanos en materia de responsabilidades ulteriores.

En ese sentido, en materia de no repetición, la Corte IDH pudo haber ordenado medidas adoptadas en otros casos en los que fallos judiciales internos comprometieron la responsabilidad internacional del Estado, como capacitación a operadores judiciales sobre el tema específico de que se trata, o incluso una referencia al control de convencionalidad. Es posible afirmar que este tipo de medidas que buscan concientizar a los operadores judiciales de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos en los temas de sus competencias es aún más relevante cuando se trata de sentencias en las que se desarrolla jurisprudencia por primera vez sobre una temática particular, como en el caso *Lagos del Campo* respecto del alcance del derecho a la libertad de expresión en el ámbito laboral, incluyendo el privado, así como respecto de personas que ejercen roles de representación de trabajadores.

Por cuanto ve a *Muelle Flores,* la Corte IDH consideró innecesario dictar medidas de no repetición. Cabe mencionar que la CIDH había solicitado tales medidas en dos sentidos. Por una parte, respecto de la problemática general de incumplimiento de sentencias en Perú relativas a pensiones u otros derechos con contenido patrimonial y, por otra, con la finalidad de establecer

[135] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párrs. 207 y 208.

salvaguardas de tales derechos en el marco de privatizaciones. En similar sentido al caso *Lagos del Campo*, la Corte IDH consideró innecesario dictar tales medidas. Esta omisión en este caso genera mayor inquietud respecto del primer componente solicitado, dado que en su informe de fondo y nota de remisión del caso a la Corte IDH,[136] la CIDH había referenciado la existencia de dicha problemática general, lo cual también ha sido señalado por la Defensoría del Pueblo. La Corte IDH no efectuó determinación alguna en su sentencia sobre el alegato relativo al contexto, y en ese sentido, obvió pronunciarse sobre tales alegatos que justificaron el pedido de medidas de no repetición, y luego determinó que no era necesario ordenarlas.[137]

4.2. El principio de complementariedad y los montos indemnizatorios en el caso *Trabajadores Cesados*

En el caso *Trabajadores Cesados,* los comentarios se relacionan con su estudio a la luz del principio de complementariedad respecto de los mecanismos de reparación ofrecidos por el Estado frente a los ceses colectivos en el sector público y los montos de la reparación. Cabe mencionar que esta es la tercera sentencia de la Corte IDH sobre la problemática de los ceses colectivos en el sector público en Perú durante los años noventa, habiendo sido las dos primeras las emitidas en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)* y *Canales Huapaya y otros*.

En el primero, la Corte IDH se limitó a ordenar al Estado que creara un mecanismo a nivel interno que determinara si los ceses habían sido irregulares y, de ser el caso, dispusiera las medidas de reparación pertinentes. Tras largos años en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia sin resultados efecti-

136 CIDH. Caso 12.772. 13 de julio de 2017, nota de remisión a la Corte, *http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2017/12772NdeRes.pdf*. Informe de Fondo de la CIDH, *http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2017/12772FondoEs.pdf*.

137 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit*., párr. 244.

vos, en el segundo caso, la Corte IDH modificó su aproximación y determinó que no remitiría las reparaciones al ámbito interno, sino que las fijaría directamente. En este punto, la sentencia del caso *Trabajadores Cesados* es positiva, pues en la misma línea del caso *Canales Huapaya y otros,* determinó directamente las reparaciones. Además, dado que algunas de las víctimas del caso ya habían recibido cierto tipo de reparación bajo los mecanismos invocados por el Estado peruano, la Corte IDH adoptó una postura adecuada sobre el principio de complementariedad, al señalar que el Estado podía descontar de las reparaciones ordenadas en la sentencia, los montos ya pagados mediante dichos mecanismos pero, se reitera, sin delegar las reparaciones derivadas de la responsabilidad internacional del Estado al ámbito interno,[138] lo que ha probado ser infructuoso en una multiplicidad de casos.

Ahora bien, respecto de los montos indemnizatorios por daño material e inmaterial, se identifica una discrepancia importante en comparación con el caso *Canales Huapaya y otros*, de muy similares características. En dicho caso, la Corte IDH ordenó en equidad sumas entre 90 000 y 350 000 dólares estadounidenses por daño material e inmaterial. En el caso *Trabajadores Cesados,* los montos son muy dispares y significativamente menores: 43 792 dólares estadounidenses por daño material y 5 000 por daño inmaterial.[139] Una preocupación sobre esta discrepancia, no obstante la similitud de los casos, es que la misma se explique por el hecho de que el caso *Canales Huapaya y otros* se refería únicamente a tres víctimas, mientras que el caso *Trabajadores Cesados* se refería a 164, a pesar de que las violaciones de derechos humanos son las mismas. Esto resultaría preocupante, pues el criterio que determina el monto de las indemnizaciones debe ser la naturaleza de la violación y no si el caso fue presentado de manera individual o colectiva o si, como en el caso *Trabajadores Cesados*, la CIDH decidió, por motivos de economía procesal, presentar el caso bajo la figura de la acumulación, lo que implicó que la misma sentencia abordara a un número elevado de víctimas.

[138] Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, cit*., párrs. 209 y 222.

[139] *Ibidem,* párrs. 222 y 228.

4.3. La falta de reincorporación de las víctimas en el caso *San Miguel Sosa* y la ausencia de medidas de no repetición

Sobre el caso *San Miguel Sosa,* el comentario sobre reparaciones se relaciona con la decisión de la Corte IDH de no ordenar la reincorporación de las tres víctimas a la función pública.[140] Al respecto, se recuerda que el tema del caso es la desvinculación arbitraria y discriminatoria de la función pública a través de un acto de desviación de poder y represalia por la expresión de la opinión política por parte de las víctimas mediante la firma para la convocatoria a referendo revocatorio presidencial.

La decisión de la Corte IDH de no ordenar la reincorporación de las víctimas es cuestionable por varios motivos.

Uno de ellos es la relevancia que tiene el componente restitutivo de las reparaciones, el cual consiste en volver las cosas al estado anterior, esto es, restituir en el ejercicio del derecho cuando ello sea posible. Como ha dicho la Corte IDH desde su primera sentencia: "La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron".[141]

El caso *San Miguel Sosa* era precisamente del tipo en el que es posible restituir a las víctimas en el ejercicio de sus derechos, siendo una de las manifestaciones obvias de dicha restitución, la reincorporación al cargo del cual fueron separadas en violación de sus derechos humanos.

Otra preocupación es que la decisión de no ordenar la reincorporación podría desnaturalizar lo decidido por la Corte IDH bajo el artículo 26 de la Convención, en la medida en que el derecho protegido fue justamente el derecho al trabajo y a "la estabilidad laboral". En ese sentido, resulta difícil comprender las razones por

140 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit*., párrs. 241 y 242.

141 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, núm. 7, párr. 26.

las cuales la Corte IDH negó la reincorporación de las víctimas en un caso en el que desarrolló por primera vez dicho derecho a la estabilidad laboral en el marco de ceses en el sector público.

Y la última preocupación, relacionada con las dos anteriores, es la total ausencia de fundamentación por parte de la Corte IDH para negar la reincorporación. El Tribunal se refiere a "las circunstancias específicas de este caso"[142] para indicar que no corresponde la medida, pero no precisa a qué circunstancias se refieren ni la manera en que las mismas impiden ordenar la restitución en el ejercicio de los derechos violados, a pesar de ser ello posible, máxime en un caso en que, en el marco del desarrollo jurisprudencial reciente, se declaró la violación al derecho a "la estabilidad laboral".

Además de lo relacionado con la reincorporación de las víctimas, otra inquietud respecto de la sentencia del caso *San Miguel Sosa* es que la Corte IDH declaró improcedente dictar medidas de no repetición, no obstante, parte de lo alegado fue la existencia de un contexto de alcance general de discriminación política y la vigencia, al momento de la emisión de la sentencia, de las condiciones que dieron lugar a dicho contexto. Al negar las medidas de no repetición, la Corte IDH pone una elevada carga argumentativa en la CIDH y los representantes de las víctimas sobre las medidas específicas solicitadas, lo cual parece contrastar con los casos que se refieren a continuación.

4.4. Las medidas de no repetición dictadas en los casos *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral*

Las sentencias en los casos *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral* incorporan, además de los otros rubros de la reparación integral, medidas de no repetición, las cuales se mencionan a continuación con algunos breves comentarios.

En el caso *Poblete Vilches* se incluyen medidas relativas tanto a la atención de urgencia como a las personas mayores, incluso con un alcance mayor a la problemática identificada en la sen-

142 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit*., párr. 242.

tencia, como ocurre con la orden de diseñar una política pública de protección integral a las personas mayores, que se enunciará a continuación.

Las medidas de no repetición dictadas por la Corte son: *i)* programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados; *ii)* asegurar que el Hospital donde ocurrieron las violaciones acreditadas cuente con los medios de infraestructura indispensables para brindar una atención adecuada, oportuna y de calidad a sus pacientes, particularmente relacionados con situaciones de urgencia en atención de la salud, brindando una protección reforzada a las personas mayores; *iii)* el fortalecimiento institucional del Instituto Nacional de Geriatría; *iv)* el diseño de una publicación o cartilla sobre los derechos de las personas mayores en relación con la salud, así como las obligaciones del personal médico al proveer la atención médica, la cual deberá estar disponible en todos los hospitales públicos y privados de Chile y en el sitio web del Ministerio de Salud, y *v)* el diseño de una política general de protección integral a las personas mayores.[143]

En el caso *Cuscul Pivaral*,[144] la Corte IDH ordenó: *i)* un primer grupo de medidas de no repetición consistentes en la implementación de mecanismos efectivos de fiscalización y supervisión periódica de los hospitales públicos a fin de asegurar que se brinde una atención integral en materia de salud para personas que viven con VIH; *ii)* la implementación de un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud, que laboren en hospitales y unidades de atención médica que atiendan personas con VIH en Guatemala; *iii)* medidas de no repetición respecto de mujeres embarazadas y relativas a la transmisión vertical, incluyendo una publicación o cartilla sobre el tema, y *iv)* la realización de una campaña nacional de concientización y sensibilización sobre los derechos de las personas que viven con VIH.

143 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párrs. 237-241.

144 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párrs. 225-229.

En términos generales, estas medidas guardan un nexo causal con las violaciones declaradas en las sentencias y con los problemas estructurales que dieron lugar a las mismas. Estas sentencias constituyen ejemplos importantes sobre el alcance que pueden tener las medidas de no repetición, especialmente porque pareciera identificarse en los últimos años una tendencia de la Corte IDH de limitar tales medidas en sus pronunciamientos sobre reparaciones, ya sea exigiendo que se acrediten contextos estructurales o bien, elevando la carga argumentativa de la Comisión Interamericana y de las partes sobre las medidas puntuales que se solicitan. Los casos *Lagos del Campo* y *San Miguel Sosa* se enmarcan dentro de dicha tendencia.

Además de este comentario general, cabe destacar que respecto de la medida de no repetición contenida en el inciso *ii)* dictada en el caso *Poblete Vilches*, la Corte IDH le solicita al Estado chileno que informe en un año sobre su implementación, indicando con especial detalle la información que debe incluir en dicho informe. Algo parecido ocurre con las medidas de no repetición del inciso *i)* en el caso *Cuscul Pivaral,* las cuales se encuentran claramente detalladas en la sentencia con un nivel de especificidad que no había sido propio de las medidas de no repetición en el pasado. Este tipo de formulación de las medidas de no repetición, especialmente las relacionadas con política pública, puede ser de utilidad para favorecer la efectiva supervisión de la sentencia. Llama la atención la formulación de la medida de no repetición del inciso *iii)* también en el caso *Poblete Vilches,* respecto de la cual la Corte IDH indica expresamente que no será materia de supervisión, sin que resulten claras las razones por las cuales no sería posible brindar seguimiento a esta medida, al igual que a las demás.

V. Próximos casos a ser decididos por la Corte IDH

Durante 2018 y 2019, la CIDH sometió a la Corte IDH al menos tres casos relacionados con DESCA y que resultan pertinentes para la temática que se aborda en este artículo. A continuación, se mencionan someramente los hechos de estos casos.

El caso de los *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y otros vs. Brasil* fue presentado el 19 de septiembre de 2018 y analiza la explosión de una fábrica de fuegos artificiales con el saldo de decenas de personas fallecidas o heridas, incluyendo mujeres y niños y niñas que trabajaban en dicho lugar sin condiciones mínimas de seguridad. Según la CIDH, la fábrica funcionaba con una licencia otorgada por el Estado y sin que se hubiera llevado a cabo medida alguna de supervisión y fiscalización a pesar de tratarse de una actividad riesgosa. Además, las víctimas son personas en situación de pobreza extrema y en la zona no existían otras opciones de subsistencia.[145]

El caso *Guzmán Albarracín y otros vs. Ecuador* fue presentado el 7 de febrero de 2019 y se relaciona con un supuesto de violencia sexual, incluyendo acoso sexual, por parte del vicerrector de una escuela pública contra una adolescente desde sus 14 años, lo que culminó con su suicidio a los 16 años. Conforme a las determinaciones de la CIDH, otras autoridades del colegio conocían la situación de la víctima, a pesar de lo cual no adoptaron medidas efectivas para enfrentarla. La Comisión concluyó que los hechos tuvieron lugar en un contexto general de falta de mecanismos idóneos de prevención de este tipo de hechos.[146]

El caso *Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskito) vs. Honduras* fue presentado el 24 de mayo de 2019 y trata, entre otros temas, de una serie de violaciones a los derechos de un grupo de miembros del pueblo indígena miskito, quienes, en un contexto de condiciones laborales deplorables con empresas de pesca de langosta, realizaron actividades de buceo sin las condiciones de seguridad necesaria, lo que les ocasionó síndrome de descompresión, que a su vez les causó a muchos de ellos la muerte y a otros discapacidades permanentes. Según la CIDH, estos hechos ocurrieron en el marco de un contexto estructural de discriminación, exclusión y pobreza extrema, así como de total desprotección por parte de las autoridades de trabajo y judiciales.

---

145 CIDH. Caso 12.428. 19 de septiembre de 2018, nota de remisión a la Corte, *http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12428NdeRes.pdf*

146 CIDH. Caso 12.678. 7 de febrero de 2019, nota de remisión a la Corte, *http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12678NdeRes.pdf*

Un punto a destacar es que, en los tres casos, la Comisión Interamericana declaró y solicitó a la Corte IDH que estableciera la violación del artículo 26 de la Convención. De esta manera, es posible afirmar que el cambio jurisprudencial de la Corte IDH a partir del caso *Lagos del Campo,* permeó también el trabajo de la CIDH y tuvo un impacto significativo en la manera en que la misma analiza los casos relacionados con DESCA. De los informes de fondo de los tres casos se identifica que los derechos analizados bajo el artículo 26 de la Convención son los derechos a las condiciones justas y equitativas de trabajo, a la educación, a la salud y a la seguridad social.

Estos casos constituyen importantes oportunidades para que la Corte IDH logre consolidar de manera rigurosa el giro jurisprudencial mediante las seis sentencias analizadas, tomando en cuenta los desafíos en la adjudicación de casos individuales y procurando precisar lo necesario frente a las ambivalencias persistentes a la fecha. Ahora que la CIDH también ha empezado a declarar violaciones autónomas de dicha disposición, será interesante evaluar si los dos órganos del Sistema Interamericano tienen la misma aproximación en cuanto a los temas analizados en este trabajo. Así, el diálogo entre los dos órganos en la materia y el rol que tiene la CIDH mediante la potestad de someter los casos a la Corte IDH, también le permitirá a aquella tener un papel mucho más activo en el futuro.

VI. Conclusiones

1. Antes de *Lagos del Campo*, las referencias al artículo 26 de la Convención habían sido tangenciales e inmotivadas, y las dos referencias más concretas son las de los casos "*Cinco Pensionistas"* y *Acevedo Buendía*, siendo el segundo la superación del primero. Además, el caso *Acevedo Buendía* sentó las bases para el desarrollo posterior en las seis sentencias entre *Lagos del Campo* y *Muelle Flores*.
2. Una de las estrategias de justiciabilidad de los DESCA fue y sigue siendo la llamada conexidad con los derechos civiles y políticos, particularmente los derechos a la propiedad privada y a la vida e integridad personal.

En otros casos, se han invocado contenidos de DESCA bajo otros derechos derivados de una lectura conjunta de varios derechos civiles y políticos por vía interpretativa, como los derechos a la autonomía reproductiva y al consentimiento informado en materia de salud. Además, se ha invocado la prohibición de esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas, en supuestos de explotación laboral de gravedad tal que llegó a constituir dichas conductas.

3. Del estudio de las sentencias que incluyen valoraciones por conexidad se desprende que no existe una única forma de aplicarla y que, además de servir a la estrategia de justiciabilidad indirecta de los DESCA, ha servido a otros fines hermenéuticos y de fundamentación de las sentencias. Por ejemplo, poner de manifiesto diversas situaciones de pluriofensividad que pueden tener implicaciones en cuanto al alcance de otras obligaciones en materia de justicia y reparación. Otros ejemplos son la derivación de derechos no nombrados explícitamente en la Convención, como los indicados en la conclusión anterior, y la necesidad de visibilizar hechos violatorios de especial gravedad para el derecho internacional. La jurisprudencia más reciente, al mantener los análisis por conexidad, parece mostrar una visión de la Corte IDH sobre la complementariedad de ambas vías.
4. Otra de las vías indirectas de justiciabilidad de los DESCA es mediante los derechos establecidos en la Convención que son de aplicación transversal a todos los derechos protegidos por el instrumento e incluso proyectan sus efectos al ámbito interno, como los derechos a la protección judicial e igualdad y no discriminación. De los casos más recientes se puede identificar cierto traslape, pues se han incluido como parte de las obligaciones inmediatas de los DESCA bajo el artículo 26, aspectos relacionados con acceso a la justicia y no discriminación. Es útil mantener esta vía abierta, por los motivos expresados en el artículo.
5. La última vía de justiciabilidad es la del Protocolo de San Salvador, aplicada hasta el momento en una única oca-

sión, respecto del derecho a la educación. Un debate que queda abierto es cómo la Corte IDH analizará un caso sobre algunos de los derechos justiciables directamente por la vía del Protocolo de San Salvador y cómo articulará dicho análisis con el que eventualmente realice del artículo 26 de la Convención.

6. Propiamente sobre el giro jurisprudencial mediante la aplicación directa del artículo 26 de la Convención en las sentencias de los casos *Lagos del Campo, Trabajadores Cesados, San Miguel Sosa, Poblete Vilches, Cuscul Pivaral y Muelle Flores* entre 2017 y 2019, es de destacar que en todas ellas la Corte IDH continuó realizando los análisis con relación a los derechos civiles y políticos involucrados. Dado que en todas ellas ya se aplicó directamente el artículo 26 de la Convención, es posible afirmar que estos análisis dejaron de ser una estrategia de justiciabilidad indirecta desde una idea de subordinación o jerarquía, y que constituyen más bien una expresión de la inderdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.
7. Además, es posible identificar que en dichos análisis, la mayoría de estas seis sentencias contienen puntos relevantes relacionados con DESCA que van más allá de la aplicación directa del artículo 26 de la Convención. Por ello, es importante visibilizar el aporte integral de este grupo de sentencias.
8. En el caso *Lagos del Campo* se identifican contribuciones al análisis del derecho a la libertad de expresión de los trabajadores, a la protección de organizaciones representativas de trabajadores a la luz del derecho a la libertad de asociación, y a la protección judicial reforzada cuando se trata de un despido arbitrario. El caso *San Miguel Sosa* contiene aportes en el análisis de los derechos políticos y la prohibición de discriminación por motivos políticos, en cuanto a la protección de trabajadores del sector público contra actos de desviación de poder. Además, incluye avances en cuanto a la motivación requerida y la valoración probatoria por parte de jueces nacionales cuando deben conocer casos de discriminación encubierta en el ámbito laboral. En los casos *Poblete Vilches* y *Cuscul Pi-*

varal se mantuvieron los análisis de violación de los derechos a la vida e integridad personal, aunque pareciera identificarse un retroceso o exigencia probatoria más elevada en casos de mala praxis médica. En el caso *Poblete Vilches* se identifican aportes a la luz del derecho a la libertad de expresión, libertad personal y vida privada, en lo relativo al consentimiento informado por sustitución o representación en materia de salud. El caso *Muelle Flores* contiene, respecto de los derechos a la protección judicial y la garantía de plazo razonable, aportes sobre la debida diligencia y celeridad reforzada con la que deben actuar las autoridades estatales en el cumplimiento o en la garantía del cumplimiento de pensiones de jubilación.

9. Uno de los desafíos a futuro es la articulación de los análisis bajo los diversos derechos violados, la determinación de criterios para resolver situaciones de traslape y subsunción, así como la aplicación consistente de dichos criterios.
10. En cuanto a la aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la Convención, es importante evaluarlas partiendo de los dos desafíos interpretativos que se desprenden de su redacción. De las seis sentencias *Lagos del Campo, Trabajadores Cesados* y *San Miguel Sosa,* el primero es el más desarrollado, pues ofrece cierta claridad sobre la metodología para la determinación de los derechos protegidos, aunque con una casi total omisión argumentativa con relación al segundo. En los casos *Poblete Vilches, Cuscul Pivaral* y *Lagos del Campo* se identifican ligeras diferencias en la metodología referida en cuanto al primer nivel, pero que no parecieran ser determinantes. En cuanto al segundo nivel, esto es, la naturaleza de las obligaciones exigibles, se empieza a abordar, al menos conceptualmente, mediante la distinción entre obligaciones inmediatas y de realización progresiva, aunque todavía con significativa ambigüedad e incluso traslape entre las mismas al momento de analizar los hechos, de lo que el caso *Cuscul Pivaral* constituye un reflejo.
11. En *Poblete Vilches*, *Cuscul Pivaral* y *Muelle Flores,* la determinación de las obligaciones inmediatas se hace respecto

de los contenidos del derecho a la salud y seguridad social relevantes para los casos. En este ejercicio se invocan diversas fuentes de diversa naturaleza y jerarquía, y no se hace referencia alguna a criterios que pudieran explicar la racionalidad de su inclusión como obligaciones inmediatas más allá del principio de igualdad y no discriminación, por ejemplo, el tratarse de contenidos esenciales o de componentes de los derechos que no están condicionados a recursos económicos.

12. En *Cuscul Pivaral*, el análisis de obligaciones de realización progresiva recapitula algunos elementos conceptuales importantes que ya habían sido esbozados en *Acevedo Buendía* y que, a su vez, provienen de lo dicho por el Comité DESC al respecto, pero no ofrece mayores luces sobre su aporte metodológico y sustantivo en la adjudicación de casos contenciosos, en la medida en que analiza como violación de la obligación de realización progresiva un mismo hecho que ya había sido analizado bajo la obligación inmediata. Sigue faltando en la jurisprudencia de la Corte IDH un caso sobre la prohibición de regresividad.
13. El giro jurisprudencial de la Corte IDH no parece tener implicaciones directas en las reparaciones dictadas en los seis casos, en comparación con casos anteriores decididos bajo disposiciones distintas al artículo 26 de la Convención. Más bien, se identifican algunas inquietudes, como la reticencia a dictar medidas de no repetición en los casos *Lagos del Campo, San Miguel Sosa y Muelle Flores,* la negativa de la Corte IDH a disponer la reincorporación al cargo como medida restitutiva fundamental en el caso *San Miguel Sosa,* a pesar de haber declarado la violación del "derecho a la estabilidad laboral", y la disparidad en las reparaciones económicas en el caso *Trabajadores Cesados* comparado con casos similares.
14. La Comisión ha sometido a la Corte IDH una serie de casos que se encuentran actualmente en trámite y que constituyen una oportunidad para fortalecer su nueva aproximación.

Los aportes del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*

*Pablo González Domínguez***

I. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) inició una nueva etapa jurisprudencial respecto del análisis de violaciones a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA o derechos sociales) a partir de la decisión del caso *Lagos del Campo vs. Perú* (2017). La tesis desarrollada a partir de esta sentencia sostiene que la Corte tiene competencia para analizar violaciones autónomas a los DESCA sobre la base del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención Americana). Esta tesis le ha

---

* Este capítulo está basado en la ponencia presentada en el "Tercer Encuentro Internacional de Especialistas y Redes del SIDH", el cual tuvo lugar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la Ciudad de México, los días 22 y 23 de octubre de 2018. Agradezco los comentarios de Juan Jesús Gongora y Cecilia Guevara. Las opiniones expuestas aquí son de mi propia autoría y no necesariamente reflejan la posición oficial de la Corte Interamericana ni la de mis colegas que comentaron este trabajo.

** Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame. Abogado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y profesor de Derechos Humanos en la Universidad Panamericana campus Ciudad de México.

permitido a la Corte —y le permitirá, de no cambiar— ampliar el catálogo de derechos sobre los que analiza casos sometidos a su jurisdicción, desarrollar el contenido de dichos derechos y dictar medidas de reparación amplias donde existan problemas estructurales. Sin embargo, las mismas características que hacen atractiva esta tesis han generado retos metodológicos y controversias respecto de su conveniencia y solidez normativa. Existen voces críticas que sostienen que la competencia de la Corte para analizar violaciones a los DESCA a través del sistema de peticiones individuales previsto por la Convención Americana se restringe a lo establecido en el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y que el resto de análisis en materia de derechos sociales se debe realizar en conexidad con algún derecho expresamente reconocido en un tratado sobre el cual la Corte tenga competencia.[1]

El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (2018) se debe entender en el contexto del desarrollo de esta nueva etapa jurisprudencial, así como de las críticas que ha generado al interior y al exterior de la Corte.[2] En la sentencia se desarrollaron los fundamentos sobre los cuales se entiende que la Corte tiene competencia para resolver violaciones individuales a los DESCA sobre la base del artículo 26 de la Convención, y se explicó la manera en que dicho artículo es interpretado para definir el alcance y contenido de estos derechos a la luz del artículo 29 del mismo

1 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Protocolo de San Salvador), adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, art. 19.6.

2 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340. Votos parcialmente disidentes de los jueces Humberto Sierra Porto y Eduardo Vio Grossi. Veáse también Cerqueira, Daniel, "La justiciabilidad de los DESCA bajo la Convención Americana. Sobre la necesidad de llenar los vacíos argumentativos de la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú*", Justicia en las Américas-Blog de la Fundación para el debido proceso, de 29 de mayo de 2018, *https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/*

instrumento. Estos eran aspectos pendientes de las sentencias previas en la materia. También se desarrollaron diversos aspectos sustantivos: el contenido del derecho a la salud, las obligaciones estatales para la atención a las personas que viven con VIH, el alcance de las obligaciones de desarrollo progresivo cuando el Estado es omiso en adoptar medidas de protección a la salud y la determinación de medidas estructurales de reparación. La Corte abordó aspectos inconclusos en materia de fundamentación de la justiciabilidad de los DESCA y de cuestiones metodológicas de interpretación del artículo 26 de la Convención y, al mismo tiempo, desarrolló el contenido del derecho a la salud y fijó nuevos caminos en la argumentación en materia de desarrollo progresivo.

Este capítulo está divido en tres partes. En la primera se describe sucintamente el desarrollo jurisprudencial en materia de DESCA a través de sus casos más emblemáticos. El estudio se subdivide en tres categorías, atendiendo a las distintas metodologías de análisis que han sido utilizadas por la Corte en relación con los DESCA: análisis de desarrollo progresivo, análisis por conexidad y análisis de violaciones autónomas. En la segunda se estudian aspectos centrales del caso *Cuscul Pivaral,* haciendo énfasis en aquellos que esta sentencia abordó en términos interpretativos y metodológicos. La tercera parte presenta algunos de los retos y perspectivas que surgen de la nueva etapa jurisprudencial en la materia. Es importante mencionar que este texto no constituye un análisis exhaustivo sobre la línea jurisprudencial de los DESCA[3] ni sobre la discusión teórica acerca de su justiciabilidad en general[4] o ante la Corte,[5] o sobre los estándares específicos desarrollados en relación con el derecho a la salud.[6] El objetivo principal es ex-

[3] Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano*, 3a. reimp., México, CNDH, 2015, pp. 39-64.

[4] Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1a. reimp., 2014, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64.

[5] Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, IIJ-UNAM-Editorial Flores, 2014, pp. 55-151.

[6] Arango, Rodolfo, "Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de*

plicar aspectos relevantes de la línea jurisprudencial en materia de DESCA, resaltar algunos puntos clave del caso *Cuscul Pivaral* como parte de esta línea jurisprudencial, y reflexionar sobre algunos retos que surgen a partir de la nueva etapa jurisprudencial iniciada en 2017 y continuada hasta la fecha.[7]

II. Metodologías de análisis en materia de DESCA

La jurisprudencia de la Corte en materia de DESCA puede ser dividida en tres categorías, atendiendo a la metodología de análisis utilizada por la Corte Interamericana para resolver controversias relacionadas con violaciones a derechos sociales.[8]

2.1. Primera categoría: análisis de desarrollo progresivo

La primera metodología se ve reflejada en el caso *"Cinco Pensionistas" vs. Perú* (2003).[9] En este caso, la Comisión Interamericana

la Corte IDH, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp. 27-42. Asimismo, Aldao, Martín y Clérico, Laura, "El derecho social autónomo a la salud y su contenidos. El caso *Poblete Vilches* y el examen de (in)cumpliento de las obligaciones impostegrables y no ponderables", en la misma obra, pp. 335-359.

7 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375, párrs. 167-208.

8 En relación con la forma y el orden en que este análisis es presentado, cabe aclarar dos cuestiones: primero, que la referencia a la existencia de distintas "metodologías" se refiere a la manera en que la Corte ha analizado alegatos o hechos que involucran posibles violaciones a los derechos sociales. Segundo, que el orden elegido para la exposición del tema responde a una cuestión cronológica, pues los primeros casos que involucraron alegatos relacionados con la violación a derechos sociales reclamaron un incumplimiento a las obligaciones de desarrollo progresivo previstas por el art. 26 de la CADH, luego se realizaron análisis por conexidad y, finalmente, se realizaron análisis de violaciones autónomas.

9 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párrs. 142-148.

de Derechos Humanos (CIDH o Comisión Interamericana) alegó que el Decreto ley 25792 significó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social, lo cual constituía una violación del artículo 26 de la Convención. Los representantes del caso alegaron que la aplicación de dicha norma modificó la escala de remuneraciones sobre las que se basaban sus pensiones por cesantía, y que la decisión no habría sido realizada conforme a las formas establecidas por la ley ni cumplió elementos de razonabilidad. La Corte declaró violado el artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad privada), pero no el derecho a la seguridad social. Consideró que "el desarrollo progresivo" de los derechos sociales:

> [Se] debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.
>
> Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.[10]

En el caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú* (2009), la Corte precisó algunos aspectos en relación con los alcances del artículo 26 de la Convención.[11] Determinó que dicho artículo fue incluido en el texto de la CADH por el interés de los Estados por hacer una mención directa a los derechos económicos, sociales y culturales y que el artículo 26 está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, así como lo están los artículos 3 a 25 de dicho instrumento. También se refirió a la

[10] Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú. cit*., párrs. 147 y 148.

[11] 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, núm. 198, párrs. 92-106.

interdependencia que existe entre los derechos civiles y políticos (DCP) y los derechos económicos, sociales y culturales. El punto de partida del análisis fueron los trabajos preparatorios de la Convención Americana, los cuales constituyeron evidencia acerca de la voluntad estatal de otorgar cierta obligatoriedad a los DESCA a través del artículo 26. En concreto, la Corte mencionó lo siguiente:

> En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de esta, nacido del interés de los Estados por consignar una "mención directa" a los "derechos" económicos, sociales y culturales; "una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación"; así como "los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección", ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, solo "recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires". La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales esta fue aprobada pusieron especial énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos". Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso "hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales".
>
> Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado "Enumeración de Deberes"), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado "Derechos Civiles y Políticos").
>
> En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigi-

bles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.[12]

La Corte también se refirió a las obligaciones de progresividad y no regresividad, retomando algunas de las doctrinas desarrolladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC). En particular, la Corte consideró que el desarrollo progresivo de los DESCA "no podrá lograrse en breve periodo de tiempo" y que, en esa medida, "[…] requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo […] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad". Ello no significa una prohibición absoluta para emitir medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho, pero en este supuesto, el Estado tendría que adoptar "[…] las medidas de carácter deliberadamente regresivo [bajo una] consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos" sociales "en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles". En el caso concreto, la Corte no evaluó si había existido una medida que hubiera impedido el desarrollo progresivo de un DESCA —pues no era el objeto de la controversia—, por lo que se remitió a aquellos aspectos analizados a la luz de los artículos 21 y 25 de la Convención.[13]

Estos casos constituyen los primeros antecedentes sobre la discusión jurisprudencial en materia del cumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo. Son la primera reflexión por parte de la Corte acerca del alcance del artículo 26 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Estas discusiones fueron esenciales para la jurisprudencia posterior en la materia. El precedente de *Acevedo Buendía* es particularmente relevante en este sentido, pues desarrolló cuatro cuestiones que serían retomadas posteriormente en la jurisprudencia en materia de DESCA: que la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre incumplimientos del artículo 26; que este artículo

[12] Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, cit.,* párrs. 99-101.

[13] *Ibidem,* párrs. 102-106.

es fuente de obligaciones exigibles en relación con los deberes generales del Estado (arts. 1.1 y 2 CADH); que existe una interdependencia entre los DCP y los DESCA, y retomó la doctrina del Comité DESC para dotar de contenido las obligaciones de la Convención.[14]

El caso *Cuscul Pivaral* es el primero en el que la Corte declaró violado el artículo 26 de la CADH por el incumplimiento del Estado de sus obligaciones de desarrollo progresivo. La Corte retomó los precedentes de *Acevedo Buendía vs. Perú* y *Poblete Vilches vs. Chile* (2018) para establecer que la realización progresiva de los DESCA obliga a los Estados a avanzar lo más expedita y efectivamente posible hacia su realización, lo que implica que los Estados no pueden aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos sociales.[15] De igual forma, se estableció que los Estados deben dar especial cuidado a grupos vulnerables y marginados.[16] La dimensión progresiva de la protección de los DESCA —aun cuando reconoce una cierta gradualidad para su realización— también incluye un sentido de progreso que prohíbe la inacción estatal. En este sentido, la Corte concluyó que el Estado incumple sus obligaciones al no contar con políticas públicas o programas que le permitan avanzar en la protección al derecho a la salud.[17]

Este último punto era especialmente relevante en el caso, pues se constató que, antes de 2004, el Estado no proveyó ningún tipo de tratamiento médico a la mayor parte de la población que vivía con VIH en Guatemala. El Estado reconoció esta situación durante el litigio ante la Corte IDH, esto a pesar de que existía

14 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, cit*. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrs. 15-21.

15 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 144, y *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párr. 104.

16 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 144, y *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 107.

17 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 146.

una serie de leyes y programas a nivel interno que establecían la obligación estatal de proveer atención médica a esta población. Es por esta razón que la Corte concluyó que "la inacción del Estado, antes de 2004, constituyó un incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de atención progresiva del derecho a la salud, en violación al artículo 26 de la Convención". Es en esta misma lógica que la Corte abordó las reparaciones del caso, las cuales se dirigieron a incrementar la cobertura en la atención a la salud para personas que viven con VIH en Guatemala.[18]

2.2. Segunda categoría: análisis por conexidad

La Corte no declaró la violación al artículo 26 de la CADH hasta la sentencia de *Lagos del Campo vs. Perú* (2017). Esto no significó que no realizara análisis en materia de derechos sociales en su jurisprudencia. Este fue realizado sobre la base del principio de interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales.[19] En estos casos, la Corte realizó un análisis por conexidad, considerando la protección a los derechos sociales como parte integrante del derecho a la integridad personal (art. 5), al derecho a la vida digna (art. 4) y al derecho a las garantías judiciales (art. 8) y la protección judicial (art. 25).[20] Una gran parte de estos casos se ha relacionado con los deberes del Estado en

[18] *Ibidem*, párrs. 147 y 224-230.

[19] Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, párr. 5.

[20] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C, núm. 32, párr. 144; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 160; *Caso I.V. vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329, párr. 155; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 142, párr. 167, y *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, núm. 158, párr. 136.

materia de atención a la salud, como son el deber de regulación y fiscalización de la atención a la salud,[21] el deber de investigar las conductas que vulneren los derechos de los usuarios de salud,[22] o el deber de respetar la libertad de los individuos de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias.[23]

Suárez Peralta vs. Ecuador —un caso de mala praxis médica resuelto en 2013— es emblemático en ese sentido. La Corte estableció que el derecho a la integridad personal está directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, de forma tal que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno y la creación de mecanismos para proteger la vida de las personas sujetas a su jurisdicción y velar por la calidad de los servicios de salud. En caso de que no se realice un adecuado control y vigilancia, y esto produzca afectaciones en la salud de las personas, el Estado es responsable por la falta de prevención y garantía del derecho a la integridad personal (art. 5.1, en relación con el art. 1.1 de la CADH). El caso muestra cómo la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales bajo análisis impacta la determinación del alcance de las obligaciones del Estado en materia de atención a la salud y, por tanto, de la garantía del derecho a la integridad personal.[24]

La Corte se refirió a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA) y al Protocolo de San Salvador para establecer que la obligación

21 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.* Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 90.

22 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171, párr. 123.

23 Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329, párr. 155.

24 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párrs. 130-135.

de garantizar la integridad personal en el marco de la salud requiere al Estado regular la prestación de servicios de salud, establecer estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, y prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud y procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado.[25] De esta forma, la Corte analizó la violación al derecho a la integridad personal en el marco de las obligaciones del Estado de regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que prestaron servicios de salud a la víctima del caso. Concluyó lo siguiente:

> […] si bien la regulación ecuatoriana en la materia contemplaba mecanismos de control y vigilancia de la atención médica, dicha supervisión y fiscalización no fue efectuada en el presente caso, tanto en lo que refiere al control de las prestaciones brindadas en la entidad estatal, Policlínico de la Comisión de Tránsito de Guayas, como en lo que respecta a la institución privada, Clínica Minchala. La Corte estima que ello generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en afectaciones en la salud de Melba Suárez Peralta. Por tanto, el Estado de Ecuador incurrió en responsabilidad internacional por la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal de Melba Suárez Peralta, en contravención del artículo 5.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 del mismo instrumento.[26]

Este caso también es relevante por el contenido del voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien consideró que el caso debió tratarse "[…] teniendo en cuenta lo que realmente motivó que el presente caso llegara al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al 'derecho a la salud' debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una grave afectación a la salud de una mujer de 22 años". Sostuvo que la competencia de la Corte para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 de la Convención a través de diversas vías interpretativas, en relación con los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH, y considerando diversas disposiciones

[25] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, cit*., párr. 132.

[26] *Ibidem*, párr. 154.

de la Carta de la OEA, de la Declaración Americana, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), así como otros instrumentos que darían contenido sustantivo al derecho a la salud.[27] La intención del voto fue

> [...] invitar a la reflexión sobre la necesaria evolución que en mi concepto debe darse en la jurisprudencia interamericana hacia la eficacia normativa plena del artículo 26 del Pacto de San José y así otorgar transparencia y tutela real a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que exige aceptar su justiciabilidad directa y, de ser el caso —como sucede con los derechos civiles y políticos—, llegar eventualmente a declarar la violación autónoma de estos derechos, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana cuando las circunstancias del caso concreto así lo exijan.[28]

Esta reflexión efectivamente tuvo lugar en el pleno de la Corte. Esto se advierte de los votos de los jueces en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015).[29] En este caso, la Corte reiteró su criterio acerca de la necesidad de regular los servicios de salud. Un aspecto central del análisis consistió en calificar si el Estado había garantizado una asistencia sanitaria a la víctima en el marco del derecho a la integridad personal y la vida conforme a los parámetros de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, artículos e instalaciones de salud.[30] La Corte

---

27 *Ibidem,* párrs. 2 y 6.

28 *Ibidem,* párr. 10.

29 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298. Votos concurrentes de los jueces Humberto Sierra Porto, Alberto Pérez Pérez y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Cfr.* Parra Vera, Óscar, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y Justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El* caso Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 181-230.

30 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit*., párrs. 192-207.

concluyó que el Estado habría incumplido con sus obligaciones en materia de accesibilidad y de disponibilidad respecto a la asistencia sanitaria de la víctima del caso.[31] En este caso, los jueces Humberto Sierra Porto y Alberto Pérez Pérez esgrimieron dos argumentos para sustentar que este tipo de casos no pueden ser analizados directamente a la luz del artículo 26, pues esta norma no contiene un catálogo de derechos subjetivos establecidos de manera clara, y el Protocolo de San Salvador establece de manera clara y precisa que la competencia de la Corte para conocer violaciones a los DESCA se realiza a través del sistema de peticiones individuales.

2.3. Tercera categoría: análisis autónomo

La metodología del análisis de violaciones por conexidad imperó en la mayor parte de la jurisprudencia de la Corte en materia de derechos sociales. Una excepción fue precisamente el caso *Gonzales Lluy*, donde fue analizada una posible violación al derecho a la educación —entendido de manera autónoma—, debido a que la víctima del caso fue retirada de una escuela bajo el supuesto de poner en riesgo la integridad de sus compañeros. La Corte analizó la cuestión con base en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, toda vez que el artículo 19.6 de dicho instrumento "[...] permite la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos si se presentase una vulneración a los arts. 8 (1) (Derechos Sindicales) y 13 (Derecho a la educación) del Protocolo". La Corte concluyó que la víctima habría sido retirada del jardín de niños donde estudiaba debido a su condición de salud, lo cual constituyó un acto de discriminación en términos del artículo 1.1 de la Convención. Este fue uno de los principales argumentos para que la Corte concluyera que el Estado violó el artículo 19 del Protocolo de San Salvador en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención.[32]

---

31 *Ibidem,* párr. 205.

32 *Ibidem,* párrs. 233, 234, 245-259 y 291.

El caso *Lagos del Campo vs. Perú* (2017) constituyó el inicio de una nueva etapa jurisprudencial —que se distingue metodológicamente de aquella donde los casos de DESCA son analizados por conexidad, y excepcionalmente de manera autónoma sobre la base del Protocolo de San Salvador. La Corte abordó el tema de la justiciabilidad de los DESCA afirmando su competencia para conocer sobre violaciones autónomas a derechos sociales a partir del artículo 26 de la Convención. En *Lagos del Campo,* la víctima —un representante de trabajadores— fue despedido el 1 de julio de 1989 como consecuencia de unas declaraciones realizadas durante una entrevista para una revista. La entrevista fue realizada cuando era presidente de la Asamblea General del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa donde había laborado como obrero por más de 13 años. En dicha entrevista acusó a los dueños de la empresa de cometer acciones fraudulentas en las elecciones internas de la misma. La empresa despidió al señor Lagos por agravios al empleador y por haber cometido el delito de injuria. El señor Lagos demandó su despido. En primera instancia se determinó que su despido había sido injustificado, y en apelación se revirtió la decisión.[33]

La Corte analizó la violación a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, a las garantías judiciales y a la protección judicial de la víctima. En relación con la interpretación del artículo 26 de la Convención, la Corte observó que los términos de este artículo indican que son aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, de donde es posible derivar la protección a la estabilidad laboral. La Corte determinó que el derecho a la estabilidad laboral se deriva de los artículos 45.b, c, 46 y 34 de la Carta de la OEA, y acudió a una serie de instrumentos internacionales (la Declaración Americana, el PIDESC, la DUDH y el Convenio 58 de la OIT) para dotar de contenido sustantivo a dicho derecho.[34] En virtud de ello concluyó lo siguiente:

[33] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párrs. 50-60.

[34] *Ibidem,* párrs. 143-148.

> 149. Como correlato de lo anterior, se deprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.[35]

También dejó claro que los alcances de esta sentencia eran diferentes a las aproximaciones previas:

> [...] la Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo. Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente 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 ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.[36]

La argumentación y aproximación seguida en el caso *Lagos del Campo* fue reiterada con posterioridad en *Petroperú y otros*

[35] *Ibidem,* párr. 149.

[36] *Ibidem,* párrs. 153 y 154.

vs. Perú (2017),[37] *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (2018)[38] y *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018).[39] En este último caso, la Corte determinó que el derecho a la salud se deriva de los artículos 34.i, 34.l y 45.h de la Carta de la OEA, y generó una distinción importante para casos futuros al establecer que del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones: "[p]or un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro la adopción de medidas de carácter inmediato". Las primeras se refieren a que el Estado tiene la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la efectividad de los DESCA. Las segundas consisten en que el Estado adopte medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada DESCA reconocido. En materia sustantiva, a partir de una interpretación de los alcances del derecho a la salud, se desarrollaron una serie de estándares respecto a las prestaciones médicas de urgencia, y la Corte se pronunció respecto de las obligaciones del Estado en relación con personas mayores en materia de salud.[40] Respecto a la atención médica en situaciones de emergencia, la Corte determinó lo siguiente:

> a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. [...] b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. [...] c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. [...] d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad.

37 *Ibidem*, párrs. 192 y 193.

38 *Ibidem*, párr. 220.

39 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.*, párrs. 100-117.

40 *Ibidem*, párrs. 104 y 118-132.

El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (2018) —que es analizado con mayor detenimiento en el siguiente apartado— le permitió a la Corte ahondar en las razones que justifican la justiciabilidad de los DESCA a través del sistema de peticiones individuales. También analizó los alcances de la prohibición de discriminación en relación con grupos que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados, como son las mujeres embarazadas que viven con VIH.[41] De igual forma —como fue mencionado— declaró por primera ocasión la responsabilidad del Estado por la violación a las obligaciones de desarrollo progresivo de los DESCA en términos del artículo 26 de la Convención. También fijó amplias reparaciones que buscan permitir a las víctimas del caso y a sus familiares acceder a un tratamiento médico adecuado, pero que además están dirigidas a mejorar la atención pública para las personas que viven con VIH en Guatemala.[42] En materia sustantiva —ampliando lo dicho en los casos *Gonzales Lluy* y *Duque vs. Colombia* (2016)— especificó las obligaciones estatales en materia de protección del derecho a la salud, en particular para las personas que viven con VIH.[43] La Corte estableció lo siguiente:

> En relación con lo anterior, la Corte concluye que el derecho a la salud se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable.[44]
>
> De esta forma, y en relación con lo anteriormente mencionado, el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósti-

41 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párrs. 128-139.

42 *Ibidem,* párrs. 75-97, 140-148, 120 y 224-229.

43 *Ibidem,* párrs. 103-117.

44 *Ibidem,* párr. 107.

> cas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención.[45]

En el caso *Muelle Flores vs. Perú* (2019) —el último resuelto por la Corte en materia de derechos sociales— se determinó la violación al derecho a la seguridad social, entendido este como un derecho autónomo y justiciable. La Corte interpretó que dicho derecho se deriva de los artículos 3.j, 45.b, 45.h y 46 de la Carta de la OEA. Respecto al contenido de este derecho, la Corte entendió que es un derecho que protege al individuo de contingencias futuras, en particular cuando llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. La Corte también entendió que la protección de la seguridad social está relacionada con la garantía del derecho a la vida, a la salud y a un nivel económico decoroso.[46] En relación con las obligaciones específicas que surgen para el Estado en la protección del derecho a la seguridad social, y en particular respecto a la pensión, la Corte determinó lo siguiente:

> a) el derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones [...]; b) garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, [...]; c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión [...]; d) las prestaciones por pensión de jubilación deben ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, [...], y e) se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social [...].[47]

---

45 *Ibidem,* párr. 114.

46 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375, parrs. 170-177, 183 y 189.

47 *Ibidem*, parr. 192.

Finalmente, es relevante mencionar que los casos y opiniones donde la Corte se ha pronunciado sobre los DESCA (ya sea por conexidad o de manera autónoma) no solo han estado relacionados con cuestiones de salud y derechos laborales. En la OC-23/17, sobre medioambiente y derechos humanos, se estableció que el artículo 26 protege el derecho al medioambiente sano, pues este se deriva de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA. Este derecho debe ser entendido con connotaciones tanto individuales como colectivas, pues la protección del medioambiente constituye un interés universal y, además, su vulneración puede tener implicaciones directas o indirectas sobre las personas por su conexidad con otros derechos. La Corte no definió de manera precisa —como lo había hecho en otros casos en relación con otros derechos que derivan de la Carta de la OEA— el contenido del derecho al medioambiente sano. Lo hizo respecto a las obligaciones sustantivas y de procedimiento de los Estados en materia de protección del medioambiente que surgen del deber de respetar la vida y a la integridad, debido a que ese fue el objeto de la consulta presentada por el Estado.[48]

III. El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*

El caso *Cuscul Pivaral* puede ser analizado observando sus elementos novedosos: *a)* el ahondamiento de las razones que sostienen la justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; *b)* la especificación de las obligaciones estatales en materia de atención a la salud; *c)* los alcances de la prohibición de discriminación en relación con mujeres embarazadas que viven con VIH, dada su condición de vulnerabilidad; *d)* las obligaciones en materia de desarrollo progresivo del derecho a la salud, y *e)* el contenido de las reparaciones dictadas por la Corte

[48] Corte IDH. OC-23/17. 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 arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la CADH). Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, párrs. 57, 59 y 69.

en casos donde se advierte una epidemia como lo es el VIH en Guatemala.[49] El objetivo de este apartado es reflexionar en torno a la postura de la Corte en dos de estos elementos particulares de la sentencia: los aportes a la argumentación respecto de la justiciabilidad de los DESCA, y la metodología para interpretar el alcance de los derechos que pueden ser exigidos sobre la base del artículo 26 de la Convención.

3.1. La justiciabilidad de los DESCA

El análisis de fondo del caso comienza realizando dos afirmaciones relevantes en torno a la justiciabilidad de los DESCA a la luz del artículo 26: que existió un cambio en la jurisprudencia a partir del caso *Lagos del Campo* y que es necesario precisar dicho cambio a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con los artículos 1.1, 2, 62 y 63 de la Convención.[50] El primer apartado del fondo de la sentencia (VIII-1, B.1) se aboca a desentrañar las razones por las cuales "[...] 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 demás normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención".[51] La tesis de la Corte —asumida desde el caso *Lagos del Campo* y reiterada en casos como *Petroperú y otros* y *Poblete Vilches*— sostiene que una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva permite arribar a la conclusión de la justiciabilidad de los derechos sociales a partir del artículo 26 de la Convención. En *Cuscul Pivaral* se desarrollan algunas de las razones que permiten sustentar dicha afirmación.

---

49 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 3. En su voto razonado, el juez realiza una exposición detallada de los aspectos particulares de la sentencia.

50 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C, núm. 366, párrs. 73 y 74.

51 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párr. 103.

El ejercicio interpretativo que realiza la Corte en *Cuscul Pivaral* se basa en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29 de la Convención Americana. Es a partir de ello que se explica por qué una interpretación literal (párrs. 76-81), sistemática (párrs. 82-89) y teleológica (párrs. 90-93), que además se apoya en métodos complementarios de interpretación (párrs. 94-96), permiten concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege derechos sobre los que además la Corte tiene competencia para conocer a través del sistema de peticiones individuales.[52] Esta interpretación parte de cuatro premisas: *i)* que la Carta de la OEA contiene "derechos" —implícitos y explícitos— y no solo "metas" y "principios" en materia de derechos humanos; *ii)* que es posible incorporar esos derechos al catálogo de derechos protegidos por la Convención a través de su artículo 26; *iii)* que las obligaciones de los Estados en relación con los derechos que derivan de la Carta de la OEA no está restringida a la dimensión de "desarrollo progresivo", sino también a su dimensión "individual", en términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, y *iv)* que el Protocolo de San Salvador no puede interpretarse de forma tal que limite la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a derechos reconocidos por la Convención. Es sobre estas premisas que la Corte concluye lo siguiente:

> La Corte advierte que una interpretación literal, sistemática y teleológica permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento. Esta conclusión se fundamenta no solo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de

[52] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.*, párrs. 76-96.

> la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de DESCA, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección.[53]

La interpretación que sustenta la justiciabilidad de los DESCA es poco ortodoxa respecto a los alcances de las cláusulas de la Convención de Viena, la Convención Americana, la Carta de la OEA y el Protocolo de San Salvador. En ese sentido, los jueces Humberto Sierra Porto y Eduardo Vio Grossi han expresado su oposición a la interpretación hecha por la Corte en una serie de votos disidentes o concurrentes, al considerarla una transgresión del contenido normativo del derecho internacional.[54] Las tres objeciones sostenidas por estos jueces podrían ser resumidas de la siguiente forma: *i)* la Corte está expandiendo sus competencias para incluir derechos no contemplados por los Estados en el régimen de protección que ofrece el Sistema Interamericano, y son los Estados —no la Corte— a quienes les corresponde definir aquellos derechos que pueden ser objeto de evaluación por parte de las instancias internacionales; *ii)* que una vis expansiva del catálogo de derechos protegidos por la Convención puede producir una falta de certeza jurídica respecto a las obligaciones internacionales del Estado y, además, puede afectar su derecho de defensa en detrimento de la legitimidad del SIDH, y *iii)* que una posición muy agresiva en materia de reparaciones sobre derechos sociales puede producir una reacción adversa de los Estados, y derivar en una ineficacia del cumplimiento de las sentencias en detrimento de las víctimas.

Es previsible considerar que el debate sobre la competencia de la Corte para conocer violaciones directas al artículo 26 de la Convención continuará en el espacio jurisdiccional, político

---

53 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 97.

54 Véanse los votos de los jueces Humberto Sierra Porto y Eduardo Vio Grossi en los siguientes casos: Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *cit*.; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú. cit*.; *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit.; Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.; Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., y Caso Muelle Flores vs. Perú, cit*.

y académico. En ese sentido, cabe destacar la excepción preliminar en razón de la materia presentada por Perú en el caso *Muelle Flores* (2019), donde cuestiona la competencia de la Corte respecto a la justiciabilidad directa del artículo 26 de la Convención.[55] En una lógica similar, en mayo de 2019, los representantes permanentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Chile ante la OEA hicieron entrega de una carta al secretario de la Comisión Interamericana manifestando la necesidad de que las instituciones del Sistema Interamericano reconozcan mayores espacios de autonomía estatal, que realicen una aplicación estricta de las fuentes del derecho, y que las medidas de reparación guarden una debida proporcionalidad con los ordenamientos jurídicos de los Estados.[56] El debate en torno al papel que debe jugar la Corte en la protección a derechos humanos, en general, y a los derechos sociales, en particular, es —y seguirá siendo— objeto de discusión y controversia. El debate debe ser tomado seriamente, considerando sus connotaciones teóricas, jurídicas y políticas.

3.2. El alcance de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la CADH

Dentro de la lógica asumida a partir de *Lagos del Campo* surgen aspectos que requieren ser definidos con mayor precisión. Uno de ellos es la metodología que se ha de seguir para determinar el catálogo de derechos —y su contenido— que se "derivan" de la Carta de la OEA y que, por tanto, son justiciables a través del artículo 26 de la Convención Americana. El caso *Cuscul Pivaral* se refiere precisamente a la forma en que la Corte determina el contenido de los derechos protegidos por tal artículo. Este aspecto es analizado en el apartado sobre el derecho a la salud entendido como un derecho autónomo y justiciable (VIII-1, B.2). En este apartado se especificó con mayor detalle las razones por las cuales es posible derivar el derecho a la salud de la Carta de la OEA,

55 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit.,* párrs. 29-37.

56 Corte IDH. Comunicado de Prensa del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos de 11 de abril de 2019.

y reiteró el criterio respecto a la naturaleza doble de las obligaciones que derivan de la protección de este derecho: exigibilidad inmediata y desarrollo progresivo. Posteriormente, se procedió a determinar los alcances de la protección de este derecho.[57] Es en este punto en el que la Corte hace mención de los medios de interpretación que utiliza para determinar el alcance de los derechos protegidos por la Convención, manifestando lo siguiente:

> En segundo lugar, corresponde a este Tribunal determinar los alcances del derecho a la salud a la luz del corpus juris internacional en la materia. La Corte recuerda que las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana constituyen, en definitiva, la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a los derechos reconocidos en la Convención, incluidos aquellos reconocidos en virtud del artículo 26. Sin embargo, la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, específicamente a través del artículo 29, el cual prevé el principio pro persona. De esta forma, como ha sido la práctica constante de este Tribunal, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes.

La aclaración que realiza la Corte no es menor. Permite entender que los únicos derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención son aquellos que derivan de la Carta de la OEA, lo cual era una cuestión que no había quedado clara en las sentencias previas en la materia. Un aspecto distinto es que el contenido de estos derechos pueda ser interpretado a la luz de otros instrumentos internacionales, como de hecho es una práctica constante en materia internacional. Este párrafo sostiene la jurisprudencia constante de la Corte respecto a que el artículo 29 se entiende como una norma de interpretación, pero no como una norma de remisión. En la tesis sostenida en *Cuscul Pivaral,* el artículo 29 —y el principio pro persona— permiten utilizar otros instrumentos internacionales para dotar de un mejor entendimiento

[57] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párrs. 98 y 100.

el contenido de los derechos reconocidos por la Convención —incluidos aquellos que derivan del artículo 26—. Pero esto no significa que la Corte tenga competencia para conocer directamente sobre violaciones a los derechos que puedan estar contenidos en dichos instrumentos. Sostener lo contrario constituiría un entendimiento del artículo 29 absolutamente alejado de la lógica de un sistema regional subsidiario de protección de derechos humanos. En palabras de la Corte:

> De esta forma, la Corte utilizará las fuentes, principios y criterios del corpus juris internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la salud. Este Tribunal señala que la utilización de la normativa antes mencionada para la determinación del derecho a la salud, y de los derechos correlativos para personas que viven con el VIH, se utilizará en forma complementaria a la normativa convencional. Al respecto, la Corte afirma que no está asumiendo competencias sobre tratados sobre los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los DESCA. Por el contrario, la Corte realizará una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29, y conforme a su práctica jurisprudencial, que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA que se encuentran reconocidos por el artículo 26 de la Convención. La determinación del derecho a la salud dará un especial énfasis a la Declaración Americana.[58]

Es en este ejercicio interpretativo que la Declaración Americana juega un papel particularmente relevante. Esta cuestión responde a un criterio sostenido por la Corte en su OC-10/89, sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1989, donde manifestó que "[...] los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de

[58] *Ibidem,* párr. 101.

la practica seguida por los órganos de la OEA".[59] En esta misma lógica, en *Cuscul Pivaral* la Corte reiteró su criterio respecto a que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe ser entendida con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.[60] Por esta razón, se debe interpretar el alcance de los derechos contenidos en la Carta de la OEA a la luz del *corpus iuris* internacional en la materia.

IV. Conclusión: posibilidades y retos

La nueva etapa jurisprudencial iniciada a partir del caso *Lagos del Campo* ha generado una serie de posibilidades para la evaluación de violaciones de derechos humanos a través del sistema de peticiones individuales previsto por la Convención. En primer lugar, permitirá que se analicen directamente las violaciones a los derechos sociales contenidos en la Carta de la OEA, lo cual implica un tratamiento directo de los hechos a la luz del derecho aplicable en la materia. De esta forma, ya no será necesario tomar como punto de partida un derecho civil y político reconocido expresamente en la Convención para abordar cuestiones relacionadas —por ejemplo— con el derecho a la salud, el trabajo, la seguridad social o el medioambiente. Esta aproximación también permitirá que la Corte se acerque más a la manera en que los tribunales constitucionales de la región han tratado el análisis de los DESCA en sus respectivas jurisdicciones.

En segundo lugar, ya desde el caso *Acevedo Buendía* pero, sobre todo, a partir de *Cuscul Pivaral*, se abrió la puerta para que la Corte analice si el Estado incumplió con su deber de desarrollar progresivamente los DESCA. Esto implicará que la Corte pueda aproximarse a calificar si los Estados han adoptado las providen-

[59] *Idem* y Corte IDH. OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 14 de julio de 1989. Serie A, núm. 10, párrs. 43 y 44. La Corte precisó que puede interpretarla y los Estados están obligados a respetar su contenido por ser parte de la OEA.

[60] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* párr. 102.

cias y los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de la garantía de los derechos sociales. Esto permitirá a la Corte visibilizar y analizar aquellos aspectos estructurales que derivan en la falta de efectividad de los derechos humanos, en una región con enormes necesidades en la materia —pensemos que Latinoamérica tiene altos índices de pobreza y desigualdad—. También cabe destacar que esta aproximación también se dirige al cumplimiento de los compromisos internacionales que los Estados han adquirido en los últimos años, por ejemplo, en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, donde se fijó que la reducción de la pobreza extrema es el mayor desafío que enfrenta el planeta. Las instituciones del Sistema Interamericano se pueden constituir en actores del cumplimiento de esta meta.

En tercer lugar, el análisis de los DESCA, tanto en su dimensión de exigibilidad inmediata como en la de cumplimiento de obligaciones de desarrollo progresivo, permitirá que las reparaciones ordenadas por la Corte en casos contenciosos respondan con claridad a la violación al derecho individual involucrado (p. ej., medidas de rehabilitación), como a aquellas situaciones que buscan evitar futuras violaciones a los derechos de otras personas (p. ej., garantías de no repetición para ordenar la modificación de las causas estructurales que provocaron las violaciones). Esto será aún más claro en aquellos casos donde la Corte encuentre que el Estado incumplió con sus obligaciones de desarrollo progresivo, por ejemplo, en materia de salud. Esto sucedió en *Cuscul Pivaral*, donde fue ordenada la atención médica adecuada a las víctimas del caso, al tiempo que fueron ordenadas amplias medidas de reparación para combatir la epidemia de VIH en Guatemala y evitar la discriminación.

Por otro lado, es fundamental no perder de vista los retos que implica el abordaje que la Corte ha dado recientemente a la cuestión de los DESCA. Estas cuestiones ya han sido advertidas por algunos de los jueces de la Corte a través de sus votos concurrentes o disidentes a las sentencias. Destaco tres de estos retos:

El primero es poder definir con mayor claridad cuáles son los derechos que derivan de la Carta de la OEA y que, por tanto, se encuentran protegidos por el artículo 26 de la Convención. Hasta ahora, la Corte ha considerado que son el derecho a la estabili-

dad laboral, a la salud, a la seguridad social y al medioambiente sano, pero sin duda habrá más y estos deberán ser argumentados correctamente por las partes en un litigio. La argumentación jurídica es una de las herramientas principales que tiene un tribunal para dotar de legitimidad sus decisiones, por lo que resultará especialmente relevante desarrollar las razones por las que un derecho es justiciable a través del artículo 26 y el contenido de ese derecho. Este ejercicio —por supuesto— no podrá prescindir de las circunstancias fácticas y probatorias que rodean a los casos sometidos ante la Corte.

De la mano de lo anterior es importante reflexionar sobre cómo se habrá de construir el contenido de los derechos sociales que derivan de la Carta de la OEA. En este punto jugará un rol fundamental el artículo 29 de la Convención Americana. Este artículo ha sido utilizado por la Corte para interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados internacionales e incluso de las decisiones de los tribunales nacionales —como ha sido la práctica reciente—. Las partes deberán también contribuir a esta interpretación haciendo notar aquellos aspectos normativos del *corpus iuris* internacional y de derecho nacional que permiten tener un entendimiento adecuado de los DESCA. En este punto, además, cabe destacar la importancia que tiene el sometimiento de casos contenciosos y de opiniones consultivas ante la Corte para la determinación del contenido y alcance de estas normas.

El segundo reto es la necesidad de desarrollar con mayor precisión una metodología para evaluar si el Estado ha adoptado medidas que resulten violatorias de las obligaciones de desarrollo progresivo, así como para fijar las reparaciones correspondientes cuando se determine una violación. Esto va a requerir que la Comisión y los representantes demuestren en el litigio cómo una medida estatal —ya sea legislativa o de otra naturaleza— representó una medida regresiva en materia de protección a los DESCA. El reto, en consecuencia, será grande —tanto para las partes como para la Comisión y la Corte— porque será necesario presentar información confiable y precisa sobre las acciones estatales adoptadas en la protección a un derecho, y argumentar cómo esta medida viola las obligaciones de desarrollo progresivo.

La Corte deberá tener la capacidad de analizar esta información de manera adecuada y sensible a las condiciones de cada Estado.

El tercer reto es poder alcanzar un balance adecuado para los actores del Sistema Interamericano entre ser actores que coadyuven para la solución de problemas estructurales al interior de los Estados en materias como salud, educación, trabajo, vivienda, etcétera; y al tiempo reconocer que la manera en que los Estados atienden estas cuestiones a nivel interno puede ser legítimamente diversa. Los factores determinantes de esa diversidad pueden ser de naturaleza económica, política o histórica que debe ser tomada en cuenta. Habrá que considerar que la protección de los DESCA —sobre todo en su dimensión de desarrollo progresivo— depende, en gran medida, de la capacidad económica de cada Estado en particular (y aquí valdría mencionar que no es posible exigirle lo mismo a un país como El Salvador que a otro como Chile o Uruguay), y hasta la manera en que los Estados fijan las prioridades de atención de derechos sociales a nivel interno. Estos y otros elementos son factores importantes que las instituciones habrán de tomar en cuenta en la determinación de la responsabilidad estatal y en las medidas de reparación que le sean fijadas a los Estados.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, L*os derechos sociales como derechos exigibles,* 1a. reimp., 2014, Madrid, Trotta, 2002.

Arango, Rodolfo, "Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Aldao, Martín, y Clérico, Laura, "El derecho social autónomo a la salud y su contenidos. El caso *Poblete Vilches* y el examen de (in)cumpliento de las obligaciones impostegrables y no ponderables", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico,

Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, IIJ-UNAM-Editorial Flores, 2014.

Cerqueira, Daniel, "La justiciabilidad de los DESCA bajo la Convención Americana. Sobre la necesidad de llenar los vacíos argumentativos de la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú*", Justicia en las Américas-Blog de la Fundación para el debido proceso, de 29 de mayo de 2018, *https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desca-bajo-la-convencion-americana/*

Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano,* 3a. reimp., México, CNDH, 2015.

——, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y Justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

La protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

*Flávia Piovesan***
*Mariela Morales Antoniazzi****
*Julia Cortez da Cunha Cruz*****

I. Introducción: contexto y premisas

1.1. Derechos humanos: un concepto holístico e integral

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, Declaración Universal) de 1948, inauguró el concepto contem-

---

* Este texto se ha publicado previamente como "The Protection of Social Rights in the Inter-American Commission of Human Rights", en Binder, Cristina *et al.* (eds.), *Research Handbook on International Law and Social Rights*. (2019, en prensa). La traducción estuvo a cargo de Julia Cortez da Cunha Cruz y fue revisada por Cecilia Colello (Facultad de Derecho, UBA).

** Comisionada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y profesora de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP). Fue becaria visitante en el Centro David Rockefeller para Estudios Latinoamericanos (DRCLAS) en la Universidad de Harvard (2018); profesora visitante en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL, 2008-2018); investigadora de la Fundación Humboldt Georg Forster en el MPIL (2009-2014); becaria de derechos humanos en el Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Oxford (2005), y miembro visitante en el Programa de Derechos Humanos, Harvard Law School (1995). Fue miembro del Grupo de Trabajo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre la Implementación del Derecho al Desarrollo y del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos que monitorea el Protocolo de San Salvador.

*** Investigadora principal en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg, Alemania.

poráneo de derechos humanos. Esta reconoce que el derecho a la dignidad es intrínseco a la condición humana y que la única condición para ser titular de derechos es ser una persona. La Declaración también abrió el camino para la internacionalización de la protección de derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida, libertad, igualdad, salud, educación, trabajo y seguridad social. Tales derechos han sido proclamados como indivisibles, interdependientes e interrelacionados, sin ninguna jerarquía entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.[1]

En los 70 años posteriores, ese abordaje holístico ha sido reafirmado en muchas ocasiones. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconocen que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales". La Proclamación de Teherán de 1968 y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 también realzan que los derechos humanos son indivisibles, y en 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena llamó a la comunidad internacional a "tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso".[2]

Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. *Magister Legum* por la Universidad de Heidelberg, Alemania y doctora en Derecho por la Universidad de Fráncfort del Meno, Alemania. Profesora visitante en varias universidades latinoamericanas y vicepresidenta de la sección alemana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Coordina el proyecto *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) en el MPIL.

**** Es abogada de la organización no gubernamental Conectas Derechos Humanos. Obtuvo un LLM en la Escuela de Derecho de Harvard, así como una Maestría en Derecho Internacional y una Licenciatura en Derecho en la Universidad de São Paulo. También ha sido investigadora en el Centro de Derechos Humanos y Empresas de la Fundação Getulio Vargas.

1 Piovesan, Flávia, *Temas de Direitos Humanos,* São Paulo, Saraiva, 2018, p. 3.

2 ONU, Vienna Declaration and Programme of Action, de 25 de junio de 1993, UN Doc A/CONF.157/23.

Bajo este enfoque integral y holístico, todos los derechos humanos, incluidos los civiles y políticos (DCP) así como los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), son interdependientes e indivisibles. Son interdependientes porque solo reconociendo todos los derechos humanos se puede garantizar la existencia real de cada uno de ellos.[3] Las libertades públicas son inocuas si los individuos no tienen condiciones materiales para ejercerlas, por tanto, la implementación de los DESCA transforma las garantías formales de los DCP en derechos sustanciales.[4] Por otro lado, los DCP permiten a las personas exigir el mejoramiento de sus condiciones de vida y garantizar que puedan trabajar por la realización de los DESCA sin interferencias arbitrarias.

Los derechos humanos también son indivisibles, lo que significa que no debe haber ninguna separación, categorización o jerarquía entre ellos a efectos de su respeto, protección y garantía.[5] De hecho, muchos tratados internacionales incluyen la protección tanto de los DCP como de los DESCA.[6]

Sin embargo, durante el siglo xx, hubo una separación marcada entre los DESCA y los DCP. En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU la elaboración de un tratado que crearía obligaciones vinculantes basadas en los derechos proclamados por la Declaración Universal. En cambio, los Estados de la Comisión propusieron la creación de dos tratados: el PIDCP y el PIDESC. Estas convenciones tienen características diferentes y procedimientos de monitoreo propios.[7]

---

3 Gros Espiell, Hector, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, Madrid, Libro libre, 1986, pp. 16 y 17.

4 Lafer, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt,* São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 127.

5 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 24.

6 Para un ejemplo reciente, véase Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada el 15 de junio de 2015.

7 Durante muchos años no existió un mecanismo de queja individual por violaciones del PIDESC, lo que provocó llamados por más simetría entre los

La historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es parte de este contexto más amplio. Incluso antes de la Declaración Universal, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) proclamó una amplia relación de derechos, que incluye derechos sociales como la salud[8] y la educación.[9] Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no sigue un camino similar. Proclama los DCP en detalle, pero incluye una sola mención general a los derechos económicos, sociales y culturales, protegiendo su desarrollo progresivo.

Veinte años después de la Convención Americana, los Estados de la región adoptaron un Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador. El Protocolo complementa la Convención, estableciendo un rol integral de derechos sociales, incluidos los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales. También determina que el derecho a la educación y el derecho a sindicalizarse están sujetos al mecanismo de petición individual del SIDH. Por tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) pueden analizar las peticiones sobre violaciones de estos dos DESCA, siempre que se cumplan todas las demás condiciones jurisdiccionales. Otros derechos proclamados por el Protocolo de San Salvador son monitoreados por medio de informes periódicos.

En las últimas décadas, la Comisión Interamericana ha trabajado por la realización de derechos sociales a través de informes, audiencias temáticas y actividades promocionales. Junto a estas actividades, se ha producido un largo debate sobre si y cómo la Comisión debe analizar derechos sociales en su mecanismo de peticiones individuales. Asimismo, la protección de los derechos sociales por parte de la Corte Interamericana ha sido un tema de discusión constante. Ambas instituciones se adhieren a la vi-

dos pactos. Este problema se resolvió finalmente con la adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2008, que creó un mecanismo de peticiones individuales.

8 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), OAS Res XXX, adoptada por la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, (1948). OEA/Ser L V/II.82 Doc 6 Rev 1, 17 (1992), art. XI.

9 *Ibidem,* art. XII.

sión integral y holística de los derechos humanos. Sin embargo, la operacionalización de este concepto ha cambiado y evolucionado con el tiempo.

1.2. Derechos sociales e interseccionalidad

Complementando la indivisibilidad, la noción contemporánea de derechos humanos abarca también la universalidad. La naturaleza universal de los derechos humanos se refiere a la extensión de la protección: abarca a todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, etnia, clase, género, orientación sexual o cualquier otra condición. Esta noción es fundamental para el derecho internacional de los derechos humanos y está consagrada por los principios de igualdad y no discriminación. De hecho, según la Corte Interamericana, toda la estructura legal del orden público nacional e internacional se basa en los principios de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación.[10] Son principios fundamentales que permean todas las normas internacionales de derechos humanos.[11]

En consecuencia, en el ámbito de los derechos sociales, los Estados tienen el deber de garantizar su ejercicio "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."[12] Dado que la discriminación es compleja, garantizar el disfrute equitativo de los derechos sociales requiere una visión integral de si estos derechos son igualmente accesibles para diferentes grupos. Bajo ciertas circunstancias, una política pública uniforme (que se aplica por igual a todos) será insuficiente y requerirá medidas dirigidas a las causas y consecuencias de la discrimi-

[10] Corte IDH. OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva de 17 septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 101.

[11] *Idem*. Es por eso que la Corte IDH considera que la no discriminación es una norma *jus cogens*.

[12] PIDESC, adoptado el 16 de diciembre de 1966. 993 UNTS 3 (ICESCR), art. 2.2.

nación.[13] En estos casos, conforme lo expresado por Ferrajoli, "[...] el valor de la igualdad resulta confirmado y reafirmado, si bien en un sentido más complejo y articulado [...], en virtud del análisis de la diferencia y de las implicaciones que de ella deben extraerse para una igual y efectiva valorización de las diversas identidades."[14]

Es decir, una política de derechos sociales efectiva requiere un diagnóstico de cómo los diferentes tipos de discriminación pueden afectar el ejercicio de estos derechos, así como la adopción de medidas que aborden tales desigualdades. De hecho, la Corte Interamericana ha señalado que se puede declarar a un Estado internacionalmente responsable de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos si ese no adopta medidas para proteger a las víctimas de formas estructurales de discriminación.[15] En estos casos, la protección efectiva de los derechos sociales requiere datos desagregados, que permitan la identificación de desigualdades y la elaboración de medidas dirigidas a la protección de grupos en situación de vulnerabilidad.

Aún más, no es suficiente considerar cómo las diferencias afectan el disfrute de los derechos sociales aisladamente. La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia destaca que existen situaciones de discriminación múltiple, definidas como "[...] cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos [raza, color,

---

13 Cornejo Chávez, Leiry, "El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte IDH", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 235 y 253.

14 Ferrajoli, Luigi, "Igualdad y diferencia", en AA. VV., *Igualdad y Diferencia de género,* México, 2 Colección Miradas-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, *https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0002-01.pdf*

15 Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318, párr. 338.

linaje u origen nacional o étnico] que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos [...] en cualquier ámbito de la vida pública o privada."[16]

Estos impulsores de discriminación pueden interactuar y agravarse mutuamente, produciendo formas de desigualdad complejas y únicas. Por ejemplo, en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, la Corte IDH analizó el caso de Talía, quien había sido infectada con VIH luego de una transfusión de sangre cuando tenía tres años. Además de las circunstancias asociadas con la transfusión, el Tribunal analizó los efectos continuos de la infección en la vida de la niña, incluido el acceso a la educación y a atención médica especializada. En estas circunstancias, el Tribunal señaló que

> [...] en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores.[17]

Esta fue la primera vez que la Corte Interamericana se refirió a la discriminación interseccional, un concepto definido como "[...] una situación en la que varios motivos[18] interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables". Los Estados deben tener en cuenta la interseccionalidad en la implementación de los derechos sociales, colectar datos desagregados, identificar vulnerabilidades y actuar para prevenir desigualdades en el disfrute de los DESCA. Del mismo modo, los tribunales y organismos internacionales de derechos humanos deben analizar la situación

---

16 Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, adoptada el 6 de mayo de 2013, art. 1.3.

17 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 290.

18 Estos motivos incluyen: edad; discapacidad; origen étnico, indígena, nacional o social; identidad de género; opinión política u otra; raza; estatus de refugiado, migrante o solicitante de asilo; religión; sexo, y orientación sexual.

de las víctimas considerando el impacto de las formas múltiples e interseccionales de discriminación sobre sus derechos, y si el Estado ha respondido adecuadamente a esta situación.

1.3. Estándares interamericanos: derechos sociales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La protección de los derechos sociales en el SIDH ha estado fuertemente marcada por las decisiones de la Corte Interamericana. Estas posiciones han evolucionado a lo largo de las décadas: aunque la protección indirecta de los DESCA prevaleció durante gran parte de la historia de la Corte, en la última década esta situación se ha ido modificando progresivamente. Esta historia ha producido una amplia gama de precedentes, basados en teorías que pueden organizarse en una tipología de cuatro categorías.[19]

1.3.1. Dimensión positiva del derecho a la vida

La Convención Americana protege el derecho de toda persona a que se respete su vida, prohibiendo las privaciones arbitrarias de la vida. La Corte Interamericana tiene una larga línea de precedentes que analizan los deberes estatales que surgen de este derecho y ha llegado a la conclusión de que, además de la obligación de no cometer homicidios arbitrarios y de proteger a las personas de amenazas de terceros, el derecho a la vida también abarca una dimensión positiva. Esto significa que los Estados deben tomar medidas positivas para garantizar que todas las personas tengan las condiciones materiales para vivir con dignidad. En otras palabras, el derecho a la vida incluye el derecho a una vida digna.[20]

---

19 Una versión anterior de esta tipología se discute en Piovesan, Flávia, *op. cit.*, p. 18.

20 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 144: "En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el dere-

La Corte estableció el derecho a una vida digna por primera vez en el caso histórico *Villagran Morales vs. Guatemala* (también conocido como "*Niños de la Calle*"), abriendo la puerta a la protección de los derechos sociales en el marco del artículo 4.1 de la CADH. El caso abordó el secuestro, tortura y asesinato de cinco personas por parte de la policía, incluidos tres menores. La Corte destacó que, como niños de la calle, las víctimas se encontraban en una situación particular de vulnerabilidad. Por tanto, el Estado debió haber tomado medidas concretas para evitar que vivieran en la miseria, una situación que les negó las condiciones mínimas necesarias para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad.[21]

Tras esta primera decisión, el Tribunal siguió aplicando el estándar de vida digna a otras situaciones. Según el Tribunal, el derecho a una vida digna requiere que los Estados proporcionen condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad humana y prohíbe a los Estados impedir el acceso a tales condiciones.[22] Esto significa adoptar medidas concretas para garantizar el ejercicio de los derechos sociales, especialmente por parte de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, como los niños, las personas detenidas[23] y los pueblos indígenas.[24]

1.3.2. Realización progresiva de los derechos sociales

La Corte Interamericana también ha afirmado los derechos sociales basándose en el deber de los Estados de desarrollar pro-

cho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna."

21 *Ibidem*, párr. 191.

22 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125.

23 Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112.

24 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *cit*.

gresivamente los DESCA, conforme lo determina el artículo 26 de la Convención Americana.[25] Aunque durante muchos años la Corte no analizó directamente violaciones a este artículo, el Tribunal utilizó la obligación del desarrollo progresivo como base interpretativa para establecer violaciones de otros artículos de la Convención. De manera similar a los precedentes sobre el derecho a una vida digna, la condición de vulnerabilidad es clave para la determinación de las obligaciones del Estado en el desarrollo progresivo de los DESCA.

Por ejemplo, en *Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte analizó el caso de una comunidad indígena que había sido privada del acceso a sus tierras tradicionales, lo que derivó en una situación de pobreza y de nutrición, salud y educación precarias. El Tribunal se refirió a la obligación de desarrollo progresivo de los DESCA, incluido el derecho a la salud, a un medioambiente saludable, a la alimentación, a la educación y a la cultura.[26] Se concluyó que el Estado no había cumplido con sus deberes porque no había tomado las medidas necesarias para garantizar el acceso a estos derechos, especialmente considerando la situación de vulnerabilidad agravada en la que vivía la comunidad. Cinco años después, la Corte adoptó un enfoque similar en el caso *Xakmok Kasek vs. Paraguay*: el Estado fue declarado internacionalmente responsable por no brindar acceso a agua y alimentación adecuada, atención médica y educación para una comunidad indígena bajo condición de riesgo especial, real e inmediato.[27]

La Corte también analizó la obligación de desarrollar progresivamente los derechos sociales en el contexto de la educación. En el caso *Yean y Bosico* se aclaró que los Estados tienen el deber de proporcionar educación primaria a todos los niños, una

[25] Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Serie Tratados OEA, núm. 36. (1969), art. 26.

[26] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, *cit*., párr. 163.

[27] Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párr. 217.

obligación que se deriva de una interpretación conjunta de los artículos 19 y 26 de la Convención Americana.[28]

1.3.3. Protección indirecta de derechos sociales

Reconocer que los derechos humanos son indivisibles significa negar todas las formas de separación y jerarquía entre DCP y DESCA. Complementariamente, la indivisibilidad imposibilita el análisis de cualquier categoría de derechos de forma aislada, ya que la violación de un derecho generalmente está relacionada con el disfrute de otros. Esto queda claro por los precedentes interamericanos que protegen los derechos sociales indirectamente, como dimensiones de los derechos civiles o políticos. Por ejemplo, se puede analizar una violación del derecho a la salud como parte del marco del derecho a la integridad física.

La Corte realizó este análisis indirecto en *Albán Cornejo vs. Ecuador*, un caso sobre muerte por negligencia médica en una institución de salud privada. El derecho a la salud incluye el deber del Estado de regular y vigilar las instituciones privadas, así como de investigar y sancionar los casos de abuso y negligencia. Sin embargo, la Corte no utilizó este marco; más bien, basó su decisión en los artículos 8 (derecho a un juicio justo) y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana.[29]

Los artículos 8 y 25 también han sido el marco utilizado por la Corte para analizar casos sobre el derecho al trabajo. En *Baena Ricardo vs. Panamá*, el Tribunal determinó la responsabilidad internacional de Panamá por no garantizar el debido proceso en relación con el despido de 270 trabajadores después de una huelga.[30] De manera similar, el caso *Aguado Alfaro vs. Perú* abordó el

---

28 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 185.

29 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171.

30 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72.

despido de 257 empleados del Congreso en el contexto de un golpe de Estado. Una vez más, la Corte concluyó que el Estado había violado el derecho al debido proceso y a la protección judicial, pero no analizó directamente el derecho al trabajo.

En 2003, la Corte Interamericana emitió una decisión histórica en el caso "*Cinco Pensionistas" vs. Perú*, en donde analizó las pérdidas pecuniarias derivadas de una reforma en el régimen de pensiones. Una vez más, el Tribunal declaró violaciones indirectas: aunque el caso involucraba el derecho a la seguridad social, se determinaron violaciones del derecho a la propiedad y al debido proceso. Sin embargo, a diferencia de las decisiones anteriores, en este caso la Corte analizó si Perú había cometido violaciones directas de los DESCA. El Tribunal Interamericano se abstuvo de declarar la responsabilidad internacional del Estado por violar el artículo 26, porque "[...] el desarrollo progresivo [...] se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales [...] sobre el conjunto de la población, [...], y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo [...] no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente".[31]

1.3.4. Protección directa de los derechos sociales

El caso "*Cinco Pensionistas*" marcó las posiciones de la Corte y la Comisión durante varios años. La sentencia obstaculizó el análisis de los DESCA en el sistema de peticiones, que por definición está dedicado a las experiencias de individuos o grupos específicos, porque el caso parecía indicar que el artículo 26 podría ser monitoreado solamente con respecto a los derechos de la población en general. Sin embargo, durante la última década, esta posición ha cambiado progresivamente, y actualmente la Corte Interamericana reconoce que las violaciones del artículo 26 están directamente sujetas a su jurisdicción contenciosa.

[31] Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 147.

Primeramente, en *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, la Corte analizó nuevamente cambios en un régimen de pensiones. Esta vez resaltó la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, aclarando que los DESCA son justiciables y que "el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos".[32] El caso también aclaró cuestiones importantes que habían sido áreas grises en la discusión sobre los derechos sociales en el Sistema Interamericano. La Corte declaró su competencia para pronunciarse sobre posibles violaciones del artículo 26,[33] determinando que la obligación general de proteger y garantizar los derechos de la Convención Americana (establecida en los arts. 1 y 2) se aplica a los DESCA. Esta aclaración sobre las obligaciones derivadas de los derechos sociales fue esencial para el análisis futuro de los mismos, constituyendo un primer paso importante (aunque tímido) en la jurisprudencia de la Corte sobre el litigio directo del artículo 26.[34]

Aún así, en *Acevedo Buendía,* la Corte no determinó una violación del artículo 26, y el derecho a la seguridad social fue protegido nuevamente solo de manera indirecta, como dimensión de los derechos a la propiedad y a la protección judicial. En los años siguientes, los DESCA no estuvieron ausentes en la jurisprudencia de la Corte, pero fueron considerados solamente como referencias interpretativas y no como la norma central en el análisis de la responsabilidad internacional del Estado.[35]

---

32 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, núm. 198, párrs. 101 y 102.

33 *Ibidem*, párr. 17.

34 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*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *op. cit.*, pp. 181-199.

35 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización* In Vitro*) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

En 2013, la Corte resolvió *Suárez Peralta vs. Ecuador*, un caso de negligencia médica en un centro de salud privado. El Tribunal indicó que los Estados deben establecer un marco normativo adecuado, estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, mecanismos de fiscalización, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial.[36] Una vez más, los jueces desarrollaron este análisis dentro del marco del derecho a la integridad personal, no del derecho a la salud. Sin embargo, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien había sido recientemente designado, no estuvo de acuerdo con este enfoque indirecto. Él emitió un voto concurrente argumentando que la Corte debió haber analizado el derecho a la salud directamente, como un derecho autónomo, con base en los artículos 1 y 26 de la Convención.[37] Sus argumentos a favor de la justiciabilidad de los DESCA se basaron en un análisis minucioso de la indivisibilidad, e incluyeron elementos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparado. La opinión reabrió una discusión que había sido suspendida durante varios años, perturbando una inercia poco crítica a favor de la protección indirecta.[38] Según Óscar Parra Vera:

> *La virtud de despertar una discus*ión residió también en impulsar el cambio en la perspectiva de algunos jueces y empezar a sumar apoyos hacia una visión sobre el rol que debía cumplir la Convención Americana en materia de derechos sociales. Es de especial valor resaltar que, en 2015, dos jueces —Manuel Ventura y Roberto Caldas— que se habían sumado a mayorías de la Corte que abogaban por la justiciabilidad indirecta a través del derecho a la vida o la integridad, o que habían expresado sus dudas respecto del paso que correspondía para lograr la justiciabilidad directa del artículo 26, se sumaron al voto del juez Ferrer Mac-Gregor sobre justiciabilidad directa.[39]

---

36 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *cit.*, párr. 132.

37 Véase Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246. El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor siguió los pasos de la jueza Margarette May Macaulay, quien había escrito un voto en el que defendía la justiciabilidad directa de los DESCA.

38 Parra Vera, Óscar, *op. cit*., pp. 181 y 182.

39 *Ibidem*, p. 183.

De hecho, en el caso *Canales Huapaya vs. Perú*, que también versa sobre despidos, el juez Roberto Caldas se unió al juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en un voto concurrente, argumentando que la Corte debería haber analizado el caso en el marco del derecho al trabajo.[40]

Solo tres meses después, en septiembre de 2015, la Corte decidió *Gonzales Lluy vs. Ecuador*. Como se discutió en la sección 1.2, el caso se refería al contagió de VIH de una niña de tres años, así como a sus continuos efectos en los derechos a la salud y la educación. En un voto concurrente, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor indicó que el Tribunal había cometido un error al abordar el derecho a la salud a través de los derechos a la vida y a la integridad personal. Para él, un análisis directo y autónomo hubiera sido preferible, porque era necesario analizar obligaciones asociadas específicamente con el derecho a la salud, adoptando un enfoque de derechos sobre esta temática.[41] Los jueces Roberto Caldas y Manuel Ventura se adhirieron a la opinión. El movimiento hacia la justiciabilidad directa del artículo 26, que comenzó con un juez en *Suárez Peralta*, luego dos en *Canales Huapaya*, ahora era apoyado por tres.[42]

---

40 Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296.

41 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 17.

42 En 2016 también hubo otros votos concurrentes sobre la justiciabilidad directa de los DESCA. Los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Roberto Caldas escribieron, cada uno, un voto concurrente que defiende el análisis directo del derecho a la salud. El caso abordó violaciones del derecho a la salud en el contexto de personas privadas de libertad. Véase Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312. Votos concurrentes de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Roberto Caldas. El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor defendió la justiciabilidad directa del derecho a una vivienda adecuada. Véase Corte IDH. *Caso Yarce y otros vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. El juez también escribió un voto concurrente sobre el derecho a la salud en Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Sentencia 30 de noviembre de

En 2017, esa opinión ganaría una mayoría de cinco jueces en *Lagos del Campo vs. Perú*. Este fue un caso sobre estabilidad laboral y el derecho de los trabajadores a asociarse para defender sus intereses comunes. La Corte sostuvo que las limitaciones a estos derechos constituyen una violación directa del artículo 26 (la sentencia aclara que este artículo abarca los derechos laborales). También reafirmó la indivisibilidad de los derechos humanos, destacando que los DESCA y los DCP son parte de un concepto holístico.

La Corte reiteró esta posición en otro caso de 2017: *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. El Tribunal decidió que el Estado había violado directamente el artículo 26 porque no había garantizado el acceso a la protección judicial en el contexto de las relaciones laborales. Del mismo modo, en *San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela*, los jueces determinaron que el Estado era internacionalmente responsable por la violación del derecho al trabajo de personas que habían sido despedidas arbitrariamente de sus trabajos debido a represalias políticas.[43]

En 2018, la Corte falló por primera vez sobre una violación autónoma del derecho a la salud. En el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, determinó que el Estado no garantizó el acceso a la salud sin discriminación, ya que no proporcionó los servicios básicos y urgentes necesarios a una víctima en situación de vulnerabilidad como persona mayor. Sobre la base de las normas internacionales sobre el derecho a la salud, la Corte determinó que los Estados deben garantizar servicios de salud que cumplan con los estándares de calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad. El caso también fue una oportunidad para aclarar derechos específicos de las personas mayores en el contexto de la atención médica.

En *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, también de 2018, la Corte fue aún más lejos. Por primera vez declaró la responsabilidad internacional del Estado por no desarrollar progresivamente

2016. Serie C, núm. 329. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

43 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otro vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

el derecho a la salud.[44] El caso se refiere a personas que viven con VIH en Guatemala, una situación que la Comisión decidió analizar exclusivamente en el marco de los derechos a la vida y a la integridad. La sentencia analiza las obligaciones específicas del Estado en relación con las personas que viven con VIH, así como las circunstancias de discriminación interseccional en este contexto.

Estos precedentes indican la emergencia de un *corpus iuris* interamericano sobre la protección de derechos sociales, con enfoque especial en individuos y grupos en situación de vulnerabilidad. También demuestran que, paso a paso, la Corte Interamericana avanza en el camino hacia la protección efectiva de los DESCA. A medida que la Corte profundiza este enfoque, ya están surgiendo desafíos. Aun así, esta jurisprudencia recién establecida es un horizonte prometedor para la protección efectiva de los derechos sociales en el Sistema Interamericano.

II. Protección de derechos sociales en la Comisión Interamericana

2.1. Sistema de peticiones y casos

Mucho antes de *Lagos del Campo vs. Perú*, la Comisión Interamericana ya había establecido precedentes sobre DESCA. En 1978, cuando el Sistema Interamericano todavía era reciente, la Comisión analizó el asunto Testigos de Jehová *vs.* Argentina, cuyas víctimas incluían a 300 niños y niñas que habían abandonado la escuela debido a discriminación religiosa.[45] La CIDH determinó que el Estado violó tanto el derecho a la libertad religiosa como el derecho a la educación.[46]

---

44 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

45 CIDH. Caso 2137. Testigos de Jehová. Resolución de 18 de noviembre 1978.

46 Debido a que Argentina aún no había ratificado la CADH, la Comisión basó su decisión en la DADDH, que protege directamente el derecho a la educación (art. XII).

En otras oportunidades, la Comisión también determinó violaciones indirectas de derechos protegidos por las normas interamericanas. Por ejemplo, al decidir la admisibilidad del asunto de los Internos Penitenciaría de Mendoza *vs.* Argentina, los comisionados consideraron el derecho a la salud como una dimensión de los artículos 4 (vida) y 5 (integridad) de la Convención Americana.[47]

Curiosamente, a diferencia de la Corte, en algunos casos, la Comisión analizó DCP de manera indirecta, utilizando los DESCA como la norma central. En Jorge Odir Miranda Cortez *vs.* El Salvador (referente al acceso a medicamentos contra el VIH), la Comisión decidió que las violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal eran "secundarias" y "contingentes" a la conclusión a la que se llegó sobre las violaciones del derecho a la salud.[48] Aunque en este caso particular la Comisión concluyó que las acciones de El Salvador habían sido compatibles con la obligación de desarrollar progresivamente los DESCA, en otros casos los comisionados decidieron que el artículo 26 había sido violado de manera autónoma.[49]

Por tanto, en los precedentes de la Comisión se puede encontrar una combinación interesante de: *i)* casos que analizan simultáneamente violaciones autónomas de DCP y de DESCA; *ii)* casos que analizan DESCA como dimensiones de DCP, y *iii)* casos que analizan DCP como dimensiones de DESCA. Es una composición que refuerza la indivisibilidad de los derechos humanos, demostrando que la línea divisoria entre categorías de derechos es borrosa.

Este singular "mosaico jurisprudencial" fue modificado por el caso "*Cinco Pensionistas*". La Comisión había emitido una decisión de mérito determinando la violación del artículo 26 y defendió dicha violación autónoma de los DESCA ante la Corte Intera-

47 CIDH. Informe 70/05 de 13 de octubre de 2005. Petición 1231/04. Internos Penitenciaria de Mendoza (admisibilidad).

48 CIDH. Informe 29/01 de 7 marzo de 2001. Caso 12.249. Jorge Odir Miranda Cortez y otros (fondo).

49 CIDH. Informe 100/01 de 11 de octubre de 2001. Caso 11.381. Milton García Fajardo y otros (fondo).

mericana. Sin embargo, como se mencionó en la sección 1.3.3, la Corte no estuvo de acuerdo con este enfoque directo.

En el periodo inmediatamente posterior a la decisión de la Corte, la Comisión comenzó a aplicar el estándar desarrollado en "*Cinco Pensionistas*" a sus propios casos, absteniéndose de utilizar las normas de DESCA si la experiencia de la víctima no podía relacionarse con la situación general de la población.[50] Por ejemplo, al analizar el caso *Cuscul Pivaral*, la Comisión declaró:

> En cuanto a la alegada violación del artículo 26 de la Convención Americana, la Comisión considera que en cuanto se trata del derecho a la salud hay una obligación de cumplimiento progresivo, y esto se refiere al derecho a la salud en general, tanto curativa como preventiva, y cuya atención es debida a toda la población. En este sentido, la Comisión comparte lo sostenido por la Corte al indicar que [...] desarrollo progresivo [...] se debe medir [...] en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales [...] sobre el conjunto de la población.[51]

Como resultado, la Comisión concluyó que, en este caso, el acceso a los medicamentos retrovirales debería analizarse dentro del marco del derecho a la vida, no como DESCA.[52]

En 2009, esta posición evolucionó. La Comisión falló en la causa Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social *vs.* Perú, que también discutió una reforma de pensiones. Una vez más, los comisionados determinaron que el desarrollo progresivo de los DESCA —y, en particular, la obligación de no regresión— "implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida". Esta vez, los comisionados discutieron ese estándar en más detalle, determinando que la reforma

---

50 Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, pp. 181-198.

51 CIDH. Informe 32/05 de 7 de marzo de 2005. Petición 642-03. Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras (personas afectadas por el VIH/sida) (admisibilidad).

52 *Idem*. Cuando el caso llegó a la Corte, los jueces revirtieron esta posición, decidiendo declarar violaciones directas del derecho a la salud.

no violó el artículo 26 porque cualquier regresión se justificó por razones fuertes.[53]

Al igual que la sentencia de la Corte en "*Cinco Pensionistas*", el informe de la Comisión en el asunto Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social *vs.* Perú guió las decisiones futuras de la Comisión [54] sobre pensiones.[55] En casos relacionados con otros derechos sociales, la Comisión adaptó el estándar de *"Cinco Pensionistas",* declarando que los DESCA deben analizarse con referencia a la situación de la población en general. Por ejemplo, en un caso sobre violencia contra personas sin hogar, la Comisión declaró inadmisible el artículo 26 porque las víctimas no habían demostrado que su condición de personas sin hogar representara "una regresión o restricción del derecho de toda la población de contar con una vivienda adecuada".[56]

Los recientes desarrollos en el Sistema Interamericano indican que este enfoque podría evolucionar hacia un entendimiento que fortalece el análisis autónomo de los DESCA. Las sentencias de la Corte Interamericana en *Lagos del Campo, Trabajadores Cesados de Petroperú, San Miguel Sosa, Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral* abren nuevas posibilidades para la Comisión. Y la propia Comisión ya ha indicado un enfoque renovado en los derechos sociales, como lo demuestran las próximas secciones.

---

53 *Ibidem,* párrs. 141-147. Los elementos considerados en el análisis incluyeron: *i)* los jubilados afectados no eran representativos de la etapa de desarrollo del derecho a la seguridad social en Perú; *ii)* la reforma tenía los objetivos legítimos de mejorar el ejercicio del derecho a la seguridad social por parte de otros beneficiarios, de garantizar la sostenibilidad futura del sistema de pensiones y de eliminar la desigualdad dentro del sistema, y *iii)* la reforma no menoscabó el contenido esencial del derecho a la seguridad social.

54 Véase, por ejemplo, CIDH. Informe 134/09 de 12 de noviembre de 2009. Peticiones 1133-04 y 115-05. Contribución a la seguridad social de funcionarios públicos jubilados y pensionistas – UNAFISCO, CONAMP y otros (inadmisibilidad).

55 Parra Vera, Óscar, *op. cit*., pp. 181-208.

56 CIDH. Informe 38/10 de 17 de marzo de 2010. Petición 1198-05. Ivanildo Amaro Da Silva y otros (admisibilidad), párr. 42.

2.2. Informes temáticos

Junto al sistema de peticiones, el mandato de la Comisión Interamericana también incluye el monitoreo de la situación de los derechos humanos en las Américas. Una parte importante de este trabajo toma la forma de informes temáticos, que documentan la situación de determinados derechos en la región, consolidan los estándares normativos aplicables y difunden conocimiento sobre el tema. Los informes temáticos abordan derechos sociales como tema central de estudios específicos y como temas transversales.

En 2017, la Comisión emitió un informe temático sobre la pobreza y los derechos humanos. El informe caracterizó la pobreza como un problema estructural, que afecta el ejercicio de derechos y también causa violaciones de los derechos humanos.[57] La CIDH adoptó un enfoque de derechos humanos sobre el tema, lo que significa que analizó la pobreza a la luz de los derechos de los individuos y los deberes internacionales de los Estados. Esta perspectiva conduce a estándares y políticas que identifican y abordan las necesidades particulares de grupos en situaciones de vulnerabilidad, especialmente aquellos que han sido históricamente discriminados. En consecuencia, el informe refuerza el llamado a diseñar políticas dirigidas a la desigualdad estructural y la discriminación interseccional. También reconoce que superar la pobreza requiere atención no solo a los DESCA, sino también a los DCP, lo que fortalece la noción de indivisibilidad.

El informe "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo" también aborda el tema de los derechos sociales, esta vez en un contexto más específico. Reconoce que las industrias extractivas han afectado repetidamente los derechos territoriales y los recursos naturales de las comunidades tradicionales. Debido a que la tierra es una fuente clave de sustento, las condiciones de vida de estas comunidades se deterioran, con impactos significa-

[57] CIDH. Informe de 7 de septiembre de 2017, sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, párr. 101.

tivos sobre los DESCA. Esto incluye especialmente el derecho de acceso a alimentos y agua. Además, el informe destaca que muchas industrias extractivas también someten a las comunidades tradicionales a condiciones de trabajo abusivas. Por ejemplo, los buceadores miskito en Honduras y Nicaragua han sido víctimas de severos abusos laborales por parte de las compañías pesqueras, lo que resultó en discapacidades físicas e incluso la muerte.[58]

El tema de las industrias extractivas también se ha incluido en la Resolución 1/18 de la CIDH sobre Corrupción y Derechos Humanos. Los DESCA son particularmente dependientes del enfrentamiento a la corrupción, ya que su efectividad está supeditada a una asignación presupuestaria adecuada y a políticas de alta calidad. Como ha destacado la Comisión:

> La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad. Entre estos grupos, las mujeres, los líderes sociales, defensores del derecho a la tierra, pueblos afrodescendientes y pueblos indígenas son los más afectados.[59]

La resolución recomienda que los Estados adopten mecanismos sólidos para erradicar la corrupción, fortalecer la transparencia y actualizar los sistemas de monitoreo en la implementación de políticas sociales. También exige una supervisión eficaz de las actividades de extracción, explotación y desarrollo, con el objetivo de proteger los derechos de las comunidades locales, incluido el derecho a participar significativamente en los procesos de toma de decisiones.[60]

---

58 CIDH. Informe de 31 de diciembre de 2017, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. párr. 296.

59 CIDH. Resolución 1/18, de 16 de marzo de 2018, sobre Corrupción y Derechos Humanos.

60 *Idem*.

Aunque no sean tan recientes, otros informes temáticos han desempeñado un papel importante en el establecimiento de estándares sobre DESCA. Estos incluyen "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales"; "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales", y "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

2.3. Informes de país

Al igual que los informes temáticos, los informes de país más recientes han incorporado un enfoque particular en los derechos sociales. En su informe de 2018 sobre violaciones graves de los derechos humanos en el contexto de las protestas sociales en Nicaragua, la Comisión dedicó una sección específica al derecho a la salud, que documenta los impactos de la acción violenta del gobierno en la salud mental y el bienestar emocional de la población. El documento también informa sobre la denegación de atención médica y las obstrucciones del trabajo del personal humanitario de salud. Estos se suman a un contexto de despidos arbitrarios, suspensión de actividades educativas y escasez de alimentos, todo relacionado con una crisis instalada después de que el gobierno comenzó a reprimir las protestas. Los comisionados caracterizaron estas cuestiones como violaciones de los derechos sociales, y destacaron los deberes del Estado sobre DESCA, especialmente en relación con las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad, como los niños y adolescentes, las personas que viven en la pobreza, los adultos mayores, las personas con VIH, los enfermos y las personas con discapacidad.[61]

En su informe de 2017 sobre Venezuela, la Comisión documentó la prevalencia de la pobreza y las graves deficiencias en los DESCA. La crisis económica y social en el país está marcada por violaciones entrelazadas de DCP y DESCA, que se refuer-

[61] *Idem.*

zan y se agravan mutuamente en un círculo vicioso. Según la Comisión, las violaciones de los derechos humanos y las perturbaciones del Estado de derecho alimentan el contexto de instituciones cada vez más débiles en Venezuela, que carecen de los medios para garantizar condiciones de vida adecuadas para la población.[62] Las consecuencias incluyen un aumento dramático de la pobreza, así como dificultades para acceder a componentes esenciales de los derechos a la alimentación, a la salud y a la vivienda.

Estos ejemplos indican que la Comisión está en el camino hacia la adopción plena de la indivisibilidad de los derechos humanos. En todas sus actividades, la Comisión está incorporando la noción de que los derechos humanos constituyen un conjunto indisoluble, y que los derechos sociales deben ser una preocupación transversal.

III. Tendencias emergentes

3.1. Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador y el sistema de indicadores

Luego de la adopción del Protocolo de San Salvador, la Asamblea General de la OEA creó un Grupo de Trabajo para examinar los informes periódicos de los Estados parte del Protocolo. El Grupo de Trabajo está formado por representantes de la CIDH, expertos gubernamentales y especialistas independientes. Entre otras funciones, la Asamblea General les encomendó el desarrollo de un conjunto de indicadores que permiten medir el progreso de los DESCA (así como las barreras a su efectividad). El Grupo de Trabajo basó los indicadores en los lineamientos desarrollados por la Comisión Interamericana y su elaboración recibió aportes de los Estados y de la sociedad civil.

El conjunto de indicadores establecido por el Grupo de Trabajo mide todos los aspectos de la realización de los derechos

[62] CIDH. Informe de 31 de diciembre de 2017. Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela, párr. 405.

económicos, sociales, culturales y ambientales. Esto incluye el acceso a tales derechos, la calidad de la política social y la asignación adecuada del presupuesto. También consideran si y cómo los DESCA están incorporados a la legislación nacional, así como la capacidad de los agentes estatales para cumplir con las normas internacionales durante la implementación de políticas públicas. Además, el Grupo de Trabajo estableció la igualdad y la no discriminación, el acceso a la justicia y el acceso a la información y la participación como principios transversales, que permean todo el trabajo realizado en el marco de los indicadores.[63]

Los indicadores ofrecen una contribución sustancial a la protección de los derechos sociales. Fomentar la generación de datos permite la elaboración de diagnósticos basados en evidencias sobre el disfrute de los derechos sociales. Sobre la base de esta evaluación, las partes interesadas (incluidas las instituciones del Sistema Interamericano, así como la sociedad civil y los medios de comunicación) pueden analizar si la conducta del Estado cumple con sus obligaciones internacionales en el área de derechos sociales. Pueden evaluar críticamente los programas y políticas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, identificando tanto las buenas prácticas como los temas de interés. En consecuencia, los indicadores pueden actuar como impulsores de la transparencia y la rendición de cuentas en relación con los compromisos internacionales en el área de los DESCA.[64]

Para los Estados, estos indicadores ayudan a integrar las normas de derechos humanos en el diseño y la implementación de políticas públicas, lo que permite la formulación de estrategias y prioridades en el área de los derechos sociales. También permiten que los Estados identifiquen problemas y mejoren sus políticas rápidamente.

Un aspecto clave de los indicadores es que requieren datos desagregados, con criterios que incluyen género, raza, etnia,

63 Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, Informe de 12 de diciembre de 2011, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, párr. 43.

64 Piovesan, Flávia, *op. cit.*, p. 28.

orientación sexual, clase socioeconómica, ingresos, residencia (urbana-rural), estatus migratorio, entre otros. Por tanto, en cada paso del diseño y la implementación de la política social, el Estado y las partes interesadas pueden identificar los impactos de la discriminación estructural sobre el disfrute de los derechos sociales, permitiendo el desarrollo de medidas para proteger a las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad. Este enfoque le permite al Estado desarrollar políticas de alcance universal (cuyo objetivo es mejorar los DESCA para la población en general), al tiempo que toma medidas para abordar las necesidades de las personas en riesgo agravado, especialmente aquellas que enfrentan formas múltiples e interseccionales de discriminación.

Los indicadores también pueden ser una herramienta poderosa para la Comisión Interamericana. Al integrarlos en cada una de sus formas de acción, la Comisión aumentaría su rigor metodológico. El uso de indicadores puede impulsar la capacidad de la Comisión para documentar el disfrute de los DESCA en la región, especialmente como parte de los informes de país y los informes temáticos. A medida que se expande la jurisprudencia sobre los derechos sociales, los indicadores también pueden mejorar la calidad del análisis en el mecanismo de peticiones, contribuyendo a la formación de precedentes basados en evidencia precisa, que consideran patrones estructurales de discriminación y toman en cuenta las desigualdades en el acceso a los DESCA en la región.

3.2. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

En 2017, una nueva Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales comenzó a actuar en la Comisión. La Relatora Especial trabaja tiempo completo en la promoción y protección de los DESCA, aumentando la capacidad de la Comisión para profundizar en derechos sociales como un tema transversal en todas sus actividades. A partir del trabajo previo de la Unidad de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la nueva Relatoría agrega capacidad institucional sobre este tema. También da un paso adelante en el estado del arte en los

DESCA, incorporando expresamente los derechos ambientales como una parte clave de su mandato.[65]

Al igual que el Relator Especial sobre Libertad de Expresión, la Relatora está totalmente dedicada a la Comisión y, junto con su equipo, utiliza informes, audiencias públicas y otros mecanismos de promoción como herramientas para avanzar en materia de DESCA en las Américas. Es importante destacar que la Relatoría Especial también examina las decisiones de la Comisión sobre peticiones y medidas de precaución relacionadas con el tema, garantizando una perspectiva de derechos sociales en todos los casos relevantes. Esto aumenta la calidad técnica de las decisiones de la Comisión, agregando experiencia específica en DESCA. También evita que se pasen por alto los problemas en este tópico, garantizando que la Comisión aplicará estándares de DESCA alineados a los desarrollos más recientes en este campo.

La institucionalización de los DESCA dentro de la estructura de la Comisión indica el compromiso del Sistema Interamericano con la protección sólida de derechos sociales. Conforme a lo observado por Óscar Parra Vera:

> No es un asunto menos que el caso Lagos del Campo haya surgido precisamente en el año en el que ha sido creada una Relatoría Especial de la Comisión Interamericana en Materia de DESC. En cierta medida, la institucionalidad interamericana está intentando, por vías interpretativas y de diseño institucional, ofrecer el mejor piso para repensar integralmente el entendimiento que tenemos de los DESCA y la necesidad de construir toda una dogmática específica respeto a estos derechos.[66]

Quizás tal reconsideración completa y el desarrollo de una dogmática específica sean objetivos a largo plazo, pero en una re-

---

65 Véase Corte IDH. OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos. Opinión consultiva de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, párr. 57. En 2017, la Corte Interamericana dio otro paso en esta dirección: emitió la OC-23/17, que analiza los deberes del Estado en relación con el medioambiente. La Corte deja claro que los derechos ambientales (que están protegidos por el art. 11 del Protocolo de San Salvador) están incluidos en el rol de los DESCA, protegidos por el art. 26 de la CADH.

66 Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, pp. 181-232.

gión aún marcada por la pobreza generalizada, que tiene los niveles de desigualdad más altos del mundo, estos objetivos requieren acción urgente. Los desarrollos destacados en este ensayo son pasos iniciales, que deben ser seguidos por la Comisión y la Corte, así como por otros agentes del Sistema, incluidos Estados, academia y sociedad civil.

3.3. Litigio directo de derechos económicos, sociales culturales y ambientales

Los casos *Lagos del Campo, Trabajadores Cesados de Petroperú*, *San Miguel Sosa, Poblete Vilches y Cuscul Pivaral* abrieron un nuevo horizonte para fortalecer la indivisibilidad de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. Así, al permitir el litigio directo de los derechos sociales, la Corte resolvió el debate sobre la justiciabilidad del artículo 26. Ahora no hay duda de que tanto la Corte como la Comisión analizan posibles violaciones de las obligaciones asociadas a los DESCA a través de sus sistemas de casos.

Este análisis se basa en la obligación de desarrollar progresivamente los DESCA, lo que conlleva el deber del Estado de respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales, según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Americana.[67] Este deber general debe interpretarse a la luz del principio pro persona, consagrado en el artículo 29 de dicho Instrumento. De acuerdo con este principio, la Convención no debe interpretarse de manera que restrinja el disfrute de los derechos reconocidos a nivel nacional o internacional. En otras palabras, cuando hay un conflicto normativo o una duda legítima sobre la interpretación, el intérprete debe elegir la solución que proteja más los derechos de la víctima. El intérprete también puede referirse a otros instrumentos como puntos de referencia, especialmente la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Protocolo de San Salvador y el *corpus iuris* internacional sobre DESCA.

[67] CADH, art. 1.1.

Estas referencias interpretativas indican que, además de la obligación general de respetar y garantizar los derechos sociales, los Estados también tienen deberes más específicos que se derivan de su compromiso de desarrollar progresivamente los DESCA. Los Estados no deben adoptar medidas regresivas injustificadas y deben tomar medidas concretas para la realización de los derechos sociales.[68] Estos pasos deben ser deliberados, concretos y dirigidos lo más claramente posible hacia el cumplimiento de los DESCA.[69] Los Estados también deben garantizar el acceso a recursos efectivos, adecuados a las especificidades de dichos derechos. Finalmente, existe una obligación inmediata de prevenir la discriminación en el disfrute de los derechos sociales. Dados los patrones estructurales de desigualdad en la región, los Estados deben tomar medidas activas para identificar y manejar situaciones de discriminación, así como las necesidades de individuos y grupos en condición de vulnerabilidad.

Como dijimos, América Latina es la región más desigual del mundo. La pobreza y la violencia son generalizadas, afectando especialmente a las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad debido a su género, raza, origen, edad u orientación sexual. Estos desafíos estructurales exigen una mejora urgente en la protección de los DESCA. En los últimos años, el Sistema Interamericano ha dado pasos prometedores en esta dirección, lo que indica que podría, de modo más decisivo, liderar la afirmación de una noción holística de los derechos humanos. Ahora, estos pasos deben ser seguidos.

Bibliografía

Cornejo Chávez, Leiry, "El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte IDH", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la*

[68] Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, de 14 de diciembre de 1990. (párr. 1 del art. 2 del Pacto)

[69] *Ibidem,* párr. 2.

jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Ferrajoli, Luigi, "Igualdad y diferencia", en AA. VV., *Igualdad y Diferencia de Género*, México, 2 Colección Miradas-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, *https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0002-01.pdf*

Gros Espiell, Hector, *Los derechos económicos sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, Madrid, Libro libre, 1986.

Lafer, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988.

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*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* ius commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Piovesan, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 2018.

Los argumentos sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el caso *Talía Gonzales Lluy vs. Ecuador:* un antecedente del caso *Cuscul Pivaral*

*Ramiro Ávila Santamaría**

El caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, al declarar la violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y considerar que el derecho a la salud es un derecho autónomo, es un hito en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Llegar a este precedente ha implicado un largo recorrido, que comienza con la redacción de ese muy ambiguo artículo en 1969, al que acompañaba una doctrina sobre derechos que negaba la exigibilidad jurisdiccional, que pasa por muchos debates, fallos restrictivos —como aquel de los "*Cinco Pensionistas*" *vs. Perú*—, referencias indirectas, votos salvados, alegaciones

* Doctor en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco. Máster en Derecho por la Universidad de Columbia, Nueva York. Máster en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco-Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati. Abogado y licenciado en Ciencia Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Juez de la Corte Constitucional del Ecuador (2019). Ha sido director y docente de planta del área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador. Autor de varias publicaciones, entre ellas: *La utopía andina: la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Madrid, Akal, 2019); *El neoconstitucionalismo andino* (Quito, Huaponi, 2016); *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito, UASB, 2013); *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito, Abya Yala, 2011), y *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, Corte Constitucional, 2010).

en audiencias, foros internacionales, desarrollo doctrinal, hasta llegar al caso *Cuscul Pivaral*.

Uno de esos casos en los que se debatió el alcance del artículo 26 de la CADH, tanto en audiencia como en los alegatos escritos y en votos salvados, fue *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador,* resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante sentencia de 1 de septiembre de 2015. En este ensayo me permito resaltar esos argumentos esgrimidos, visibilizar muchos de los *amici curiae* y destacar los aportes a la discusión de dos excepcionales peritos que comparecieron al juicio: Christian Courtis, una de las personas que más ha estudiado y escrito sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), tanto desde la academia como desde el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), y Paul Hunt, exrelator de las Naciones Unidas para el derecho a la salud.

El caso *Cuscul,* siendo un avance importante e histórico, es un precedente inicial. Hay mucho que recorrer, pero la puerta está abierta. Muchas de las demandas realizadas en el caso *Gonzales Lluy* fueron reconocidas, pero no todas. De ahí la importancia de recapitular este caso, en cuya discusión se debatió de forma directa y abierta sobre los DESCA y se exigió la aplicación directa del artículo 26.

Este ensayo, que resume lo discutido en el caso *Gonzales Lluy* y alegado en audiencia[1] y por escrito,[2] está dividido en cinco partes: I. Un breve resumen del caso *Talía Gonzales*, de la sentencia y de la ejecución; II. La importancia de la exigibilidad directa y autónoma de los DESCA; III. La interpretación del artículo 26 de la CADH; IV. Los derechos reconocidos en el artículo 26, y V. Lo que resta después del caso *Cuscul Pivaral*.

I. El caso *Talía Gonzales Lluy*

Talía Gabriela Gonzales Lluy, cuando tenía tres años y medio de edad, en 1998, acude a un hospital privado en el que solicitó in-

1 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Audiencia pública (partes I y II), *https://vimeo.com/125630336; https://vimeo.com/125856559*

2 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

mediatamente una transfusión de sangre. El único lugar en Ecuador donde se conseguía sangre para transfusión era la Cruz Roja, en donde, después de gestiones de la familia, se consiguieron donantes. Antes de la transfusión, la sangre no fue sometida a exámenes. Al realizar la transfusión a Talía la contagiaron con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). De ahí en adelante, la Cruz Roja negará públicamente la responsabilidad. La familia Lluy siguió un juicio penal que terminó en prescripción, reconociendo la existencia de un hecho delictivo y sin determinar responsables; un juicio civil, que es declarado nulo; un juicio de amparo constitucional por la expulsión de la escuela pública donde estudiaba, que es negado. El caso se hace público. Tanto Talía como su familia, después de los juicios, serán estigmatizadas y discriminadas en la escuela, el trabajo, en la sociedad y en todos los ámbitos de la vida. No recibirán atención estatal ni tendrán protección judicial alguna. Se endeudarán para atender sus necesidades vitales y de atención médica para Talía. La lucha por la vida y salud de Talía estuvo llena de deudas, discriminación y atención inadecuada e indiferente por parte del Estado.

Este caso se litigó ante la Corte IDH en 2015. En el caso se alegó que violaron los derechos a la vida digna, integridad personal, derechos de los niños, igualdad y no discriminación, garantías judiciales, protección judicial, derechos económicos, sociales y culturales, el derecho al acceso a la educación, las obligaciones generales a respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones del derecho interno, reconocidos en los artículos 1.1, 2, 4, 5, 8, 19, 24, 25 y 26, de la CADH, y el derecho a la educación reconocido en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador".

La Corte IDH declaró la violación del derecho a la integridad física, y en este derecho volcó todo el contenido del derecho a la salud y los estándares respecto a la atención de personas con VIH y manejo de bancos de sangre. Por otro lado, en relación con el derecho a la educación, por primera vez la Corte IDH declaró la violación del Protocolo de San Salvador. Las reparaciones giraron en torno a brindar atención integral de salud a Talía, proveer educación superior y de posgrado con beca, así como una vivienda, ofrecer disculpas públicas y ordenar la publicación de la sentencia y una compensación económica.

La sentencia ha sido cumplida, en general, de forma satisfactoria. El Estado, con algunas deficiencias propias de un servicio público, está ofreciendo atención a la salud, ha publicado la sentencia, ha otorgado la beca en la Universidad, hizo un evento de disculpas públicas, ha entregado la vivienda y ha cancelado la compensación económica. La atención a la salud es una obligación permanente y la Corte IDH ha ido supervisando periódicamente la sentencia. A pesar de haber sido un caso paradigmático, el sistema de salud de Ecuador, en relación con esta enfermedad, sigue siendo deficiente y no ha logrado cambiar los esquemas de atención y satisfacción de los estándares establecidos en la sentencia para personas con VIH.

II. La importancia de la exigibilidad directa y autónoma de los DESCA

Los derechos civiles y políticos (DCP) y los DESCA, según lo ha señalado y recordado la Corte IDH, son indivisibles, interdependientes y "deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y *exigibles en todos los casos* ante aquellas autoridades que resulten competentes" (cursivas añadidas).[3] Si son indivisibles, entonces, se pueden exigir unos derechos en conexión con otros, tal como lo ha hecho la Corte IDH en relación, por ejemplo, con el derecho a la integridad física y la salud, el derecho a la propiedad y la identidad cultural o seguridad social. Esto ha practicado la Corte y ha permitido la declaración de violación de derechos de importantes hechos que atentan contra los derechos humanos relacionados con los DESCA. Ahora bien, la pregunta es: ¿esta forma de interpretar tales derechos es la más efectiva para protegerlos, en general, y los hechos relacionados con el caso de Talía y familia, en particular? La respuesta es negativa por varias razones:

a) *El derecho que mejor encuadra la solución del caso es la salud y no la integridad física.* Es más atinado invocar el de-

[3] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 131.

recho a la salud que el derecho a la integridad física. Sin duda, como afirmó categóricamente el perito Courtis, el derecho que mejor encuadra en la solución de este caso es el derecho a la salud.[4] En ningún caso, el Comité de Derechos Humanos lo asocia directamente con el derecho a la salud, simplemente porque tiene un contenido distinto y diferenciado. El derecho a la salud como tal, en cambio, ha tenido un desarrollo importante en la doctrina de las Naciones Unidas.[5] Además, algunos componentes de los derechos sociales no caben en el contenido de los derechos civiles y, "en este sentido, podría perderse la especificidad tanto de los derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo), como los derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)".[6]

b) *Cada uno de los derechos humanos tiene contenido propio.* Si bien los civiles y los DESCA son interdependientes e indivisibles, cada uno de ellos tiene un contenido propio que ayuda a entender la dignidad humana. El derecho a la integridad física, como recordara el perito Courtis, se ha relacionado directamente con la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. En el marco de la doctrina desarrollada por el Comité de Derechos

---

4 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Audiencia pública, *cit.,* (1:34:42).

5 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15 (2013), sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24); Observación general 4 (2003), sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; Observación general 3 (2003), sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño; Observación general 14 (2000); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer sobre la mujer y salud, Recomendación general 24 (1999); Recomendación general 15 (1990), sobre la necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el SIDA. Esta doctrina ha sido sistematizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de salud, El derecho a la salud, Folleto informativo núm. 31, Ginebra, ALCNUDH-OMS, 2008, *http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet-31sp.pdf.*

6 Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los Derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano,* México, CNDH, 2011, p. 60.

Humanos, este ha desarrollado el derecho a la integridad física en dos observaciones generales, la 7 y la 20. En la Observación general 7,[7] el Comité encuadró el derecho a la prohibición de torturas y malos tratos (párr. 1), que se extiende a los malos tratos en la escuela y en la cárcel (párr. 2), y a la experimentación médica. En la Observación general 20,[8] el Comité incluye en la prohibición a los actos que causan dolor físico y moral (párr. 4), y explica la necesidad de tomar medidas para prevenir la tortura y los malos tratos y difundir este derecho (párr. 11). El derecho a la salud, en cambio, tiene relación directa con el más alto nivel posible de salud, con los servicios, acceso y prestaciones que de este se derivan.[9] Por ello, Hunt sostiene que resolver un caso sobre el derecho a la salud sin utilizar los DESCA "[...] es como tratar de emprender una tarea manual difícil con una mano detrás de la espalda"[10] y, agregaríamos, como sostiene el Centro de Investigaciones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina y otro, que sin las normas que protegen los DESCA, el artículo 26 de la CADH se tornaría ilusorio.[11]

c) *El derecho a la salud tiene contenidos definidos y consensuados.* El perito Hunt afirmó que es comprensible que

7 Comité de Derechos Humanos, Observación general 7, de 30 de julio 1982. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), doc.HRI/GEN/1/Rev.9.

8 Comité de Derechos Humanos, Observación general 20, de 10 de marzo de 1992. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7).

9 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Audiencia pública*, cit.,* (1:33:28).

10 Hunt, Paul, Declaración jurada de perito, de 6 de marzo de 2015, párr. 90.

11 Pontificia Universidad Católica de Argentina, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos y la Clinique de Droit International des Droits de l´Homme de Aix-Marseille Université-France, Aplicación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Gonzales Lluy y familia vs. Ecuador,* de 4 de mayo de 2015, párr. H.

la Corte no haya aplicado de forma categórica el artículo 26 de la CADH porque "[...] el derecho a la salud era jurisprudencialmente inmaduro y no se comprendía a cabalidad. Sin embargo, hoy en día las legislaciones y la jurisprudencia nacionales e internacionales, las normas no vinculantes de la ONU, así como el saber académico sobre el derecho a la salud, son amplios y profundos".[12] Es tan relevante el derecho a la salud, que parecería que es más importante y más adecuado establecer la relación de conexidad del derecho a la integridad física con el de la salud (si la indivisibilidad y la interrelación es de doble vía), dado que "[...] el derecho a la salud como un derecho humano en sí mismo, es condición, requisito y presupuesto para el ejercicio de los demás derechos".[13] Además, como sostiene Courtis en su testimonio escrito, "[...] la guía más importante para entender estas cuestiones no tiene origen en desarrollo acerca del contenido de los derechos a la vida o a la integridad física, sino de los vinculados directamente con el derecho a la salud. En este sentido, parecería conceptualmente más adecuado utilizar el derecho a la salud como punto de inicio de análisis que efectúe la Corte".[14]

III. La interpretación del artículo 26: la plena exigibilidad de los DESCA

El artículo 26 de la CADH y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador deben ser plenamente exigibles y ser interpretados a la luz del artículo 29 de la CADH y de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios contemporáneos.

---

12 Hunt, Paul, Declaración jurada de perito, *cit*., párr. 89.

13 Piovesan, Flávia y Gotti, Alessandra, "Protección del derecho a la salud en el sistema de protección universal de los derechos humanos", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, p. 760.

14 Courtis, Christian, Versión escrita del testimonio pericial del perito Christian Courtis, ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del *Caso Gonzales Lluy (TGGL) vs. Ecuador,* acápite 6.2.

3.1. Prohibición de interpretación restrictiva

El artículo 29.a de la CADH establece en su encabezado y en el literal que "ninguna disposición" puede ser interpretada en el sentido de "suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o *limitarlos en mayor medida* que la prevista en ella (cursivas añadidas)".

La prohibición para limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho, según el artículo 29.b de la CADH, tiene relación con los derechos reconocidos por los Estados parte tanto en los convenios ratificados por el Estado como por sus leyes vigentes, que incluyen a las constituciones. De esta norma se deriva, por un lado, la prohibición de interpretación restrictiva, como acertadamente afirma el juez Ferrer Mac-Gregor invocando el caso de la "*Masacre de Mapiripán*" (párr. 188):

> Una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer derechos vigentes en los Estados parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana. Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, *no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos* (cursivas añadidas).[15]

La interpretación de que solo son justiciables la libertad sindical y la educación, por constar expresamente esta afirmación en el Protocolo de San Salvador, y que, en consecuencia, cancela la justiciabilidad del artículo 26 y de otros derechos, al decir del perito Courtis, "[...] es incompatible con el artículo 29 de la Convención Americana: se emplea una norma posterior para limitar el alcance de una norma anterior, efectuándose así una interpretación *contra persona*, en lugar de una interpretación *pro persona* obligaría a integrar los elementos más garantistas de ambos instrumentos, en lugar de elegir la interpretación más restrictiva".[16] En el mismo sentido se pronuncia César Rodríguez y Celeste Kaufman cuan-

[15] Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 44.

[16] Courtis, Christian, Versión escrita del testimonio pericial del perito Christian Courtis, *cit*., acápite 6.3.

do afirman que "[…] dada la falta de claridad en la redacción del artículo 26, la Corte debe interpretarlo de la forma más favorable a los derechos de la peticionaria, que además es la interpretación más coherente con el estado actual del derecho internacional".[17]

3.2. Interpretación evolutiva

En la interpretación evolutiva, la Corte IDH ha sido clara y reiterativa en considerar que los instrumentos de derechos son instrumentos vivos que tienen que adaptarse a las condiciones actuales. La Corte IDH ha sistematizado su jurisprudencia del siguiente modo:[18]

> El Tribunal Interamericano ha reconocido que de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos— se puede desprender una interpretación evolutiva del Pacto de San José en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos,[19] lo que a su vez lleva a afirmar que los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos,* cuya interpretación tiene que acompañar la *evolución de los tiempos* y las condiciones de vida actuales.[20] Tal interpretación evolutiva, ha encontrado la Corte IDH, es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[21] En este sentido, al interpretar la Convención Americana debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de

---

17 Rodríguez Garavito, César y Kauffman, Ashley Celeste, *Amicus curiae* en apoyo del ESAP, 2015, p. 4.

18 Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. E*xcepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm 276, párr. 77.

19 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.* Fondo, Reparaciones y Costas. *S*entencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm 79, párr. 148.

20 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm 134, párr. 106.

21 *Ibidem*, párr. 106.

los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano (cursivas añadidas).[22]

3.2.1. Evolución de la exigibilidad de DESCA en cortes nacionales

El perito Courtis, en su comparecencia ante la Corte IDH, dividió la evolución de los DESCA en dos grandes periodos: el primero comprende lo que se conoce como constitucionalismo social, que inicia en los años treinta y continúa hasta la expedición de las constituciones a partir del año 1989, y el segundo comprende el constitucionalismo latinoamericano después de las dictaduras de finales del siglo xx en adelante. En el primero, los DESCA son programáticos y dependen exclusivamente de la voluntad política de los gobiernos, en el segundo, los DESCA son plenamente exigibles. Su reconocimiento como derechos autónomos y plenamente exigibles tiene dos formas: una es la enumeración de los derechos en la Constitución —actualmente, 20 de los Estados parte, o sea, la mayoría, reconocen expresamente el derecho a la salud—,[23] otra es el desarrollo de criterios jurisprudenciales en materia de DESCA de las más altas cortes nacionales, que son "miles" y en varios países: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú,[24] Venezuela. En todos ellos, además, el tema central ha sido el derecho a la salud y la jurisprudencia nacional se ha construido a partir del derecho internacional de los derechos humanos, "[...] que reconoce los derechos humanos sociales y culturales como verdaderos

22 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, núm. 111, párr. 181; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, núm. 107, párr. 184, y *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 104, párr. 189.

23 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 75.

24 Sobre las sentencias del Tribunal Constitucional y el análisis jurídico de la exigibilidad de derechos en Perú, véase Torres Zúñiga, Natalia, *Amicus curiae,* 2015.

derechos".[25] A nivel nacional, en los países de la región, los derechos sociales son claramente justiciables, como lo demuestra el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente.[26]

En el caso ecuatoriano, en la Constitución de 1929 aparecen los derechos sociales por primera vez. Previo a ello eran considerados programáticos y ni siquiera existían, salvo el *habeas corpus* para el derecho a la libertad de movimiento, una garantía constitucional. En 1998 se reconoce que todos los derechos son indivisibles, interrelacionados y de igual jerarquía, y también se reconoce el amparo constitucional para tutelar cautelarmente estos derechos. En el año de su emisión se refuerzan los principios y derechos de 2008 y se establece la acción de protección como juicio de conocimiento y la obligación de reparar integralmente los derechos.[27] Es decir, existe una evidente intención evolutiva en la protección de los DESCA en la región.

3.2.2. Evolución de la exigibilidad de DESCA en el sistema de las Naciones Unidas

En el sistema de las Naciones Unidas ha habido una evolución importante en relación con los DESCA. Después de incorporar en un solo documento —la Declaración Universal de los Derechos Humanos— a los DCP y a los DESCA, lamentablemente los derechos fueron llevados a convenios en dos documentos diferenciados, que se distinguían entre sí en la exigibilidad: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pac-

---

25 Arango, Rodolfo, "Constitucionalismo social latinoamericano", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.,* t. I, p. 76.

26 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, cit*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 77-87.

27 Véase INREDH, Opinión sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el caso *TGGL y familia vs. Ecuador,* de 20 de abril de 2015; también los peritajes de Antonio Salamanca, Diana Murcia, Claudia Storini, y Pablo Alarcón y Pamela Aguirre, que destacan la evolución de la protección de derechos sociales, en particular entre la Constitución de Ecuador de 1998 y 2008. De igual modo, sobre el derecho a la educación, en el peritaje de Roxana Arroyo.

to Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

Sin embargo, en el númeral 5 de la Declaración de Viena se estableció categóricamente que "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes e interrelacionados",[28] lo que implica que todos los derechos, sin jerarquías, merecen igual atención, promoción y protección de parte de los Estados.

En diciembre de 2008 se aprobó, por parte de la Asamblea General de la ONU, el Protocolo Facultativo al PIDESC, que permite recibir comunicaciones contra el Estado por parte de particulares, haciendo de este modo que los DESCA sean plenamente justiciables a nivel internacional.

De igual modo, otros mecanismos de las Naciones Unidas conocen de la violación de DESCA, tales como el Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño, aprobado en 2011, ante el Comité de Derechos del Niño.

Por otro lado, existe consenso entre los mecanismos de relatores y observaciones generales emitidas por los comités respectivos, que concluyen que los DESCA son plenamente exigibles. Por mencionar una de las observaciones más pertinentes:

> Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de *ofrecer recursos judiciales* en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la *provisión de recursos judiciales* y otros recursos efectivos. Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería *difícilmente sostenible* sugerir que las disposiciones indicadas son *intrínsecamente no autoejecutables* (cursivas añadidas).[29]

[28] ONU. Declaración y Programa de Acción de Viena. Resolución 48/12125, de junio de 1993.

[29] Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, U.N. Doc. E/1991/23, 1991, párr. 5.

Más concretamente, en relación con el derecho a la salud, el Comité DESC ha determinado de forma categórica: "Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del *derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos* u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional (cursivas añadidas)".[30]

Por otro lado, en la misma Observación 3, el Comité interpreta la obligación de progresividad: "[...] el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo" y cita ejemplos en los que, dado su contenido mínimo, los DESCA son de cumplimiento inmediato: dotar de alimentos esenciales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda básica o de formas básicas de enseñanza.[31]

En suma, en términos sustantivos y procedimentales, tanto en contenido como en garantía, los derechos sociales han evolucionado, pasando de ser considerados derechos programáticos que solo requieren un mecanismo de informes, a ser concebidos como derechos plenamente exigibles que permiten denuncias particulares contra los Estados por su violación.

3.2.3. Evolución de la exigibilidad de los DESCA en el Sistema Interamericano

La evolución de la exigibilidad en el Sistema Interamericano ha pasado por varias etapas: 1) la no aplicación e indiferencia a los DESCA; 2) la aplicación tímida del artículo 26; 3) la exigibilidad indirecta, vía derecho a la integridad física o derecho a la propiedad, y para continuar con ese proceso evolutivo hacia una mejor protección, la Corte IDH podría determinar, en este caso, su 4) exigibilidad directa vía artículo 26 de la CADH. También, aunque

[30] Comité DESC, Observacion general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), doc.HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1999, párr. 59.

[31] Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, *cit.*, párrs. 9 y 10.

solo lo enunciamos, el Sistema ha avanzado hacia 5) la exigibilidad de los DESCA mediante el sistema de indicadores.

1. Invisibilidad de la exigibilidad del artículo 26: no ha sido invocada ni por la CIDH ni por las partes ante la Corte IDH. Este periodo llega hasta 2003.

2. Consideración tímida del artículo 26 de la CADH: la CIDH demandó específicamente su violación en el caso "*Cinco pensionistas*" *vs. Perú* (2003), por considerar que el Estado tomó medidas regresivas en relación con el derecho a la seguridad social de los peticionarios. La Corte IDH desechó la pretensión considerando que los DESCA tienen dimensión colectiva y que las víctimas eran un grupo muy limitado que no representaba la situación general prevaleciente (párr. 147). Este fallo ha sido criticado por considerar que establece un estándar muy alto para un litigio que es individual y porque no recogió el *corpus iuris* existente en relación con el derecho a la seguridad social. Por ello, se ha considerado que la Corte IDH realizó "una interpretación desacertada del artículo 26" y que el pronunciamiento no fue claro, dado que los DESCA pueden tener dimensiones colectivas, pero también individuales.[32]

   En el caso de las *Niñas Yan Bosico vs. República Dominicana*, se alegó la violación del artículo 26 y la Corte IDH mencionó que por el "[...] deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual", pero no declaró la violación de dicho artículo.

3. Exigibilidad indirecta de los DESCA: la Corte IDH ha realizado ejercicios hermenéuticos creativos importantes para ampliar la comprensión y la protección de los derechos humanos en la región. Por mencionar algunos, en *Villagrán Morales vs. Guatemala* (1999), la Corte inter-

[32] Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, Memorial *amicus curiae*, 2015, p. 9.

pretó el derecho a la vida en su dimensión positiva, que comprende "[…] el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna" (párr. 144); en *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2004), la Corte afirmó que el Estado tiene la obligación de proveer de asistencia de salud y educación a los adolescentes que están bajo su custodia atendiendo a la premisa de los Derechos del Niño consagrada en el artículo 19 de la CADH (párr. 160); en *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005) consideró que el derecho a la vida tiene que interpretarse a la luz de algunos derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador y del Convenio 169 de la OIT, y mencionó la obligación de progresividad contemplada en el artículo 26 de la CADH (párr. 163). De igual modo, en *Xakmok Kásek vs. Paraguay* (2010), la Corte dio contenido al derecho a la vida, considerando que la comunidad no había tenido acceso al agua, alimentación, servicios de salud y educación, y retomó estándares del Comité DESC. En *Albán Cornejo vs. Ecuador* y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, la Corte IDH desarrolla importantes precedentes relacionados con el derecho a la salud, basados en doctrina del Comité DESC, a partir del derecho a la integridad física.

4. Plena exigibilidad de los DESCA: el primer paso importante en el desarrollo del contenido del artículo 26 de la CADH lo da la Corte IDH en *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009). La Corte señaló que era competente para analizar todos los derechos, incluido el artículo 26 de la CADH, reconoció que existía la voluntad de los Estados para establecer la obligatoriedad de los DESCA, que estos y los derechos civiles son interdependientes y que no hay jerarquía entre ellos, que las obligaciones generales derivadas de los artículos 1 y 2 son aplicables al artículo 26 e interpretó la noción de desarrollo progresivo de los derechos y la prohibición de regresividad (párrs. 99-102).

   Cabe mencionar, como parte del desarrollo evolutivo de los DESCA en la jurisprudencia de la Corte IDH, los votos salvados y concurrentes, que suelen anunciar avances

progresivos de la jurisprudencia. Un primer voto destacable sucedió cuando el juez Piza, en 1984, estableció que:

> [...] las normas de la propia Convención deben entenderse aplicables extensivamente a los llamados derechos económicos, sociales y culturales en la medida y aspectos en que estos resulten razonablemente exigibles por sí mismos (como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la huelga.)[33]

En segundo lugar, ya de manera clara, categórica e inspiradora, el juez Ferrer Mac-Gregor, en 2013, estableció que

> Partiendo de la premisa de que el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana incluyendo los relativos al artículo 26.[34]
>
> Esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé "la plena efectividad" de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de "progresividad" y de "recursos disponibles" a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos.[35]

Y el juez concluye que "[...] el presente asunto tiene en relación directa y autónoma con el derecho a la salud".[36] El juez Ferrer, en el mismo voto concurrente, explora otras argumentaciones basados en la doctrina internacional para llegar a la misma conclusión: el artículo 26 y los DESCA son derechos exigibles. En este sentido, la Corte IDH no debería ya abstenerse de aplicar tal artículo.

---

33 Corte IDH. OC-4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva de 19 de enero de 1984. Voto separado del juez Rodolfo Piza, párr. 6.

34 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, cit.* Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 5.

35 *Ibidem*, párr. 7.

36 *Ibidem*, párr. 9.

El siguiente y determinante paso es aplicar directamente el artículo 26. El caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* ofrecía el marco fáctico y existía la doctrina necesaria para hacerlo. Como afirmó el perito Courtis: "La Corte podría dar un pasito más y usar también el artículo 26 como fuente de decisión en estos casos".[37] Ampliar y avanzar en la jurisprudencia no es un mero ejercicio académico o jurídico abstracto, sino que significa la ampliación de la protección para personas de carne y hueso que sufren en nuestra región por violaciones graves y serias a sus derechos a la salud, educación, seguridad social, entre otros. Es una cuestión de justicia social el avanzar en la jurisprudencia hacia la protección de los DESCA.

En *Gonzales Lluy y otros* hubo un voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, en el que sostuvo que no era necesario aplicar el artículo 26 de la CADH, por existir norma expresa en el Protocolo de San Salvador y por considerar que la Corte IDH no podía suplir las deficiencias democráticas de los Estados. De igual manera, invocando el Protocolo de San Salvador, el juez Alberto Pérez Pérez también negó la aplicabilidad del artículo 26 y la interpretación progresiva de los derechos. Por su parte, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, junto con los jueces Roberto Caldas y Manuel Ventura, continuó con el desarrollo doctrinal sobre la necesidad de aplicar el artículo 26.

Como suele suceder con los votos que se adelantan al tiempo, como los realizados por Ferrer Mac-Gregor en este caso y en *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), afortunadamente se convirtió en sentencia en *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (2018).

5. Exigibilidad mediante indicadores: los Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador, que han sido aprobados por la OEA y se encuentran vigentes desde 2012, y fueron elaborados por el Grupo de Trabajo para el análisis de los infor-

[37] Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Audiencia pública, *cit.*, (1:31:00).

> mes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador, en virtud del artículo 19 del Protocolo,[38] han establecido que todos y cada uno de los DESCA tienen dimensiones de cumplimiento progresivo y también de "efecto inmediato", tales como la prohibición de la discriminación, el acceso al ejercicio de derechos y el acceso a la justicia.[39]

En cuanto al acceso a la justicia, el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador sostiene que todos los DESCA son justiciables, al grado de que los Estados tienen la obligación de remover obstáculos para garantizar el acceso a tribunales y recursos de protección disponibles; reconocer los derechos del debido proceso, así como desarrollar los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos sociales individuales y colectivos.[40] Es decir, el órgano encargado de vigilar el Protocolo de San Salvador ya ha sostenido que los DESCA son plenamente exigibles.

El mecanismo de supervisión de los derechos por indicadores y el Grupo de Trabajo ha recibido los primeros informes de los países. Es decir, los mecanismos de protección de los DESCA en el Sistema Interamericano han evolucionado sustancialmente.

Cuando la violación de derechos tiene que ver con la eficiencia y eficacia de servicios y políticas públicas, sin duda, el mecanismo de indicadores de derechos puede ayudar a medir el cumplimiento de sentencias cuando se trata de aspectos tales como la entrega de medicinas, la prevención, el control de bancos de sangre, la universalidad en el acceso a servicios de salud para evitar la no repetición de violaciones a derechos y más.

No existe, pues, contradicción entre la evolución de los derechos a nivel nacional en las legislaciones de los países de la región, como tampoco a nivel de las Naciones Unidas y mucho

---

38 OEA. Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador. Resolución OEA/Ser.D/XXVI.11 (2015), (Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, Indicadores DESC), *http://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf*

39 Grupo de Trabajo del Protocolo San Salvador, Indicadores DESC, párr. 42. Asimismo, Pautasi, Laura; Pérez, Laura Elisa y Piovesan, Flávia, *Amicus curiae,* 2015, p. 3.

40 Grupo de Trabajo del Protocolo San Salvador, Indicadores DESC, párr. 50.

menos a nivel del SIDH. En este último aspecto, el Protocolo de San Salvador no debe verse como contradictorio con la CADH, sino complementario. Si el Protocolo hace exigibles los derechos sindicales y a la educación, el artículo 26 de la CADH permite la exigibilidad del resto. Como afirma categóricamente Courtis: "[…] no hay contradicción entre ambos tratados, sino complementariedad."

Finalmente, y para concluir, Courtis afirma que "[…] la evolución tanto internacional como constitucional comparada muestra una tendencia favorable a la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos justiciables".[41]

IV. Los derechos reconocidos en el artículo 26

El artículo 26 de la CADH establece:

> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias… 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 (cursivas añadidas).

En principio, dicho artículo reconoce la existencia de derechos cuando determina que los *derechos* son derivados, y que estos emanan de la Carta de la OEA.

El primer paso para determinar los DESCA consiste en identificar las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA. En ella encontramos:

i) La naturaleza y propósito de la organización (cap. I): promover el desarrollo *económico, social y cultural* (art. 2.f), erradicar la pobreza crítica (art. 2.g).

[41] Courtis, Christian, Versión escrita del testimonio pericial del perito Christian Courtis, *cit.*, acápite 6.3.

ii) Los principios reafirmados por sus miembros (cap. II): derecho de los Estados a elegir su sistema económico y social (art. 3.e), eliminación de la *pobreza crítica* (art. 3.f); la justicia y seguridad sociales son bases para la paz duradera (art. 3.j); "los Estados proclaman los *derechos fundamentales* de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo" (art. 3.l); la *educación* debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz (art. 3.n).

iii) Las normas unificadas por el Protocolo de Cartagena de Indias, "Desarrollo integral" (cap. VII): el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (art. 30), el desarrollo integral comprende los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico (art. 31), el desarrollo debe contribuir a *la plena realización de la persona humana* (art. 33), consecución de metas básicas: distribución de ingreso, régimen equitativo de tierra, logro de *justicia social,* erradicación del analfabetismo, ampliación de oportunidades de educación, incrementar *disponibilidad de alimentos, vivienda adecuada, condiciones de vida sana, productiva y digna* (art. 34), todos los seres humanos tienen *derecho al bienestar material* y a su desarrollo espiritual (art. 45.a), el trabajo es un derecho y un deber social (art. 45.b) que asegura *la vida, la salud y un nivel económico decorosos* (art. 45 b.), *derecho a asociarse*, derecho a negociación colectiva y la huelga (art. 45 c.), desarrollo de una política eficiente de *seguridad social* (art. 45 h.) y "disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos" (art. 45 i.), los *derechos de los trabajadores* deben ser igualmente protegidos (art. 46), "Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso" (art. 47), los Estados miembros harán sus mayores esfuerzos para asegurar la *educación primaria, media y superior* (art. 49).

iv) Finalmente encontramos principios y objetivos en las funciones del Consejo Integral (cap. XIII), que reiteran los principios y derechos del cap. III.

El segundo paso es traducir estos enunciados, principios y objetivos de política pública a derechos, cuando no los haya reconocido explícitamente. Abramovich y Rossi sostienen que aun cuando la Carta de la OEA los denomine principios u objetivos, "[…] el artículo 26 no apunta a la protección de esos principios, sino de los derechos que se derivan o se inferan de la Carta. La mención a la tutela de derechos en consecuencia es muy clara".[42]

Para este ejercicio conviene recurrir a la Opinión consultiva sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la CADH, que expresamente determina:

> Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que *la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta* se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.
>
> […]
>
> Para los Estados Miembros de la Organización, *la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta*. La Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales (cursivas añadidas).[43]

Además, el artículo 29.d de la CADH prohíbe excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). Por otro lado, como bien afirman Abramovich y Rossi en su Memorial *amicus curiae*,

---

42 Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, Memorial *amicus curiae, cit.,* p. 5.

43 Corte IDH. OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

la DADDH "[...] consagró derechos económicos, sociales y culturales al igual que derechos civiles y políticos, negando en su texto la dicotomía artificial —tanto normativa como operativa— que posteriormente se estableció entre ellos".[44]

De estas normas de la Carta más las determinadas en la DADDH se pueden derivar los siguientes derechos:

- A la educación: artículos 49, 34 h), 50, 47 de la Carta de la OEA y artículo XII de la DADDH.
- Al trabajo y los derechos laborales individuales y colectivos: artículos 45, 34 g), 45 g), 46 de la Carta de la OEA y artículos XIV y XV de la DADDH.
- A la seguridad social: artículos 45 h), 46, 3 j), 45 b), 2 g), 3 f), 34 de la Carta de la OEA y XVI de la DADDH.
- A la vivienda: artículos 34 k) y l) de la Carta de la OEA.
- A la alimentación: artículo 34 j) de la Carta de la OEA.
- A la salud: artículo 34 i) y artículo XI de la DADH.
- Culturales: artículos 50, 30, 31, 47, 52 de la Carta de la OEA y artículo XIII de la DADDH.

En el caso de los países como Ecuador, que han ratificado el Protocolo de San Salvador, se debe considerar este instrumento para determinar los derechos establecidos en el artículo 26 de la CADH, bajo el principio de *lex specialis*.[45]

4.1. El alcance de las obligaciones previstas en el artículo 26 y el contenido de los DESCA

El ejercicio hermenéutico para desarrollar el contenido de los derechos ya lo ha hecho la Corte IDH al recurrir al *corpus iuris* de los derechos humanos en reiterada jurisprudencia y también al desarrollar sus opiniones consultivas, más aún si se considera el mandato del artículo 29 b) en el sentido de no limitar los dere-

[44] Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, Memorial *amicus curiae, cit.*, p. 1.

[45] Véase Miño, María Dolores, "Human Rights for All", aplicación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Gonzales Lluy (TGGL) y familia vs. Ecuador*, de 6 de mayo de 2015, p. 8.

chos reconocidos en otra convención de la que sea parte uno de los Estados involucrados.

Una primera fuente a la que se debe recurrir es al Protocolo de San Salvador, en particular —como es el caso de la República de Ecuador— cuando los Estados son parte de dicho documento. En el Preámbulo del Protocolo se establece que "[...] existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena". Además, en el mismo Preámbulo se afirma que "[...] resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos." El Protocolo de San Salvador, sin duda alguna, desarrolla los derechos reconocidos y derivados del artículo 26.

Una segunda fuente importante que la Corte ha utilizado es la doctrina desarrollada por el Comité DESC a través de sus observaciones generales, en particular, en lo referente al caso, a la Observación general 3 que interpreta las obligaciones generales que se derivan del artículo 26 de la CADH, que es semejante al artículo 2.1. del PIDESC; la Observación general 13 sobre el derecho a la educación, la Observación general 14 sobre el derecho al más alto nivel posible de salud y la Observación general 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité de los Derechos del Niño ha desarrollado el derecho específico de niños y niñas con VIH en la Observación general 3, El VIH/sida y los derechos del niño. Además, un documento que goza de consenso mayoritario para conocer los estándares de derechos humanos aplicados a personas con VIH son las "Directrices internacionales sobre VIH/sida y los derechos humanos" (2006).

4.2. La progresividad del artículo 26 de la CADH

El artículo 26 de la CADH hace una referencia explícita al deber de progresividad. Una interpretación restrictiva podría con-

siderar que todos los DESCA tienen naturaleza progresiva. Sin embargo, el Comité DESC ha sostenido con claridad y firmeza, en su Observación general 3, que todo derecho tiene dimensiones progresivas y de cumplimiento inmediato. Doctrinaria y jurisprudencialmente no hay duda al respecto. Como recuerdan Abramovich y Rossi, la progresividad implica gradualidad en el cumplimiento de obligaciones, prohibición de regresividad y cumplimiento inmediato de obligaciones mínimas y esenciales de los DESCA.[46] En el mismo sentido, en este caso se han pronunciado mediante *amicus curiae* en cuanto a que en la plena efectividad de los DESCA existen contenidos mínimos que "[...] no se encuentran regidos por la aludida progresividad. La observancia de ese contenido mínimo configura una obligación mínima o esencial del Estado de cumplimiento inmediato".[47]

4.3. La intencionalidad estatal para reconocer la exigibilidad de los DESCA

En cuanto a los países que han ratificado el Protocolo de San Salvador, como es el caso de gran parte de Estados de la región, la *intencionalidad* estatal es mucho más sencilla respecto al compromiso de respetar y garantizar los DESCA. La remisión del artículo 26 a la Carta de la OEA tiene que ser traducida a la luz de la DADDH y del Protocolo de San Salvador. El posible argumento de que Ecuador, al ratificar la CADH, no quiso hacer exigible los DESCA, perdería peso si uno realiza una interpretación contextual y evolutiva. Efectivamente, la ratificación de Ecuador en 1993[48] coincide con la tesis de que los DESCA no son justiciables, cuestión que cambia

46 Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, Memorial *amicus curiae, cit*., p. 6.

47 Pontificia Universidad Católica de Argentina, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos y la Clinique de Droit International des Droits de l´Homme de Aix-Marseille Université-France, Aplicación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Gonzales Lluy y familia vs. Ecuador, cit.,* cap. V, conclusiones, p. 23.

48 OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", resolución núm. A-52, de 17 de noviembre de 1988.

radicalmente en 1998, como se ha visto en los peritajes incluso estatales,[49] y se refuerza con la Constitución de 2008, actualmente vigente. No tiene sentido interpretar el origen de la intención estatal al momento de la firma, cuando al momento de la aplicación el Estado de Ecuador ha manifestado con su normativa nacional y política internacional (ratificación del Protocolo Adicional al PIDESC de 11 de junio de 2010)[50] que los DESCA son exigibles nacional e internacionalmente.

En consecuencia, en el caso ecuatoriano y en el de otros países que han ratificado el Protocolo de San Salvador, los DESCA que se derivan del artículo 26 tienen que ser analizados a la luz de la Carta de la OEA, la DADDH y del Protocolo de San Salvador.

Por cuanto ve a los países que no hayan ratificado el Protocolo de San Salvador ni tengan en sus constituciones normas expresas o sus cortes que resuelven sobre derechos no consideren la justiciabilidad de los DESCA, la Corte IDH podría considerar simplemente que los derechos que se derivan del artículo 26 de la CADH son los que constan en la Carta de la OEA y en la DADDH.

V. Lo que resta después del caso *Cuscul*

La Corte IDH ha concluido, en el caso *Cuscul Pivaral,* que del artículo 26 se derivan derechos que "[…] están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión […]."[51] Es decir, hay derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y estos son exigibles. Este es el paso histórico del precedente. La puerta está abierta.

---

49 El perito Salamanca sostiene que los DESCA eran exigibles en 1998, pero no eran eficaces, y que desde 2008 son plenamente exigibles. Salamanca Serrano, Antonio, "Declaración juramentada", Notaría Trigésima Octava, 26 de febrero de 2015.

50 ONU, Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, resolución 217 A (III), de 10 de septiembre de 2008.

51 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala, cit*., párr. 97.

En el caso se ha declarado, porque eso exigían los contornos del asunto, el derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable. Al estar la puerta abierta, de aquí en adelante y de forma autónoma se podrán exigir los derechos al trabajo, sindicales, a la seguridad social, al medioambiente sano, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la protección de la familia y otros que se derivan de las normas que se desprenden del artículo 26 y que se encuentran mejor enunciados y más desarrollados en el Protocolo de San Salvador.

En la sentencia no se hace mención alguna a avances doctrinarios que el propio SIDH ha desarrollado mediante el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador.[52] En el caso *Talía Gonzales,* al menos mereció una nota a pie de página (párr. 172, nota 202).[53] El Grupo de Trabajo ha enfocado la exigibilidad de los DESCA a través de políticas públicas y ha desarrollado una batería importante de indicadores de progreso. Los DESCA, en general, y el derecho a la salud, en particular, no son una cuestión que se resuelve solamente mediante casos individuales. Los problemas en nuestra región son estructurales y sistémicos, por ello, el abordamiento de casos individuales ayuda, pero no es suficiente. El principio de no repetición, como una forma de reparación, va a exigir que la Corte IDH comience a pensar en los casos en clave de política pública y mire con atención el sistema de indicadores que ha desarrollado el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador.

El caso refleja, por la aplicación de la noción de que todos los derechos estan interrelacionados y son interdependientes, que la doctrina en relación con los DESCA ha tenido que aprender de los desarrollos normativos de los DCP. Lo más notable es la exigibilidad jurisdiccional. Los DESCA no son solo programáticos, sino que también tienen dimensiones de exigibilidad inmediata. Por contrapartida, los DCP también deben aprender de los desarrollos doctrinarios de los DESCA, particularmente en dos aspectos:

52 Disponible en *http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/grupo-trabajo.asp*

53 OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev. 2, 16 de diciembre de 2011.

la progresividad y las políticas públicas. Los DCP tienen también aspectos que no pueden cumplirse de forma inmediata, y esto ya se ha demostrado en la ejecución de ciertas sentencias en las que se dispone capacitación para prevenir la tortura o perfeccionamiento de los mecanismos de selección de jueces para garantizar la independencia judicial. Toda esa teoría de las dimensiones de la progresividad aplica también para derechos civiles y políticos.

Como dije, la puerta está abierta y el reto de seguir impulsando el desarrollo de la jurisprudencia no solo reside en la capacidad, creatividad y compromiso de algunos jueces y juezas, también depende de los abogados y abogadas litigantes y, sobre todo, de la lucha y el esfuerzo de las víctimas. En materia de DESCA, contrario a lo que sucede con los DCP, las víctimas, que son muchas, no suelen tener el mismo grado de conciencia de que son titulares de derechos y que pueden exigirlos.

La pobreza es un fenómeno extendido en nuestra región, y no es otra cosa que la violación sistemática y generalizada de DESCA. De ahí el reto por revertirla en sociedades tan inequitativas como las nuestras y la importancia del fallo *Cuscul Pivaral.*

Bibliografía

Arango, Rodolfo, "Constitucionalismo social latinoamericano", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.

Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011.

Piovesan, Flávia y Gotti, Alessandra, "Protección del derecho a la salud en el sistema de protección universal de los derechos humanos", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.

Parte II
Obligaciones de cumplimiento inmediato y de desarrollo progresivo y garantías de no repetición

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad*

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor***

Introducción

1. La sentencia en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (en adelante "la Sentencia" o "*Cuscul Pivaral*")[1] constituye un importante aporte a la línea jurisprudencial en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante "DESCA"). La Sentencia se suma a la aproximación seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte" o "el Tribunal Interamericano"), en los casos de *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*,[2]

---

* El presente texto reproduce el voto razonado que emití en el *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. La jueza Elizabeth Odio Benito y el juez Patricio Pazmiño Freire se adhirieron al mismo.

** Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y profesor de la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

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

2 *Cfr. 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, núm. 198.

Lagos del Campo vs. Perú,[3] *Trabajadores Cesados de Petroperú y Potros vs. Perú*,[4] *San Miguel Sosa vs. Venezuela*,[5] *Poblete Vilches y otros vs. Chile*,[6] así como en la *OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*,[7] en lo que respecta a la justiciabilidad directa de los DESCA y los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "Convención Americana", "Convención" o "Pacto de San José").

2. La Sentencia reafirma que de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "Carta de la OEA") se deriva el derecho a la salud, y que en virtud del artículo 26 de la Convención Americana este derecho es justiciable de manera autónoma ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte", "Corte Interamericana" o "el Tribunal Interamericano").[8] También retoma y desarrolla una importante distinción que es igualmente relevante para el fondo de la Sentencia y para los futuros análisis en la materia: que algu-

---

3 *Cfr. Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

4 *Cfr. 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.

5 *Cfr. Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

6 *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

7 *Cfr. 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)*. OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

8 En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, la Corte se pronunció por primera vez en el sentido de establecer que el derecho a la salud se puede derivar —vía artículo 26 de la CADH— de las normas contenidas en la Carta de la OEA. Al respecto, la Corte IDH señaló que: "116. [...] la Corte considera que de la consolidación del derecho a la salud se derivan diversos estándares aplicables [...], relativos a prestaciones básicas y específicas de salud [...]. *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párr. 116.

nos aspectos del derecho a la salud son de exigibilidad inmediata (como por ejemplo la no discriminación), y que otros tienen un carácter programático (que implica la obligación estatal de avanzar en la protección general de ese derecho).

3. En *Cuscul Pivaral* se reiteraron los avances que han existido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de DESCA y de protección al derecho a la salud,[9] introduciendo importantes consideraciones que son relevantes destacar. La primera de ellas es que la Sentencia ahonda en las razones que justifican la justiciabilidad directa de los DESCA en general,[10] y del derecho a la salud en particular[11]. La segunda es que desarrolla los estándares de derecho a la salud aplicables a personas que viven con el VIH,[12] ampliando de esta forma lo ya dicho en los casos de *Gonzáles Lluy vs. Ecuador*[13] y *Duque vs. Colombia*.[14] La tercera es

[9] Cabe destacar que en un principio, la justiciabilidad del derecho a la salud se realizó de manera indirecta, por conexidad con derechos civiles y políticos como el derecho a la vida o a la integridad personal, principalmente, véanse, *Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329; *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, y *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261.

[10] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 75-97.

[11] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 98-107.

[12] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 42-45.

[13] *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párrs. 197 a 205.

[14] *Cfr. Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310, párrs. 177 a 192.

que analiza los alcances de la prohibición de discriminación en relación con grupos que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados, como son las mujeres embarazadas que viven con el VIH.[15] La cuarta es que la Corte determinó, por primera ocasión en su historia, que un Estado es responsable por la violación a la obligación de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana.[16] Finalmente, la Corte fijó medidas de reparación que atienden a los dos aspectos del derecho a la salud antes mencionados, con el objetivo de reparar a las víctimas del caso y de atender deficiencias sistémicas del Estado, con el fin de que se brinde una atención integral en materia de salud.[17]

4. Teniendo en cuenta lo anterior, así como lo ya razonado en otras ocasiones sobre el particular,[18] emito el presente voto con-

---

15 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 128-139.

16 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 140-148.

17 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 198-213 y 224 a 230.

18 Véanse los votos que sobre la materia he formulado en las siguientes sentencias: *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261; *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C, núm. 296; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298; *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312; *Caso I.V. vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329; *Caso Yarce y otras vs. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325; *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340; *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 341, y *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

currente con el objetivo de reflexionar en torno a algunos aspectos relevantes que surgen de esta Sentencia: I) sobre el principio de progresividad y la experiencia regional en la materia (*párrs.* 5-30), II) sobre la discriminación interseccional en perjuicio de dos mujeres embarazadas que viven con el VIH (*párrs.* 31-34); (III) sobre las medidas de reparación ordenadas, dirigidas a rehabilitar a las víctimas del caso y a evitar futuras violaciones del derecho a la salud contra la población que vive con el VIH en Guatemala (*párrs.* 35-43); y (IV) Conclusiones (*párrs.* 44-47).

I. Sobre el principio de progresividad

A. La responsabilidad internacional del Estado por la violación al principio de progresividad en el presente caso

5. Los alcances del principio de progresividad —que sirven como punto de partida para la determinación de responsabilidad internacional del Estado en este caso— están basados en la línea jurisprudencial que inició en el caso de *Acevedo Buendía y otros*.[19] En este caso, la Corte reconoció que la efectividad de los DESCA no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad. La Corte también afirmó que en el marco de dicha flexibilidad, en cuanto al plazo y modalidades de cumplimiento, el Estado tiene una obligación de hacer, es decir de adoptar providencias y adoptar los medios necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros para el cumplimiento de sus compromisos inter-

[19] *Cfr. 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, núm. 198, párr. 102. A lo desarrollado en el caso *Acevedo Buendía y otros*, la jurisprudencia del Tribunal Interamericano ha abordado el contenido de la obligación de progresividad en los casos *Poblete Vilches y otros vs. Chile* y en el presente caso. Véase *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párr. 103.

nacionales.[20] En *Acevedo Buendía*, la Corte estableció que como correlato de la progresividad existe un deber —si bien condicionado— de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho[21].

6. En la Sentencia, se concluye que el Estado violó el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, como consecuencia de la inacción estatal en materia de protección al derecho a la salud para personas que viven con el VIH en Guatemala, pese a existir una obligación internacional y de una regulación estatal.[22] Sostiene que la dimensión progresiva de los DESCA, si bien reconoce una cierta gradualidad para su

---

20 *Cfr. 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, núm. 198, párr. 102.

21 *Cfr. 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, núm. 198, párr. 103. En *Acevedo Buendía* la Corte se refirió a la Observación No. 3 para señalar que "las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". Al respecto, cabe destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, "Comité DESC") ha variado el criterio para la evaluación de medidas regresivas, de forma tal que los Estados deberán demostrar, entre otros, que las medidas son: a) temporales, b) necesarias, c) no discriminatorias o que no afecten de forma desproporcionada a personas y grupos desfavorecidos y marginados y d) que respetan al menos las obligaciones básicas del derecho social en cuestión y que sean aplicables al grupo de población específico de que se trate. *Mutatis mutandis*, Comité DESC, Observación general 22, *relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párr. 38 y Observación general 23 *sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*), E/C.12/GC/23, 27 de abril del 2016, párr. 53.

22 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 148.

realización, que atiende a las características legislativas y a los recursos disponibles de un Estado en particular, también incluye un sentido de progreso que requiere una mejora efectiva y continua de los derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables.[23] En el análisis del caso se advirtió que Guatemala, a pesar de contar con una serie de leyes y políticas públicas vigentes con anterioridad al año 2004 para la atención médica de personas con el VIH, prácticamente no proveyó atención médica directa más que a un limitado número de personas, que además no incluía a 48 de las 49 víctimas de este caso.[24] Esta *inacción estatal*, con anterioridad al año 2004, ante la epidemia del VIH, derivó en la responsabilidad internacional del Estado por violación al principio de progresividad en materia de protección a la salud.

7. La Sentencia se refiere precisamente al incumplimiento del Estado en su deber de hacer, en el sentido mencionado en el caso de *Acevedo Buendía*. La tesis central que sostiene la mayoría en *Cuscul Pivaral* es que, si bien el Estado goza de un margen de actuación para el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad en materia de DESCA, esto no puede ser interpretado como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o de adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas en situación de vulnerabilidad, que además tienen un riesgo de sufrir graves afectaciones a su integridad o a su vida. Esta es la situación de las personas que viven con el VIH, que estaban en un claro riesgo de adquirir enfermedades oportunistas y por lo tanto sufrir afectaciones a su integridad personal o su vida, y de ahí la condena al Estado de Guatemala en el presente caso por la *inacción* estatal en materia de protección efectiva con anterioridad al año 2004. En *Cuscul Pivaral* la Corte no identificó la existencia de medidas que hayan sido regresivas en la protección

[23] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 146.

[24] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 119.

de personas que viven con el VIH en Guatemala. De hecho, reconoció la existencia de una serie de leyes, planes de gobierno y aumentos presupuestarios, sobre todo después del año 2004, dirigidos a garantizar una adecuada atención en salud que, pese a su existencia con posterioridad al 2004 tampoco garantizaron de manera efectiva el derecho.[25]

8. Ahora bien, el criterio de la Sentencia, además de su valor en relación con la atención de las personas que viven con el VIH en Guatemala, abre una importante puerta para que en el futuro la Comisión o los representantes de las víctimas formulen alegatos ante el Tribunal Interamericano relacionados ya sea con la inactividad estatal en materia de protección de los DESCA, o con la existencia de medidas regresivas en su protección y que sean atribuibles al Estado. Esta labor, sin embargo, deberá ser realizada atendiendo a los retos metodológicos que implica la evaluación de la política estatal en materia de protección a los derechos sociales en una sociedad democrática. Para la Comisión y los representantes de las víctimas, el reto estará en poder demostrar que el Estado efectivamente adoptó medidas regresivas que afecten la realización de uno o varios DESCA protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana. Esto implicará la formulación de argumentos que demuestren el reconocimiento explícito o implícito de un derecho protegido vía artículo 26 del Pacto de San José, así como la remisión del material probatorio necesario para acreditar que las acciones estatales efectivamente implicaron una inacción y/o regresión no justificada en la efectividad de ese derecho. Por su parte, el Estado deberá justificar que sus acciones han tendido a la plena realización del derecho o bien no fueron regresivas, y si se presentara este último supuesto, acreditar que dicha regresividad se encuentra justificada conforme a los estándares que el propio derecho internacional reconoce.

9. En cualquier caso, los Estados deberán continuar con sus esfuerzos de transparentar la manera en que la protección de los DESCA es realizada en su territorio. En ese sentido, cabe destacar la resolución de la Asamblea General de la Organización de Esta-

[25] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 41 a 54.

dos Americanos de 4 junio de 2012, en la cual los Estados aprobaron el documento "Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador", que contiene las pautas y los criterios adoptados por los Estados parte del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, "Protocolo de San Salvador") para la medición del cumplimiento de los derechos dispuestos en dicho Protocolo.[26]

10. Estos criterios sirven como la base para que los Estados presenten información sobre el cumplimiento de sus obligaciones en materia de los derechos contenidos en el Protocolo de San Salvador,[27] y pueden también ser elementos importantes para evaluar el cumplimiento de los Estados en materia de DESCA en relación con el artículo 26 de la Convención. Por supuesto, como lo afirma la Sentencia,[28] la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones al Protocolo de San Salvador encuentra sus límites en el artículo 19.6 de ese instrumento. Pero esto no implica que la información que los Estados presentan en sus informes

---

26 *Cfr.* OEA, "Aprobación de indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador", resolución AG/RES. 2713 (XLII-O/12) aprobada en la segunda sesión plenaria de 4 de junio de 2012, Punto 1 de la resolución, puede consultarse en: *http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/pssv-indicadores-es.pdf.* GTPSS, "Indicadores de Progreso: Primer Agrupamiento de Derechos", 12 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/XXV.2.1, párrs. 15, 67 y 68. En el caso Gonzales Lluy, la Corte consideró, que en el Protocolo de San Salvador se hace referencia a la satisfacción de los derechos en un contexto del desarrollo del sistema de salud, además que los bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico. *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 172 y nota al pie 202. En el *caso Poblete Vilches,* la Corte utilizó dichos indicadores a la luz del artículo 26 de la Convención Americana y para establecer la existencia de una prohibición de regresividad frente a la realización alcanzada de los derechos. *Cfr. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párrs. 104 y nota al pie 133.

27 *Op. cit.,* AG/RES. 2713 (XLII-O/12), punto 5.

28 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 89.

nacionales no pueda ser utilizada como prueba ya sea para la Comisión o para los representantes de las víctimas o el Estado. Lo importante —para efectos de esta reflexión— es que aquellos alegatos relacionados con la falta de realización de los DESCA estén formulados como argumentos jurídicos sólidos, y sobre la base de los datos y demás material probatorio que permita acreditar la manera en que el Estado ha cumplido —o ha dejado de cumplir— la efectiva realización de los derechos en los términos del artículo 26 de la Convención Americana.

B. Algunas decisiones de las altas jurisdicciones nacionales relacionadas con el mandato de progresividad y con la protección del derecho a la salud de las personas que viven con el VIH

11. La aproximación adoptada por la Corte Interamericana en este caso no es nada nuevo en nuestra región. Las altas jurisdicciones nacionales han desarrollado estándares importantes para lograr la plena efectividad del derecho a la salud en el marco de la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad.[29] En algunos casos, han considerado las circunstancias particulares de las personas que padecen VIH/SIDA y la situación de vulnerabilidad que estas presentan. A continuación me referiré a algunas de estos estándares con el objetivo de mostrar un panorama general de la materia.

[29] En este sentido, el Comité DESC desde la Observación general 3 (1991) expresó, dentro del análisis de la obligación general de progresividad, que "[...] todas las medidas de carácter *deliberadamente retroactivo* [...] requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Esta línea interpretativa del Comité DESC ha sido reiterada en Observaciones recientes, como la Observación general 23 (2016) al señalar que: "los Estados partes deberían evitar adoptar deliberadamente cualquier medida regresiva sin una cuidadosa consideración y justificación". Véanse, Comité DESC, Observación general 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1 de enero de 1990, párr. 9 y Comité DESC, Observación general 23 *sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*), E/C.12/GC/23, 26 de abril del 2016, párr. 52.

a. La constitucionalización de la obligación de progresividad

12. Diversas constituciones de la región han reconocido expresa o implícitamente la obligación de progresividad (principio de progresividad en materia de derechos humanos).

13. En este sentido algunos textos fundamentales enuncian de manera expresa, en un sentido general, que esta obligación o principio irradia a todos los derechos humanos y no solo a los DESCA. Bajo este supuesto encontramos a países como Bolivia,[30] Ecuador,[31] México,[32] República Dominicana[33] y Venezuela.[34] En

30 "Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. [...]." Constitución Política del Estado. Asamblea Constituyente de Bolivia. Promulgada el 7 de febrero de 2009.

31 "Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. [...]". Constitución de la República de Ecuador, publicada el 20 de octubre de 2008 en el Registro Oficial.

32 "Artículo 1o. [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...]". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de septiembre de 2017.

33 "Artículo 8. Función esencial del Estado. Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas." Constitución de la República Dominicana. Publicada en Gaceta Oficial el 10 de julio de 2015.

34 "Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de confor-

una segunda variante encontramos a aquellas constituciones que —exclusivamente— han reconocido el carácter programático de determinados derechos que, por lo general, son DESCA. En este esquema encontramos a países como Colombia,[35] Guatemala,[36] Honduras[37] y Perú[38]. Un tercer bloque de constituciones se caracterizan porque si bien no hacen referencia expresa al principio de progresividad en materia de derechos humanos, establecen, en cierto modo, cargas al Estado para que se hagan efectivos los derechos contenidos en las normas fundamentales —y en al-

midad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen." Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Enmienda de 15 de febrero de 2009.

35 El principio de progresividad se encuentra establecido en los artículos 48, 64, 262, 334 y 363 de la Constitución Política de Colombia, destacando en el derecho a la seguridad social (art. 48) y a la tenencia de la tierra (art. 64). Véase, Constitución Política de Colombia. Actualizada con los Actos Legislativos 2 de 2017.

36 La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el artículo 100 el principio de progresividad refiriéndose al derecho a la seguridad social. "Artículo 100.- Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria. El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo. [...]". Constitución Política de la República de Guatemala. Reformada por acto legislativo 18-93 del 17 de noviembre de 1993.

37 El artículo 143 de la Constitución Política de la República de Honduras reconoce la implementación progresiva del régimen de seguridad social. De manera indirecta, el artículo 179 prevé que el Estado promoverá, apoyará y regulará la creación de sistemas y mecanismos "para la utilización de los recursos internos y externos a ser canalizados hacia la solución del problema habitacional". Por su parte, el artículo 260 establece como uno de sus fines de las instituciones descentralizadas el "progreso social y bienestar general". La Constitución de Honduras. Actualizada hasta el Decreto 36 del 4 de mayo de 2005.

38 "Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida." "Artículo 23°.- [...] El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo." Constitución Política del Perú.

gunos casos bajo esquemas de igualdad real— para las personas bajo su jurisdicción. En esta categoría encontramos países como Argentina,[39] Brasil,[40] Costa Rica,[41] y Paraguay.[42]

b. Decisiones judiciales sobre progresividad de la Altas Cortes de la región

14. La constitucionalización de los derechos sociales y del principio de su realización progresiva (en cualquiera de sus tres ver-

[39] "Artículo 75.- Corresponde al Congreso: [...] 19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones". Constitución de la Nación Argentina. Ley 24,430, sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995.

[40] "Art. 3. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: 1. construir una sociedad libre, justa y solidaria; 2. garantizar el desarrollo nacional; 3. erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; 4. promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación." Constitución Política de la República Federativa del Brasil.

[41] "Artículo 65.- El Estado promoverá la construcción de viviendas populares y creará el patrimonio familiar del trabajador." "Artículo 83.- El Estado patrocinará y organizará la educación de adultos, destinada a combatir el analfabetismo y a proporcionar oportunidad cultural a aquellos que deseen mejorar su condición intelectual, social y económica". Constitución Política de la República Costa Rica. Publicada el 7 de noviembre de 1949.

[42] "Artículo 176 - DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y DE LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO. La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional." Constitución de la República del Paraguay. Promulgada el 20 de junio de 1992.

tientes señaladas) ha tenido como resultado que ante las instancias judiciales se presenten demandas en las cuales, además de invocar la violación específica de un DESCA, se solicite que las altas jurisdiccionales constitucionales diriman sobre si se ha infringido algún aspecto de la progresividad/regresividad de los mismos. En este sentido, diversos tribunales han desarrollado estándares para evaluar cuando se ha incumplido la progresividad de un derecho, o bien se han adoptado medidas de carácter regresivo. Al respecto, cada jurisdicción constitucional ha tenido desarrollos particulares, si bien concordantes a estos parámetros.

15. Una referencia importante, respecto de los desarrollos sobre los alcances de la progresividad, la constituye la Corte Constitucional de Colombia (en adelante la "CCC"). Sobre este punto, la CCC ha entendido que los contenidos prestacionales no son de aplicación inmediata, sino que están sujetos al principio de progresividad, y que, en un estado social de derecho, no son suficientes las sentencias judiciales, sino es necesario que la construcción de derechos dentro del proceso democrático en el que se exista un fundamento legal y presupuestario.[43] Para la CCC, el principio de progresividad tiene al menos tres consecuencias concretas para efectos de la exigibilidad judicial de los derechos sociales: i) la existencia de una política pública orientada al goce efectivo de los derechos, ii) de existir la política pública, que sus contenidos sean protegidos por medio de un recurso judicial, y, iii) la limitación de la facultad discrecional de la autoridad para implementar medidas regresivas.[44]

16. Por otro lado, dicho Tribunal ha señalado que se entiende que una medida es regresiva cuando: i) se recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del derecho involucrado; ii) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; y iii) cuando disminuye o desvían sensiblemente los recursos públicos destinados a su satis-

43 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 302/2017, Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo del 2017, punto 8.1.5.

44 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 302/2017, Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo del 2017, puntos 8.1.6., 8.1.7. y 8.1.8.

facción.[45] Además, ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad.[46] De este modo, la CCC ha expresado que, cuando una medida regresiva es sujeta a control constitucional, corresponde al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes: *i)* que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; *ii)* que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; *iii)* que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; *iv)* que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; y *v)* que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja.[47] Además de los supuestos previos, la CCC de forma reciente ha determinado que, para la implementación de una medida regresiva, debe *vi)* identificar la constitucionalidad de la medida, y *vii)* considerar la inclusión de un proceso deliberativo en el que se incluya a los sectores afectados con la regresión, aun cuando la medida sea emitida por una autoridad administrativa.[48]

17. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina propone un análisis en abstracto, en el que valora si la medida cues-

---

45 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 313/14, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia de 29 de mayo de 2014, págs. 7 y 8, y, *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 556/09, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia de 20 de agosto de 2009.

46 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-991 de 2004. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia de 12 de octubre de 2004.

47 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313/14, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 29 de mayo de 2014. Véase en el mismo sentido: *Cfr.* Sentencia C-1064/01, Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Esponisa y Jaime Cordova Triviño, 10 de octubre de 2001; *Cfr.* Sentencia C-671/02, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett, 20 de agosto de 2002 y *Cfr.* Sentencia C-931/04, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, 29 de septiembre de 2004.

48 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-302/2017, Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo de 2017, puntos 8.1.9., 8.1.10., 8.1.11. y 8.1.12.

tionada de regresiva está justificada,[49] considerando, una protección especial a los grupos más vulnerables.[50]

18. La Corte Constitucional de Ecuador ha reconocido que el principio no se agota con la abstención de adoptar medidas regresivas, sino de realizar medidas positivas como las legislativas. Respecto al principio de no regresividad, en el análisis de las medidas legislativas ha considerado que una norma es regresiva, por lo tanto inconstitucional e inconvencional, cuando ha verificado dos elementos: *i)* la real disminución del contenido constitucional del derecho, y *ii)* si la medida no ha sido adoptada por la "consideración más cuidadosa".[51] Respecto a la "consideración más cuidadosa" de las restricciones y de las medidas legislativas regresivas, ha determinado la necesidad de su justificación en función de la satisfacción de otro derecho constitucional y de su proporcionalidad.[52]

19. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú, si bien en un principio se limitó a un examen laxo sobre el principio de regresividad en el que la medida podría justificarse por razones del bien común,[53] en los últimos años ha optado algunos criterios

---

49 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *García Cancino, María Angélica c/Máxima A.F.J.P. S.A. s/presentaciones varias*, S.C.G. 2.033 L. XXXIX. Sentencia de 16 de febrero de 2010 y, *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/acción de amparo.* CSJ 906/2012 (48-R) /CS1. Recurso de Hecho. Sentencia de 24 de noviembre de 2015, punto 6.

50 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, *Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*. A. 59B. XLIII. Recurso de Hecho. Sentencia de 18 de junio de 2013, punto 11.

51 *Cfr.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 002-18-SIN-CC, Casos N. 0035-15-IN y acumulados 7 de junio de 2017, págs. 78 y 79, 21 de marzo de 2018.

52 *Cfr.* Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N. 017-17-SIN-CC, Caso N. 0071-15-IN, 7 de junio de 2017, págs. 15 y 16; Sentencia 0006-15- SCN-CC, Caso N. 0005-13-CN, 27 de mayo de 2015, págs. 15 y 16.

53 *Cfr.* Tribunal Constitucional de Perú, *Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República*. Proceso de Inconstitucionalidad. Expediente 00050-2004-AI/TC, 3 de junio de 2005, pág. 60.

que podrían ser el inicio de un *test* más detallado para el análisis de medidas regresivas. Por ejemplo, para analizar la constitucionalidad de la reducción de una remuneración ha constatado si esta: *i)* se encuentra justificada por razones de interés social o, lo que es lo mismo, siempre que exista causa objetiva o legal que la justifique; *ii)* se trata de una medida extraordinaria; *iii)* se trata de una medida coyuntural; y *iv)* posee eficacia limitada en el tiempo.[54]

20. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha establecido que una medida resulta o no regresiva: *i)* cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho prestacional; *ii)* cuando aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho de que se trata; y *iii)* cuando disminuye o desvía de manera efectiva e importante los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho, antes de que se haya verificado el cumplimiento de la respectiva prestación.[55] Sin detrimento de lo anterior, también ha considerado que podría justificarse la regresión en determinado momento histórico, siempre que se atienda a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.[56]

21. En general, la Suprema Corte de Justicia de Nación de México (en adelante, "SCJN") ha utilizado distintos criterios respecto de los elementos para el análisis de constitucionalidad de una medida regresiva.[57] Además, puede identificarse que sus dos

---

54 *Cfr.* Tribunal Constitucional de Perú, *Caso Ley de Reforma Magisterial 2, SCT–01.014–PI*, Expediente 0020–2012–PI/TC, 16 de abril de 2014, pág. 20.

55 *Cfr.* Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Inconstitucionalidad general y parcial, Expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011, pág. 25 y ss.

56 Así, el examen de regresividad de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala consiste en determinar si: i) la medida adoptada busca satisfacer un fin constitucional; ii) resulta ser válida para lograr la finalidad perseguida; iii) fueron evaluadas las distintas alternativas y esa medida es necesaria para alcanzar el fin propuesto; iv) no afecta el contenido esencial del derecho fundamental comprometido; y v) el beneficio que alcanza es proporcional al costo. *Ibídem*, págs. 32 y 33.

57 Por ejemplo, la SCJN ha hecho uso de un *análisis genérico* respecto de la validez de una medida supuestamente regresiva, en función de su fin social (véase: *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 304/2015, Sentencia

salas han establecido *test* distintos para analizar la constitucionalidad de medidas supuestamente regresivas. Para la Primera Sala de la SCJN, una medida regresiva es constitucional, de involucrarse algún tema de recursos presupuestales, si: *i)* se acredita la falta de recursos; *ii)* se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito, y *iii)* se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano (y no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente era mayor.[58] Por su parte, la Segunda Sala de la SCJN ha señalado que para concluir que una medida regresiva está justificada debe analizarse si: i) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y ii) genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos.[59]

22. Como puede apreciarse, diversas jurisdicciones constitucionales nacionales han evaluado si se ha incumplido la gradual realización de los DESCA en el marco del principio de progresividad. Cabe resaltar que, si bien las constituciones de la región

---

del 31 de mayo de 2017, págs. 25 a 28), así como de un *test* consistente en acreditar la existencia de una *restricción generalizada* y una *relación de causalidad* entre la medida y afectaciones a las personas demandantes en amparo (véase: *Cfr.* SCJN. Amparo en revisión 566/2015. Sentencia de 15 de febrero de 2017, págs. 32 y 33).

58 *Cfr.* SCJN. Primera Sala, Amparo en revisión 750/2015, *Consejo universitario y tesorero de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*. Sentencia del 20 de abril de 2016, págs. 84 y 85; *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1374/2015, Sentencia del 18 de mayo de 2016, págs. 84 y 85; *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1356/2015, Sentencia del 6 de julio de 2016, págs. 30 y 31; *Cfr.* SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 100/2016, Sentencia del 10 de agosto de 2016; *Cfr.* SCJN. Primera Sala, Amparo en revisión 306/2016, Sentencia del 8 de marzo de 2017, págs. 67 y 68.

59 *Cfr.* SCJN. Segunda Sala, Amparo directo en revisión 2425/2015, 12 de agosto de 2015, pág. 16; *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Contradicción de tesis 291/2015, 20 de enero de 2016, págs. 61 y 62; *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 559/2015, 17 de febrero de 2016, págs. 21 y 22; *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 11/2016, 18 de mayo de 2016, pág. 25; *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Amparo directo en revisión 7153/2016, 5 de abril de 2017, págs. 32 y 33.

no reconocen expresamente la prohibición de regresión, las altas jurisdicciones nacionales lo han abordado. En este sentido, como lo ha hecho el Comité DESC, existe una prohibición de regresión de manera implícita dentro del contenido de la progresividad.[60]

c. Decisiones sobre el derecho a la salud de las personas viviendo con el VIH

23. En este contexto, el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH no es un tema ajeno a la jurisprudencia de Altas Cortes que han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto. Esto es de fundamental importancia, pues muchos de los avances jurisprudenciales que se han tenido en materia de protección del derecho a la salud han sido desarrollos jurisprudenciales a nivel nacional.

24. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina determinó que el Ministerio de Salud y acción social está obligado a brindar asistencia, tratamiento y especial suministro de los medicamentos a las personas que viven con VIH/SIDA bajo la premisa de que la salud está comprendida dentro del derecho a la vida. Consideraron que un tratamiento adecuado comprende

[60] En este sentido, el Comité DESC desde la Observación general 3 (1991) expresó, dentro del análisis de la obligación general de progresividad, que "[…] todas las medidas de carácter *deliberadamente retroactivo* […] requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Esta línea interpretativa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido reiterada en Observaciones recientes, como la Observación General No. 23 (2016) al señalar que: "los Estados partes deberían evitar adoptar deliberadamente cualquier medida regresiva sin una cuidadosa consideración y justificación. (…) Los Estados partes que se enfrentan a dificultades considerables para lograr la efectividad progresiva de ese derecho debido a la falta de recursos nacionales tienen la obligación de solicitar cooperación y asistencia internacionales". Comité DESC, Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1 de enero de 1990, párr. 9 y Observación General No. 23 *sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*), E/C.12/GC/23, 26 de abril del 2016, párr. 52.

el suministro de medicamentos, por lo que este debe ser regular, oportuno y continuo a fin de evitar los riesgos de su interrupción. Adicionalmente, señaló que para una asistencia adecuada deben desarrollarse programas destinados a la detección, investigación, diagnóstico, tratamiento, prevención y rehabilitación, gestionando los recursos financieros necesarios.[61]

25. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia determinó que, ante la falta de suministro regular de medicamentos a una menor que vive con VIH/SIDA, se vulneran los derechos a la vida y a la salud, considerando una especial protección para el caso de menores, máxime si no cuentan con los recursos suficientes.[62] Por otro lado, reconoció a dicha enfermedad por "catastrófica" dado el impacto en las relaciones personales, familiares y económicas del paciente. También, razonó sobre la continuidad en el tratamiento por el riesgo inminente a la vida de la persona que vive con la enfermedad, tanto por la presentación de enfermedades oportunistas como por la creación de resistencia a los medicamentos.[63] Además, que corresponde a las autoridades desarrollar las políticas de prevención, atención y rehabilitación.[64]

26. La Corte Constitucional de Colombia ha resuelto que las personas que viven con VIH/SIDA forman parte de un grupo que requiere especial protección constitucional, por lo que la protección a su derecho a la salud tiene una protección reforzada al desarrollar el derecho a la igualdad. También, ha considerado que, en las prestaciones del servicio de salud, debe observarse

---

61 *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de la Nación, *caso Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional*, s/amparo ley 16.986, A. 186. XXXIV, 1 de junio de 2000, Considerandos 9, 13 y 14.

62 *Cfr.* Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Número de expediente 2006-14391-29-RAC. Sentencia de 10 de mayo de 2010. Magistrado relator Dr. Ernesto Félix Mur, pág. 10.

63 *Cfr.* Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia SC 0026/2003-R, Número de expediente: 2002-05354-10-RAC, Magistrada relatora Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas. Sentencia de 8 de enero de 2003, págs. 6 y 7.

64 *Cfr.* Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Número de expediente 2006-14391-29-RAC. Sentencia de 10 de mayo de 2010. Magistrado relator Dr. Ernesto Félix Mur, pág. 8.

el "principio de continuidad" el cual comprende el suministro constante e ininterrumpido de las prestaciones médicas regidas por el "principio de integralidad" (medicamentos, intervenciones quirúrgicas, exámenes de diagnóstico u otros).[65]

27. La Corte Constitucional de Ecuador también ha resuelto que las personas que viven con el VIH comprenden un grupo de atención prioritaria, razón por la cual le corresponde al Estado implementar mecanismos de protección reforzada, ya sea mediante legislación o políticas públicas que atiendan efectivamente esta finalidad.[66] En esta línea, el Estado debe garantizar su derecho a la salud integral, por medio del tratamiento y acceso oportuno a los medicamentos de manera gratuita, refiriendo también a la necesidad de generación por parte de las autoridades sanitarias de mecanismos de educación y prevención sobre el VIH y el SIDA.[67]

28. El Tribunal Constitucional de Perú ha determinado que la atención integral de una persona que vive con el VIH no se limita a paliar los efectos de la enfermedad con el suministro de medicamentos y la realización de exámenes de forma periódica, sino que requiere actuaciones mayores en la etapa de prevención de la enfermedad.[68] Asimismo, ha razonado sobre las circunstancias especiales de pobreza extrema que viven algunas personas que viven con la enfermedad, siendo necesario su atención prioritaria.[69]

---

65 *Cfr.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599/15, *AA contra COMFAMILIAR E.P.S-S (...)*, 15 de septiembre de 2015, Expediente T-4.936.041, Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos, págs. 21, 24 y 27.

66 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 068-18-SEP-CC, Caso 1529-16-EP. Sentencia de 21 de febrero de 2018, pág. 50. Sentencia N. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP. Sentencia de 13 de enero de 2016, pág. 35. Sentencia N. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP. Sentencia de 9 de octubre de 2013, pág. 19.

67 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 364-16-SEP-CC, Caso 1470-14-EP. Sentencia de 15 de noviembre de 2016, pág. 35.

68 *Cfr.* Tribunal Constitucional de Perú, Expediente 2016-2004-AA/TC, Magistrado José Luis Correa Condori. Sentencia de 5 de octubre de 2004, párrs. 44 y 47.

69 *Cfr.* Tribunal Constitucional de Perú, Expediente. 2945-2003-AA/TC. Sentencia de 20 de abril de 2004, párr. 48, y, *Cfr.* Tribunal Constitucional de Perú, Expediente 2016-2004-AA/TC, Magistrado José Luis Correa Condori. Sentencia de 5 de octubre de 2004, párr. 47.

29. La SCJN estudió las deficiencias de las instalaciones de los servicios públicos de salud que favorecían el contagio de enfermedades oportunistas para las personas que viven con el VIH y que eran atendidas en cierto hospital. Consideró que la falta de instalaciones adecuadas es suficiente para actualizar una violación al derecho a la salud y ordenó a las autoridades asegurar el disfrute más amplio posible del derecho a la salud de las personas que viven con VIH/SIDA por medio de la inversión en instalaciones —dadas las circunstancias económicas existentes—, estableciendo que la inversión respectiva debe contar con el punto de vista científico y médico.[70]

30. Como se advierte, altas jurisdicciones nacionales han desarrollado estándares importantes en la materia, en las que se aprecia que las personas que viven con el VIH son un grupo de atención prioritaria en el cual uno de los componentes fundamentales para salvaguardar sus derechos (salud, vida e integridad personal) lo constituye la dotación continua e ininterrumpida de medicamentos antirretrovirales. Sin embargo, para que la atención sea integral también se debe brindar atención médica para enfermedades oportunistas, haciendo uso del máximo de los recursos disponibles. Esta serie de obligaciones van en consonancia con las obligaciones que la Corte Interamericana incorpora en esta Sentencia.[71] De este modo, lo que el Tribunal Interamericano incorpora en el presente caso constituye un piso mínimo en materia de derecho a la salud de las personas que viven con el VIH.

II. Sobre la discriminación interseccional en perjuicio de dos mujeres embarazadas que viven con el VIH

31. En la Sentencia también se abordaron los alegatos relacionados con la discriminación que habrían sufrido algunas muje-

[70] *Cfr.* SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 378/2014, ministro ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2014, págs. 61 y 63.

[71] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 108 a 117.

res embarazadas, quienes no habrían recibido un tratamiento médico que tomara en consideración la forma interseccional de discriminación que enfrentaron. En relación con este aspecto, la Sentencia concluye que el Estado incumplió con la prohibición de discriminación, en relación con la obligación de garantizar el derecho a la salud reconocido en el artículo 26 de la Convención, en perjuicio de dos víctimas del caso.[72] Esta conclusión se basa en que el Estado no otorgó tratamiento antirretroviral a una víctima cuando estaba embarazada, y tampoco practicó un parto por cesárea a otra víctima cuando esto constituía una práctica preventiva para evitar la transmisión vertical del VIH. Estas omisiones del Estado constituyeron una forma de discriminación basada en género, debido a que tuvieron un impacto diferenciado en las dos mujeres que viven con el VIH y generaron un riesgo de transmisión vertical del virus a sus hijos.[73] Aunado a ello, la mayoría consideró que existió una discriminación interseccional, pues las dos víctimas son mujeres que viven con el VIH y en situación de embarazo, de modo que su discriminación fue el producto de varios factores que interaccionan y que se condicionan entre sí.[74]

32. El análisis efectuado tiene su antecedente jurisprudencial en el caso *Gonzáles Lluy y otros*, donde la Corte determinó que Talía Gabriela sufrió una discriminación a partir de su condición de persona que vive con el VIH, niña, mujer y viviendo en situación de pobreza.[75] Esos factores hicieron a la víctima más vulne-

---

72 *Cfr. 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, núm. 198, párr. 102, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 139.

73 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 137.

74 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 138.

75 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 291.

rable y agravaron los daños que sufrió.[76] En aquella ocasión, la Corte reflexionó sobre cómo ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de ser víctima de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos.[77] También destacó que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta de forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.[78] Esta misma línea ha sido continuada en los casos *I.V. vs. Bolivia,*[79] *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*[80] y el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*.[81]

33. En los casos antes referidos —y en *Cuscul Pivaral*—[82] la Corte afirmó la tesis de que ahí donde exista confluencia de factores de discriminación de manera interseccional existe una experiencia discriminatoria específica que se diferencia de otras formas de discriminación. Esta posición que progresivamente ha ido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte en la protección de grupos vulnerables, genera ciertos retos que deberán

---

76 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 285.

77 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 288.

78 *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 290.

79 *Cfr. Caso I.V. vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329, párr. 318.

80 *Cfr. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, núm. 351, párr. 276.

81 *Cfr. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 350, párr. 154. Al respecto, en este caso la Corte IDH adoptó el análisis de toda la sentencia bajo "un enfoque interseccional", en ese caso entre el género y la edad de la víctima (quien era una niña).

82 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 138.

ser abordados en el futuro. La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas deberán argumentar con la mayor claridad y precisión posible *i)* que los factores de riesgo o vulnerabilidad alegados son categorías protegidas por la Convención Americana; *ii)* que estos factores interactuaron o concurrieron entre sí, dando lugar a un tipo particular de discriminación; y *iii)* que esto efectivamente afectó a las víctimas del caso concreto. Es decir, no basta con alegar que existen diferentes elementos que confluyen en una persona, sino que debe acreditarse que la combinación de estos elementos generó una nueva forma agravada de discriminación con características específicas.

34. La Sentencia es especialmente relevante en este tema pues permite visibilizar la confrontación entre género y maternidad, factores usualmente solapados por la condición de persona que vive con el VIH. La mayoría apreció la existencia de un nuevo tipo de discriminación agravada a partir de la interacción de dichas circunstancias, reconociendo la necesidad de que el Estado brinde protección diferenciada a partir de las necesidades particulares que enfrentan las mujeres embarazadas que viven con el VIH. Esta aproximación tiene una doble virtud: por un lado, visibiliza a un grupo que ha sido históricamente discriminado y fija consecuencias jurídicas para el Estado por no brindar una protección bajo un enfoque diferencial;[83] y, por otro lado,

[83] Por ejemplo, en Colombia, dicho enfoque ha sido entendido como: "[Aquel que] expresa el reconocimiento y acciones del Estado para contrarrestar o minimizar la forma distinta, a veces incluso desproporcionada, en que la violencia y las amenazas afectan a determinados grupos sociales en relación con sus características particulares de edad, género, etnia, salud, discapacidad u opción sexual. Estas diferencias, determinadas de manera cultural, social e histórica, resultan decisivas en la aplicación de todos los dispositivos de prevención y protección [...] y en la forma como las entidades deben establecer su trato con los sectores mencionados, a fin de evitar ahondar en la discriminación y el daño causado". Ministerio del Interior y Justicia, Decreto 1737 de 19 de mayo de 2010 por el cual se modifica el Programa de Protección para Víctimas y Testigos de la Ley 975 del 2005, creado mediante el Decreto 3570 de 2007, art. 4. En similar sentido, Directriz de Atención integral a la población desplazada con enfoque diferencial de género, Consejería Presidencial para la equidad de la Mujer-ACNUR Colombia, Disponible en: *http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7394.pdf.*

abre la puerta para que el Estado adopte medidas en el futuro que permitan una protección más eficaz y mucho más específica del derecho a la salud para mujeres embarazadas que viven con el VIH. En este sentido, la Sentencia —tanto en su análisis de fondo, como en materia de reparaciones— se suma a lo ya definido por ONUSIDA sobre la necesidad de fomentar un entorno protector y habilitante para las mujeres, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad.[84]

III. Sobre las medidas de reparación ordenadas en el presente caso

35. La Sentencia también estableció una serie de medidas dirigidas a reparar las violaciones ocurridas para las víctimas del caso, y para evitar que estas se repitan en el futuro, como lo ha hecho en su jurisprudencia constante en materia de reparaciones. En ese sentido, en primer lugar, la Corte dispuso que el Estado debe brindar a las víctimas del caso, a través de sus instituciones públicas y de conformidad con los estándares de atención médica para personas que viven con el VIH, el tratamiento médico o psicológico o psiquiátrico a las víctimas de violaciones al derecho a la salud.

36. Este tratamiento deberá incluir cuestiones cruciales como el suministro gratuito y de por vida de medicamentos necesarios para combatir el VIH o las enfermedades oportunistas, la realización de pruebas diagnósticas, el apoyo social que incluya aspectos como la asistencia nutricional o psicológica, y el acceso a tecnologías de prevención de contagio.[85] Todos estos aspectos tienen un nexo causal con el tipo de tratamiento que el Estado

[84] *Cfr.* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos. Versión consolidada de 2006, octava directriz, págs. 52-54, citadas en *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 134.

[85] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 210.

falló en proveer a las víctimas, y que es necesario para la atención médica de personas que viven con el VIH conforme a los estándares que son definidos en la Sentencia. Estos estándares se basan —lo que respecta a sus aspectos médicos— en la opinión experta de instituciones como ONUSIDA o la Organización Mundial de la Salud.

37. De la mano de lo anterior, la Sentencia[86] ordenó ciertas garantías de no repetición que están dirigidas a que el Estado mejore las condiciones de atención para las personas que viven con el VIH en Guatemala, sean o no víctimas del caso.[87] Este es un aspecto que es relevante resaltar, pues con ello se persigue impulsar aquellos cambios sistémicos necesarios para que el Estado cumpla de manera más efectiva con sus obligaciones en materia de protección al derecho a la salud.

38. En esta lógica, la Sentencia ordena la implementación de mecanismos de fiscalización y supervisión periódica de los hospitales públicos a fin de asegurar que se brinde una atención integral en materia de salud para personas que viven con el VIH.[88] Adicionalmente, y de especial relevancia, resulta el diseño de un mecanismo a cargo del Estado para garantizar la accesibilidad,

---

86 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 224-230.

87 La Sentencia Interamericana —por su propia naturaleza y por la forma en la que está diseñado el Sistema Interamericano— cumple una doble función: por un lado brindar medidas de reparación para la situación en concreto (restitución, satisfacción, investigación y de índole económico) pero además también tiene una función de brindar reparaciones para que los mismos hechos no vuelvan a ocurrir (garantías de no repetición). Esta concepción amplia que abarcan las medidas de no repetición es lo que hace a la *restitutio in integrum*, única en el derecho internacional. Es claro que la Sentencia Interamericana tiene, en una jurisdicción nacional, efectos más generales que los que se involucran en cada caso concreto; las medidas de no repetición que se otorgan en cada caso van encaminadas a que las autoridades cuenten con parámetros para reparar a las posibles víctimas, en circunstancias similares a las que el Tribunal Interamericano tiene la oportunidad de conocer.

88 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 225.

disponibilidad y calidad de las prestaciones en salud para las personas que viven con el VIH, y el diseño de este mecanismo deberá convocar la participación de la comunidad médica y de otros sectores.[89] Se trata de medidas que buscan impulsar a las instituciones estatales para que, de forma deliberativa o dialógica y con otros sectores involucrados en la atención médica, se diseñen estrategias y acciones de atención. Este tipo de mecanismos deliberativos o dialógicos no son ajenos al constitucionalismo de los derechos sociales,[90] que busca crear medios efectivos para que los DESCA se materialicen en la realidad, que no solo se queden plasmados en las decisiones judiciales[91] y que, además, sean un

89 *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 226.

90 Véase al respecto las siguientes decisiones: Corte Constitucional de Sudáfrica: *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors* 2000 (11) BCLR 1169; Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina: *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)"* [Expte. N° CSJ 1569/2004 (40-M) /CS2: Corte Suprema de India: *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India and Other*, Petition (Civil) No. 196 of 2001; Corte Constitucional de Colombia: *Sentencia T-025*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004; *Sentencia T- 760/08*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 31 de julio de 2008; *Sentencia T-762/15*, Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de diciembre de 2015; *Sentencia T-622/16*, Magistrado Ponente : Jorge Iván Palacio Palacio, 10 de noviembre de 2016; *Sentencia T- 302/17*, Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo de 2017 y *Sentencia T-080/18*, Magistrado Ponente: Carlos Libardo Bernal Pulido, 2 de marzo de 2018.

91 Cabe precisar que el hecho que los poderes judiciales se pronuncien sobre la vulneración de los derechos sociales o de la posible vulneración de los derechos sociales no implica que el poder judicial se avoque a crear políticas públicas o bien a suplantar a alguno de los poderes a nivel interno (por ejemplo, el legislativo); es claro que la finalidad del poder judicial no es la de legislar sin embargo, su finalidad como poder es la de velar porque los derechos que se encuentren constitucionalizados o bien de fuente internacional – a los que se haya comprometido, sean efectivos. Sobre este punto, se han pronunciado la Corte Constitucional de Colombia (*Sentencia T- 025*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, 22 de enero de 2004) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Amparo en Revisión 378/2014, Ministro Ponente: Alberto Pérez Dayán, Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero, p. 58).

medio en cual los principales interesados puedan ser parte de la toma de decisiones que les afectarán.[92]

39. En relación con lo anterior es importante destacar que la Sentencia prestó una atención especial a las mujeres que habrían sido víctimas de discriminación. Es por esta razón que la Corte ordenó garantías de no repetición tendientes a garantizar que las mujeres embarazadas que viven con el VIH cuenten con una serie de condiciones mínimas que les permitan enfrentar las diversas formas de discriminación que las afectan de forma conjunta.

40. La Corte se inclinó por la adopción de acciones estatales en materia de salud que cuenta con un enfoque interseccional a partir de la discriminación declarada en la Sentencia, teniendo en cuenta la urgencia de las necesidades de las mujeres embarazadas que viven con el VIH en Guatemala. Esto implica un avance en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, ya que el Tribunal Interamericano reconoció la relevancia de la adopción de acciones diferenciadas en el tratamiento de la discriminación interseccional para toda la población de mujeres en el Estado. En otras palabras, se plantea que la adopción de medidas con un en-

[92] Sobre este tema la Observación general No. 14 del Comité DESC ha precisado que: "54. Al formular y ejecutar las estrategias nacionales de salud deberán respetarse, entre otros, los principios relativos a la no discriminación y la participación del pueblo. En particular, un factor integrante de toda política, programa o estrategia con miras al cumplimiento de las obligaciones gubernamentales en virtud del artículo 12 es el derecho de los particulares y grupos a participar en el proceso de adopción de decisiones que puedan afectar a su desarrollo. Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Solo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo". [énfasis añadido]. Comité DESC, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto del 2000, párr. 54. En un sentido similar se pronunció la ex Relatora Especial sobre pobreza extrema y derechos humanos, Dra. María Magdalena Sepúlveda Carmona, en el Informe sobre el derecho a la participación de las personas que viven en la pobreza. Véase: Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/23/36, 11 de marzo de 2013, párrs. 21,22 y 23.

foque unitario puede no ser suficiente para paliar estas formas de discriminación, perpetuando así las desigualdades que confluyen en un mismo sector social.

41. Sin duda, las reparaciones ordenadas en *Cuscul Pivaral*, en lo que respecta a las medidas de rehabilitación y a las garantías de no repetición, tienen el objetivo doble de que se reparen las omisiones que derivaron en las violaciones a los derechos a la salud, la vida y la integridad personal de las víctimas, así como para servir como un medio para impulsar al Estado a cumplir con su deber de protección progresiva del derecho a la salud de la población que vive con el VIH en Guatemala. Esta doble dimensión ha sido una constante a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, y sin duda cobrará un papel central en aquellos casos que —como el que nos ocupa— las acciones dirigidas a la realización de cambios sistémicos en los Estados sean fundamentales para la efectiva protección de un DESCA en un contexto determinado.

42. En esta misma línea es importante reflexionar sobre cómo la Sentencia, al ordenar garantías de no repetición, tomó en consideración los objetivos y metas fijados por la Asamblea General de la ONU en la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.[93] Uno de estos objetivos es que los Estados logren una vida sana y promuevan el bienestar universal de las personas en todas las edades, contemplando las condiciones de vulnerabilidad que presentan las personas que viven con el VIH.[94] Los Estados se comprometieron a realizar todas las acciones necesarias para que para el año 2030 se ponga fin a epidemias como el SIDA y otras enfermedades transmisibles como el VIH,[95] en la misma línea en que la Sentencia ordena al Estado a tomar una serie de medidas

[93] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 224.

[94] ONU, Resolución de la Asamblea General "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" A/70/L.1 aprobada el 25 de septiembre de 2015, párrs. 23, 55 y 66, objetivo 3, 3.3 y 3.8, disponible en *https://undocs.org/es/A/RES/70/1*

[95] *Cfr. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 109.

para garantizar el tratamiento a las personas que viven con el VIH en Guatemala.

43. La Corte —al igual que la Asamblea General— coincide en que el logro de los objetivos para erradicar el VIH/SIDA depende en cierta medida de los diferentes niveles de desarrollo de los Estados, pero una de las más importantes reflexiones que surgen de este caso es que la realización progresiva de los DESCA no puede implicar que no se adopten medidas efectivas para lograr la plena realización del derecho a la salud. Esto es especialmente imperante en casos donde lo que está en riesgo es la integridad personal y la vida de las personas. Las medidas de reparación ordenadas, así como los objetivos de la agenda 2030, caminan precisamente en esa dirección tendiente a la plena efectividad del derecho a la salud de las personas que viven con el VIH.

IV. Conclusión

44. La Sentencia representa un punto de maduración en una línea jurisprudencial que precisamente aborda una cuestión crucial en nuestra región: la necesidad de que los Estados cumplan con sus obligaciones de respeto y garantía en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. El caso *Cuscul Pivaral* aborda la cuestión específica del deber de garantía del derecho a la salud para personas viviendo con el VIH, así como del contenido de las obligaciones de progresividad en la garantía de este derecho.

45. El presente caso cobra relevancia si consideramos que, a cuatro décadas de entrada en vigor de la Convención Americana, es la primera ocasión en que la Corte aborda ambas dimensiones de un DESCA (exigibilidad inmediata y progresividad) y se fijan medidas de reparación acorde a cada una de estas dimensiones. Este será el camino a seguir en el futuro, y aunque implique retos normativos y metodológicos, la Corte no puede quedarse de lado ante el grave problema de la desigualdad, la inequidad y la exclusión social que prevalecen en la región y en la desprotección en materia de DESCA sobre todo para los grupos más vulnerables.

46. En relación con lo anterior, cabe recordar que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe ("CEPAL") ha

remarcado que en la región "a pesar de los progresos logrados en el último decenio, sigue siendo la región más desigual del mundo en términos de distribución del ingreso".[96] Y que "la igualdad de derechos" constituye "el eje primordial de la igualdad y se refiere a la *plena titularidad de los derechos económicos, sociales y culturales* [*y medioambientales*] como horizonte normativo y práctico para todas las personas, sin distinción de sexo, raza, etnia, edad, religión, origen, situación socioeconómica u otra condición, y a la inclusión de todos los ciudadanos y ciudadanas en la dinámica del desarrollo, lo que implica una efectiva pertenencia a la sociedad y un ejercicio pleno de la ciudadanía".[97] No puede pasar inadvertido que la pobreza y la pobreza extrema, siguen siendo un factor de especial preocupación en la región, afectando "más a los niños, adolescentes y jóvenes" y destacando el aumento de la "feminización de la pobreza" en población joven y adulta.[98]

47. Esta desigualdad regional —y sus consecuencias en materia de protección a los derechos humanos— no puede ser ignorada por la Corte en su jurisprudencia, como tampoco lo puede ser los desafíos regionales para el cumplimiento de los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU.[99] La Sentencia se suma a esta tendencia regional, tanto en su análisis como en su resultado, y de esa forma se transforma en un elemento más para la construcción de un derecho común latinoamericano en materia de protección a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

---

96 CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2016*, Naciones Unidas, (LC/PUB.2017/12-P), Santiago, 2017, pág. 47. Disponible en: *https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567_es.pdf*.

97 *Ibidem,* p. 11.

98 *Cfr.* CEPAL, *Panorama Social de América Latina* 2017, Naciones Unidas, (LC/PUB.2018/1-P), Santiago, 2018, págs. 14 y 47.

99 El Objetivo 3 (Salud y Bienestar) de la Agenda 2030 de la ONU en su Meta 3.3 considera "3.3 Para 2030, poner fin a las epidemias del SIDA, la tuberculosis, la malaria y las enfermedades tropicales desatendidas y combatir la hepatitis, las enfermedades transmitidas por el agua y otras enfermedades transmisibles". Véase, ONU, Resolución de la Asamblea General "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" A/70/L.1 aprobada el 25 de septiembre de 2015.

El fortalecimiento interpretativo de la Corte Interamericana en defensa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Reflexiones a partir del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala**

*Lucía Belén Araque***
*Karina Graciela Carpintero****

I. Introducción

La principal dificultad que ha enfrentado el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es la compatibilización de su marco normativo con los grandes problemas de desarrollo inclusivo en la región. En este sentido, el avance hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha atravesado un camino sinuoso, pero progresivo.

* Las autoras agraceden a Ariel E. Dulitzky por sus valiosas contribuciones teóricas a este trabajo y a María Sofía Méndez por su asistencia en la investigación.

** Abogada y maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Buenos Aires.

*** Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Maestranda en Derechos Humanos y Derecho Constitucional por la Universidad de Palermo y en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. *Magister legum* en Derechos Humanos y Derecho Constitucional Comparado por la Universidad de Texas en Austin.

Una lectura descontextualizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos y sociales (Protocolo de San Salvador) dejaba a la Corte al margen de las violaciones de estos derechos humanos que padecen las personas en situación de desigualdad estructural en las Américas. Gratamente, su jurisprudencia fue reflejando la acogida de una interpretación más amplia sobre sus posibilidades de entender estas cuestiones. El caso *Cuscul Pivaral* es el resultado del esfuerzo por consolidar esta postura y por delinear el contenido y alcance de los DESCA bajo la CADH.

Este trabajo, que pretende ser una herramienta para repensar y perfeccionar estos desarrollos a la luz de los recientes retos del SIDH, se estructura en tres partes: la primera presenta un recorrido de la práctica interpretativa de la Corte en casos sobre DESCA junto con un catálogo de los mecanismos de los que se ha servido para argumentarlos y ampliar su competencia para analizar violaciones a los mismos; la segunda se adentra en el caso *Cuscul Pivaral* y procura explicar cómo la Corte ha evolucionado saldando ciertos vacíos que dejaba esta jurisprudencia; en la tercera se abordan los retos hermenéuticos que *Cuscul Pivaral* plantea para el futuro y, por último, se comparte una reflexión en torno a la labor interpretativa de la Corte en la materia.

II. La práctica interpretativa de la Corte IDH en materia de DESCA

2.1. Algunas cuestiones problemáticas

La Corte no cuenta con una línea jurisprudencial clara sobre DESCA: ha encarado sus violaciones tanto de forma indirecta, a partir de concepciones amplias de derechos civiles y políticos consagrados en la CADH, como autónoma, en virtud del artículo 26 de la misma, aunque siempre teniendo en cuenta la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. La apertura interpretativa que ofrece el artículo 29 le ha permitido tomar distintos casos para, poco a poco, ir ampliando su competencia y creando nuevos estándares en la materia pese al encorsetamien-

to que significó en ese sentido la adopción del Protocolo de San Salvador.

La expansión tendente a brindar mayor protección a estos derechos en el SIDH se ha llevado a cabo entonces de manera contraria al mecanismo formal previsto para habilitar la jurisdicción del Tribunal y para consagrar derechos o darles nuevo contenido y alcance a los ya reconocidos, es decir, el procedimiento de enmienda de la CADH (art. 76), que requiere la aprobación de dos tercios de los Estados parte de la misma para tener éxito. A diferencia del otro mecanismo informal, consistente en la adopción de convenciones interamericanas —que se acerca más al formal en cuanto la voluntad estatal continua presente—, la interpretación caso por caso de la Corte resulta más problemática porque la voluntad de los Estados queda relegada a la mera presentación de argumentos que esta puede aceptar, rechazar o ignorar.[1]

Este proceder ha sentado una jurisprudencia asistemática con puntos ciegos de difícil superación que han acarreado muchos cuestionamientos, que trataremos con mayor profundidad en el resto de los apartados de este análisis.

2.2. La jurisprudencia pre *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*

2.2.1. El abordaje indirecto y su crítica interna

La conexidad entre el incumplimiento de obligaciones estatales y derechos civiles y políticos (DCP) ha sido la estrategia más utilizada por la Corte para entender las violaciones a DESCA en el marco de la CADH. Un ejemplo paradigmático es el del derecho a la salud, cuyo tratamiento a partir de interpretaciones amplias de los derechos a la vida y a la integridad física permitió la creación de estándares protectorios robustos.

[1] Dulitzky, Ariel E. y Carpintero, Karina Graciela, "Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del sistema interamericano de derechos humanos", *Iuris Dictio*, núm. 20, 2017, p. 23.

En el caso *Ximenes Lopes* —sobre la hospitalización y muerte por tratamiento inadecuado de un hombre en una clínica para personas con discapacidad mental—, luego de precisar que es posible atribuir responsabilidad internacional a los Estados por actos de terceros que proporcionan servicios públicos, la Corte resaltó el "[...] deber [...] de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicios de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción".[2] En el mismo sentido se resolvió *Albán Cornejo*.[3]

Al pronunciarse sobre los derechos a la propiedad comunal y a los recursos naturales de los pueblos indígenas en *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, la Corte se explayó sobre el derecho a una vida digna —cuya garantía y tutela conectó a la satisfacción del derecho a la salud, entre otros DESCA—[4] en relación con el deber de prevención y la teoría del riesgo como referentes de imputación de responsabilidad internacional a los Estados.

En 2012, cuatro casos avanzaron sobre nuevas dimensiones de los DESCA. En el primero de ellos, *Furlan*, la Corte desarrolló el estándar del modelo social de la discapacidad y las obligaciones de los Estados respecto de las personas menores con discapacidad, especialmente en materia de derecho a la salud.[5] Por su parte, la jueza Macaulay planteó la necesidad de actualizar el sentido normativo del artículo 26 de la CADH para decretar violaciones a este derecho en forma autónoma y propuso una serie de pautas interpretativas a tal fin que serían adoptadas luego en otros votos concurrentes y varios años después por la mayoría del Tribunal.[6]

---

2 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 141.

3 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171, párr. 119.

4 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay,* párrs. 194-213.

5 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párrs. 267-269.

6 *Ibidem*. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay.

En el segundo caso, *Artavia Murillo*, la Corte definió a la infertilidad como una discapacidad y estimó que los derechos a la vida y a la libertad reproductiva guardan relación directa con el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercerlos, según se desprende del artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) y del artículo 14.1 del Protocolo de San Salvador.[7]

En *Suárez Peralt*a, el tercero, la Corte reiteró lo sostenido en *Ximenes Lopes* y señaló que la fiscalización y supervisión de los servicios de salud debe orientarse a asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las prestaciones médicas delineados por el Comité DESC en su Observación general 14.[8] El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en cambio, instó a otorgar eficacia plena al artículo 26 de la CADH para decretar violaciones a DESCA en forma directa, en relación con las obligaciones estatales generales previstas en los artículos 1.1 y 2. Sugirió interpretar aquella disposición a la luz de los tiempos actuales y conforme a los avances del derecho internacional de los derechos humanos.[9]

En el cuarto, *Gonzales Lluy*, la Corte inauguró su facultad de decretar violaciones al Protocolo de San Salvador —aunque no sin suscitar fuertes críticas—[10] y aplicó el concepto de discriminación interseccional, marcando un punto de inflexión en su jurisprudencia.[11] El juez Ferrer Mac-Gregor lamentó en esta oportunidad que la mayoría de la Corte no hubiera tratado la violación

---

7 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, núm. 257, párrs. 150 y 289.

8 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 152.

9 *Ibidem*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

10 Véase, en este sentido, Ronconi, Liliana, "Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 12, 2016.

11 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párrs. 290 y 291.

al derecho a la salud en forma autónoma y nuevamente impulsó la postura a favor de la justiciabilidad directa de los DESCA en el SIDH.[12]

En el asunto *I.V.*, sobre esterilización involuntaria, la Corte reflexionó sobre el consentimiento previo, libre, pleno e informado[13] y, al igual que en *Suárez Peralta* y *Gonzales Lluy*, el juez Ferrer Mac-Gregor consideró que debió haberse adoptado el enfoque del artículo 26 de la CADH, en cuanto la cuestión analizada tenía que ver con la garantía de la accesibilidad de la información como medio para materializar el derecho a la salud.[14]

En el caso *Yarce,* el juez Ferrer Mac-Gregor, nuevamente y a raíz del examen del derecho a la vivienda a partir del derecho a la propiedad, expresó que "[...] la protección por conexidad no abona al entendimiento pleno de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos, sean civiles y políticos, económicos, sociales y ambientales, sin jerarquía entre ellos, provocando en muchas ocasiones desnaturalización de los derechos y confusiones conceptuales importantes."[15]

Por último, en *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* —sentencia histórica por tratarse de la primera condena a un Estado por no haber actuado con la debida diligencia para prevenir la esclavitud en su forma moderna y por haberla tolerado—,[16] la Corte perdió la oportunidad de vincular aquella y el concepto de pobreza con las limitaciones en el disfrute de DESCA, y de analizarlo todo a la luz del artículo 26 de la CADH.

---

12 *Ibidem*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

13 Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329, párr. 235.

14 *Ibidem*. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

15 Corte IDH. *Caso Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 325. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 46.

16 Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318, párr. 342.

2.2.2. El abordaje directo

La sentencia que introdujo la posibilidad de analizar violaciones a los DESCA de manera autónoma a partir de la CADH fue *Acevedo Buendía*,[17] en la que la Corte estableció que los Estados tienen —esencial aunque no exclusivamente— el deber de adoptar medidas en orden a su progresividad y, como correlato, el de no regresividad. La Corte no declaró la violación del artículo 26, pero sostuvo que esta prohibición era una obligación justiciable.[18] Para arribar a esta conclusión, analizó detalladamente los trabajos preparatorios de la CADH y buscó determinar el enunciado normativo del artículo a la luz de otras disposiciones del tratado, siguiendo los métodos histórico y sistemático de interpretación.[19]

Sin embargo, casi diez años tuvieron que transcurrir para que la Corte declarara un incumplimiento del artículo 26. El caso *Lagos del Campo*, considerado un hito en la protección internacional de los DESCA —y que luego dio lugar a otros en el mismo sentido: *Trabajadores Cesados de Petroperú* y *San Miguel Sosa*—, se construyó con base en la interpretación realizada en *Acevedo Buendía*.[20] No obstante, críticas en relación con la falta de rigor argumentativo del razonamiento de la mayoría se hicieron escuchar. El mismo juez Sierra Porto consideró que la discusión sobre el contenido y alcance del derecho a la estabilidad laboral

---

17 Véase Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, cit.*, párr. 147. En este antecedente, la Corte reconoció las dimensiones individual y colectiva de los DESCA y entendió que aun cuando la adopción de medidas vinculadas con su satisfacción requiera del Estado el diseño e implementación de políticas de alcance colectivo, esto no quiere decir que su contenido no pueda ser individualizado y, por ende, que sean ajenos a ellos el mecanismo de protección de la CADH. Sin embargo, limitó la declaración de violaciones a su art. 26 a grupos de personas representativos de la situación general de los DESCA y de cada uno de estos en particular en el país.

18 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, núm. 198, párr. 103.

19 *Ibidem*, párrs. 99-102.

20 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340, párrs. 141 y 142.

en el *corpus iuris* sobre DESCA no resolvía la discusión de si se encontraba protegido por el artículo 26 de la CADH o si la Corte podía declarar la violación de esta disposición en el marco de su competencia contenciosa.[21]

En *Poblete Vilches*, la Corte se pronunció por primera vez sobre del derecho a la salud en cuanto DESCA protegido por el artículo 26, valiéndose de la Carta de la OEA, la Declaración Americana, la legislación interna y otros instrumentos internacionales para precisar su significado,[22] en situaciones de urgencias médicas[23] y respecto de las personas mayores.[24] Uno de los aportes clave de este caso es el reconocimiento de que si bien algunos aspectos del contenido del derecho a la salud se superponen con los de los derechos a la vida y a la integridad física, se compone esencialmente de cuatro estándares que son ajenos a estos últimos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.[25]

2.3. Desafíos

Como surge del recuento de fallos realizado en los apartados precedentes, el desarrollo hermenéutico de la Corte en torno a los DESCA en el marco de la CADH no solo no ha sido armónico, sino que ha escapado a los mecanismos formales de creación y ampliación de derechos humanos del SIDH.

A pesar de que *Lagos del Campo* dio inicio a nueva etapa en la jurisprudencia interamericana sobre DESCA, fue *Poblete Vilches* el caso que realmente definió el camino hacia su justiciabilidad vía artículo 26 y ensayó darles contenido y fijar su alcance. La cuestión que surge de estos casos, y que intentaremos analizar a

21 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto.

22 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párrs. 106-115.

23 *Ibidem*, párrs. 118-124.

24 *Ibidem*, párrs. 125-132.

25 *Ibidem*, párrs. 120, 121 y 144-156.

la luz de *Cuscul Pivaral* en las próximas secciones, tiene que ver con la solidez de la argumentación de la Corte.

III. El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala:* ¿un nuevo modelo interpretativo de DESCA?

Si bien *Cuscul Pivaral* viene a precisar los recientes desarrollos de la Corte IDH en materia de DESCA, en general, y de derecho a la salud, en particular, desde un principio se plantea como una propuesta hermenéutica superadora.

La propia estructura que la Corte propone para el análisis del fondo refleja un esfuerzo por explicar detalladamente el *rationale* de la justiciabilidad directa de los DESCA vía CADH, en especial del derecho a la salud, y por diferenciar a este de los derechos a la vida y a la integridad personal.[26]

La decisión que esbozó una postura alternativa en torno a la posibilidad de que la Corte se pronunciara sobre DESCA con base en el artículo 26 de la CADH,[27] la que efectivamente dio lugar a un cambio en la jurisprudencia[28] y aquellas que lo consolidaron[29] ofrecen en un párrafo o unos pocos párrafos una argumentación desarticulada. *Cuscul Pivaral*, en cambio, incluye una extensa y sis-

[26] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párrs. 64 y 72-74.

[27] Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit.,* párrs. 99-103.

[28] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párrs. 141-150 y 154.

[29] Corte IDH. *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, párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348, párr. 220; OC-23/17, 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 de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, párr. 57; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párrs. 100-104.

temática sección sobre cómo ha de interpretarse el artículo 26,[30] para luego referirse al derecho a la salud como derecho autónomo justiciable en el marco de este[31] y a su contenido y alcance.[32]

La Corte, en *Cuscul Pivaral,* se basa en las reglas interpretativas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) y las que se desprenden del artículo 29 de la CADH para afirmar que el artículo 26 reconoce derechos, fijar el alcance de las obligaciones estatales que asigna en relación con los derechos que reconoce y resolver su competencia para analizar violaciones a esos derechos.[33] Se trata de la primera vez que la Corte sigue el esquema de los artículos 31 y 32 de la CVDT para desentrañar el significado del artículo 26, identificando y sirviéndose de los diferentes métodos de interpretación allí recogidos, a saber:

3.1. Método literal

Acogiéndose al principio de la primacía del texto, considerando el sentido corriente de sus términos, la Corte establece que los Estados parte en la CADH se comprometen a lograr la efectividad de los "derechos" a los que la Carta de la OEA refiere de forma explícita o implícita, rechazando así la postura de que el artículo 26 enuncia meras guías de conducta.[34] Para reforzar esta idea, la Corte, citando al Comité DESC (al igual que lo había hecho en *Acevedo Buendía*) indica que el compromiso programático de adoptar medidas y la cláusula de progresividad —y su correlato, la de no regresividad, concebida en los términos del informe de la CIDH en el asunto Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras (Perú)—[35] contenidos en el artículo deben ser entendidos como formulaciones sobre las modalidades y el plazo de cumplimiento de la obligación que este impone y no sobre la inexistencia de la misma y,

30 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párrs. 75-97.

31 *Ibidem*, párrs. 98-102.

32 *Ibidem*, párrs. 103-107.

33 *Ibidem*, párr. 75.

34 *Ibidem*, párrs. 76-78.

35 *Ibidem*, párr. 143.

por tanto, deben ser objeto de rendición de cuentas.[36] Reafirma además que los Estados tienen ciertos deberes de cumplimiento inmediato en relación con los DESCA allí consagrados.[37]

3.2. Método sistemático

La Corte, reiterando sus pronunciamientos acerca de la necesidad de interpretar cada norma en función del sistema jurídico al cual pertenece, es decir, como parte de un todo coherente, establece que el artículo 26 debe pensarse en concordancia con el resto de las disposiciones de la CADH y los instrumentos jurídicos formalmente relacionados con la misma.[38] Explica una vez más que, con base en la ubicación del artículo dentro de la estructura del tratado y del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos plasmado en los preámbulos de la CADH y del Protocolo de San Salvador y en diversas cláusulas de la Declaración Americana, aquellos consagrados en el artículo 26 se encuentran sujetos a las obligaciones estatales generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y son, por dicha razón, ante ella justiciables.[39] Esta última afirmación motiva el primer intento de la Corte de compatibilizar la CADH con el Protocolo de San Salvador en lo que respecta a su competencia en el marco del sistema de peticiones individuales. Aunque reconoce que para el caso del Protocolo de San Salvador esta encuentra sus límites en los derechos sindicales y el derecho a la educación, señala que ello no restringe expresa ni tácitamente su posibilidad de conocer violaciones a los DESCA contenidos en la CADH.[40]

3.3. Método teleológico

Señalando pasajes del Preámbulo de la CADH, invocando el principio pro persona comprendido en las reglas interpretativas del

[36] *Ibidem*, párrs. 79 y 81.

[37] *Ibidem*, párrs. 80, 141 y 142.

[38] *Ibidem*, párrs. 82 y 83.

[39] *Ibidem*, párrs. 83-86.

[40] *Ibidem*, párrs. 87-89.

artículo 29 y citando precedentes, la Corte indica que, dado el objeto y fin de la CADH y el propósito último del SIDH —la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos—, debe entenderse que el artículo 26, sujeto a su competencia, reconoce "derechos".[41]

3.4. Métodos complementarios

Para confirmar el sentido resultante de su interpretación, la Corte acude a los trabajos preparatorios de la CADH que, a diferencia de su Anteproyecto, reflejan la voluntad de los Estados de mencionar expresamente a los DESC y de hacer posible su ejecución mediante los tribunales.[42]

Lo sostenido respecto del derecho a la salud tampoco es novedoso, mas sí lo es la incorporación de un apartado puntualizando los criterios para determinar el significado de los DESCA protegidos por el artículo 26: principios pro persona y de interpretación evolutiva de los tratados, previstos en el artículo 29 y avalados por las reglas hermenéuticas de la CVDT, que llevan a recurrir de forma complementaria a lo que la Corte ha dado en llamar el "*corpus iuris* internacional".[43]

La Corte reitera lo establecido en *Poblete Vilches* acerca de la derivación del derecho a la salud de los artículos 34.i, 34.l y 45.h de la Carta de la OEA.[44] Adoptando una concepción amplia de salud y destacando el carácter instrumental del derecho, desentraña su contenido con base en los artículos XI de la Declaración Americana, 10 del Protocolo de San Salvador y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC):[45] los Estados tienen el deber de asegurar la atención en salud, lo que conlleva regular con carácter permanente la prestación de servicios médicos públicos y privados e impulsar

41 *Ibidem*, párrs. 90-93.

42 *Ibidem*, párrs. 94-96.

43 *Ibidem*, párrs. 100-102.

44 *Ibidem*, párrs. 98, 99 y 141.

45 *Ibidem*, párrs. 103-105.

el mejoramiento de las condiciones sanitarias de la población, conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad (cuya dimensión antidiscriminatoria es abordada en profundidad y teniendo en cuenta la noción de interseccionalidad),[46] aceptabilidad y calidad desarrollados por el Comité DESC.[47]

Al reconocer la estrecha vinculación que existe entre el derecho a la salud y los derechos a la vida e integridad física, pero construirlos por fuera de estos cuatro elementos esenciales e interrelacionados, la Corte aborda satisfactoriamente la cuestión de la diferenciación de sus contenidos esbozada en *Poblete Vilches*.[48]

A su vez, la Corte reproduce los estándares en materia de salud aplicables a personas con VIH fijados en los casos *Duque* y *Gonzales Lluy* a partir de instrumentos de *soft law* emitidos por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y/o ONUSIDA: los Estados están obligados a regular el acceso a bienes, servicios e información suficientes y de calidad para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH, incluidos terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías seguras y eficaces para evitar, curar o paliar infecciones oportunistas y enfermedades conexas.[49]

No cabe duda, entonces, de que el esquema interpretativo propuesto por la Corte en *Cuscul Pivaral* supone un paso hacia adelante en el intento de saldar su deuda de larga data con la defensa de los DESCA en el marco de la CADH.

IV. *Red flags*

Destacado *Cuscul Pivaral* por los esfuerzos tendentes a robustecer la labor interpretativa de la Corte y sus efectos sobre la tutela de los DESCA en la región, resulta necesario advertir acerca de algunas cuestiones que afloran en la argumentación que se per-

[46] *Ibidem*, párrs. 128-139.

[47] *Ibidem*, párrs. 105-107.

[48] *Ibidem*, párrs. 155, 156 y 161.

[49] *Ibidem*, párrs. 108 y 110-114.

filan como problemáticas en el sentido de que podrían poner en riesgo no solo los avances en la materia hasta el momento, sino también la legitimidad de la propia Corte y, con ello, el funcionamiento mismo del SIDH.

4.1. El préstamo de fuentes

4.1.1. Del sistema internacional de protección de derechos humanos

Una tendencia emergente al *décloisonnement*, es decir, a interpretar los tratados de derechos humanos teniendo en cuenta no el contexto en el que fueron celebrados —enfoque limitado fuertemente por la voluntad estatal— sino fuentes externas a los mismos aflora en las decisiones de los órganos cuasijudiciales y judiciales regionales de derechos humanos.[50]

Respaldada por los principios pro persona y de interpretación evolutiva de los tratados plasmados en los artículos 29 de la CADH y 31 de la CVDT, la apelación al *corpus iuris* internacional —esto es, el conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos de efectos jurídicos variados—[51] y a la opinión de órganos internacionales especializados para descifrar el sentido las disposiciones de la CADH es una constante en la praxis de la Corte.[52] Dada la redacción del artículo 26, esta técnica ha sido de fundamental importancia para el avance en la protección de los DESCA por el tratado.

---

50 Burgorgue-Larsen, Laurence, "'Decompartmentalization': The key technique for interpreting regional human rights treaties", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, núm. 1, enero de 2018, pp. 187 y 188.

51 Corte IDH. OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 115.

52 Véase, por ejemplo, sobre derechos de la niñez: Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párrs. 188, 191-197, y *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia.* Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C, núm. 352, párr. 192.

Se ha sostenido que la invocación del *corpus iuris* internacional contribuye a garantizar la tutela más amplia posible de los derechos humanos en ella consagrados y a mantener su "capacidad de respuesta" ante situaciones actuales y/o no previstas en su texto.[53] Sin embargo, la falta de un análisis detallado por parte de la Corte sobre si y cuándo corresponde utilizar cada una de esas fuentes y cómo opera en tal caso su articulación llevan a una suerte de incorporación automática de normas cuya violación no puede determinar, por carecer de competencia, y que, en algunos casos, ni siquiera resultan vinculantes para los Estados parte en la CADH.[54] Esta crítica no escapa a sus desarrollos sobre DESCA.

Desde sus primeros casos reconociendo DESCA en la CADH por la vía indirecta hasta sus más recientes destacando su carácter de autónomos y justiciables como *Cuscul Pivaral*, la Corte —evitando desarrollos propios— ha acudido a las observaciones generales del Comité DESC[55] y a otros instrumentos internacionales de *soft law*[56] para determinar su contenido y alcance.

---

53 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

54 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 140 (utiliza la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, que fue firmada pero no ratificada por República Dominicana); *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit*., párr. 81 (se sirve de instrumentos de *soft law* sobre acceso a la información adoptados por el Consejo de Europa).

55 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrs. 166 y 167; *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit*., párrs. 171 y 172 (notas al pie 199-202), 173, 193, 234, 235 y 262; *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párrs. 125 (nota al pie 165) y 147; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párrs. 104 (notas al pie 132 y 134), 115, 118 (nota al pie 167), 120, 122 (nota al pie 175), 128, 146, 161 (nota al pie 250).

56 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párrs. 161 y 163 (Reglas de Beijing); *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit*., párrs. 195-197 y 240 (Directrices sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos del OACNUDH y ONUSIDA); *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párr. 148

Resulta difícil encontrar una relación entre la interpretación que hace el órgano de vigilancia del PIDESC y los compromisos asumidos por los Estados parte de la CADH, aun cuando sus textos puedan presentar similitudes en algunos puntos (p. ej., respecto de las obligaciones generales). No es ilógico pensar que los Estados, en el marco de dos sistemas separados —en este caso, universal e interamericano—, hayan tenido interés en tutelar diferentes derechos humanos o composiciones de los mismos, u otorgarles a estos una protección distinta.

Más insostenible parece el vínculo entre la CADH y aquellos documentos adoptados en el plano internacional de dudosa juridicidad y fuerza vinculante[57] con contenidos que sin lugar a dudas desbordan los límites del tratado en materia de DESCA.

Frente a expresos pedidos de los Estados para que estas fuentes sean aplicadas en forma estricta,[58] su integración, con el avasallamiento de la voluntad estatal que conlleva tal y como es realizada por la Corte, no es precisamente una aliada del efectivo cumplimiento de sus sentencias.

4.1.2. De derecho interno

El artículo 29.b) de la CADH, al establecer que ninguna disposición del tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de libertades reconocidas de acuerdo con las leyes de los Estados parte, compele a entablar un diálogo con los ordenamientos jurídicos internos a la hora de determinar el contenido y alcance de los derechos que consagra.

(nota al pie 216) (Agenda 2030); *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.*, párr. 126 (Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, entre otras).

57 Mazuelos Bellido, Ángeles, "Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, diciembre de 2004, p. 2.

58 Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y Derechos Humanos de Chile, "Comunicado de Prensa: Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 23 de abril de 2019.

La Corte ha mencionado el reconocimiento explícito de DESCA en las legislaciones de los Estados parte —sin hacer comparaciones a nivel regional— para reforzar su consolidación como derechos justiciables a la luz del artículo 26,[59] mas no ha integrado a este sus desarrollos y los estándares elaborados a partir de los mismos, ni siquiera luego de manifestar la necesidad de hacerlo en el caso en concreto.[60] Únicamente en la OC-23 se sirvió de normativa local para fijar ciertas obligaciones estatales en materia de DESCA (específicamente, de derecho al medioambiente sano), aunque sin sumergirse en sus particularidades.[61]

Cuscul Pivaral no viene a llenar estos vacíos; por el contrario, incluye un análisis superficial del derecho interno del Estado demandado exclusivamente a los fines de comprobar si reguló en forma adecuada o no la protección al derecho a la salud para personas que viven con VIH/sida.[62] La Corte no acude a la Constitución, leyes y reglamentaciones del Estado ni a cómo las entienden sus tribunales para reafirmar que el derecho a la salud se encuentra tutelado por el artículo 26, mucho menos para precisar su significado.

La inusual frecuencia con que la Corte recurre a estas fuentes y la exigua profundidad con que las trata dan cuenta de que en su interpretación de la CADH, concretamente sobre DESCA, no hay retroalimentación directa. Otorgarle más importancia a cómo conciben los Estados parte los DESCA para que esta tarea no se transforme en un monólogo de la Corte es indispensable, sobre todo considerando que podría contribuir a dilucidar su contenido y alcance sin pasar por encima de la voluntad de aquellos y, dados los condicionantes de la realización de los DESCA, a un mayor cumplimiento de las obligaciones que imponen.

---

59 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párr. 145; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, cit.,* párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit*., párrs. 218 y 220; OC-23/17, *cit*., párr. 58; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile,* párrs. 111-113.

60 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párr. 103 (nota al pie 129).

61 Corte IDH. OC-23/17, *cit*., párrs. 157, 167, 178, 232 (nota al pie 530).

62 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párrs. 115-117.

4.2. El uso de normas y prácticas interamericanas

4.2.1. El Protocolo de San Salvador

El Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 19.6 permite a la Corte pronunciarse en el marco del sistema de peticiones individuales únicamente sobre violaciones a los derechos a la educación y sindicales, ha alimentado la disputa académica y judicial en torno a la justiciabilidad de los DESCA ante el SIDH desde su entrada en vigor en 1999.

Si bien su utilización con fines interpretativos ha caracterizado el abordaje tanto indirecto[63] como directo[64] de DESCA con base en la CADH, es recién a partir de *Cuscul Pivaral* que la Corte comienza a tomarse en serio la tarea de armonizar ambos tratados. Sostiene allí que su competencia para conocer violaciones a DESCA consagrados en la CADH no se ve limitada por el Protocolo de San Salvador, ya que: *i)* este no contiene un mandato expreso en aquel sentido, por lo que no le corresponde a la Corte asumirlo; *ii)* los protocolos tienen por objeto incluir progresivamente en el régimen de protección de la CADH otros derechos, no limitar los ya consagrados (art. 77), y *iii)* si las enmiendas a la CADH deben aprobarse por una mayoría calificada de Estados parte (art. 76), sería contradictorio considerar que la adopción de un protocolo, que no requiere un margen de aceptación tan elevado, puede modificarla.[65]

Sin embargo, este intento de compatibilización no logra desterrar ciertas prácticas objetables de la Corte: por un lado, el empleo "sin digerir" —es decir, omitiendo un análisis detallado— de los estándares del Protocolo de San Salvador para fijar el contenido y alcance de DESCA en la CADH y, por el otro, la "aplica-

63 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, cit*., párrs. 148, 174 y 255; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit*., párr. 163.

64 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*., párr. 145; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, cit*., párr. 192.

65 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párrs. 88 y 89.

ción" de un instrumento que se supone es facultativo a Estados que decidieron no obligarse por el mismo.[66]

Además, la posibilidad de litigar toda violación a DESCA vía artículo 26 de la CADH invita a pensar cuál es el valor real de los mecanismos de protección instituídos en el Protocolo de San Salvador.

4.2.2. Otros instrumentos vinculantes

Dado que la Corte se ha pronunciado —numerosas veces, en el mismo sentido y en relación con todas las categorías de derechos humanos— sobre la importancia, el carácter y el uso de la Declaración Americana en el SIDH, no nos detendremos a estudiar con mayor profundidad su vínculo con la Carta de la OEA y la CADH.[67]

Nos interesa, en cambio, subrayar que no es frecuente en la práctica de la Corte el recurso a instrumentos vinculantes adoptados en el SIDH distintos al Protocolo de San Salvador y a la Declaración Americana para desentrañar el sentido de los DESCA bajo la CADH. En efecto, de aquellos pronunciamientos en los que reconoce a los DESCA como derechos autónomos y justiciables, únicamente *Poblete Vilches* hace mención de otro instrumento interamericano: la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.[68]

Así, no solo ha desaprovechado la Corte más de una oportunidad para darle coherencia y fuerza a un *corpus iuris* interamericano, sino también para introducir nociones enriquecedoras

---

66 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit.,* párr. 220, y *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit*., párrs. 114 y 126.

67 Véase, por ejemplo, Corte IDH. OC-10/89. Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 14 de julio de 1989. Serie A, núm. 10; *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador, cit.,* párrs. 172 y 234, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* párrs. 73, 82, 85, 101 y 103.

68 *Ibidem*, párrs. 114, 122 (nota al pie 176), 126 y 127 (notas al pie 204 y 205).

del contenido y alcance de los DESCA consagrados en la CADH, como la de interseccionalidad que surge de la Convención de Belém do Pará, o para interpretar los DCP protegidos en el SIDH (p. ej., en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) en clave de esos DESCA.[69]

4.2.3. La opinión de la CIDH y de otros órganos

Al interpretar la CADH, la Corte no suele dialogar con las distintas instituciones establecidas en el marco de la OEA, por lo que no era de esperar que lo hiciera en sus recientes opiniones y sentencias afirmando la justiciabilidad directa de los DESCA. Sin perjuicio de ello, en esta línea jurisprudencial pueden encontrarse algunas pocas y superficiales referencias a trámites de peticiones individuales[70] e informes temáticos de la CIDH,[71] planes de acción de la Organización Panamericana de la Salud[72] y resoluciones de la Asamblea General de la OEA.[73]

La reticencia de la Corte a utilizar estas fuentes o a tratarlas de forma exhaustiva para precisar el contenido y alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la CADH resulta cuanto menos llamativa si se piensa, por un lado, en la preeminencia que podría otorgarse a las opiniones de la CIDH en virtud del mandato que le fue encomendado y el rol que ha cumplido en el fortalecimiento de los DESCA en el continente y, por el otro, en los desarrollos de los demás órganos de la OEA y organismos descentralizados que podrían considerarse referencias autoriza-

69 Véase, en este sentido, Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias, Estudio sobre las desapariciones forzadas o involuntarias y los derechos económicos, sociales y culturales, de 9 de julio de 2015, A/HRC/30/38/Add.5.

70 Corte IDH. *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 143 (nota al pie 171).

71 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 103 (nota al pie 128), y OC-23/17, *cit*., párr. 49 (nota al pie 65).

72 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 126 (nota al pie 199).

73 Corte IDH. OC-23/17, *cit*., párr. 22 (nota al pie 22), y *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párrs. 114 y 126.

das en diversas materias directamente relacionadas con la realización a nivel regional de estos derechos.

V. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos presentado el desarrollo de los DESCA en el marco del SIDH a partir de la interpretación que ha hecho la Corte IDH de la CADH, destacando el importante lugar que *Cuscul Pivaral* ha ocupado en este proceso, pero advirtiendo acerca de algunos puntos en su *rationale* —nuevos o que arrastra de los fallos que lo precedieron— que requerirán revisiones a futuro.

No ignoramos ni rechazamos la emergente tendencia a adoptar abordajes más "universales" a la hora de dilucidar el contenido y alcance de los derechos humanos,[74] pero entendemos que resulta necesario que la Corte IDH ajuste esta práctica respecto de los DESCA en la CADH en pro de dotar a sus decisiones de mayor legitimidad, sobre todo teniendo en cuenta el surgimiento de gobiernos y grupos antiderechos en las Américas que la cuestionan constantemente.

Es decir, este ensayo no busca oponerse a la apertura en la interpretación, sino advertir sobre la forma de llevarla adelante y aportar a su solidez en un contexto regional de resistencia a los desarrollos del SIDH. Recientes duros golpes como el fallo *Fontevecchia* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina,[75] que desconoce sus bases, y la declaración firmada por Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y Chile criticando su funcionamiento y exigiendo cambios tendentes a debilitarlo,[76] demandan que la labor hermenéutica de la Corte goce de mayor rigurosidad. Esperamos, con estas páginas, haber contribuido a este cometido.

---

74 Burgorgue-Larsen, Laurence, *op. cit*., p. 189.

75 Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana. Sentencia de 14 de febrero de 2017.

76 Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y Derechos Humanos de Chile, "Comunicado de Prensa: Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *cit*.

Bibliografía

Burgorgue-Larsen, Laurence, "'Decompartmentalization': The key technique for interpreting regional human rights treaties", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, núm. 1, enero de 2018.

Dulitzky, Ariel E. y Carpintero, Karina Graciela, "Mecanismos formales e informales para el reconocimiento de nuevos derechos y la disfuncionalidad del sistema interamericano de derechos humanos", *Iuris Dictio*, núm. 20, 2017.

Mazuelos Bellido, Ángeles, "Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, diciembre de 2004.

Ronconi, Liliana, "Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del *Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 12, 2016.

La agenda de progresividad en el Sistema Interamericano. Una aproximación a partir del derecho a la salud

*Laura Pautassi**

I. Introducción

La salud, en cuanto concepto multidimensional, fue definido en oportunidad de la constitución de la Organización Mundial de la Salud en 1946 como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades", y desde entonces se mantiene dicha definición. A nivel normativo, fue incorporada en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, garantizada en importantes declaraciones, cumbres mundiales y regionales, e integrada en el marco de las constituciones políticas y de las legislaciones internas de los Estados en América Latina y El Caribe, ampliándose paulatinamente el alcance y precisando el contenido, a la vez, de la labor de seguimiento y monitoreo de los comités de los pactos y tratados internacionales. Actualmente, en el marco de la Agenda 2030 de Desarrollo sostenible, integra un objetivo específico, el ODS 3, que busca "[...] garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las

* Investigadora principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Directora del Grupo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas, *https://www.dspp.com.ar/*

edades", con metas específicas tendentes a universalizar el acceso a la salud.[1]

Respecto al monitoreo de su cumplimiento, la labor del Comité que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha permitido, a partir de sus observaciones generales —especialmente la número 14—, fijar los estándares interpretativos del alcance de las obligaciones contenidas en la definición del derecho a la salud. A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el derecho a la salud ha sido reconocido explícitamente en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador, donde se define bajo el mismo alcance (art. 10). Hace cinco años se inició el monitoreo, a partir de la conformación del Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador (GTPSS) con sede en la Organización de los Estados Americanos (OEA). Precisamente, en ambos sistemas de monitoreo, un aspecto determinante es aplicar el principio de progresividad y no regresividad, a partir de la evaluación regular y periódica con base en informes presentados por los Estados parte.[2]

En la práctica, existen diferencias entre el Comité DESC, que monitorea desde hace más de 40 años aproximadamente a 160 Esta-

1 Véase Programa de Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, *https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html*

2 El PIDESC cuenta con un Protocolo Facultativo aprobado en 2008, además de que ha incluido una activa participación de la sociedad civil, a través de los contrainformes o informes sombra durante los procesos de monitoreo. En el caso del Protocolo de San Salvador, el art. 19 establece el sistema de informes periódicos de cumplimiento y habilita acciones, en el caso de violaciones al derecho a la educación (art. 13) y a los derechos sindicales (art. 9) por una acción imputable directamente a un Estado parte, por medio de la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a la aplicación del sistema de peticiones individuales. Agrega el Protocolo de San Salvador que "[la CIDH] podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el Protocolo".

dos, y el de San Salvador que ha sido ratificado por 16 Estados parte de América Latina,[3] y que recientemente ha iniciado sus funciones. Sin embargo, una primera coincidencia en ambos mecanismos es la necesidad de incorporar evidencia empírica, por múltiples razones vinculadas particularmente a prácticas estatales que no producen información actualizada y en forma periódica, lo que, entre otras consecuencias, impide evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas en relación con las garantías en torno a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Asimismo, en materia de progresividad, ha sido una demanda concreta su delimitación, tanto a nivel del sistema de protección internacional como en el Sistema Interamericano.

En este último caso, la CIDH lo fue fijando en varios de los informes temáticos (CIDH, 2007 y 2008), y la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido avanzando en la precisión del alcance de la progresividad. En efecto, es precisamente en esta interacción entre monitoreo, órganos de fiscalización y de justiciabilidad en el SIDH que se concentra la atención del presente capitulo. En concordancia, en la primera parte se realiza un recorrido de la incorporación normativa del concepto de salud a nivel de los instrumentos internacionales, para, en segundo lugar, analizar, a la luz del monitoreo establecido a través de indicadores de progreso, el caso concreto de la República de Guatemala, en un intento de diálogo entre estos tres ámbitos de discusión, considerando especialmente la sentencia del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (Corte IDH, 2018). Finalmente, presento algunas conclusiones y reflexiones respecto del estándar de progresividad y futuras líneas de acción para su concreción.

II. El marco normativo internacional

El primer instrumento que reconoce a la salud como derecho humano es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) adoptada en 1948, que en su artículo 25 señala:

> 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en espe-

[3] El texto del Protocolo y sus ratificaciones está disponible en *http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html*

cial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Y en el artículo 27 afirma que "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad [...]". La Declaración establece enfáticamente el principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de los derechos humanos, al señalar que "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...]" (art. 2) y estos derechos se ejercerán con base en el principio de igualdad: "[...] todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación" (art. 7).

Posteriormente, los pactos y tratados internacionales específicos de derechos sociales han incluido la garantía del derecho a la salud, el cual, al igual que todos los derechos humanos, debe ser ejercido sin discriminación alguna y bajo garantías de igualdad. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966, afirma en el artículo 12, que:

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
   a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
   b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Según la interpretación del Comité DESC (Observación general 14), el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, dependiendo de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado parte, a saber:

i) Disponibilidad: cada Estado parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas.
ii) Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación alguna. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: *1)* no discriminación; *2)* accesibilidad física; *3)* accesibilidad económica, y *4)* acceso a la información.
iii) Calidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.
iv) Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados.

A su vez, el derecho a un sistema de salud eficaz e integrado (Naciones Unidas, 2006), accesible para todos incluye:

i) La atención de la salud dando respuesta a las prioridades nacionales y locales.
ii) La transformación de los determinantes subyacentes de la salud tales como el saneamiento adecuado, el agua potable y la educación en materia de salud.
iii) La garantía de accesibilidad para todos: grupos étnicos minoritarios y mayoritarios, ricos y pobres, habitantes de zonas urbanas y rurales, personas heterosexuales y portadores de otras identidades de género.
iv) La participación inclusiva, documentada y activa de la comunidad como un elemento esencial del derecho a la salud.

v) La elaboración de un plan integral y no un conjunto de prácticas vinculadas con numerosas intervenciones verticales poco coordinadas para las diversas enfermedades.

El propio Comité ha fijado el estándar del contenido mínimo de prestaciones, según el cual, un Estado, siempre y bajo toda circunstancia, debe garantizar "como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto" (Observación general 3) y no puede argumentar falta de recursos disponibles para justificar su incumplimiento.

De este modo, cada Estado se encuentra obligado a garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a las personas o sectores en condiciones de vulnerabilidad o marginación; el de asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el programa de acción sobre medicamentos esenciales de la OMS; velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; establecer un núcleo básico de oferta de servicios de salud para el cumplimiento del PIDESC, por cuanto cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual debe considerarse que un Estado parte (del Pacto) violó sus obligaciones (Comité DESC, OG 14).

Como también ha señalado el Comité DESC en su Observación general 9, dimensiones significativas de los derechos sociales son exigibles inmediatamente ante los tribunales internos. Por consiguiente, afirma el Comité, la adopción de una clasificación rígida de los DESCA que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. Se vincula así con el segundo principio reflejado en el artículo 8 de la DUDH, según el cual: "Toda persona

tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley", y los consiguientes artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José), con lo cual es claro que estas normas internacionales de derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales.

En concordancia, es el Estado el que está obligado a garantizar reglas procesales especiales, cuyo contenido mínimo debe incluir al menos los principios de impulso de oficio, gratuidad, peritos oficiales, mediación y conciliación, entre otros, para, sobre esta base, llegar a garantizar plenamente el derecho al acceso a la justicia en sentido amplio. A su vez, estos estándares de debido proceso deben aplicarse e incluirse en los procedimientos administrativos, por lo que cada Estado debe incorporar en el diseño de su sistema de salud la posibilidad efectiva que cada persona o usuario pueda interponer alguna acción para la revisión de la decisión administrativa por una instancia judicial o por otra instancia administrativa independiente.

Por su parte, y específicamente para el SIDH, el Protocolo de San Salvador hace referencia a la satisfacción del derecho a la salud en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria en Salud (APS) y el desarrollo progresivo de un sistema con cobertura para toda la población del país. A su vez, otorga especial atención a los sectores en situación de vulnerabilidad o de pobreza.[4] De esta forma, el artículo 10 del Pacto de San Salvador establece:

[4] Pautassi, Laura y Ramirez, Silvina, "Derecho a la salud en contextos de discriminación: el caso de los pueblos originarios", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. I. El estudio del derecho a la salud intercultural no puede limitarse a un examen de los estándares establecidos en el derecho a la salud, sino que requiere incorporar en la agenda el derecho a la no discriminación y los derechos de los pueblos indígenas contemplados en los instrumentos jurídicos internacionales (culturales y lingüísticos).

> Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: *a)* La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; *b)* La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; *c)* La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; *d)* La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; *e)* La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y *f)* La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Para definir el alcance del monitoreo del Pacto de San Salvador, fueron los Estados en la Asamblea General de la OEA quienes, en 2005,[5] establecieron que para dar cumplimiento al sistema de informes nacionales previstos en el artículo 19 del Protocolo, los mismos debían confeccionarse con base en indicadores de progreso, que a su vez incorporen para el monitoreo estándares basados en principios y categorías transversales que permitan medir el cumplimiento de los derechos.[6]

De esta forma, el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador (GTPSS) avanzó en incorporar estándares e indicadores de progreso de manera transversal con el objetivo de evaluar todo el accionar estatal, que comprende a los tres poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Es así que se emprendió un proceso de discusión para incorporar las mejores formas de establecer —con base en datos y fuentes de información variadas, pero en equilibrio entre lo cuantitativo y cualitativo— un conjunto de indicadores para que cada Estado parte incorpore en sus infor-

[5] Véase OEA, Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador, AG/RES. 2074-XXXV-O/05.

[6] Pautassi, Laura, "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales: más allá de la medición", en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

mes y rinda cuentas a partir de evidencia empírica, que permita medir en cada ronda de evaluación —entre periodos— el grado de avance o retroceso de las acciones y políticas adoptadas.

Organizar y sistematizar los estándares de interpretación de las obligaciones contenidas en los DESCA y, en este caso, respecto al hecho de que

> Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social [...] en tanto definición adoptada por el Pacto de San Salvador, requiere identificar parámetros establecidos en el corpus de derechos humanos, que fijan el contenido y alcance de cada derecho y permiten medir, dimensionar, delimitar el alcance de las obligaciones —positivas y negativas— lo cual permitió consolidar aún más la necesidad de precisar los indicadores que den cuenta de dichos estándares.[7]

En el momento en que los indicadores fueron definidos por el GTPSS, se habían identificado los siguientes estándares: *i)* universalidad; *ii)* contenido mínimo de los derechos; *iii)* la obligatoriedad de progresividad y no regresividad; *iv)* los compromisos presupuestarios; *v)* el principio de igualdad y no discriminación; *vi)* producción y acceso a la información; *vii)* acceso a la justicia en sentido amplio, y *viii)* participación social. Estos permitieron comenzar no solo un proceso de transferencia a los Estados, sino precisamente poner coto y límite a cuando se aseguraba que una política, programa o plan de acción se encuentra fundamentada en derechos. Es decir, solo en la medida en que respondan a estos estándares se puede verificar la incorporación del enfoque de derechos.

Sin embargo, y debido a la suficiente evidencia empírica acumulada, que nos demuestra que el solo compromiso o la presencia de una obligación no necesariamente implica su realización, los anteriores estándares deben ser traducidos en indicadores.

---

[7] Los expertos y expertas autorizados integran los comités de los pactos internacionales (p. ej., Comité DESC, GTPSS, Comité CEDAW, Comité de Expertas de Belém do Pará), sumado a la labor de los relatores especiales de las Naciones Unidas, las resoluciones de los órganos de fiscalización, en el caso del Sistema Interamericano, la CIDH y la Corte IDH, entre otros.

Precisando que los indicadores de progreso no solo cuantifican logros o cumplimiento de metas —por ejemplo, aumento de la cobertura en salud—, sino que califican la conducta de los Estados para cumplir con sus obligaciones, que siguiendo con el ejemplo, van a medir si el aumento de la cobertura en salud es el mismo para mujeres y varones, en qué grado y qué contingencias cubre, entre otros estándares que se consideran.

En síntesis, se requiere un número importante de indicadores de progreso que permitan medir la conducta estatal bajo la impronta de la satisfacción plena e interdependiente de derechos, que en el caso del derecho a la salud es lo suficientemente amplia, y tiene su corolario en el principio de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.[8]

III. Indicadores y categorías transversales

La relevante y cuantiosa producción académica a nivel internacional, pero también regional,[9] contribuyó a la precisión en torno a los indicadores de progreso, que fueron adoptados por los organismos de defensa y promoción de derechos humanos, quienes, al igual que las organizaciones de la sociedad civil (ONG), destacaron su relevancia y comenzaron a utilizarlos en la defensa de derechos. En primer lugar, el sistema de las Naciones Unidas, en la labor de los relatores especiales del derecho a la salud[10] y en el campo de los DESC (Naciones Unidas, 2006 y 2008) propusieron un primer conjunto de indicadores de medición de derechos. Posteriormente, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH, 2012) diseñó una guía de indicadores para su implementación.

8 Principio de interdependencia consagrado en el art. 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.

9 Una síntesis de ese debate puede encontrarse en Pautassi, Laura, "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales...", *cit*.

10 ONU, Los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, doc E/CN. 4/2006/48.

En el marco del monitoreo del Protocolo de San Salvador se decide verificar su cumplimiento sobre la base de indicadores de progreso. El primer antecedente lo produjo la CIDH, quien elaboró los primeros lineamientos para la implementación de indicadores (CIDH, 2008) y posteriormente, cuando se conforma el mecanismo de monitoreo del Protocolo de San Salvador, es el GTPSS el que define un conjunto amplio de indicadores, con base en los lineamientos (GTPSS, 2015 y 2018). En 2013, las expertas en violencia del mecanismo de seguimiento de la Convención Interamericana para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres "Convención de Belém do Pará" (CEVI) acuerdan también solicitar a los Estados que elaboren sus informes nacionales con base en indicadores de progreso (MESECVI, 2015).[11]

Para alcanzar este consenso fue importante reafirmar que la "plena realización de un derecho humano", es posible de alcanzar en relación con la disponibilidad de medios efectivos, sean administrativos, judiciales, cuasijudiciales, para que cada persona pueda exigir el respeto, protección y efectividad de un derecho, se trate de un derecho civil, o político (DCP) o un derecho económico, social o cultural (DESC).[12]

Estos estándares deben ser verificados empíricamente. Al respecto, se ha señalado que los indicadores de salud pueden utilizarse para supervisar aspectos de realización progresiva del derecho a la salud, solo en la medida en que estos indicadores (Hunt, 2006): *i)* establezcan una correspondencia lo más exacta posible entre la norma del derecho a la salud y el indicador por caso, la cantidad de nacimientos asistidos por profesionales, lo que da cuenta de una correspondencia entre varias normas de derechos humanos; *ii)* se encuentren desagregados por sexo,

11 Véase Informes nacionales de cumplimiento de la Convención de Belém do Pará, *http://www.oas.org/es/mesecvi/biblioteca.asp*

12 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Se subraya que la plena realización se alcanza cuando se respetan y garantizan la totalidad de derechos (DCP y DESC) y no unos sí y otros no, en razón de que los derechos humanos son en sí mismos el objetivo del desarrollo y del progreso, y no un medio para alcanzarlo.

raza, etnia, condición socioeconómica y urbano/rural, ya que los derechos humanos llevan implícito el principio de igualdad y no discriminación, de modo que el objetivo es poder desagregar en relación con la mayor cantidad posible de situaciones de discriminación prohibidas internacionalmente; *iii)* estén complementados por indicadores adicionales que supervisan las cinco características esenciales e interrelacionadas del derecho a la salud: una política y plan nacional que incluyan el derecho a la salud de acceso universal; la participación de la población, en especial las personas en situación de vulnerabilidad, en la formulación de programas y políticas se salud; el acceso a la información sobre salud y a su vez la confidencialidad de los datos personales en salud; asistencia y cooperación internacional con relación al disfrute de este derecho en los países en desarrollo; como también la disponibilidad de mecanismos de rendición de cuentas accesibles y eficaces. Concluye Hunt señalando que si bien resulta imposible que un indicador reúna todas estas características, sí resulta posible definir una serie de indicadores que juntos tengan estas características. De allí que recomiende el enfoque basado en los derechos humanos de los indicadores de salud.

En consecuencia, los indicadores de progreso adoptados se dividen, a su vez, en tres tipos:

i) *estructurales:* identifican de qué medidas dispone el Estado para implementar los derechos contenidos en la norma, en este caso, en el Protocolo de San Salvador. Estos indicadores nos proveen información que permite evaluar la institucionalidad de un Estado y el sistema legal adoptado para cumplir sus obligaciones. En general, los indicadores estructurales diseñados a la fecha suelen referirse a la existencia o inexistencia de las medidas, muchas veces solicitan información relevante para identificar la jerarquía de una agencia o institución pública o su competencia funcional. A modo de ejemplo, en el campo del derecho a la salud, el GTPSS ha definido el indicador de cobertura (territorial y temática), financiamiento y jurisdicción del sistema de estadísticas vitales como un indicador estructural de acceso a la información.

ii) *de proceso:* buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos hechos por el Estado para implementar los derechos, a través de la medición del contenido de las estrategias, programas o políticas específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho. Estos indicadores contribuyen a una vigilancia directa de la aplicación de las políticas públicas y ofrecen —medidos periódicamente— información sobre la variación en los niveles de calidad o cobertura de programas sociales, preferentemente medidos en porcentajes. Un ejemplo claro respecto al derecho a la salud es cuando el indicador se refiere a la cantidad y disponibilidad de médicos por habitantes, o la cobertura en salud de la población por sexo, edad, etnia, nivel educativo, quintiles de ingresos; o el porcentaje de mujeres embarazadas con test de VIH/sida; y el porcentaje de niños nacidos de madres VIH positivas que contrajeron VIH en los dos primeros años de vida (casos notificados de sida por transmisión vertical).

iii) *de resultado:* buscan medir el impacto efectivo de las estrategias e intervenciones del Estado, dando cuenta de cómo impactan esas acciones públicas sobre aquellos aspectos que definen el grado de efectividad de un derecho del Protocolo y proveen una medida cuantitativamente comprobable y comparable del accionar del Estado en materia de realización progresiva de los derechos. Miden la capacidad performativa del Estado, por ejemplo, la tasa de mortalidad por enfermedades transmisibles; composición por sexo de los casos notificados de sida y diagnósticos VIH, entre otros.

Estos tres tipos de indicadores, mayoritariamente cuantitativos, son complementados con un cuarto tipo, que son las *señales de progreso cualitativas*: constituyen parámetros o unidades de medida de tipo cualitativo, que pueden lograrse y verificarse en relación con un criterio. Su característica distintiva es que captan la definición de la situación que efectúa el propio actor social —en este caso, las personas tuteladas por el Protocolo de San Salvador— y el significado que le dan al fenómeno evaluado o a la manera en que el Estado o a quienes designe están cumpliendo

con sus obligaciones. Sería la parte activa del empoderamiento ciudadano, habilitando la participación directa de los destinatarios de las políticas estatales. Por ejemplo, una encuesta de satisfacción de los usuarios del sector salud, que interrogue sobre las condiciones, calidad y experiencia como usuarios de los servicios, que pregunte si se respetaron sus tradiciones culturales, entre otros elementos que es necesario indagar. De esta manera, si se incorpora como cuarto pilar a los indicadores y de la conjunción y análisis de ambos —indicadores y señales de progreso— se podrá establecer el grado de cumplimiento de cada derecho.

Estos tres tipos de indicadores van a dar una aproximación bastante precisa del grado de avance en el cumplimiento de obligaciones estatales. Pero para aprovechar aún más el potencial empírico de esta herramienta, desde la CIDH (2008) y luego el GTPSS (2015) se decidió incorporar tres categorías conceptuales que sirvieran para precisar el campo de indagación, pero además, que cumplieran una función ordenadora del proceso de monitoreo. Se trata de las siguientes:

a) *Recepción del derecho:* incluye los indicadores que dan cuenta de la normativa existente, las formas institucionales adoptadas para dar respuestas a los contenidos de cada derecho. Por ejemplo, conocer si el Estado ratificó el Protocolo de San Salvador por el depósito del instrumento o lo elevó a discusión parlamentaria y fue aprobado por ley, o qué tipo de definición contempla la política educativa, si es de subsidio a la oferta o a la demanda.
b) *Contexto financiero y compromisos presupuestarios:* identifican y cuantifican la disponibilidad de recursos y el porcentaje que invierte cada Estado para ejecutar el gasto público social, para sostener los recursos humanos y cómo se distribuyen al interior de cada jurisdicción. El porcentaje de gasto público en salud es central para conocer el grado de compromiso estatal.
c) *Capacidades estatales o institucionales:* implican revisar, a partir de estos indicadores, la distribución del poder del Estado, identificando aspectos técnicos instrumentales y de distribución de recursos al interior del aparato estatal (capacidades administrativas, técnicas, políticas, fi-

nancieras y las relaciones interinstitucionales). Es decir, implica analizar bajo qué parámetros el Estado resuelve las cuestiones socialmente problematizadas, cómo definen sus metas y estrategias de desarrollo y el grado de efectividad en la resolución. Esta categoría le permite a los Estados, a partir de indicadores, identificar en muchos casos brechas en el funcionamiento interno, tanto de tipo administrativo o técnico, como aquellas relacionadas con la toma de decisiones. En salud, un indicador es la accesibilidad y disponibilidad de los servicios de salud por jurisdicción y región geográfica.

Las tres categorías se complementan con tres ejes transversales de temas comunes a todos los derechos, que buscan identificar si están dadas las condiciones para acceder efectivamente al ejercicio de todos los derechos en cada uno de los Estados a través del libre juego de las instituciones y los procesos democráticos y deliberativos. Un eje transversal también puede abordarse como un "derecho de procedimiento" que se vincula con la realización de determinado "derecho sustantivo" y concordantemente se define en vinculación con ese derecho (ACNUDH, 2012). Por ejemplo, un indicador vinculado a la existencia de mecanismos de clientelismo político —las denuncias sobre criterios de selección de destinatarios de programas—, da cuenta de un acto contrario a derecho, pero también de la violación del principio de igualdad de oportunidades y no discriminación. Otros ejemplos se vinculan con indicadores de proceso, como cuando se solicita el porcentaje de efectores de salud con protocolos de confidencialidad de la información sobre su salud, o en relación con el derecho a la educación, un indicador transversal en relación con el acceso a la información serían los mecanismos establecidos para la difusión y acceso a las bases de datos y estadísticas educativas (GTPSS, 2015).

Los ejes transversales a ser incorporados en los informes nacionales de cumplimiento de las obligaciones en el Pacto de San Salvador son tres:

1. *Igualdad y no discriminación:* constituye una obligación de "efecto inmediato" por la cual los Estados están obligados a garantizar que todas las acciones se ejercerán en condicio-

nes de igualdad y sin discriminación, y que además harán todo lo posible para impedir las diferencias de trato basadas en factores expresamente prohibidos en el Pacto de San Salvador. Significa que cada Estado va a reconocer y garantizar los derechos sociales para todos y cada uno de los sujetos titulares de derechos, utilizando criterios de distinción objetivos y razonables, y evitando diferencias de trato arbitrarias, basados en cuestiones expresamente vedadas como sexo, orientación sexual, etnia, raza, religión o el origen social y nivel educativo.

2. *Acceso a la justicia:* en un sentido amplio, incluye el examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de reclamo y protección de tipo administrativo y judicial. Implica verificar si el Estado ha arbitrado los medios y mecanismos suficientes y adecuados para que las personas puedan interponer quejas, denuncias, reclamos administrativos hasta la interposición de demandas judiciales y se arbitren los medios para el seguimiento del proceso hasta la ejecución e implementación de la sentencia. Cabe señalar la enorme relevancia de este eje transversal, debido al grave déficit de producción de información en este campo. Poco se sabe del funcionamiento del poder judicial, del tiempo que lleva desde la interposición de un recurso hasta su resolución, de la existencia de mecanismos de denuncia, de las acciones de capacitación en derechos sociales impartidas a magistrados y operadores judiciales, entre otras.[13]
3. *Acceso a la información y participación social:* entendida como herramienta clave para la participación ciudadana y de resguardo democrático, como también en relación con la responsabilidad horizontal y vertical (*accountability*) y de las instancias de rendición de cuentas en las políticas públicas que implementan derechos consagrados en

[13] Pautassi, Laura, "Access to justice in health matters: an analysis based on the monitoring mechanisms of the Inter-American System", *Health and Human Rights Journal*, Boston, Harvard University Press, vol. 20, núm. 1, junio de 2018. Se analiza, tomando como base cinco países de la región, el acceso a la salud a partir de los informes presentados por los Estados parte del Protocolo de San Salvador y las observaciones finales del GTPSS.

el Pacto de San Salvador. Se trata de la obligación estatal de producir, bajo criterios validados internacionalmente, información de calidad y en cantidad suficiente y garantizar la publicidad y acceso libre a toda persona que lo requiera. En el caso de salud, se analiza el porcentaje de efectores de salud con protocolos de confidencialidad de la información sobre su salud, o la cobertura de acciones o campañas de asesoramiento a mujeres embarazadas sobre formas de transmisión madre-hijo de VIH/sida.

Indicadores, categorías y principios transversales se vuelcan en una matriz de datos que son la base para la elaboración de los informes nacionales, que para la primera etapa de evaluación se organizaron en dos grupos de derechos: el primero analiza el cumplimiento del derecho a la seguridad social, salud y educación, para ser presentado por los Estados parte en junio de 2014, y el segundo contempla el derecho al trabajo y sindicales, derecho al medioambiente sano, a la alimentación adecuada y a los beneficios de la cultura, para presentar en diciembre de 2016; y que contemplan, de manera transversal a cada uno, los derechos de niñas, niños y adolescentes, de las personas mayores, de los pueblos originarios y afrodescendientes, personas con discapacidad, todos desde un enfoque de género.[14] Los próximos informes, correspondientes a la segunda ronda de evaluación de ambos grupos, deben ser presentados en septiembre de 2019 y en un solo informe.

Lo interesante es que el sistema de monitoreo recoge precisamente entre sus categorías transversales el principio de acceso a la justicia en sentido amplio, permitiendo al Estado evaluar si se cumplen las condiciones para garantizar que cada sujeto titular del derecho a la salud cuente con instancias específicas para poder realizar un reclamo, interponer una demanda o reclamar ante una violación en el ejercicio de su derecho a la salud.

Así, el hecho de haber incorporado un concepto amplio de acceso a la justicia, que comprende el examen sobre la posibilidad legal y fáctica de acceso a mecanismos de reclamo y protección administrativos y judiciales, y que no es sinónimo de la

[14] Véase Informes de países y del GTPSS, *http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/*

tutela jurisdiccional, propicia que el acceso a la justicia sea considerado un derecho fundamental que es característico de los derechos y que permite, en caso de incumplimiento de una obligación estatal o violación de un derecho, que cada persona pueda acudir a presentar su reclamo ante una autoridad competente, pero que no solo incluye las formas tradicionales de administración de justicia, sino que involucra a todos los poderes del Estado, avanzando en un concepto amplio de acceso a la justicia y garante del principio de igualdad.

Al respecto, el avance en la definición de estándares en materia de derechos humanos[15], en los cuales la jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido sustantivamente, y en el caso que se analiza a lo largo de esta obra con mayor precisión, ha sido recogido por parte de los procesos de monitoreo interamericanos, particularmente en el caso del Protocolo de San Salvador y de la Convención de Belém do Pará, permite precisar el contenido del derecho al acceso a la justicia. De esta forma, en una interpretación conjunta del contenido de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, la Corte Interamericana ha analizado si se ha configurado violación al derecho al acceso a la justicia cuando no se ha llevado a cabo una investigación diligente de los hechos, los recursos interpuestos no han sido efectivos, o los procesos o procedimientos no se han sustanciado dentro de un plazo razonable.[16]

Sobre la relación entre el concepto de "plazo razonable" y el derecho de acceso a la justicia, la Corte IDH ha establecido que este derecho supone que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que afirma que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de

15 Abramovich, Víctor "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales", en Abramovich, Víctor; Bovino, A. y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década,* Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 2007.

16 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de octubre de 2009. Serie C, núm. 209: "[...] el Estado tiene el deber de garantizar los derechos a través de la prevención e investigación diligente [...]."

las garantías judiciales[17] y, por tanto, del artículo 8.1 de la CADH. Sin embargo, la Corte IDH ha resaltado que no es fácil conceptualizar lo que se considera como "plazo razonable", estableciendo la necesidad de examinar las características particulares de cada situación determinada, y allí en muchos fallos ha adoptado criterios formulados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), señalando que para determinar la razonabilidad del plazo deben tomarse en cuenta: *a)* la complejidad del asunto; *b)* la actividad procesal del interesado; *c)* la conducta de las autoridades judiciales, y *d*) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.[18] A su vez, la regla general establecida es que la razonabilidad del plazo comprende "la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva", lo cual incluye recursos de instancia que se presenten eventualmente.[19]

Este punto tiene particular relevancia porque en la esfera administrativa es donde se dirimen la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales, incluida especialmente el caso de la salud, y donde la manera en que se resuelva en este ámbito va a condicionar el proceso posterior en la justicia. De allí la importancia de poner la mirada en la definición y funcionamiento de

---

17 Entre otros, Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México, cit.; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192, párr. 155 y nota 40; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 202, párr. 156 y nota 44, y *Caso Garibaldi vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C, núm. 203, párr. 135 y nota 32.

18 *Cfr*. Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, cit.; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, cit.; Caso Garibaldi vs. Brasil, cit., Melba Suárez vs. Ecuador,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, de entre otros.

19 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 114, párr. 168, y *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, núm. 129, párr. 104.

las políticas sociales y cada uno de sus sistemas, como el de salud en este caso, ya que, en general, estas áreas no se rigen por una perspectiva de derechos, sino bajo la lógica inversa que considera beneficios asistenciales que se otorgan de manera discrecional a la ciudadanía en estado de vulnerabilidad y no en cuanto sujetos titulares de derechos, dando cuenta de un alto grado de discrecionalidad política.[20]

De allí que el SIDH haya avanzado en fijar reglas de debido proceso legal en materia de procedimientos administrativos vinculados a DESCA, especificando las reglas en las que se deben basar los agentes estatales, a fin de poner coto a la discrecionalidad en el ámbito administrativo y evitar el uso arbitrario y discriminatorio contrario a derecho. Este punto ya ha sido parte de la jurisprudencia de la Corte y se refuerza en el caso en análisis, *Cuscul Piraval y otros vs. Guatemala,* donde se ha destacado la necesidad de detallar los elementos que integran el debido proceso legal, tanto el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto como la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa, en el marco del cumplimiento del derecho a un plazo razonable del proceso administrativo. Así, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la Convención y que a fin de desvirtuar tal desenlace, el Estado debe probar que la demora del proceso se originó en la complejidad del caso o en la conducta de las partes.[21]

Y estos aspectos no solo son centrales en torno al acceso al sector salud, sino que cobran relevancia en casos de mala praxis médica, en los que, como el Tribunal Europeo ha expe-

[20] Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, "El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales", en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

[21] 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, núm. 205; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318.

dido en varias oportunidades, los Estados tienen la obligación de introducir en su legislación interna regulaciones a hospitales tanto públicos como privados, a fin de adoptar medidas adecuadas para la protección de la vida e integridad de los pacientes.[22] Estas medidas que deben adoptar los Estados se fundamentan en la obligación positiva que tienen de fijar regulaciones apropiadas que aseguren el respeto a la integridad física de los pacientes buscando evitar las graves consecuencias que podrían generarse debido a actos médicos.[23] Precisamente, el Tribunal Europeo ha destacado que las medidas que deben adoptar los Estados en materia de salud, tanto para servicios de salud públicos como privados, implican la obligación de adoptar medidas para evitar cualquier afectación a la vida o integridad física de los pacientes.[24]

Conforme a la reiterada jurisprudencia del TEDH, el deber de diligencia se incrementa dependiendo de la situación de salud de la persona afectada, ya que la incrementalidad está determinada por la situación de la persona, que requiere de cuidados especiales y donde se vulnera su posibilidad de llevar una vida plena, en respeto a su integridad personal, en especial cuando la persona no puede trabajar, debido a la mala praxis, y por ello se ve limitada, entre otras cuestiones, a proveerse de un ingreso salarial propio.[25]

Del mismo modo, es el Estado quien debe proveer la oferta de servicios para que los afectados puedan diligenciar el procedimiento y no se utilice como un argumento para responsabilizar a la víctima por su inacción, debiendo siempre garantizar los canales y vías adecuados para que las personas puedan iniciar, pero

---

22 TEDH. *Caso Csoma vs. Rumania*. Sentencia de 15 de enero de 2013 (Req. núm. 8759/05).

23 TEDH. *Caso Trocellier vs. Francia*. Sentencia de 5 de octubre de 2006 (Req. núm. 75725/01).

24 TEDH. *Caso Eugenia Lazar vs. Rumania*. Sentencia de 16 de febrero de 2010 (Req. núm. 32146/05).

25 TEDH. *Caso Laudon vs. Alemania*. Sentencia de 26 de abril de 2007 (Req. núm. 14635/03); *Caso Orzel vs. Polonia*. Sentencia de 25 de marzo de 2003 (Req. núm. 74816/01), y *Caso Iversen vs. Dinamarca*. Sentencia de 28 de septiembre de 2006 (Req. núm. 5989/03).

también sostener, los reclamos de justicia. Es parte de la jurisprudencia de la Corte IDH pero también lo ha señalado el TEDH en varias sentencias, donde ha manifestado que no es posible tener en consideración la presentación por parte de la presunta víctima de recursos orientados a cuestionar ciertas pruebas o diligencias judiciales como factor determinante de la razonabilidad del plazo en un proceso,[26] reforzando esta posición al considerar que el hecho de que durante el proceso la presunta víctima y su defensa hayan objetado la duración o diligencias de los órganos judiciales es un factor importante a tomar en cuenta al momento de decidir si hubo una violación al debido proceso.[27]

En el caso de los indicadores de progreso, han quedado reflejados en la categoría transversal de acceso a la justicia, pero se destacan especialmente los siguientes indicadores estructurales, que se solicita que los Estados respondan respecto a cada derecho —aplicación de garantías procesales en los procedimientos judiciales en materia de salud—: *i)* independencia e imparcialidad del tribunal; *ii)* plazo razonable; *iii)* igualdad de armas; *iv)* cosa juzgada, y *v)* vías recursivas de sentencias en instancias superiores.

En síntesis, mecanismos, metodologías, recursos y herramientas para dar cumplimiento a las obligaciones positivas y negativas en materia de salud hay más que suficientes, y nuevamente, bajo ningún concepto habilitan el justificativo estatal de falta de recursos para el cumplimiento de sus obligaciones. Por otra parte, el estándar central de todo mecanismo de monitoreo regular es precisamente la verificación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad. De allí la relevancia de la sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* donde la Corte IDH avanza firmemente en precisar el alcance de la progresividad en materia de salud.[28]

---

26 TEDH. *Caso Orzel vs. Polonia, cit*.

27 TEDH. *Caso Christensen vs. Dinamarca*. Sentencia de 22 de enero de 2009 (Req. núm. 247/07).

28 Esta jurisprudencia se refleja en los últimos años con especial detalle en los votos del actual presidente de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y la necesaria defensa de ampliar el grado de justiciabilidad de los DESCA ante el Tribunal.

IV. La rendición de cuentas de Guatemala

Tal como fue desarrollado, los estándares interpretativos del alcance de los derechos humanos deben estar obligatoriamente incorporados en las políticas públicas, en general, y en las sociales, en particular, de modo que se cumpla con los mandatos pero además se efectivicen las garantías contenidas en cada derecho.[29] Nuevamente, cada poder del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) debe fundar sus políticas, acciones, planes, leyes y sentencias judiciales en derechos, los que deben ser interpretados de acuerdo con la Constitución y el contenido de los tratados internacionales, para lo cual, el "enfoque" de derechos provee la mirada transversal, para incorporarlos. Como resultado, no basta señalar que se garantiza un derecho o que se restituyen otros, sino que tales garantías deben necesariamente cumplimentar los estándares necesarios para que no sea una referencia "semántica", sino cierta.

La incorporación del enfoque de derechos, además de reafirmar que el fundamento del accionar estatal se basa en el respeto, protección y garantía de derechos, alertó sobre la necesidad de una evaluación permanente de las acciones gubernamentales, no solo ante casos de violación de derechos, sino como herramienta de gestión pública. Aquello, altamente recomendado desde la Administración Pública en sus distintas vertientes, se instala como el segundo pilar del enfoque de derechos, que junto con el empoderamiento ciudadano terminan de conformar los tres pilares pioneros.

La presencia del enfoque de derechos, como metodología de intervención en las políticas públicas, lleva más de dos décadas de desembarco en América Latina, con lo cual se ha difundido el conocimiento en toda la región, lo que ha permitido llevar adelante su implementación. Por su parte, la República de Guatemala, ratificó el Protocolo de San Salvador en mayo de 2000, y ha ratificado un importante número de instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos el PIDESC (1988), y también

[29] Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, "El enfoque de derechos y la institucionalidad...", *cit*.

firmó su Protocolo Facultativo, pero se encuentra pendiente su ratificación.

En relación con el Protocolo de San Salvador, Guatemala presentó en 2017 el informe al GTPSS, fechado en 2015, pero con una demora en su entrega de dos años. Dicho informe, que contempla el primer agrupamiento de derechos (a la seguridad social, salud y educación) sorprendentemente no informa sobre el derecho a la salud. Al respecto, el GTPSS señala lo siguiente:

> El GT examinó el informe remitido por parte de la República de Guatemala correspondiente al primer agrupamiento de derechos; seguridad social (art. 9), salud (art. 10) y educación (art. 13). Sin embargo, el GT advierte con gran preocupación la falta total de información con respecto al derecho a la salud, toda vez que el Estado indica en su informe de 17 de julio de 2015 pág. 2 que "recientemente se recibió la información relacionada con este derecho, situación por la cual será enviada a la brevedad posible". Dicha información no fue recepcionada en el tiempo transcurrido, razón por la cual, el GT deja constancia que no fue evaluado el derecho a la salud en este informe y solicita al Estado parte que remita la información completa sobre el derecho a la salud en el informe correspondiente al segundo agrupamiento de derechos, con fecha de presentación diciembre 2016 y que a la fecha no fue cumplimentado.

Este exhorto a la República de Guatemala no fue cumplimentado y a junio 2019 no se conoce que haya remitido la información faltante.

En la misma dirección, el GTPSS ha señalado que el "[...] sistema de informes a través de indicadores de progreso busca: estimular en los Estados un proceso de evaluación y de medición de cumplimiento de derechos sociales que trascienda la idea de mero reporte, sino que se convierta en un instrumento útil para el diseño y evaluación permanente para las políticas públicas al interior de los Estados tendientes a asegurar el cumplimiento del conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales".[30] Al respecto, resulta una falta grave por parte del Estado no haber

[30] Véase OEA, Documento Indicadores, párr. 9, OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2.; GTPSS, 2015.

presentado información e indicadores respecto del cumplimiento del derecho a la salud.

Cabe referir que "El GT recomienda al Estado que junto con el segundo agrupamiento de derechos remita también la información del derecho a la salud".[31] Respecto a la progresividad en los indicadores y en la determinación de metas, el GTPSS agrega que

> El Estado de Guatemala proporcionó información valiosa y el GT renueva la importancia que el Estado pueda determinar la posibilidad de un plan de relevantamiento de información, con fechas y metas específicas de cumplimiento, en que se pueda contar con los indicadores que en esta oportunidad no fueron informados y también sobre las metas, de tal forma que se pueda medir de manera más adecuada la progresividad de los derechos y que el GT pueda en 2019 comparar y evaluar en función de dichas metas.[32]

El GTPSS reconoce que respecto al derecho a la seguridad social y a la educación, la República de Guatemala ha realizado un esfuerzo

> [...] por generar información transversal, en particular sobre el derecho de seguridad social, respecto a trabajo como también los sectores de vivienda. Asimismo reconoce los esfuerzos por entregar información desagregada con perspectiva de género. Sin embargo, existe aún la necesidad de desglosar los indicadores de equidad de género, niños, niñas y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidades, diversidad étnica y cultural, en particular, pueblos indígenas y afrodescendientes, orientación sexual e identidad de género, personas migrantes y refugiadas. El Estado parte ha respondido a los indicadores de no discriminación, pero se solicita que los indicadores cuenten con información transversal, como también las medidas específicas referentes a la política pública [...].[33]

---

31 GTPSS, Examen de los informes presentados por los Estados partes al Primer Agrupamiento de Derechos del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (arts. 9 y 13), Observaciones finales a la república de Guatemala, 2018, párr. 11.

32 *Ibidem,* párr. 15.

33 *Ibidem,* párr. 17.

Por otra parte, el GTPSS manifiesta en sus Observaciones finales que

> [...] las obligaciones en derechos sociales se encuentran indisolublemente asociadas a las garantías de acceso a la información y participación social" y que este derecho comprende "la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea de forma oral, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección" (art. 13 Convención Americana). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce la autonomía de este derecho —acceso a la información— en el caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile señalando que; "estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención". En palabras de la Corte, se trata de un derecho individual de cada persona descrito en la palabra "buscar" y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a "recibir" la información solicitada.[34]

Además,

> [...] insta al Estado parte a profundizar los canales de participación ciudadana como también a presentar indicadores que den cuenta de dicha participación permanente. Recuerda asimismo que el Protocolo de San Salvador, como protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, protege a todas las personas habitantes de la República de Guatemala y, en consecuencia, es obligación estatal promover el empoderamiento ciudadano y

[34] El GTPSS se basa en la siguientes fuentes: CIDH (2007, b); Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 285, párrs. 75-77; Principios de Lima; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África; Declaraciones Conjuntas de relatores y expertos; Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, doc.UN Doc. E7CbN.4/1999/64, de 29 de enero de 1999, párr. 42; Open Society Justice Initiative. 10 Principles on the right to know de septiembre 2005, que reconocen como derecho humano el derecho de acceso a la información en poder del Estado.

> ejercicio pleno de derechos, que deben traducirse en indicadores empíricos verificables. Y exhorta al Estado a la inclusión de las lenguas de los Pueblos Indígenas y Tribales al momento de garantizar los derechos a la seguridad social como también a la educación y a todos los DESCA.

Cabe señalar que similares recomendaciones fueron formuladas a Guatemala por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (2019) en su informe que señala:

> El Comité expresa su preocupación por la insuficiencia de datos estadísticos desglosados sobre las corrientes migratorias de las que el Estado parte es el lugar de origen, tránsito, destino o retorno, especialmente sobre los trabajadores migratorios que se encuentran en situación irregular y sus familiares, así como sobre otras cuestiones relativas a la migración, como los trabajadores migratorios detenidos en el Estado parte y los trabajadores migratorios nacionales del Estado parte detenidos en el Estado de destino y el número de niños migrantes no acompañados en el Estado parte. [...] El Comité recomienda que el Estado parte, en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (meta 17.18), y desde un enfoque de derechos humanos, igualdad de género y no discriminación: a) Fortalezca el sistema actual de recolección de datos estadísticos por parte de todas las entidades que brindan servicios y asistencia a trabajadores migratorios y sus familiares; b) Realice una evaluación sistemática de la situación de los trabajadores migratorios en situación regular e irregular, y entregue un informe al respecto al Comité en su siguiente informe periódico; c) Verifique la información sobre personas migrantes detenidas, niños migrantes no acompañados y compare esta información con los países vecinos, así como con los países de destino (los Estados Unidos y México), en relación con los cuales se recomienda también al Estado parte que haga esfuerzos para garantizar que se tomarán medidas de asistencia inmediata y protección a esos grupos de trabajadores migratorios y sus familiares.

En igual dirección se manifestó el Comité DESC con motivo de la evaluación a Guatemala en 2014, al señalar, respecto al derecho a la salud, que:

> [...] observa con preocupación los importantes desequilibrios en las distintas regiones del país en el acceso a la atención de la salud y

> la calidad de los servicios, en concreto la concentración de médicos en torno del área urbana, que afecta principalmente a la población indígena pobre y en extrema pobreza [...] El Comité recomienda que el Estado parte incremente el presupuesto asignado a la atención a la salud y tome las medidas necesarias para consolidar un sistema nacional de salud, accesible a todos, sin discriminación alguna [...] y refuerza la recomendación de garantías de cobertura y acceso en zonas rurales y para población indígena.

En esta dirección, la Corte IDH ha manifestado expresamente en diversas sentencias, y en el caso de nuestro interés, que no existen políticas públicas neutrales, estableciendo que el artículo 24 de la CADH, leído a la luz del deber de garantía de los Estados respecto a los derechos de la Convención, no solo exige no implementar políticas y medidas discriminatorias, sino *proteger frente a prácticas y conductas discriminatorias* que pudieran desplegar agentes públicos o actores no estatales. Este último punto extiende considerablemente las obligaciones de los Estados en relación con la tutela del principio de igualdad ante la ley y obliga a formular políticas preventivas, sobre todo frente a prácticas extendidas o situaciones estructurales de discriminación, aun cuando provengan de particulares.[35]

En síntesis, y retomando la sentencia del caso *Cuscul Pivaral,* la Corte IDH identifica una serie de omisiones estatales en el tratamiento médico de las víctimas, y lo hace a lo largo de un periodo extenso y en consulta con diversas instancias de provisión del sector salud, determinando un deber de incumplimiento de garantizar el derecho a la salud, dejando en claro que dichas omisiones se tradujeron en violaciones al "derecho a la vida y la integridad personal" de algunas de las 49 personas que viven o vivieron con VIH, extensivos a los perjuicios ocasionados a cada grupo familiar de la víctima, quienes fueron privadas de recibir una atención médica adecuada, en particular dos mujeres embarazadas cero-positivas. En este último caso, la Corte calificó tal proceder como un acto de discriminación respecto de ellas y a la inacción estatal de brindar protección como una violación del

[35] Abramovich, Víctor, "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco...", *cit*.

principio de progresividad (art. 26, CADH), y se agregan la determinación de violaciones a las garantías judiciales y protección de acceso a la justicia por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Respecto de este último, y de acuerdo con el voto razonado del presidente de la Corte IDH, la mayoría de sus jueces y la jueza sostienen en este caso que si bien el Estado

> [...] goza de un margen de actuación para el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad en materia de DESCA, esto no puede ser interpretado como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o de adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas en situación de vulnerabilidad, que además tienen un riesgo de sufrir graves afectaciones a su integridad o a su vida. Esta es la situación de las personas que viven con el VIH, que estaban en un claro riesgo de adquirir enfermedades oportunistas y por lo tanto sufrir afectaciones a su integridad personal o su vida, y de ahí la condena al Estado de Guatemala en el presente caso por la inacción estatal en materia de protección efectiva con anterioridad al 2004.[36]

En línea con lo desarrollado a lo largo del capítulo, las advertencias y recomendaciones realizadas a Guatemala sobre la obligación de garantizar el derecho a la salud, en interdependencia con otros derechos, son más que claras, y se suma la grave omisión en la que el Estado incurrió respecto de su deber de presentar información relativa a su obligación de cumplimiento del derecho a la salud en el marco del monitoreo del Protocolo de San Salvador. Sin embargo, en el caso *Cuscul Pivaral,* dado que la Corte no identificó medidas regresivas en la protección de personas que viven con VIH en Guatemala y en cambio destacó la implementación de una serie de leyes, políticas sanitarias y recursos presupuestarios para la atención en salud; respecto del deber de informar sobre el derecho a la salud previsto en el artículo 19 del Pacto de San Salvador, y en la medida en que el Estado no

[36] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

repare a la brevedad esa omisión, se debería interpretar como una medida de corte regresivo.

En síntesis, tanto en términos generales de cumplimiento de los DESCA como específicamente consideradas las particularidades del derecho a la salud, los Estados que han ratificado los pactos y tratados internacionales están obligados a garantizar el contenido mínimo de cada uno de los DESCA expresados en estos instrumentos, sin que por ello se determine un techo mínimo de cumplimiento. Por el contrario, los Estados están obligados a adoptar medidas para que, de manera progresiva, se alcance la satisfacción plena de cada derecho social, y para ello deben utilizar el máximo de los recursos disponibles, así como todas las herramientas, políticas y diseños institucionales y recursos humanos de los que dispongan. Esta obligación se encuentra de manera explícita en todo el *corpus* de derechos humanos.

V. La progresividad en la agenda

El recorrido realizado a lo largo del capítulo da cuenta de la multiplicidad de marcos regulatorios, constitucionales, interpretativos, de monitoreo y fiscalización existentes, que se refuerzan a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y que dejan en claro la responsabilidad ineludible de cada Estado respecto a sus obligaciones positivas y negativas en materia de DESCA.

Cabe señalar, y como lo ha manifestado la Corte IDH en el caso en análisis, que el concepto de progresividad esta sujeto a acciones permanentes y sostenidas que no implican evaluar simples mejoras en ciertos indicadores sociales, sino que la evaluación respecto de la progresividad es integral, interdependiente y abarca el grado de institucionalidad alcanzado por cada Estado para dar respuesta a sus compromisos en el campo de los derechos humanos. De allí que la progresividad necesariamente se contrasta con la prohibición de regresividad, considerando para ello en forma dinámica los procesos que se dan al interior del Estado.

En concordancia, la existencia de un proceso de monitoreo del Protocolo de San Salvador a partir de evidencia empírica (in-

dicadores de progreso) refuerza precisamente este principio central, al permitir contar con una herramienta basada en datos y estadísticas que analice la evolución que realiza cada Estado para dar cumplimiento a sus obligaciones. De esta manera, los indicadores y señales de progreso cualitativos se posicionan como la herramienta de control de las obligaciones estatales y se han conformado, a pesar de su reciente desembarco, en el elemento central para el análisis del grado de satisfacción de los derechos. El ejemplo de Guatemala es ilustrativo al respecto, pero se refuerza en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*,[37] donde el Tribunal se pronuncia por primera vez respecto al derecho a la salud de manera autónoma, y sobre los derechos de las personas mayores al goce y ejercicio de la salud, y avanza centralmente en establecer estándares de cumplimiento y de medición de progresividad.

Finalmente, es importante considerar que en el marco de una agenda global como la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que se basa en un enfoque de derechos y que interpela a los Estados a nivel internacional y regional, debe ser integrada de manera conjunta con esta otra agenda interamericana, que conjuga indicadores de progreso con sentencias interamericanas, en un diálogo que inicia un recorrido que trasciende las medidas reparatorias, para situarse en el campo de las obligaciones estatales ineludibles.

El recorrido aquí analizado muestra la experiencia reciente que, en la medida en que se fortalezca y aplique los estándares y principios centrales en toda la estatalidad pública, contribuirá a identificar el alcance de los derechos, en este caso, precisar que no solo implica el "*completo bienestar físico, mental y social*" sino sancionar la inacción y la regresión, en un marco en el que los derechos sociales no solo sean parte de la narrativa, sino que se traduzcan en acciones sostenidas y en sistemas integrales de protección. La agenda se encuentra disponible, los consensos y las herramientas para su implementación también. Es cuestión de aplicarlas.

---

[37] Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales", en Abramovich, Víctor; Bovino, A. y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década,* Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 2007.

——, "Judicial Activism in the Argentine Health System: Recent Trends", *Health and Human Rights: An International Journal*, vol. 10, núm. 2, diciembre 2008.

——, "El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales", en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

—— y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta, 2002.

—— y Pautassi, Laura (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

Pautassi, Laura, "Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales: más allá de la medición", en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

——, "Access to Justice in Health Matters: An Analysis Based on the Monitoring Mechanisms of the Inter-American System", *Health and Human Rights Journal*, Boston, Harvard University Press, vol. 20, núm. 1, junio de 2018.

—— y Ramirez, Silvina, "Derecho a la salud en contextos de discriminación: el caso de los pueblos originarios", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. I.

Progresividad y no regresividad: reflexiones a la luz de las sentencias *Poblete Vilches* y *Cuscul Pivaral* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*María Barraco***
*Pablo Colmegna****
*Liliana Ronconi*****

I. Introducción

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) han estado siempre presentes en la agenda del Sis-

* El relevamiento de estándares internacionales forma parte de una investigación que se realizó en el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) de la que formaron parte les estudiantes Ignacio Arrosagaray, Fabián Martin Caffaro, Samantha Singer, Santiago Suárez Alonso, Francisco R. Saez Zamora, María José Cavallari, Mariana Belén Romano, Milena Klimberg van Marrewjtk, Sofía Pochat y jóvenes graduados Martina Olivera, Alejandro Fernández y Jimena Posleman.

** Abogada por la UBA. Miembro de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos y ayudante de segunda en la materia Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. *Visiting Researcher* en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. Abogada de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas del Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina.

*** Abogado por la UBA. Especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho. Auxiliar docente en la materia Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UBA.

**** Abogada y doctora en Derecho por la UBA. Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas en la misma Universidad. Especia-

tema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) desde la adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la redacción del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la posterior adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Sin embargo, no hace mucho que en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha logrado el reconocimiento de su violación de manera directa. En este sentido, resultan paradigmáticos los casos *Poblete Vilches*[1] y *Cuscul Pivaral*,[2] en los que se trató la violación del artículo 26 de la CADH, específicamente en lo que respecta al contenido mínimo del derecho a la salud y a la obligación de progresividad y no regresividad de los Estados.

El caso *Poblete Vilches* versó sobre la muerte del señor Vinicio Antonio Poblete Vilches ocurrida a la edad de 76 años. Días antes de su muerte, el señor Poblete Vilches había ingresado al Hospital Sótero del Río a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Durante cuatro días estuvo hospitalizado. Luego fue llevado a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), donde fue dado de alta, pese al mal estado de salud en el que se encontraba. Días después fue nuevamente ingresado al Hospital, donde se les informó a los familiares que tenía una "simple bronconeumonía" que requería que ingresara a la UCI y el apoyo de un ventilador mecánico. Este ingreso no fue garantizado, pues no había camas disponibles. Tampoco estaba disponible un ventilador, y la fami-

lista en Ciencias Sociales con mención en Currículum y Prácticas Escolares de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Profesora de Licenciatura y Posgrado en la Facultad de Derecho de la UBA. También es docente de Posgrado en la Universidad de Palermo. Actualmente es becaria de Posdoctorado del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas e investigadora adscrita del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho de la UBA.

1 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

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

lia carecía de recursos para poder conseguir uno por su propia cuenta. Días después se produjo su deceso.

Por su parte, el caso *Cuscul Pivaral* se refiere a 49 personas que viven o vivieron con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) en Guatemala, así como a sus familiares. De estas personas, 15 habían fallecido al momento de la sentencia y 34 seguían con vida. Las 49 presuntas víctimas fueron diagnosticadas con VIH entre 1992 y 2004, y la mayoría no recibió atención médica estatal previa a 2004. Muchas de ellas contrajeron enfermedades oportunistas y, en algunos casos, fallecieron por causa de estas. Se trataba de personas de escasos recursos, madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias; con baja escolaridad; vivían en zonas alejadas de las clínicas donde debían recibir atención médica; o eran mujeres embarazadas que requerían tratamiento antirretroviral para evitar la transmisión vertical del virus o cesárea para evitar cualquier tipo de contagio al momento del parto.

En dichos casos, la Corte analiza la violación al artículo 26 de la CADH, por la afectación al derecho a la salud tanto de Poblete Vilches como de las personas con VIH.

El objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, mostrar los avances que realizó la Corte IDH en lo que respecta a los estándares de progresividad y no regresividad en los casos aquí analizados.[3] Sostenemos que esos avances han sido muy escasos a la luz de los estándares desarrollados por los órganos del Sistema Universal encargados de monitorear el cumplimiento del Pacto

[3] No se realizará un recorrido histórico de los avances y retrocesos de la Corte IDH en materia de DESCA. Al respecto véase, entre otros, Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, vol. 9, abril de 2009, pp. 34-53; Parra Vera, Óscar, "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, pp. 761-799; Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).[4] Así, por el otro lado, se analizan los estándares[5] en materia de progresividad y no regresividad elaborados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), así como también los informes elaborados por las y los relatores especiales y grupos de trabajo que funcionan en el marco del Consejo de Derechos Humanos de la ONU bajo el nombre de procedimientos especiales.[6] Este recorrido permitirá demostrar que existen pautas claras respecto de lo que debe entenderse por progresividad y no regresividad, que están siendo incorporados por la Corte IDH de manera paulatina.

II. El SIDH y los DESCA

Desde sus primeros casos en la materia, la Corte IDH se caracterizó por la interpretación de las normas en clave de violación de derechos civiles y políticos (DCP).[7] Así es como la Corte in-

4 El Comité DESC fue creado mediante la Resolución ECOSOC 1985/17, de 28 de mayo 1985.

5 Utilizaremos la definición de estándares elaborada por Pautassi: "Los estándares, refieren a una definición legal que incluye principios que son el resultado del proceso de interpretación de una norma o de un tratado internacional. Son declaraciones fundamentales sobre el resultado deseado y no están diseñados para ser verificados directamente". Pautassi, Laura, "Evaluando el progreso, midiendo el cumplimiento de derechos. Indicadores de medición del Protocolo de San Salvador", en AA. VV., *Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas sociales para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad*, Santiago, CEPAL-Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pp. 47 y 48, *http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/623/Seminario%20DESC?sequence=4*

6 Pinto, Monica, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano", *Revista IIDH*, San José, núm. 40, 2004, p. 27. Sobre este mecanismo, Pinto ha destacado que "[...] la evaluación de los expertos [...] tiende a producir impacto en la opinión publica de modo de disuadir a los gobiernos díscolos a adecuar su conducta a lo que las normas requieren".

7 Ronconi, Liliana, "Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos,* núm. 12, 2016, pp. 119-131.

terpretó que los DESCA son interdependientes con los DCP.[8] De acuerdo con la Corte IDH, la progresividad de los DESCA debe medirse en cuanto a la creciente cobertura de ellos sobre la totalidad de la población y teniendo en cuenta los imperativos de la equidad social, y no sobre una persona o un grupo determinado que no necesariamente representan al todo de la sociedad.[9]

El Tribunal sostuvo que toda medida de naturaleza legislativa que resulte regresiva de los DESCA será, a su vez, violatoria de la obligación de progresividad.[10] Sin embargo, la Corte IDH ha tenido una postura ambivalente en relación con el principio de no regresividad. En el caso "*Cinco Pensionistas*", el Tribunal debía pronunciarse sobre la adopción de un decreto que reducía las pensiones que debían cobrar las victimas del caso. Allí, la Corte IDH sostuvo que la base para analizar una violación de una obligación en relación con los DESCA debe fundamentarse en el examen del disfrute de la totalidad de esos derechos por parte de la población en general. Como en el caso solo se abordaba la afectación de un grupo reducido de personas, la Corte omitió pronunciarse sobre la violación al artículo 26 de la CADH.[11]

Posteriormente, en el caso *Acevedo Buendía*, la Corte IDH sostuvo que si un Estado adoptara una medida regresiva, la misma se debería analizar en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y a la luz de ciertos criterios objetivos.[12] En ese orden de ideas, se puede decir que para la Corte no cualquier

---

8 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340, párr. 189; *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, núm. 198, párr. 101; *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 131, y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr. 172.

9 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 147.

10 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit.,* párr. 107.

11 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, cit.,* párr. 147.

12 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit.,* párr. 103.

medida regresiva resulta justiciable, sino que se deben examinar en función del contexto social del Estado que las haya tomado.

En el caso *Suárez Peralta*, vinculado con el derecho a la salud, la Corte analizó el caso desde los deberes del Estado de regulación y fiscalización de establecimientos de salud, con referencia a lo que establece el artículo 5 en relación con el artículo 1.1 de la CADH.[13] Sin embargo, ello no impidió al Tribunal pronunciarse sobre el contenido de este derecho, con referencia a lo que establece la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Carta de la OEA. En este caso tampoco fue analizada la obligación de adoptar medidas progresivas.

En el caso *Gonzales Lluy*, la Corte debió analizar las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la educación, motivo por el cual se pronunció sobre el alcance del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 24 y 1.1 de la CADH, por la alegada discriminación sufrida por una persona con VIH en el disfrute del derecho a la educación.[14] Dadas las características del caso, la Corte no entró en el análisis de cuestiones sobre progresividad y no regresividad.

Otro caso es *Lagos del Campo*, en el que por primera vez la Corte se pronunció sobre la violación del artículo 26 de la CADH en relación con derechos laborales. El Tribunal se encargó de precisar la justiciabilidad de los DESCA, la relación del artículo 26 con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 de la CADH y la necesidad de interpretarlo de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 29 del mismo instrumento. De esta manera, no solo se debe hacer referencia a lo que establece la Carta de la OEA y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sino que también resultan pertinentes las normas sobre el derecho al trabajo que figuran en los tratados del Sistema Universal y la interpretación efectuada por sus órganos de protección.[15] Sin embargo, en el caso no se analizó la obligación de progresividad, dado que se vinculaba con el despido de un obrero en razón de sus manifestaciones ante la prensa.

---

13 Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, cit.,* párrs. 139 y ss.

14 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Guatemala, cit.,* párrs. 234 y ss.

15 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit.,* párrs. 142-148.

Recientemente, la Corte IDH resolvió el caso *Muelle Flores,*[16] el cual también resulta paradigmático en lo que respecta a los DESCA. En dicho caso, la Corte entendió que el artículo 26, específicamente el derecho a la seguridad social, había sido violado de manera autónoma por parte del Estado de Perú. Ello, debido a que Oscar Muelle Flores dejó de recibir su pensión por parte de una empresa estatal que fue privatizada, a pesar de la existencia de sentencias judiciales favorables a su reclamo. De todas formas, en dicho caso la Corte no analizó las obligaciones de progresividad y no regresividad respecto del derecho a la seguridad social.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entiende, a su vez, que no toda medida regresiva adoptada por un Estado es incompatible con el artículo 26 de la CADH, ya que la obligación de no regresividad implica un "análisis en conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida",[17] lo que lleva a una profundización acerca de la situación general del país a la luz de la medida tomada por ese Estado. Agrega además que el cumplimiento progresivo de los DESCA implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia, siendo ello la obligación de no regresividad.[18]

Por último, es dable destacar que la CIDH cita en más de una ocasión al Comité DESC, cuando el mismo se ha pronunciado sobre las medidas regresivas, entendiendo una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos en cuestión.[19] Por esto, tam-

---

16 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375.

17 CIDH, Informe 38/09, de 27 de marzo de 2009. Caso 12.670, Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras *vs.* Perú (admisibilidad y fondo), párr. 140.

18 CIDH, Informe 38/10, de 17 de marzo de 2010. Petición 1198-005, Ivanildo Amaro Da Silva y otros *vs.* Brasil (admisibilidad), párr. 41.

19 CIDH, Informe 38/09, *cit.,* párr. 137; Informe de País, Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, de 31 de diciembre 2017, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209, párr. 408, e Informe Temático, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en Méxi-

bién consideramos relevante identificar el avance que los órganos de interpretación de tratados han realizado de los principios de progresividad y no regresividad.

III. La Corte IDH y el desarrollo de los estándares sobre progresividad y no regresividad

Luego de estos pocos avances en el tema de DESCA en los casos *Cuscul Pivaral* y *Poblete Vilches,* la Corte IDH destaca la interdependencia entre los derechos económicos sociales y culturales y los derechos civiles y políticos, de conformidad con lo que establece el Preámbulo de la CADH.[20] Por otra parte, entiende que el derecho a la salud está protegido por el artículo 26 de la CADH, ya que es un derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Además, sostiene que del artículo 26 de la CADH se desprenden dos tipos de obligaciones: por un lado, la adopción de medidas generales de manera *progresiva* y, por el otro, la adopción de medidas de carácter *inmediato*.

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.[21]

La *realización progresiva* significa que los Estados tienen "[...] la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión".[22] Asimismo, en el caso *Cuscul Pivaral* agregó que el desarrollo progresivo de los DESCA no podrá

co, de 30 de diciembre de 2013, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 48/13, párrs. 585 y 586.

20 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 102.

21 *Ibidem,* párr. 104, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 141.

22 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 104.

lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, "[...] requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad".[23] De esto se desprende un deber —si bien condicionado— de *no regresividad,* frente a la realización de los derechos alcanzados,[24] que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.[25]

Vinculada a la progresividad, la Corte aborda la obligación de *no regresividad*. Así, y citando al Comité DESC,[26] entiende que las medidas regresivas deberán ser tomadas realizando consideraciones cuidadosas y justificadas con referencia a todos los derechos contenidos en el PIDESC, evaluando el contexto de aprovechamiento máximo de los recursos del Estado.[27] En definitiva, "se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso".[28]

Por otra parte, la Corte IDH profundiza el alcance de los estándares en la materia, al referirse a las disposiciones del *corpus iuris* internacional que consagran DESCA. De esta manera, es posible reforzar lo que dispone el artículo 26 de la CADH con lo que establece no solo el PIDESC, sino todos los tratados del Sistema Universal, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño

---

23 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 80.

24 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 104, y *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit.,* párr. 190.

25 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 143. Esta postura también fue sostenida en el *caso Muelle Flores,* en donde se determinó que "[...] realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú, cit.*, párr. 190.

26 Comité DESC, Declaración sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", de 21 de septiembre de 2007, U.N. Doc. E/C.12/2007/1, párr. 10.

27 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 143.

28 *Idem.*

o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.[29] Un ejemplo de ello se observa cuando la Corte utiliza primeramente la definición de derecho a la salud elaborada por el Comité DESC.[30]

La Corte IDH tiene ampliamente en cuenta lo determinado por el Comité DESC en su Observación general 14 relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud[31] cuando la remite a lo determinado por el Comité respecto de la calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad de la infraestructura en materia de salud.[32]

Sin embargo, dejó en claro que, dados los hechos del caso, no estaba en juego el análisis sobre progresividad de las medidas, lo que no fue alegado por los representantes de las presuntas víctimas, sino que se analizaría la prestación de medidas de carácter inmediato.[33]

En *Cuscul Pivaral,* la Corte IDH estableció que la obligación de realización progresiva de los DESCA prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para la efectiva protección de estos derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o a su integridad personal. Esta situación ocurre con las personas que viven con VIH cuando no reciben atención médica, por lo que la Corte concluye que la inacción estatal en materia de protección del derecho a la salud, previo a 2004, constituyó una violación al principio de progresividad previsto por el artículo 26 de la Convención.[34] Por

29 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 114.

30 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 107, y *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 118.

31 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 115.

32 *Ibidem,* párrs. 120 y 121; Comité DESC, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, párr. 12.

33 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 134.

34 El Tribunal verificó distintas omisiones en la atención médica brindada a las víctimas fallecidas. Específicamente, el Estado incumplió en su deber de asegurar una terapia antirretroviral, realizar las pruebas diagnóstico

su parte, en el caso *Poblete Vilches,* la Corte IDH sostuvo que no se trataba de valorar las acciones u omisiones del Estado en lo que respecta al desarrollo progresivo, sino "la prestación de medidas de carácter básico e inmediato a fin de tutelar la salud del señor Poblete Vilches".[35]

En ambos casos, la Corte sostuvo que existió discriminación en el actuar del Estado, pues se trataba de personas en situación de vulnerabilidad (pobreza, mujeres embarazadas y adultos mayores). Así, la Corte entiende que la obligación de no discriminación, en cuanto al acceso al derecho a la salud, es una obligación de exigibilidad inmediata,[36] lo que implica que deben aplicarse las políticas inclusivas necesarias para que toda la población pueda acceder a los servicios públicos.[37] Postuló que la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vía de igualdad. De esta forma, la obligación de los Estados en el respeto y garantía del derecho a la salud adquiere una dimensión especial en materia de protección a personas en situación de vulnerabilidad.[38] En este sentido, la Corte resalta la particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud,[39] indicando la existencia de diversos factores, como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades

---

para la atención y tratamiento del VIH y de enfermedades oportunistas y en proveer apoyo social. Estas omisiones constituyeron fallas terapéuticas que de no haber ocurrido hubiera reducido las probabilidades de que se desarrollaran enfermedades oportunistas, las cuales causaron la muerte de las víctimas. Corte IDH. *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 158. Agregó además que el Estado omitió brindar una adecuada atención médica a mujeres que viven con VIH en estado de embarazo, lo cual tuvo un impacto diferenciado y generó un riesgo de transmisión vertical del VIH a sus hijos. Corte IDH. *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 137.

35 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 134.

36 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 98.

37 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 122.

38 *Ibidem,* párr. 174 y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 130.

39 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 131.

de recuperación. Reconoce que esta particular vulnerabilidad se hace especialmente visible en lo que refiere al derecho a la salud. Así, concluye que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada, lo que exige la adopción de medidas diferenciadas.[40]

Por lo que respecta al VIH, la Corte IDH reconoce que las personas que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada o incompleta.[41] El Tribunal también advierte la situación de vulnerabilidad que padecen las mujeres que viven con VIH, sobre todo aquellas que se encuentran en edad reproductiva.[42]

De esta manera, se concluye que la Corte IDH ha establecido ciertos estándares en lo que respecta a las obligaciones de progresividad y no regresividad. A continuación, analizaremos los estándares elaborados por parte del Comité DESC y las y los relatores/as que actúan en el marco de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas, que vienen a complementar y robustecer la postura de la Corte IDH sobre el alcance de las obligaciones que tienen los Estados en materia de DESCA.

IV. Estándares sobre DESCA en el Sistema Universal de protección

Al momento de identificar estos estándares debe tenerse presente que, aun cuando el análisis se realizará mediante la sistematización de lo que sostuvieron los distintos órganos del Sistema Universal de protección, los estándares de progresividad y regresividad no constituyen compartimentos estancos, sino que las interpretaciones efectuadas suelen remarcar su interrelación y constante evolución.

40 *Ibidem*, párr. 127.

41 *Ibidem*, párr. 131.

42 *Idem*.

4.1. Comité DESC

Este Comité fue creado mediante la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), a los fines de supervisar el cumplimiento del PIDESC. A lo largo de los años, ha especificado los estándares aplicables a través de observaciones generales, observaciones finales y su reciente jurisprudencia.[43]

4.1.1. Observaciones generales

De conformidad con el artículo 2 del PIDESC, los Estados parte se comprometieron a lograr, progresivamente y hasta el máximo de los recursos disponibles, la concreción de los derechos que se reconocen en este instrumento.

En su Observación general 3, el Comité desarrolló las bases de lo que debe entenderse por progresividad de conformidad con lo que establece el artículo 2 del PIDESC, lo que fue replicado posteriormente por la propia Corte IDH en su jurisprudencia.[44] Asi, destacó que el concepto de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales implica que su realización suele tener efecto a lo largo del tiempo.[45] De todas maneras, detalló que esto no implica una privación del contenido de las obligaciones: por un lado, se requerirá un dispositivo que refleje las realidades y dificultades que implica para el Estado en cuestión asegurar la plena efectividad de estos derechos[46] y, por el otro, las obligaciones deben interpretarse a la luz del objetivo del

[43] Resultado de la entrada en vigor el 5 de mayo de 2013 del Protocolo Facultativo del PIDESC que permite que el Comité DESC pueda examinar comunicaciones remitidas por las personas que aleguen una violación al Pacto.

[44] Por ejemplo, en *Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 104, y *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 80.

[45] Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, párr. 9.

[46] Hasta aquí se verifica el mismo estándar establecido por la Corte IDH en su jurisprudencia.

PIDESC, el cual impone claras obligaciones a los Estados en cuanto a la plena efectividad de dichos derechos.[47] Es decir, existe una obligación a proceder lo más rápida y eficazmente posible a los fines de lograr dicho objetivo.[48]

En la Observación general 3, el Comité DESC también sentó un criterio por el cual se pueden adoptar medidas regresivas, señalando que "[...] todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga".[49] Asimismo, indicó que "[...] aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo."[50]

Por otra parte, el Comité ha especificado los alcances de las obligaciones de progresividad y no regresividad para distintos supuestos que se examinan a continuación.

4.1.1.1. Derecho a la salud

En lo que respecta a la progresividad, en la Observación general 14, el Comité reiteró que la plena efectividad no puede lograrse en un breve periodo de tiempo y que puede existir una limitación de recursos disponibles, pero ello no impide que el Estado tenga la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.[51]

En relación con la no regresividad, el Comité sostuvo que "[...] existe una fuerte presunción de que no son permisibles las

47 Comité DESC, Observación general 3, *cit.,* párr. 9.

48 *Idem;* Comité DESC, Observación general 14, *cit.,* párr. 31, y Observación general 18, El derecho al trabajo, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, párr. 20.

49 Comité DESC, Observación general 3, *cit.,* párr. 9.

50 *Ibidem,* párr. 12.

51 Comité DESC, Observación general 14, *cit.,* párrs. 30 y 31.

medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud". En caso de adopción de medidas regresivas, corresponde al Estado demostrar: *1)* la aplicación de un examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, y *2)* que las medidas están debidamente justificadas en relación con la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto, en el contexto de una plena utilización de los máximos recursos disponibles en el Estado.

Asimismo, en la Observación general 22, sobre salud sexual y reproductiva, el Comité reiteró que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de un derecho;[52] y que la adopción de medidas regresivas puede efectuarse solo en "el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte".[53] Asimismo, ha establecido que hay obligaciones que no están sujetas a una realización progresiva ni están sujetas a la disponibilidad de recursos.[54]

4.1.1.2. Derecho a la educación

En la Observación general 13, el Comité destacó que el plan de acción mencionado por el artículo 14 del PIDESC debe tener como objetivo la aplicación progresiva del derecho a la enseñanza primaria obligatoria y gratuita. Esto implica que el plan debe fijar específicamente fechas concretas de ejecución para cada fase de la aplicación progresiva del mismo.[55] A su vez, la implementación progresiva de la enseñanza gratuita implica que los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para garantizar las enseñanzas secundaria y superior gratuitas.[56] Si bien se pueden adoptar medidas regresivas, el Comité

[52] Comité DESC, Observación general 22, Derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del PIDESC), U.N. Doc. E/C.12/GC/22, párr. 33.

[53] Comité DESC, Observación general 13, El derecho a la educación (art. 13), U.N. Doc.E/C.12/1999/10, párr. 45.

[54] Comité DESC, Observación general 18, *cit.*, párr. 33.

[55] Comité DESC, Observación general 11, Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14), U.N. Doc.E/1992/23, párr. 10.

[56] Comité DESC, Observación general 13, *cit.*, párr. 14.

especifica que "el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte".[57]

4.1.1.3. Derecho a una alimentación adecuada

En relación con el derecho a una alimentación adecuada, el Comité entendió que si bien el mismo debe alcanzarse de manera progresiva, los Estados tienen una obligación básica de mitigar y aliviar el hambre, incluso en caso de desastre natural o de otra índole.[58] A su vez, destacó que los Estados tienen la obligación primordial de adoptar medidas para lograr progresivamente el pleno ejercicio de dicho derecho, de la manera más rápida posible, adoptando por lo menos las medidas que garanticen que toda persona bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales, suficientes, inocuos y adecuados nutritivamente para protegerla contra el hambre.[59]

4.1.1.4. Personas con discapacidad

Se debe tener presente el alcance de las obligaciones de progresividad y no regresividad establecido por el Comité para las personas en situación de vulnerabilidad, ya que es tomando en cuenta por la Corte IDH en el caso *Poblete Vilches*.[60] Específicamente, el Comité entendió que la progresividad implica que los Estados deben adoptar medidas positivas en miras a reducir las desventajas estructurales y para dar trato preferencial a este grupo par-

57 *Ibidem,* párr. 45.

58 Comité DESC, Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada, U.N. Doc. E/C.12/1999/5, párr. 6.

59 *Ibidem,* párr. 14.

60 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit.,* párr. 115.

ticularmente vulnerado y desfavorecido, para asegurar su plena participación e igualdad en sociedad.[61]

4.1.2. Observaciones finales

A lo largo de la evolución de las observaciones finales emitidas por el Comité DESC sobre los informes periódicos de los distintos Estados parte se le fue dando mayor contenido y especificidad al concepto de la progresividad y no regresividad, como se detallará a continuación. En ese sentido, entendemos que es relevante analizar lo determinado por el Comité en dichas observaciones finales, ya que continúan brindando estándares en materia de DESC que podrán ser utilizados a futuro por la Corte IDH, tanto en casos contenciosos como en opiniones consultivas.[62]

En dichos documentos, el Comité recomendó a los Estados formas de instrumentar la efectiva satisfacción progresiva de los derechos contenidos en el Pacto. Por ejemplo, recomendó adoptar medidas contra la corrupción y evaluar las asignaciones presupuestarias para la aplicación del Pacto, y así poder determinar si se utilizó el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.[63] También, el Comité alentó a los Estados parte a desarrollar una política tributaria suficiente, progresiva y socialmente justa que mejore la recaudación y, por ende, los recursos disponibles.[64] Asimismo,

---

61 Comité DESC, Observación general 5, Personas con discapacidad, U.N. Doc. E/1995/22, párr. 9.

62 La Corte IDH ha utilizado las observaciones finales de los comités del sistema universal de protección de derechos humanos como herramienta para establecer el alcance de las obligaciones del Estado. Véase Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 207.

63 Comité DESC, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Serbia, de 10 de octubre de 2014, U.N. Doc. E/C.12/SRB/CO/2, párr. 10.

64 Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala, de 9 de diciembre de 2014, U.N. Doc. E/C.12/GTM/CO/3, párr. 8; Comité DESC, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 14 de julio de

a incrementar progresivamente los gastos en materia de DESC como porcentaje del PIB.[65] En otras ocasiones, el Comité directamente recomienda al Estado parte que aumente el gasto público para garantizar los derechos enunciados en el Pacto.[66]

A su vez, mencionó ejemplos concretos de derechos económicos, sociales y culturales que están insatisfechos, y sugirió a los Estados formas específicas para lograr su satisfacción progresiva, como aumentar progresivamente el salario mínimo;[67] instaurar en forma progresiva la educación primaria gratuita en cumplimiento de las disposiciones del artículo 14 del Pacto[68] o incrementar los gastos públicos en educación en general y adoptar medidas para la realización progresiva del derecho a la educación de los grupos desfavorecidos y marginados,[69] o incrementar progresivamente el presupuesto asignado al Ministerio de Desarrollo Social del Estado o el Ministerio equivalente.[70] También instó a los Estados a que establezcan nuevas prioridades para la asignación de recursos y aumenten de manera constante la proporción del presupuesto público disponible para sectores clave como la protección social, la salud, la vivienda, la agricultura y la educación, que tienen gran importancia para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y lograr su efectividad progresiva.[71]

En materia de no regresividad, el Comité estableció el alcance de las obligaciones del Estado que luego fue replicado en los

2016, U.N. Doc. E/C.12/GBR/CO/6, párr. 54.

65 Comité DESC, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Canadá, de 23 de marzo de 2016, U.N. Doc. E/C.12/CAN/CO/6, párr. 10.

66 *Idem*.

67 Comité DESC, Observaciones finales sobre el informe inicial de Benín, de 5 de junio de 2002, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.78, párr. 24.

68 *Ibidem*, párr. 45.

69 Comité DESC, Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Popular de China (incluidos Hong Kong y Macao), de 13 mayo de 2005, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.107, párr. 66.

70 Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala, de 9 de diciembre de 2014, U.N. Doc. E/C.12/GTM/CO/3, párr. 20.

71 Comité DESC, Observaciones finales sobre el informe inicial de Uganda, de 8 de julio de 2015, U.N. Doc. E/C.12/UGA/CO/1, párr. 8.

casos *Cuscul Pivaral*[72] y *Poblete Vilches*.[73] Así, reconoció que si bien en ciertas ocasiones algunos ajustes resultan inevitables,[74] los Estados parte deben asegurarse de que las medidas que se adopten para estabilizar la situación económica no afecten desproporcionadamente a las personas y los grupos de población más desfavorecidos y marginados ni causen una reducción de las normas de protección social vigentes que las deje por debajo de los mínimos básicos.[75] Estas medidas solo pueden aplicarse si son temporales, necesarias y proporcionales, no son discriminatorias y no afectan de manera desproporcionada a los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados.[76]

Además, entendió que a pesar de las dificultades económicas que los países puedan enfrentar, deben continuar realizando todos los esfuerzos necesarios para evitar que esa situación afecte a la inversión social y la progresiva realización de los DESC.[77]

4.1.3. Comunicaciones

Luego de la adopción y entrada en vigor del Protocolo al PIDESC se facultó al Comité DESC para analizar las comunicaciones que

---

72 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit.*, párr. 130.

73 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *cit.*, párr. 123.

74 Refiriéndose a la carta abierta que dirigió a los Estados parte el 16 de mayo de 2012 sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, en la que se exponen los requisitos que debe reunir cualquier modificación o ajuste de políticas propuesto por los Estados parte para hacer frente a la crisis económica. Comité DESC, Carta Abierta del Presidente del Comité DESC a los Estados parte del PIDESC, de 16 de mayo de 2012, UN Doc. CESCR/48th/SP/MAB/SW.

75 Comité DESC, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Ucrania, de 13 de junio 2014, U.N. Doc. E/C.12/UKR/CO/6, párr. 5, y Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Grecia, de 27 de octubre de 2015, U.N. Doc. E/C.12/GRC/CO/2, párrs. 7 y 8.

76 Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Portugal, de 8 de diciembre de 2014, U.N. Doc. E/C.12/PRT/CO/4, párr. 6.

77 Comité DESC, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela, de 7 de julio de 2015, U.N. Doc. E/C.12/VEN/CO/3, párr. 6.

presenten los individuos que aleguen la violación de un derecho económico, social o cultural de conformidad con lo que establece el tratado. Así es como en la actualidad el Comité se ha pronunciado sobre el fondo en relación con cuatro casos.[78]

De ese total, solo en el caso *Djazia* se pronunció sobre la no regresividad en relación con el derecho a la vivienda y las obligaciones del Estado en un contexto de crisis económica. Así, el Comité reiteró que las medidas regresivas pueden ser adoptadas, pero siempre que el Estado las justifique en relación con el resto de los derechos contemplados en el Pacto y en el contexto del pleno aprovechamiento de los recursos disponibles.[79] También agregó que en casos de grave crisis económica, una medida regresiva debe ser "provisional, necesaria y proporcional y no discriminatoria."[80]

4.2. Los procedimientos especiales en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos están constituidos por mandatos a cargo de expertas y expertos independientes que presentan informes y asesoran desde una perspectiva temática o en relación con la situación de un Estado en particular. Este sistema es central dentro del mecanismo de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas, cubriendo los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Al 1 de agosto de 2017 existen 44 mandatos temáticos y 12 mandatos que cubren Estados.[81]

Mediante este mecanismo se han elaborado estándares a la par del Comité DESC, que en algunos casos profundizan el alcance de

78 Información a junio de 2019.

79 Comité DESC, Comunicación 5/2015, *Djazia vs. España,* E/C.12/61/D/5/2015, de 21 de julio de 2017, párr. 17.6.

80 *Idem*.

81 Disponible en *https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx*

los conceptos de progresividad y no regresividad. A continuación analizaremos aquellos desarrollos más relevantes que han efectuado los expertos en sus informes temáticos y en sus visitas a países para definir las obligaciones del Estado en la materia.

4.2.1. Relatoría Especial sobre Derecho a la Educación

De conformidad con esta Relatoría, el concepto de realización progresiva de los DESC implica que se deben adoptar medidas para promover la realización de un derecho con miras a garantizar una expansión sostenible de su disfrute en todo el Estado. En ese sentido, reitera las palabras del Comité DESC al sostener que se trata de una obligación específica y permanente de "avanzar lo más rápida y efectivamente posible" hacia la plena realización del derecho; estableciendo metas nacionales con referencia a una evaluación objetiva de las prioridades nacionales y de las limitaciones de recursos de cada país (considerando la cooperación internacional).[82] En la utilización de recursos se debe priorizar la realización de los derechos humanos.[83]

Asimismo, enfatizó que los Estados tienen la obligación de garantizar, con carácter prioritario, "niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos" reconocidos en el PIDESC. El artículo 14 de dicho instrumento subraya la obligación básica de adoptar un plan de acción para garantizar la aplicación progresiva del derecho a una educación primaria obligatoria y gratuita en un marco temporal razonable.[84] El Comité DESC ha subrayado la obligación específica de la comunidad internacional de financiar la realización del derecho a la educación, y que los Estados que necesitan asistencia internacional deben solicitarla y admi-

[82] Informe provisional del Relator Especial Kishore Singh sobre el derecho a la educación, de 5 de octubre de 2011, A/66/269, párr. 10.

[83] Informe de la Relatora Especial Katarina Tomaëvski sobre el derecho a la educación, Adición Misión a Colombia, de 17 de febrero de 2004, E/CN.4/2004/45/Add.2, párr. 31.

[84] Informe provisional del Relator Especial Kishore Singh sobre el derecho a la educación, de 5 de octubre de 2011, *cit.,* párr. 12.

nistrarla para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.[85]

La Relatoría también expresó que los Estados deben introducir de manera progresiva la enseñanza gratuita, debiendo dar prioridad a la enseñanza primaria gratuita. Las medidas adoptadas por los Estados deben ser "deliberadas, concretas y orientadas a la plena efectividad del derecho a la educación".[86] Por otra parte, cuando existan limitaciones por la escasez de recursos, se debe facilitar progresivamente sin discriminación.[87]

Entre las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar la progresividad se encuentra la adopción de un marco jurídico que establezca la obligación de alcanzar objetivos de manera gradual, estableciendo una fecha límite, la forma de financiamiento, la elaboración de indicadores y el apoyo de instituciones estadísticas.[88] Asimismo, los Estados pueden elaborar programas de colaboración con el sector privado con el fin de lograr paulatinamente la satisfacción de este derecho, pero ello solo puede ser temporal, debiendo desembocar en un programa público que garantice el acceso sin discriminación.[89]

La legislación nacional debería establecer concretamente cuáles son los pasos que lograrán la realización progresiva de los DESC y cuáles serás las partidas presupuestarias para realizarlos; es preciso además establecer estadísticas e indicadores, así como fechas límite.[90] Es necesario que las obligaciones jurídicas en vigor se apliquen de manera práctica en objetivos, metas e indica-

85 *Ibidem,* párr. 15 e Informe de la Relatora Especial Katarina Tomaöevski sobre el derecho a la educación, de 17 de febrero de 2004, *cit*., párr. 25.

86 Informe del Relator Especial Kishore Singh sobre el derecho a la educación, La justiciabilidad del derecho a la educación, de 10 de marzo de 2013, A/HRC/23/35, párr. 67.

87 Informe del Relator Especial Kishore Singh sobre el derecho a la educación, de 9 de octubre de 2013, A/68/294, párr. 38.

88 *Ibidem,* párrs. 48 y 79.

89 Informe del Relator Especial Kishore Singh sobre el derecho a la educación, de 26 de septiembre de 2015, párrs. 90 y 91.

90 Informe del Relator Especial Kishore Singh sobre el derecho a la educación, de 9 de octubre de 2013, *cit*., párr. 48.

dores, junto con la formulación de planes de acción y programas nacionales con puntos de referencia para la realización progresiva de un enfoque basado en los derechos humanos.[91]

4.2.1.1. Relatoría Especial sobre los Derechos Humanos al Agua potable y el Saneamiento

La Relatoría señala que las medidas que adopte el Estado deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia la plena realización de los DESC,[92] lo cual no significa que el Estado tenga la libertad de elegir cualquier medida que le parezca oportuna mientras refleje cierto grado de progreso. El Estado tiene la obligación de adoptar las medidas que sean más eficaces, teniendo en cuenta, a la vez, la disponibilidad de recursos y otras consideraciones de derechos humanos.[93]

La Relatoría sostiene que los Estados deben adoptar medidas aplicando el máximo de recursos disponibles para la realización progresiva de los DESC en lo que se refiere al saneamiento. Los Estados deben avanzar de la forma más ágil y eficaz posible para garantizar el acceso a servicios de saneamiento seguros, asequibles y aceptables para todos, que proporcionen intimidad y preserven la dignidad. Esto requiere medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia la plena realización, en particular con miras a crear un entorno propicio para que las personas ejerciten sus derechos relacionados con el saneamiento. La promoción y enseñanza de la higiene es una parte fundamental de esta obligación.[94]

---

91 *Ibidem,* párr. 79.

92 Informe de la Experta Independiente Catarina de Albuquerque sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, de 1 de julio de 2009, A/HRC/12/24, párr. 64.

93 Informe del Relator Especial Paul Hunt sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 31 de enero de 2008, A/HRC/7/11, párr. 50.

94 Informe de la Experta independiente Catarina de Albuquerque sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, de 1 de julio de 2009, *cit*., párr. 64.

Es necesario que esas metas nacionales se establezcan con referencia a una evaluación objetiva de las prioridades nacionales y de las limitaciones de recursos de cada país. Esencialmente, este es el significado de la expresión "realización progresiva", que figura en el artículo 2.1 del PIDESC. Cada Estado tiene la obligación de realizar gradualmente el derecho al agua y al saneamiento hasta el máximo de los recursos de que disponga. Se exige a los Estados que avancen hacia el objetivo de la plena efectividad de la forma más rápida y eficaz que sea posible, en función de los recursos disponibles y en el marco de la cooperación y la asistencia internacionales, de ser necesario. Esto significa que todos los Estados —incluidos los que ya han alcanzado la meta del Objetivo de Desarrollo del Milenio— deben seguir adoptando medidas para garantizar la plena realización de los derechos humanos relativos al saneamiento y el agua. El logro de la meta del Objetivo de Desarrollo del Milenio no debería utilizarse como justificación para no alcanzar el acceso universal. En el proceso hacia la consecución del acceso universal, los objetivos pueden ofrecer criterios de referencia nacionales pertinentes a mediano plazo.[95]

La realización progresiva exige tanto un aumento paulatino del número de personas atendidas para alcanzar la universalidad en el acceso como la mejora del nivel de los servicios. En este sentido, existen medidas que se encuentran en una etapa intermedia para la realización progresiva de los derechos humanos, como lo supone el establecimiento de servicios de saneamiento, públicos o compartidos.[96]

Desde la Relatoría se reconoce que no es fácil evaluar en términos cuantitativos si un Estado está gastando "hasta el máximo de los recursos" de que dispone. Se requiere un examen de las actividades fiscales y normativas emprendidas para la realización de los derechos humanos, con el objeto de evaluar si son suficientes en determinadas circunstancias, de manera tal que permita habilitar la opción de solicitud de cooperación inter-

[95] *Ibidem*, párr. 14.

[96] *Ibidem*, párr. 15.

nacional para la satisfacción de este derecho.[97] También existen enfoques más elaborados que recogen gran cantidad de datos y utilizan análisis econométricos, ejercicios de cálculo de los costos y modelos sobre la capacidad de afrontar las limitaciones. Es posible reforzar la rendición de cuentas mediante índices compuestos que proporcionan información comparativa sobre la idoneidad de las actividades del gobierno para dar pleno cumplimiento a determinados derechos socioeconómicos. Esos instrumentos pueden ayudar a determinar si los Estados están orientando el máximo de los recursos de que disponen a lograr la realización progresiva de los derechos al saneamiento y al agua para todos.[98]

Lograr esta meta requiere además la adopción de medidas de acción afirmativas en favor de los grupos desfavorecidos para elevar su nivel de acceso y equipararlo al del resto de la comunidad.[99]

La cooperación internacional para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación que incumbe a todos los Estados, en particular los que están en condiciones de prestar asistencia. Es esencial mantener la financiación para la realización progresiva de los derechos humanos.[100]

4.2.1.2. Relatoría Especial sobre el Derecho de toda Persona al Disfrute del más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental

La Relatoría sostiene que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas que sean más eficaces, teniendo a la vez en cuenta la disponibilidad de recursos y otras consideraciones de derechos humanos.[101] Los Estados también tienen algunas obligaciones

97 *Ibidem,* párr. 16.

98 *Idem*.

99 Informe del Relator Especial Léo Heller sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, de 3 de septiembre de 2018, A/HRC/39/55, párr. 33.

100 *Ibidem,* párr. 38.

101 Informe del Relator Especial Paul Hunt sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 31 de enero de 2008, *cit*., párr. 50.

básicas inmediatas, como las siguientes: distribuir de manera equitativa las instalaciones, bienes y servicios sanitarios; suministrar medicamentos esenciales; dar acceso a una alimentación esencial mínima, alojamiento básico, agua limpia y potable y saneamiento, así como adoptar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud.[102]

Se sostuvo que otro elemento ligado a la progresividad es la vigilancia efectiva, transparente y accesible, así como las disposiciones eficaces para la rendición de cuentas como característica fundamental del desarrollo de los derechos humanos.[103] Por ejemplo, hay datos que apuntan a que la corrupción en el sector de la salud tiene efectos negativos en la atención del cáncer y el VIH/sida.[104] La corrupción también reduce la capacidad de los gobiernos de conseguir el máximo volumen de recursos, entre otras cosas, mediante la cooperación internacional, ante todo porque provoca que los Estados sean menos atractivos para los donantes y las inversiones, y puede propiciar la evasión de impuestos. Las medidas de prevención y protección contra los delitos de corrupción son, pues, un componente esencial de esta obligación.[105]

El Estado debe, además, desarrollar indicadores de progreso en la satisfacción del derecho a la salud, que deben desglosarse, entre otros factores, por sexo, edad, raza y origen étnico, discapacidad y situación socioeconómica.[106]

---

102 Informe del Relator Especial Dainius Puras sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 14 de julio de 2017, A/72/137, párr. 24.

103 Informe del Relator Especial Paul Hunt sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 13 de febrero de 2003, E/CN.4/2003/58, párr. 53.

104 Informe del Relator Especial Dainius Puras sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 14 de julio de 2017, *cit.*, párr. 14.

105 *Ibidem,* párr. 25.

106 Informe del Relator Especial Dainius Puras sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 28 de marzo de 2017, A/HRC/35/21, párr. 36.

4.2.1.3. Relatoría Especial sobre una Vivienda Adecuada, como Parte del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado y sobre el Derecho a la no Discriminación

Esta Relatoría sostiene que la realización progresiva no solo requiere que se seleccionen indicadores que cuantifiquen los objetivos para la realización del derecho, sino también los niveles de referencia correspondientes a lo largo del camino hacia esos objetivos. Esos niveles de referencia, vinculados con una estrategia de desarrollo, pueden utilizarse entonces para evaluar periódicamente el avance del proceso.[107]

Asimismo, en relación con los asentamientos informales, se indicó que de la obligación de progresividad se desprende que el Estado tiene la obligación de establecer procedimientos para que las personas puedan solicitar la utilización del máximo de los recursos disponibles para satisfacer el derecho a una vivienda.[108]

V. Conclusión: profundizando los estándares de progresividad y no regresividad en el SIDH

La Corte IDH ha mostrado una evolución en la interpretación y aplicación de las normas sobre DESCA, desde un primer enfoque que implicaba una lectura en clave de derechos civiles y políticos, pasando por la aplicación del Protocolo de San Salvador y, posteriormente, del artículo 26 de la CADH. A ello se suma la consideración del *corpus iuris* en DESCA proveniente no solo del PIDESC, sino de otros tratados del Sistema Universal, que robustece la protección de los derechos al interior del Sistema

[107] Informe del Relator Especial Miloon Kothari sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación, de 3 de marzo de 2003, E/CN.4/2003/5, párr. 58.

[108] Informe de la Relatora Especial Leilani Farha sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho de no discriminación en este contexto, de 19 de septiembre de 2018, A/73/310/Rev.1, párrs. 17 y 92.

Interamericano. Sin embargo, como hemos establecido, el desarrollo en lo que respecta a la progresividad y no regresividad ha sido escaso.

Por otro lado, los estándares en materia de progresividad y regresividad han sido desarrollados en detalle por los órganos de protección del Sistema Universal de Derechos Humanos. En ese sentido, el Comité DESC ha tenido una labor destacada en especificar el alcance de las obligaciones para cada uno de los derechos a través de la adopción de observaciones generales, observaciones finales y resoluciones en casos individuales. Por otro lado, los informes de expertas y expertos con mandatos que funcionan en el marco de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos se constituyen, también, en una guía a ser tomada en cuenta, dado que se enfocan en los alcances de un derecho en relación con una temática en particular.

Tenemos entonces que la obligación de realizar los DESCA de forma progresiva exige organizar todo el aparato estatal de modo que se pueda proveer lo más rápida y eficazmente posible el cumplimento de estos derechos, aunque reconociendo que no se podrá lograr en un plazo breve. Esto implica la adopción de medidas legislativas y administrativas, el diseño de un presupuesto progresivo que proporcione a los Estados los recursos necesarios para financiar estas políticas y el incremento de las inversiones en el área, de conformidad con el crecimiento del PIB, asegurar la administración transparente de los fondos y fijar programas coherentes, con metas concretas orientadas a la vigencia de los derechos comprometidos. Se debe garantizar el control, tanto interno como internacional, poniendo a disposición la información relevante y ofreciendo datos comparativos que permitan medir la evolución de las medias adoptadas. Los grupos vulnerados deben gozar de un trato preferencial en el diseño de estos planes.

Como síntesis podría decirse, entonces, que la progresividad implica la organización de políticas específicas que destinen recursos crecientes hacia la plena realización de los derechos en juego —con énfasis en los grupos más desfavorecidos—, garantizando la fiscalización y la verificación de sus resultados en un marco comparativo.

Bibliografía

Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Parra Vera, Óscar, "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.

Pautassi, Laura, "Evaluando el progreso, midiendo el cumplimiento de derechos. Indicadores de medición del Protocolo de San Salvador", en AA. VV., *Indicadores de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y seguimiento de las políticas para la superación de la pobreza y el logro de la igualdad,* Santiago, CEPAL-Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013.

Pinto, Mónica, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano", *Revista IIDH,* San José, núm. 40, 2004.

Ronconi, Liliana, "Mucho ruido y pocos... DESC. Análisis del caso *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derechos Humanos,* núm. 12, 2016.

Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista Estudios Socio-Jurídicos,* Bogotá, Universidad del Rosario, vol. 9, abril de 2009.

Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas*

*Julieta Rossi***

I. Introducción

El presente análisis tiene el propósito de trazar líneas comparativas entre la reciente jurisprudencia sobre la obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), surgida del caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018)[1] y las interpretaciones desarrolladas por el Comité de Derechos Econó-

* Agradezco a Alejandro Fernández y Martina Olivera, abogados e investigadores *ad-honorem* del Instituto de Justicia y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús por la valiosa colaboración prestada en esta investigación.

** Profesora adjunta (interina) de Derecho internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Univeridad de Buenos Aires y directora de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.

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

micos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en el marco de los casos individuales resueltos a partir de la entrada en vigor del Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 2013, que estableció el sistema de comunicaciones individuales.

En este contexto, interesa destacar que la Corte IDH recientemente ha dado pasos significativos en dirección a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA o derechos sociales), tomando como punto de partida el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Varios son los casos ya resueltos por la Corte desde el primero de ellos, decidido en 2017, *Lagos del Campo vs. Perú,* en el que aplica directamente el artículo 26 y concluye la existencia de violaciones autónomas a derechos sociales protegidos por esta norma. Esta dirección de la Corte parece ir en línea con la tendencia dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) de tomarse en serio los DESCA,[2] en un continente que sigue siendo el más desigual del planeta y donde el porcentaje de población que vive en situación de pobreza es de aproximadamente 30% y en pobreza extrema 10%.[3]

Por su parte, el Comité DESC, si bien hasta el momento se ha pronunciado en cinco casos sobre el fondo del asunto,[4] cuenta con una trayectoria de más de 30 años en la tarea de monitorear el cumplimiento del PIDESC por parte de los Estados a través de la emisión de observaciones finales y de la elaboración de observaciones generales sobre el alcance y contenido de los derechos y deberes estatales previstos en el Tratado y declaraciones sobre temas en particular. Estos desarrollos son sumamente relevantes y han resultado ser una labor muy valiosa de precisión dogmáti-

[2] En este sentido, recientemente se creó la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se puso en marcha el sistema de monitoreo del Protocolo de San Salvador por parte del Grupo de trabajo creado al efecto.

[3] Véase CEPAL, Panorama Social de América Latina 2018, *https://www.cepal.org/es/publicaciones/44395-panorama-social-america-latina-2018*

[4] El Comité DESC ha declarado, a su vez, la inadmisibilidad en otros 19 casos.

ca de los derechos y de las obligaciones estatales contenidas en el PIDESC, que además ha sido de gran influencia en los ámbitos internos de los Estados, en particular en la arena judicial.[5]

Recordemos que el Protocolo al PIDESC —en vigor desde 2013— prevé la posibilidad de presentar comunicaciones o denuncias individuales en casos de violaciones a los derechos previstos en el PIDESC. Este protocolo, largamente militado y reclamado por la comunidad de activistas en DESCA y justicia social, finalmente abrió las posibilidades de la exigibilidad en el Sistema Universal, acortando las brechas tanto materiales como simbólicas entre los sistemas de protección de aquellos y de los derechos civiles y políticos (DCP).[6]

En función de los temas de interés que presentan los distintos casos, el objeto de este capítulo es entonces analizar los criterios interpretativos utilizados por el Tribunal Interamericano y el Comité DESC para abordar las obligaciones de progresividad y no regresividad y de asignar el máximo de los recursos disponibles para la efectiva vigencia de los DESCA en el contexto de su función contenciosa. A partir de este análisis se pretende poner en diálogo ambas visiones, trazar similitudes y diferencias, puntos de encuentro y de desencuentro con el fin de meritar virtudes y defectos, ventajas y desventajas de los caminos emprendidos por uno y otro órgano en estos desarrollos iniciales. El propósito

---

5 Véase, por ejemplo, Rossi, Julieta, "La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares internacionales en el campo de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales", en Moreira Maués, Antonio y Baía Magalhães, Breno (organizadores), *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas,* Río de Janeiro, Lumen Juris, 2018; Rossi, Julieta y Filippini, Leonardo, "El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales", en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina,* Bogotá, Siglo del Hombre-Uniandes-CELS-Universidad Diego Portales, 2010.

6 Véase Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *The optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a commentary,* Pretoria University Law Press, 2016, y Courtis, Christian y Andreu Guzmán, Federico, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra-Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión Internacional de Juristas, 2008.

último es aportar a la construcción de estándares y a la precisión de los contornos y significado de las obligaciones generales y particulares en materia de derechos sociales de modo riguroso y sistemático, particularmente en un campo que, por su ambigüedad e imprecisión, puede resultar en una trampa para la efectiva protección de estos derechos en la región y globalmente.

Este trabajo se divide en las siguientes secciones: en primer lugar, se abordan las líneas salientes del caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*. En segundo lugar, se examina una selección de casos del Comité DESC de interés para nuestro análisis. Luego de una breve descripción de estos casos, se esquematizan y sintetizan los criterios legales que surgen de la jurisprudencia de uno y otro órgano y se realizan algunas apreciaciones sustantivas, señalando, a su vez, dudas e interrogantes respecto de los criterios interpretativos avanzados, cuando así se considera pertinente. Por último y como conclusión del trabajo, se señalan cruces y distancias entre las posiciones de ambos órganos, evidenciando posibles vías de retroalimentación entre lo establecido por uno y otro.

II. El caso *Cuscul Pivaral* de la Corte IDH: las líneas salientes

Cuscul Pivaral vs. Guatemala representa un nuevo caso de suma relevancia en la línea de casos en que la Corte IDH determina aplicable de manera directa el artículo 26 de la CADH. Recordemos que la Corte ha inaugurado esta doctrina a partir del caso *Lagos del Campo vs. Perú* en 2017,[7] donde por primera vez responsabilizó a un Estado por la vulneración de dicho artículo de manera autónoma, en relación con derechos laborales, y reiteró su competencia para conocer y resolver controversias al respecto.[8] La

[7] Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

[8] Sobre el *Caso Lagos del Campo* véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El* caso Lagos del Campo *y los nuevos desafíos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

doctrina de este caso fue continuada en otros como *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (2017),[9] *San Miguel Sosa vs. Venezuela* (2018),[10] *Poblete Vilches vs. Chile* (2018)[11] y *Muelles Flores vs. Perú* (2019)[12] y en la Opinión Consultiva 23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.[13]

De los casos reseñados, es en el caso *Poblete Vilches vs. Chile* donde la Corte IDH se pronunció por primera vez sobre el derecho a la salud de manera autónoma aplicando el artículo 26 de la Convención y sobre los derechos de las personas adultas mayores, incluyendo la obligación de igualdad y no discriminación en su faceta sustantiva.[14] Recordemos que anteriormente, el Tribunal había optado por abordar el derecho a la salud y otros derechos sociales por vía de conexidad a través de los derechos a la integridad personal y a la vida.[15]

---

9 Corte IDH. *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.

10 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

11 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

12 Corte IDH. *Caso Muelles Flores vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375.

13 Corte IDH. OC-23/17. 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 de 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

14 Para un análisis en detalle de este caso véase Aldao, Martín y Clérico, Laura, "El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso *Poblete Vilches* y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables", asimismo, Ronconi, Liliana, "Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?", ambos en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

15 En este sentido, y entre los más recientes, cabe citar Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

En el caso *Cuscul Pivaral,* el Tribunal Interamericano se pronuncia nuevamente sobre el derecho a la salud, esta vez en contextos de personas viviendo con VIH/sida. Allí retoma los principales estándares del derecho a la salud desarrollados en casos anteriores, en función de las interpretaciones avanzadas por el Comité DESC, partiendo de su Observación general 14 sobre el derecho a la salud.[16] La Corte IDH adoptó el esquema cuatripartito que identifica ciertos componentes esenciales para la efectiva garantía del derecho a la salud, por ejemplo, disponibilidad, calidad, accesibilidad y aceptabilidad y se valió también de las Directrices Internacionales sobre VIH/sida y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida (ONUSIDA) de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) para determinar de modo más preciso los contornos de este derecho y de los deberes estatales concomitantes, en el contexto referido.

La Corte, además, analiza las obligaciones de progresividad y no regresividad establecidas en el artículo 26 de la CADH de manera independiente del examen que realiza de las vulneraciones a los derechos a la salud, integridad personal y a la vida, en relación con las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación (arts. 1 y 2 CADH). En este sentido, el Tribunal aporta ciertas especificaciones y avanza criterios de interpretación, precisando escenarios en los que tales deberes se verían infringidos.

Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261; *Caso Gonzales LLuy y otros vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298; *Caso I.V. vs. Bolivia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329. Sobre el uso de esta vía indirecta de protección de derechos sociales por la Corte IDH véase Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano,* México, CNDH, 2011. Sobre casos relacionados con el derecho a la salud resueltos por la Corte IDH véase Parra Vera, Óscar, "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

16 Comité DESC, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, de 11 de agosto de 2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4.

La Corte analiza, en lo que aquí interesa, si el Estado es responsable por la vulneración de los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal (arts. 26, 4 y 5 CADH) debido al impacto de la falta o deficiente atención médica provista a las presuntas víctimas; la violación al principio de no discriminación, por la falta de atención médica integral omitiendo considerar los diversos factores de vulnerabilidad como personas que viven con VIH, especialmente en el caso de mujeres embarazadas, así como la violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana, por las alegadas medidas regresivas adoptadas en detrimento de la plena efectividad del derecho a la salud para el grupo afectado.[17]

El Tribunal Interamericano divide su análisis en dos periodos (previo y posterior a 2004) y concluye confirmando la responsabilidad estatal en tanto constata que, previo a 2004, la mayoría de las presuntas víctimas no recibió ningún tipo de tratamiento médico o este fue deficiente para atender su afección. Al mismo tiempo, la Corte IDH considera que, con posterioridad a 2004, al haber sido acreditado el acceso irregular, nulo e inadecuado a tratamientos antirretrovirales, la falta de acceso a pruebas periódicas de CD4, carga viral, fenotipo y genotipo, el inadecuado o nulo apoyo social, así como la imposibilidad de acceso a los centros de salud por razones económicas o de ubicación de los domicilios de algunas de las presuntas víctimas del caso, el Estado también incumplió con su deber de garantía del derecho a la salud, dado que sus omisiones son incompatibles con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad de la atención a la salud.[18]

Finalmente, halló responsable al Estado por la violación del deber de garantía en relación con el derecho a la vida de las per-

[17] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 72.

[18] *Ibidem,* párr. 126. La Corte expresa: "Los elementos de disponibilidad y calidad requieren que exista un número suficiente de bienes, servicios y medicamentos necesarios para la atención a la salud que también deben ser apropiados desde el punto de vista médico y de buena calidad. El elemento de accesibilidad requiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean accesibles de hecho y de derecho para los sectores más vulnerables y marginados, y que estén a una distancia geográfica razonable".

sonas que fallecieron a causa de la nula o deficiente atención médica[19] y a la integridad física por las secuelas físicas y psíquicas que sufrieron varias de las víctimas como resultado de su condición como personas que viven con VIH.[20]

2.1. El alcance de los deberes de progresividad, no progresividad y máximo de los recursos disponibles

Hasta el caso *Cuscul Pivaral,* la Corte IDH había abordado escasamente el alcance de dichas obligaciones. En efecto, si nos remontamos al caso *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003),[21] en una hermenéutica muy cuestionada, la Corte determinó que el deber de desarrollo progresivo y no regresivo solo podía medirse en relación con la totalidad de la población y no solo respecto de un grupo que consideró "no representativo" de la situación general.[22] Este criterio parecía reducir las posibilidades de justiciabilidad de los derechos sociales únicamente a situaciones de carácter general. En efecto, si el análisis de violaciones a estos derechos se subordinara exclusivamente a una escala nacional, la justiciabilidad sería vía muerta, debido a que la Corte carece de competencia para llevar a cabo análisis generales de este tipo.[23]

---

19 *Ibidem,* párrs. 158 y 159.

20 *Ibidem,* párr. 163.

21 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.

22 *Ibidem,* párr. 147. Véase, al respecto, Courtis, Christian, "Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los 'Cinco Pensionistas' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Mexicana de Derecho Público*, ITAM, núm. 6, 2004. Sobre la obligación de progresividad en general, véase Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

23 En este sentido, el juez Roux Rengifo, en su voto razonado en el *Caso "Cinco Pensionistas", cit.,* expresó: "[...] el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede

Posteriormente, el Tribunal Interamericano abandona este camino y reencauza el examen de la obligación de progresividad y no regresividad y de la justiciabilidad de los derechos sociales en el SIDH más ampliamente, en consonancia con la jurisprudencia del Comité DESC.

Así, en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009),[24] desanda sus pasos, supera y rectifica estándares anteriores, así como las apreciaciones desatinadas del caso *"Cinco Pensionistas",* y de manera sintética sostiene que el artículo 26 consagra obligaciones legales en materia de derechos sociales, que la Corte IDH es competente para entender de alegadas violaciones a esta norma y que estos derechos no solo están sujetos a la obligación de progresividad, sino también a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH (respeto, garantía, no discriminación y adopción de medidas).[25] Señala, además, que de la obligación de progresividad se desprende el deber de no regresividad que es justiciable y fija criterios para el análisis de posibles violaciones a este deber, en línea con las pautas elaboradas por el Comité DESC.[26] Adicionalmente, la Corte IDH cita el asunto Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras *vs.* Perú[27] de la Comisión Interamericana de Dere-

---

ejercer —a diferencia de lo que ocurre con la Comisión— una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija que estas tengan que alcanzar determinado número".

24 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198. Véase Courtis, Christian, "Derechos económicos, sociales y culturales: artículo 26. Desarrollo progresivo", en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlín-Bogotá, Fundación Konrad Adenuaer, 2014.

25 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit.,* párrs. 99-102.

26 *Ibidem,* párr. 103.

27 CIDH, Informe 38/09, de 27 de marzo de 2009. Caso 12.670, Asociación Nacional de ex servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras *vs.* Perú, (admisibilidad y fondo).

chos Humanos (CIDH) que aborda la obligación de no regresividad y donde desarrolla criterios acordes con la hermenéutica del Comité DESC. A pesar de estos desarrollos, el Tribunal no considera aplicable el artículo 26 al caso concreto.

En definitiva, el caso *Acevedo Buendía* puede considerarse como un nuevo punto de partida en materia de justiciabilidad de los derechos sociales en el SIDH y de interpretación renovada del artículo 26 de la CADH, que en aquel entonces auguraba mejores tiempos para estos derechos en el ámbito regional de protección de derechos humanos.

En este contexto jurisprudencial, en el caso *Cuscul Pivaral,* la Corte retoma lo dicho en *Acevedo Buendía* y determina que el artículo 26 establece en cabeza de los Estados una obligación jurídica exigible, con características particulares vinculadas a la modalidad y plazos de cumplimiento, que no es distinta de la obligación que establece la misma CADH en su artículo 2 al reconocer compromisos programáticos de los Estados de "adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención".[28]

Al mismo tiempo, invoca la jurisprudencia del Comité DESC para reforzar su posición de que la obligación de progresividad es una obligación jurídica exigible, y aun cuando la plena efectividad de los derechos se realizará paulatinamente y considerando las restricciones a la disponibilidad de recursos, ello no invalida tal carácter, a la par que de aquella obligación madre surgen obligaciones de carácter "inmediato".[29]

---

28 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 79: "[...] la Corte considera que la mención del art. 26 que se refiere al deber de los Estados de 'adoptar providencias' 'para lograr progresivamente la plena efectividad' de los derechos que se derivan de la Carta de la OEA debe ser entendido como una formulación acerca de la naturaleza de la obligación que emana de dicha norma, y no acerca de la falta de existencia de obligaciones en sentido estricto para los Estados. La Corte recuerda que existen obligaciones formuladas en términos similares al artículo 26 reconocidos en otros artículos de la Convención, sin que exista controversia respecto a que estos imponen obligaciones exigibles en el plano internacional".

29 *Ibidem,* párr. 80.

A su vez, el Tribunal puntualiza que de la obligación de progresividad se desprende la obligación de no regresividad, tal como ha establecido el Comité DESC desde sus primeras observaciones generales: "Como correlato de lo anterior, la Corte ha considerado que se desprende un deber —si bien condicionado— de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho".[30]

Al respecto, la Corte retoma lo señalado por el Comité de las Naciones Unidas para precisar el test de escrutinio de la validez de medidas deliberadamente regresivas: dichas medidas requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el pacto de que se trate (en este caso, la CADH o el Protocolo de San Salvador) y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos estatales disponibles.[31] En la misma línea, la Corte refiere que la CIDH ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso".[32] Concluye que, en función de lo expuesto y reforzando líneas jurisprudenciales anteriores, "esta faceta del principio de progresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se trate".[33]

Luego del análisis conceptual de la obligación de progresividad y no regresividad, el Tribunal examina si, en el caso concreto, Guatemala ha vulnerado dicha obligación en relación con el derecho a la salud. Recordemos que los representantes de las víctimas

---

30 *Ibidem,* párr. 143.

31 *Idem.* La Corte cita la Declaración del Comité DESC sobre la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", de 21 de septiembre de 2007, U.N. Doc. E/C.12/2007/1.

32 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 143. La Corte menciona el Informe de Admisibilidad y Fondo de la CIDH del Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social, *cit*. Además, cita en su respaldo el *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit*.

33 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 143.

habían alegado que el Estado, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una epidemia de VIH en su territorio, adoptó medidas regresivas y no dispuso del máximo de sus recursos disponibles para prevenir la propagación del virus y garantizar el derecho a la salud. Específicamente, los representantes pusieron de manifiesto las barreras legales en materia de patentes que impidieron el abastecimiento permanente de medicamentos de bajo costo por parte del sistema de salud público, así como obstáculos en materia de contratación administrativa y actos de corrupción.[34]

La Corte IDH no consideró aplicable al caso el alegato sobre la violación del deber de no regresividad en materia de salud, tal como fue planteado, sino que procedió a examinar las distintas medidas adoptadas por el Estado en distintos momentos del periodo en el que se alegaba la ocurrencia de las violaciones. Así, concluyó que previo a 2004 "[...] debido a la inacción estatal en materia de protección al derecho a la salud de la población de personas que viven con el VIH, a pesar de la existencia de una obligación internacional y de una regulación estatal [...] el Estado es responsable por la violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento".[35]

En este sentido, el Tribunal halló que, en ese periodo, Guatemala no contaba con políticas públicas o programas que *de facto* —y no solo *de iure*— le permitieran cumplir con la obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud. Por ello determinó que las obligaciones de realización progresiva de los DESCA requieren la adopción continua de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos. De esta forma, "[...] la dimensión progresiva de protección de los DESCA, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables".[36]

[34] *Ibidem*, párr. 140.

[35] *Ibidem*, párr. 148.

[36] *Ibidem*, párr. 146.

En esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado "[...] sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal. Este riesgo ocurre en relación con personas que viven con el VIH que no reciben atención médica adecuada". El Tribunal concluye que "[...] el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que *de facto* —y no solo *de iure*— le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud".[37]

Por último, la Corte descarta que Guatemala haya incurrido en una vulneración de la obligación de no regresividad para prevenir y combatir el VIH tal como sostenían la Comisión y los representantes de las víctimas,[38] en tanto que desde 2004 y hasta 2017 el Estado impulsó un conjunto de acciones que incluyen la promulgación de leyes y decretos, acuerdos gubernativos, protocolos de atención, convenios de cooperación y manuales, así

[37] *Ibidem,* párr. 147. La Corte sigue afirmando: "En efecto, la determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y los recursos disponibles. Sin embargo, la Corte reconoce que el margen con el que gozan los Estados para la realización efectiva de los DESCA no justifica la inacción en su protección. En este sentido, en el presente caso, el Tribunal recuerda que ha quedado demostrado que el Estado, a pesar de contar con una serie de leyes y programas diseñados para la atención de personas que viven con el VIH, no proveyó tratamiento médico antes del año 2004 para garantizar el derecho a la salud de dichas personas, salvo para atender a un número limitado de personas, confiando esta tarea en la acción de organizaciones no gubernamentales [...]. De esta forma, la Corte considera que la inacción por parte del Estado, antes del año 2004, constituyó un incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de protección progresiva del derecho a la salud, en violación al artículo 26 de la Convención Americana".

[38] *Ibidem,* párr. 145: "Teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis se refiere a las medidas específicas que, en concepto de la Comisión y de los representantes, habrían sido regresivas para prevenir y combatir el virus del VIH en Guatemala, la Corte aclara que en el presente caso no corresponde evaluar si la actual política pública estatal en materia de combate al VIH es insuficiente en relación con las obligaciones previstas por el artículo 26 de la Convención".

como aumentos progresivos del presupuesto y otras medidas de política pública encaminadas a lograr una mayor protección de la población afectada.[39]

2.2. Precisiones conceptuales y algunos interrogantes que surgen de la jurisprudencia de la Corte IDH

De las consideraciones y conclusiones de la Corte antes reseñadas surgen una serie de precisiones conceptuales y ciertos interrogantes que sintetizamos de la siguiente forma:

a) Para cumplir con la obligación de progresividad, los Estados deben avanzar continuamente hacia la plena satisfacción de los derechos sociales, por lo que una situación comprobada de inacción para la protección de los derechos en juego no es válida en términos de la CADH (y del Protocolo de San Salvador).

b) Si bien el núcleo duro del deber de desarrollo progresivo consiste en la adopción de medidas legislativas y normativa administrativa consecuente, ello no es suficiente para satisfacer esta obligación. Esas acciones se deben complementar con medidas de política pública y programas específicos que sean idóneos y conducentes para proveer las prestaciones sociales necesarias a fin de satisfacer los derechos en juego. La inacción se configura, entre otros supuestos, cuando, a pesar de la existencia de normativa e incluso de políticas y programas diseñados para proveer dichas prestaciones, el Estado no cumple con la regulación vigente y en la práctica no las provee a las personas afectadas.

c) La inactividad estatal es especialmente inválida cuando provoca la inminencia de sufrir un daño a la vida o a la integridad personal. Esta situación acontece cuando se trata de personas viviendo con VIH a quienes no les es provista una atención médica adecuada, aunque no estaría limitada solo a este supuesto.

[39] *Idem*.

d) Para satisfacer la obligación de progresividad se debe verificar una "mejora efectiva" de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales. Esta no se satisface con la sola adopción de legislación, políticas, programas y mayores recursos. En esta línea, el deber de desarrollo progresivo incluye un sentido de progreso. De modo tal que, en los términos de la Corte IDH, resultaría necesaria la comprobación de esa "mejora efectiva" sobre el nivel de goce de los derechos de que se trate y, como presupuesto de ello, entonces resultaría necesaria la "medición" de aquel extremo.

Al mismo tiempo, las consideraciones de la Corte en el caso dejan planteados algunos interrogantes:

a) Como referimos, la Corte parece sugerir que es necesario medir los mayores niveles de satisfacción del derecho en juego y, para ello, es necesario producir información precisa que dé cuenta de esa "mejora efectiva". Sin embargo, en el caso en estudio, el Tribunal afirma que luego de 2004, el Estado comenzó a adoptar políticas y programas y a asignar mayor presupuesto, pero no realiza mediciones concretas de los resultados de estas medidas y solo descarta una vulneración de la obligación de no regresividad, sin pronunciarse sobre el cumplimiento de la obligación de progresividad. En la visión de la Corte IDH, el hecho de que Guatemala comenzara a adoptar políticas, programas y a asignar presupuesto parece desechar automáticamente —sin contar con mediciones sobre su efectividad— que hubiera infringido el deber de no regresividad pero no ser suficiente para satisfacer el deber de progresividad (aunque la Corte decide no analizar explícitamente este extremo).[40]

Ahora bien, esta afirmación parece ser contradictoria con la conclusión simultánea del Tribunal de que Guatemala, incluso con posterioridad a 2004, incumplió con su deber de garantía respecto del derecho a la salud por no haber provisto, de acuerdo con los estándares exigidos, la

[40] *Idem.*

atención médica integral que los pacientes requerían. La Corte no ofrece pautas suficientemente claras para determinar la inexistencia de una violación de la obligación de no regresividad (entre otras cuestiones, no realiza mediciones al respecto cuando la situación no parece encuadrarse en un supuesto de regresividad normativa sino de políticas) y, al mismo tiempo, concluir enfáticamente que Guatemala vulneró el deber de garantía respecto del derecho a la salud de las víctimas del caso. Tampoco resultan claros los motivos por los que la Corte omite pronunciarse sobre la potencial vulneración del deber de progresividad.

b) En línea con lo señalado en el punto anterior, surge también el interrogante de si el cumplimiento del deber de progresividad y la no regresividad debe evaluarse en función de resultados concretos medibles por su efectividad para garantizar el derecho o los derechos en juego, respecto del grupo de víctimas denunciantes o en relación con la población afectada en términos generales (en este caso, el grupo poblacional viviendo con VIH en Guatemala). El Tribunal no ofrece precisiones sobre este respecto cuando determina la inexistencia de una vulneración a la obligación de no regresividad. El parámetro que parece tomar la Corte es la verificación de la existencia de políticas, programas y mayor presupuesto, pero sin un correlato con la efectiva provisión de atención médica integral a la población afectada o, al menos, a los denunciantes en el caso. Tampoco es claro si el Tribunal entiende que podría encontrar violaciones a la obligación de progresividad a partir de mediciones respecto de todo el grupo de población viviendo con VIH o solo respecto del grupo implicado en el caso.

c) Si bien la Corte menciona que en el análisis de la obligación de progresividad y no regresividad debe ponderarse la asignación de recursos a esas políticas, luego, en el análisis concreto de las circunstancias del caso, no incorpora esta dimensión. No queda claro si es porque el Estado no plantea la inexistencia o insuficiencia de recursos como una justificación del incumplimiento de sus deberes (en

este esquema, de acuerdo con los estándares aplicables la carga de la prueba de demostrar la insuficiencia de recursos correspondería al Estado) o en tanto la situación de inacción total y consecuente desprotección de las personas viviendo con VIH era demasiado extrema y vulneraba las obligaciones mínimas a este respecto, ninguna justificación en ese sentido podría ser procedente. La Corte deja el interrogante planteado.

d) Otra cuestión a señalar es que la Corte rechazó el análisis de la alegación por parte de los representantes de las víctimas de que existían barreras legales en materia de patentes que impidieron el abastecimiento permanente de medicamentos de bajo costo por parte del sistema de salud público, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una epidemia de VIH en su territorio. Ello, por no haber sido parte del informe de fondo emitido por la Comisión. A simple vista, tal afirmación se presenta como una interpretación demasiado rígida del marco fáctico del caso y, en definitiva, con consecuencias muy relevantes para la efectiva garantía del derecho a la salud de las personas que viven con VIH en Guatemala. Es posible que el análisis del marco regulatorio guatemalteco sobre patentes de medicamentos de VIH fuera crucial en la determinación de la imposibilidad de dar acceso amplio a los tratamientos médicos integrales y que entonces debiera ser revertido o modificado para permitir un acceso amplio y adecuado a los medicamentos. La Corte IDH no parece dispuesta a indagar sobre ciertas causas estructurales que podrían estar provocando la falta de atención médica integral a personas que viven con VIH.[41] Una medida regulatoria y de política pública de tales características no debería haber quedado al margen del análisis en tanto se garantice al Estado una oportunidad razonable de presentar sus explicaciones y alegar y eventualmente ofrecer prueba al respecto. La información en el caso no es suficiente para hacer un análisis más profundo sobre el punto.

[41] En sentido similar, sobre el *Caso Poblete Vilches vs. Chile,* véase Aldao, Martín y Clérico, Laura, *op. cit.,* pp. 349 y 350.

e) Por último, surge también la duda de si "la inacción" del Estado previo a 2004, tal como la cataloga la Corte, podría encuadrarse de manera más precisa y rigurosa como un incumplimiento de la "obligación inmediata de adoptar medidas" que, a su vez, constituye el componente primero y principal del contenido de la obligación de progresividad, tal como ha reconocido la propia Corte. Ello sería congruente con la conclusión del Tribunal de que el Estado es responsable por la violación al deber de garantía del derecho a la salud (entendemos que en su faceta de prevención), de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las 49 personas señaladas como víctimas en la sentencia.

En este sentido, estimamos necesario que la Corte IDH profundice y precise el régimen de obligaciones que establece la CADH en relación con los DESCA, en particular respecto de la articulación y relación entre las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 y la obligación de progresividad contenida en el artículo 26 de la CADH. De igual modo, que arroje mayores especificaciones sobre los contornos y alcance y bajo qué circunstancias analizará violaciones al deber de desarrollo progresivo y no regresivo. Esta precisión, a su vez, es sumamente relevante para la determinación de tipo y alcance de las medidas de reparación que deberán ser establecidas.[42]

[42] En este sentido, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto concurrente en el *Caso Muelle Flores vs. Perú* expresa que: "Otro aspecto diferenciador radica en que ahora la Corte IDH puede profundizar en el régimen obligacional sobre un determinado derecho. El Tribunal Interamericano identifica que a la seguridad social, derivada de las obligaciones generales de respeto y garantía contenidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, le son aplicables tanto las obligaciones de carácter inmediato (como por ejemplo, la no discriminación) como aquellas obligaciones que requieren un lapso de tiempo para su implementación, como lo son las obligaciones de carácter progresivo —y, por consiguiente, obligaciones de no regresividad—. Evidentemente, cada caso en estudio, requiere determinar qué tipo de obligaciones están en juego frente al derecho a la seguridad social, ya sean obligaciones de respeto frente al derecho, obligaciones de garantía (como podría ser la progresividad) o bien una combinación de ambas. Esta

III. Los casos relevantes del Comité DESC: las líneas salientes

El propósito de las líneas que siguen es dar cuenta de las precisiones conceptuales que desarrolla el Comité DESC acerca de la obligación de "adoptar medidas" y "el deber de progresividad y no regresividad" en función del "máximo de los recursos disponibles", en los casos resueltos hasta el momento y que seleccionamos por resultar relevantes para nuestro objeto de estudio. Previo a ello, haremos una descripción de las notas salientes de los casos, para luego arribar al objetivo final de este trabajo, que es trazar algunas líneas de comparación con la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral*.

El Comité DESC ha decidido hasta ahora cinco casos en función del procedimiento de comunicaciones individuales estipulado en el Protocolo Facultativo al PIDESC, que son: *I.D.G. vs. España* (2015, derecho a la vivienda);[43] *López Rodríguez vs. España* (2016, derecho a la seguridad social);[44] *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España* (2017, derecho a la vivienda);[45] *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador* (2018, derecho a la seguridad social y no discriminación)[46] y *S. C. y G. P. vs. Italia* (2019, derecho a la salud sexual y reproductiva).[47]

En el caso *Mohamed Ben Djazia y otra,* el Comité trató específicamente las obligaciones del Estado respecto del acceso a la vivienda de una familia desalojada de la casa que habitaba. El Co-

identificación resulta fundamental debido a que demuestra que no en todos los casos en los que se involucra un derecho social necesariamente trae aparejada únicamente una violación a la "obligación de progresividad" (*cfr. Caso Muelle Flores, cit.,* párr. 31).

43 Comité DESC, *I.D.G. vs. España,* Comunicación 2/2014, dictamen aprobado por el Comité en su 55º periodo de sesiones (1 a 19 de junio de 2015).

44 Comité DESC, *López Rodríguez vs. España,* Comunicación 1/2013, de 4 de marzo de 2016.

45 Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España,* Comunicación 5/2015, de 21 de julio de 2017.

46 Comité DESC, *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador,* Comunicación 10/2015, de 26 de marzo de 2018.

47 Comité DESC, *SC y GP vs. Italia,* Comunicación 22/2017, de 7 de marzo de 2019.

mité determina el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para proveer vivienda alternativa en casos de desalojos legales donde las personas no pueden procurarse una por sus propios medios por hallarse en situación de vulnerabilidad, en particular mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad, así como otros individuos o grupos que sufran discriminación sistémica o estén en una situación de vulnerabilidad.[48] Los Estados parte deben prestar especial atención a estos casos. El Comité señala que "[...] el Estado parte tiene el deber de adoptar medidas razonables para proveer vivienda alternativa a las personas que puedan quedar sin techo como consecuencia de un desalojo, independientemente de si tal desalojo ocurre a instancia de las autoridades del Estado parte o de particulares".[49] También fue enfático en sostener que "los desalojos no deberían dar lugar a que los afectados queden sin vivienda".[50] Atinadamente, el Comité descarta la opción de los paradores como una respuesta acorde al PIDESC, en tanto la familia hubiera quedado desmembrada.

El Comité consideró que los denunciantes pertenecían a un grupo vulnerable por su situación socioeconómica y, por tanto, que el Estado tenía una obligación reforzada de darle carácter prioritario en sus políticas públicas y en la asignación de recursos. Para justificar un incumplimiento, el Estado debe demostrar que ha realizado "[...] todos los esfuerzos posibles, utilizando todos los recursos que están a su disposición, con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, el derecho a la vivienda en favor de personas que, como los denunciantes, estén en una situación de particular necesidad".[51]

En este marco, plantea que el motivo de denegación de la petición del denunciante de acceso a una vivienda social a pesar de reunir los requisitos fue la limitación de recursos[52] y, por

48 *Cfr.* Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España, cit.*, párr. 15.2.

49 *Idem*.

50 *Idem*.

51 *Ibidem,* párr. 17.5.

52 *Ibidem,* párr. 17.4. El Comité sostuvo que "[...] el Estado parte parece sostener implícitamente que aunque los autores cumplían con los requisitos para ser receptores de vivienda pública, esta no les fue adjudicada en 2012-2013, cuando el desalojo era inminente, debido a que los recursos disponi-

ello, analiza si el Estado ofreció una explicación razonable sobre esta restricción. El Comité concluye que el Estado "[...] no ha explicado que la denegación de vivienda social a los autores fuera necesaria en razón de la utilización de sus recursos para una política general o un plan de emergencia que estuviera siendo ejecutado por las autoridades con el fin de realizar progresivamente el derecho a la vivienda, especialmente de aquellos que estén en una seria situación de vulnerabilidad".[53] Sostiene que el Estado tampoco explicó las razones por las cuales las autoridades regionales de Madrid —por ejemplo, la agencia de vivienda social (IVIMA)— vendieron parte del parque de vivienda pública a sociedades de inversión, reduciendo la disponibilidad de la misma, a pesar de que el número de vivienda pública disponible anualmente en Madrid era considerablemente inferior a la demanda, ni de qué forma dicha medida estaba debidamente justificada y era la más adecuada para garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.[54]

En relación con el deber estatal de asignar el máximo de los recursos disponibles, el Comité considera que los Estados parte gozan de cierto margen para disponer de recursos fiscales de la forma más adecuada posible para garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto y que, en determinadas circunstancias, pueden adoptar medidas regresivas. Sin embargo, en estos casos "[...] corresponde al Estado parte probar que la decisión se basó en el examen más exhaustivo posible y que está debidamente justificada con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga".[55] En pe-

---

bles eran limitados" (párr. 17.4). En tanto el Estado argumenta "que anualmente el IVIMA recibe una media de 8.000 solicitudes de vivienda pública y adjudica una media de 260 viviendas en Madrid".

53 Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España, cit.*, párr. 17.5.

54 *idem*. El Comité deja constancia de que, por ejemplo, en 2013, el IVIMA vendió 2.935 casas y otras propiedades a una entidad privada por 201 millones de euros, justificando la medida en motivos de "equilibrio presupuestario".

55 El Comité cita su Declaración sobre adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, párrs. 6 y 8-11.

riodos de grave crisis económica y financiera, todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas deben ser medidas provisionales, necesarias y proporcionales y no discriminatorias.[56] El Comité concluye que el Estado parte no ha explicado de forma convincente por qué era indispensable adoptar la medida regresiva antes referida, disminuyendo así la oferta de vivienda social, precisamente en el momento en que la necesidad de la misma era mayor, debido a la crisis económica.[57]

En el caso *Trujillo Calero,* el Comité aplica un esquema de razonamiento similar al anterior, pero en lugar de analizar medidas restrictivas aplicadas a un grupo en situación de vulnerabilidad, lo hace en relación con lo que considera el contenido esencial del derecho a la seguridad social. Allí, el Comité reitera y reafirma el concepto de niveles mínimos de los derechos sociales, extensamente abordado en sus observaciones generales. Reconoce que este derecho conlleva importantes consecuencias financieras, no obstante lo cual, los Estados tienen la obligación de asegurar, al menos, la satisfacción de niveles mínimos de este derecho, que incluye "[...] asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y sus familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones,[58] sin discriminación alguna".[59] A su vez, el Comité determinó que en función del artículo 9 del PIDESC y el deber de prestar atención especial a la garantía de los derechos sociales de las personas mayores, los Estados deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios.[60]

En aplicación de su Observación general 19 reafirma que el acceso a prestaciones no contributivas por vejez forma par-

56 El Comité cita su Declaración sobre deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 4.

57 Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España, cit.,* párr. 17.6.

58 El Comité cita su Declaración sobre niveles mínimos de protección social: un elemento esencial del derecho a la seguridad social y de los objetivos de desarrollo sostenible, párrs. 7 y 8.

59 Comité DESC, *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador, cit.*,párr. 11.2.

60 *Ibidem,* párr. 11.3.

te del contenido mínimo del derecho a la seguridad social. En esta línea, es categórico cuando sostiene que, como parte de sus obligaciones mínimas, "[…] los Estados deben establecer prestaciones no contributivas por vejez, servicios sociales y otros tipos de ayuda para todas las personas mayores que, al cumplir la edad de jubilación prescrita en la legislación nacional, no tengan cubiertos los periodos mínimos de cotización exigidos, o por cualquier otra causa no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otro tipo de prestación o ayuda de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos".[61] Además, incorpora la dimensión de igualdad sustantiva con base en el género y considera que en la implementación de los planes no contributivos también debe tenerse en cuenta el hecho de que las mujeres tienen más probabilidades de vivir en la pobreza que los hombres, que a menudo son las únicas responsables del cuidado de los hijos y que, con mayor frecuencia, carecen de pensiones contributivas.[62]

En lo que sigue, el Comité introduce la variable de los "recursos disponibles" para determinar si el Estado peruano incumplió con sus obligaciones mínimas en materia de seguridad social. En

---

61 *Ibidem*, párr. 14.2.

62 *Ibidem*, párrs. 13.3 y 13.4. De acuerdo con el Comité, los Estados deben tomar medidas para que, en la práctica, el hombre y la mujer disfruten de sus derechos económicos, sociales y culturales en pie de igualdad, por lo que sus políticas públicas y legislación deben tener en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales que de hecho sufren las mujeres. Adujo que los Estados deben tomar en ocasiones medidas especiales a favor de la mujer, con el objeto de mitigar o suprimir las condiciones que han provocado la persistencia de la discriminación. Agregó que "Los Estados deben revisar las restricciones de acceso a los planes de seguridad social para cerciorarse de que no discriminan de hecho ni de derecho a las mujeres. En particular, los Estados deben tener en cuenta que, debido a la persistencia de estereotipos y otras causas estructurales, las mujeres dedican un tiempo mucho mayor que los hombres al trabajo no remunerado. Los Estados deben adoptar medidas para corregir los factores que impiden a las mujeres cotizar en los planes de seguridad social que condicionan las prestaciones a las cotizaciones, o asegurarse de que los planes tengan en cuenta esos factores en la elaboración de las fórmulas de prestaciones, por ejemplo, teniendo en cuenta los periodos dedicados, especialmente por las mujeres, a criar a los hijos y a atender a los adultos a su cargo".

aplicación de criterios previamente esbozados y en línea con el caso referido anteriormente, sostiene que "[...] para que un Estado parte pueda atribuir el incumplimiento de sus obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, deberá demostrar que ha hecho todo lo que está a su alcance para utilizar todos los recursos a su disposición, en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas".[63]

En el análisis de la proporcionalidad de la medida que implicó el cese de la afiliación de la peticionaria al régimen de seguridad social voluntaria, el Comité determina que aun cuando la protección de los recursos de la seguridad social es una finalidad estatal válida y legítima, el Estado no demostró que la medida adoptada fuera el único medio para alcanzar dicho propósito. En particular, no demostró que no existieran medidas alternativas que no afectasen gravemente el acceso a la pensión, como la exclusión del cómputo para la pensión contributiva durante los meses no cotizados. Considera que la sanción resulta desproporcionada para quien en ese momento era una trabajadora del hogar no remunerada.[64] El Comité concluye que el Estado parte violó el derecho a la seguridad social de la autora.

Por último, agrega que la anterior situación se ve agravada por el hecho de que las autoridades del Estado parte no le ofrecieron una medida alternativa que garantice un nivel adecuado de vida para su vejez, debido a que el Estado parte no dispone de un esquema integral de pensiones por vejez de carácter no contributivo, que cubra a aquellas personas que no puedan acceder a las prestaciones contributivas.[65]

En el tercer caso objeto de examen, *López Rodríguez,* donde se discutía la validez de una reducción de una pensión no contributiva de una persona con discapacidad privada de su libertad, el Comité sostuvo que la disminución del monto monetario de dicha prestación es compatible con las obligaciones contenidas en el Pacto, siempre que la medida se encuentre prevista en la ley y sea razonable y proporcional. En el caso del autor, encuentra

63 Comité DESC, *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador, cit*., párr. 14.3.

64 *Ibidem,* párr. 17.2.

65 *Ibidem,* párr. 18.

que dicha disminución se entiende autorizada por la ley interna aplicable, conforme a la interpretación señalada por el Tribunal Supremo español.[66]

A diferencia del resultado obtenido en los otros casos, el Comité sostiene que esta disminución es además un medio razonable para lograr un propósito compatible con el Pacto, que es la protección de los recursos públicos. En el caso particular de las prestaciones no contributivas a cargo exclusivamente del erario público y que no dependen de aportes previos del beneficiario, los Estados parte gozan de cierto margen para disponer de recursos fiscales de la forma más adecuada posible, con el fin de garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto y de asegurar, entre otros, un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones. El Comité estima entonces razonable que, con el fin de asignar de forma más eficiente los recursos estatales, una prestación no contributiva pueda ser eventualmente reducida, si las necesidades del beneficiario que fueron la base para la determinación del monto de la prestación inicial se modifican. Entiende que las necesidades del autor han cambiado debido a la manutención que recibe en el establecimiento penitenciario.[67]

El Comité considera, además, que no existe evidencia de que la sustitución de parte de la prestación en dinero por la manutención que recibe el denunciante en el centro penitenciario tuviera serios efectos negativos sobre él, ni que hubiera presentado información o documentación que indique que la medida en cuestión fuera desproporcionada debido a que haya visto menoscabada la satisfacción de sus necesidades básicas o las de su familia llamadas a ser cubiertas mediante la prestación no contributiva; o que esta medida le afecte particularmente debido a su discapacidad. Por consiguiente, el Comité concluye que la reducción de la cuantía de la prestación no contributiva del autor no constituye en sí misma una violación del artículo 9 del Pacto.[68]

---

66 Comité DESC, *López Rodríguez vs. España, cit.,* párr. 13.2.

67 *Ibidem,* párr. 13.3.

68 *Idem.*

3.1. Precisiones conceptuales e interrogantes que surgen de las interpretaciones del Comité DESC

Del análisis de los casos del Comité y en lo que aquí interesa, se desprenden algunas líneas interpretativas relevantes de las obligaciones específicas en materia de derechos sociales, así como ciertos interrogantes.

3.1.1. Adopción de "medidas razonables" o "medidas necesarias"

En los casos referidos, el Comité analiza las vulneraciones de derechos alegadas en las situaciones individuales planteadas pero, a su vez, realiza algunas apreciaciones en relación con el deber estatal de adoptar medidas de política pública generales bajo ciertas y determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, en el primer caso analizado establece alternativamente que los Estados deben adoptar medidas razonables o necesarias para proveer vivienda alternativa a las personas que puedan quedar sin techo como consecuencia de un desalojo y que no dispongan de medios para procurarse una por sus propios medios.

Recordemos que el artículo 8.4 del Protocolo adicional al PIDESC (examen de las comunicaciones) introduce el estándar de razonabilidad en el examen de las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con la obligación de progresividad establecida en el artículo 2 y el resto de las obligaciones generales.[69]

En *Mohamed Ben Djazia y otra,* el Comité, tomando en cuenta el artículo 8.4 del Protocolo Opcional, examina si los Estados

[69] Dicho artículo prevé: "Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto". Sobre el origen y alcance de este estándar véase Porter, Bruce, "Reasonableness and Article 8 (4)", en Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *op. cit.*

adoptaron "medidas razonables" para garantizar los derechos en juego. Si bien el Comité no lo refiere explícitamente, esta obligación de "adoptar medidas" sería el primer escalón de exigibilidad inmediata de la obligación de progresividad, de acuerdo con sus interpretaciones vertidas en sus observaciones generales siguientes. En el caso, el Comité no introduce la variable de la progresividad como tal ni la analiza como posible justificación del incumplimiento del derecho a la vivienda; tampoco analiza la adopción de medidas razonables dentro del paraguas más amplio de la progresividad, al menos de manera explícita (como parecería indicar el artículo 8.4 del Protocolo citado). Se podría decir que el Comité no considera necesario adentrarse en ese análisis o directamente le escapa a esta alternativa, por resultar problemática y, en el caso, innecesaria.

El Comité es más asertivo cuando determina el deber del Estado de garantizar el núcleo esencial de los derechos sociales en juego, en el caso *Trujillo Calero,* sobre pensiones no contributivas de vejez. No habla aquí de la adopción de "medidas razonables" para cumplir con el contenido mínimo, sino que directamente estipula que "los Estados deben establecer prestaciones no contributivas por vejez, servicios sociales y otros tipos de ayuda", en cumplimiento de sus obligaciones mínimas.[70] Ello podría deberse a que el umbral mínimo de los derechos sociales es, en principio, inderogable y exigible de modo inmediato, y solo en casos extremos, bajo circunstancias muy definidas, el Estado podría justificar su incumplimiento.

En ambos casos, el Comité analiza la variable del "máximo de los recursos disponibles" como posible motivo del incumplimiento, en particular, de la falta de adopción de medidas, o por la adopción de medidas contrarias a los derechos de los denunciantes, en relación con las obligaciones de proteger de manera especial y prioritaria a los grupos en situación de vulnerabilidad y de garantizar niveles esenciales de los derechos sociales, como veremos enseguida. Por cuanto ve a la vivienda, en el caso *Mohamed Ben Djazia y otra,* el Comité determina que el Estado alegó la limitación de recursos implícitamente, y en *Trujillo Calero,* direc-

[70] Comité DESC, *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador, cit.,* párr. 14.2.

tamente asume que los recursos en materia de seguridad social son finitos.[71]

3.1.2. Protección especial de grupos vulnerables/ asignación prioritaria de recursos

Cuando el caso tiene por víctimas a un grupo vulnerable por su situación socioeconómica, el Estado tiene una obligación reforzada de otorgarle carácter prioritario en sus políticas públicas y en la asignación de recursos. Vale decir que, en estos casos, los Estados no solo deben adoptar medidas razonables para la garantía de los derechos en juego, sino que además deben aplicar sus recursos con carácter de prioridad para la implementación de las mismas. También puede interpretarse que dentro del análisis de razonabilidad de las medidas, el Comité tomará en cuenta la asignación prioritaria de recursos. Pero, indudablemente, el estándar de revisión se torna más exigente.

En este examen, el Comité no es deferente: realiza un análisis estricto de los argumentos esgrimidos por el Estado y acota las posibles justificaciones para la falta de cumplimiento. En el caso, el Comité analiza las justificaciones estatales vinculadas a la falta de recursos suficientes para garantizar el derecho a la vivienda, aplicando una suerte de "test de escrutinio estricto", a partir del cual se invierte la carga de la prueba y es el Estado el que debe demostrar la inexistencia de medidas menos lesivas a los derechos de los sectores en mayor situación de vulnerabilidad, en juego en el caso.

En este sentido, el Comité acota las razones legítimas que podrían justificar la afectación de derechos de estos sectores en atención a la falta de recursos. Las apreciaciones del Comité parecen indicar que las justificaciones posibles son muy reducidas: solo si el Estado demuestra que está aplicando los recursos a un plan de emergencia o a una política general de vivienda destina-

[71] *Ibidem*, párr. 17.1. El Comité dijo al respecto: "Aun asumiendo que esta sanción busca proteger los recursos de la seguridad social, que es una finalidad válida y legítima, el Estado parte no ha demostrado que fuera el único medio para alcanzar este propósito".

da a grupos en mayor situación de desventaja podría ser válida su omisión a la luz del PIDESC.

El Comité deja en claro que, dentro de su análisis en relación con la existencia de "medidas menos lesivas", se incluyen las medidas restrictivas o regresivas que implicaron en el caso de menor disponibilidad o un ajuste de las prestaciones necesarias para dar satisfacción a los derechos en juego. El Comité analiza las razones por las que se adoptaron medidas que justamente iban en dirección opuesta al requerido, es decir, medidas de política pública que tuvieron el efecto de reducir la disponibilidad de vivienda social a pesar de que la cantidad disponible era considerablemente inferior a la demanda, y si estas medidas estaban debidamente justificadas y eran las más adecuadas, particularmente en un contexto de crisis económica. En suma, el Comité determina que las medidas que tienden a ajustar los servicios o prestaciones disponibles en atención a meras justificaciones de equilibrio fiscal resultan inválidas a la luz del PIDESC. La adopción de medidas de ajuste no justificadas, respecto de grupos en especial situación de vulnerabilidad, demuestra que la decisión de rechazar el pedido para que se provea una vivienda a una familia en caso de desalojo no es la medida "menos lesiva".

Por su parte, en el caso *López Rodríguez,* el Comité parece adoptar una posición más deferente con la medida adoptada por el Estado, si consideramos que están en juego obligaciones reforzadas por tratarse de una persona con discapacidad y privada de la libertad, y de la reducción de una pensión no contributiva por discapacidad, dirigida en principio no solo a satisfacer necesidades de subsistencia, sino aquellas propias y específicas de una persona en esa condición. De igual modo, el Comité no parece requerir más prueba que la alegación del Estado respecto de la finalidad de preservar recursos de la seguridad social, enfocándose en que el denunciante no aportó para la prestación que reclama, sino que proviene enteramente de las arcas del Estado. Si bien el Comité enuncia el estándar de protección especial y prioritaria de personas con discapacidad y privadas de libertad, así como el test de escrutinio estricto, luego no parece aplicarlos de forma rigurosa al caso. A su vez, las alegaciones sobre la inexistencia del daño resultan muy genéricas y el Comité omite hacer alusiones a las circunstancias de vida específicas del reclamante.

3.1.3. Obligaciones mínimas/ asignación prioritaria de recursos

En el caso *Trujillo Calero,* el Comité utiliza el concepto de obligaciones mínimas de los derechos sociales, en aplicación de sus observaciones generales y, en particular, en su Observación general 19, en relación con el derecho a la seguridad social. Cuando están en juego los niveles esenciales de los derechos sociales, como en el caso en examen, el otorgamiento de una pensión por vejez a una mujer trabajadora del hogar, al igual que en el supuesto en que se ven afectados grupos en particular situación de vulnerabilidad, el Comité exige al Estado la demostración de la asignación prioritaria de recursos a las medidas y políticas dirigidas a hacer efectivo ese nivel mínimo.

En este caso, de modo similar al anteriormente analizado, el Comité examina las justificaciones estatales vinculadas a la limitación de recursos, aplicando también una suerte de "test de escrutinio estricto", a partir del cual las medidas que tienden a desconocer el nivel mínimo de un derecho se presumen inválidas y, por ello, se invierte la carga de la prueba y es el Estado el que debe demostrar la inexistencia de medidas menos lesivas para adoptar la decisión que impide a la denunciante gozar de un nivel mínimo de este derecho.[72]

[72] Observación general 19, El derecho a la seguridad social (art. 9), U.N. Doc. E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 42. Se aplicaría un estándar similar al establecido para el análisis de medidas regresivas. En su Observación general 19 sobre Seguridad Social (al igual que en otras observaciones generales), el Comité ha dicho: "Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado parte. El Comité examinará detenidamente: *a)* si hubo una justificación razonable de las medidas; *b)* si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; *c)* si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; *d)* si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; *e)* si las medidas tendrán

Si bien la finalidad estatal de proteger los recursos de la seguridad social podría resultar, eventualmente, una justificación válida para la omisión de satisfacer el derecho en un caso específico, el Estado, además, debe demostrar la necesidad de la medida adoptada, es decir, la inexistencia de medidas menos lesivas. El Comité profundiza en las razones detrás de la decisión estatal y determina que aun cuando la protección de los recursos de la seguridad social es un fin legítimo del Estado, este no demostró que la medida adoptada fuera la menos lesiva para alcanzar dicho propósito. En este sentido, no demuestra que no existieran medidas alternativas que no anulasen el acceso a la pensión de la reclamante, como la exclusión del cómputo para la pensión contributiva durante los meses no cotizados.

IV. Algunas conclusiones: el cruce entre los estándares del caso *Cuscul Pivaral* de la Corte IDH y las interpretaciones del Comité DESC

Del análisis de las interpretaciones del caso *Cuscul Pivaral* de la Corte IDH y de los casos *Mohamed, Trujillo Calero* y *López Rodríguez* del Comité DESC surgen puntos de encuentro y similitudes, pero también diferencias y desencuentros. Veamos.

En su jurisprudencia reciente en materia de DESCA, la Corte ha hecho hincapié en las interpretaciones consolidadas del Comité DESC en sus más de 30 años de existencia.[73] Recordemos que su primera Observación general data de 1989 y hasta el momento ha emitido 24. Fundamentalmente a partir del caso *Acevedo Buendía,* la Corte IDH toma en consideración, de manera muy

una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social, y *f)* si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional".

[73] Recordemos que el Comité DESC se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión del PIDESC.

relevante y apropiada, las interpretaciones y estándares desarrollados por el Comité DESC en sus observaciones generales y por otros procedimientos especiales de las Naciones Unidas.

Si analizamos las líneas jurisprudenciales de los primeros casos en los que la Corte IDH hace mención al artículo 26 (con excepción de *"Cinco pensionistas"),* en *Acevedo Buendía* y, en particular, los votos del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en *Suárez Peralta, Gonzales Lluy* e *"I.V",* y ya la jurisprudencia de aplicación directa del artículo 26 a partir del caso *Lagos del Campos* hasta el más reciente *Muelles Flores,* observamos una influencia determinante de las líneas interpretativas del Comité DESC. La Corte IDH construye su propia jurisprudencia, con vaivenes, a partir de los sólidos cimientos tendidos por el Comité.

En particular, en relación con el derecho a la salud, la Corte IDH define su contenido y alcance a partir de la hermenéutica que realiza el Comité en su Observación general 14. Desde el caso *Suárez Peralta,* donde aborda la afectación de este derecho a través del derecho a la integridad física, el Tribunal Interamericano toma de manera central para su interpretación los lineamientos del Comité DESC. En los casos posteriores, hasta llegar al caso *Cuscul Pivaral,* la Corte no hace sino profundizar en los estándares existentes a nivel universal, tomando en cuenta, además de las interpretaciones del Comité, las Directrices Internacionales sobre VIH y Derechos Humanos y la normativa de los ordenamientos jurídicos internos de los países de América Latina.

De igual modo, la obligación de progresividad y no regresividad en el caso *Cuscul Pivaral,* foco de este análisis, ha sido moldeada sobre la base de los conceptos ya avanzados por el Comité. En efecto, la Corte IDH, al rectificar el rumbo adoptado en *"Cinco Pensionistas",* en la sentencia del caso *Acevedo Buendía* toma en consideración las apreciaciones del órgano de las Naciones Unidas para (re)abordar su interpretación de la obligación de progresividad y no regresividad. De los casos de la última etapa, es en *Cuscul Pivaral* donde la Corte desarrolla algunos criterios para analizar vulneraciones a la obligación de progresividad y no regresividad. Tomando como punto de partida la Observación general 3 del Comité, realiza una serie de consideraciones específicas.

Como vimos, en *Cuscul Pivaral* y en los tres casos del Comité DESC aquí estudiados, tanto la Corte IDH como el Comité abordan en mayor o menor medida y con mayor o menor nivel de precisión las obligaciones objeto de este trabajo.

En *Cuscul Pivaral,* al analizar la adopción de medidas para el desarrollo progresivo, la Corte constata en uno de los periodos analizados una total inacción del Estado en cuanto a la adopción de programas que efectivamente provean atención médica a las personas que viven con VIH. Las medidas legislativas y administrativas, por sí solas, no son conducentes o razonables para cumplir con la obligación "de adoptar medidas progresivamente". Las prestaciones deben ser efectivamente provistas a las personas afectadas. Como referimos y retomamos aquí, entendemos que la Corte no llega a analizar la asignación del máximo de los recursos disponibles, aunque no explicita este proceder. Podemos decir que la Corte no lo hace, bien porque el Estado no utilizó este argumento como justificación del incumplimiento, o bien porque frente a una situación de inacción total en contextos de enfermedades que causan un riesgo directo a la vida de las personas no es siquiera posible que el Estado alegue esta circunstancia. En este sentido, podría argumentarse que el Estado de Guatemala, en el periodo previo a 2004, incumple con el umbral mínimo del derecho a la salud en contextos de personas que viven con VIH y, por tanto, frente a la verificación de esta situación es el Estado el que debe justificar la omisión, o bien, tomando el estándar más riguroso esbozado por el Comité DESC en la Observación general 14, el contenido mínimo directamente constituye un núcleo inderogable cuyo incumplimiento no puede ser justificado bajo ninguna circunstancia.[74]

En cambio, para la determinación de la adopción de medidas razonables para la satisfacción de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad, así como para la determinación del cumplimiento del nivel esencial de los derechos en juego, el Co-

[74] Comité DESC, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, *cit.,* párr. 47. En dicha Observación, el Comité expresa que "[…] un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párr. 43 *supra,* que son inderogables".

mité DESC analiza la restricción de recursos disponibles en los tres casos, alegada por el Estado o asumida por el propio Comité. En este marco, utiliza un "test de escrutinio estricto", a partir del cual las medidas u omisiones analizadas se presumen inválidas. Por un lado, corresponde al Estado demostrar que no pudo aplicar los recursos con criterio de prioridad a aquellas políticas y, por el otro, debe mostrar una finalidad legítima y una relación de necesidad entre la medida y el fin estatal, es decir, la inexistencia de una medida menos lesiva para los derechos en juego.

Al analizar la adopción de medidas, el Comité no menciona de forma expresa el deber de desarrollo progresivo. Analiza si en el caso concreto se han adoptado medidas "razonables" (alternativamente, habla de medidas necesarias) en función del estándar introducido en el artículo 8.4 del Protocolo Opcional al PIDESC, creemos que considerando este como el paso inmediato e irreductible de la obligación de progresividad y no regresividad en el caso concreto. La Corte, por su parte, se posiciona en el paraguas más amplio de la progresividad, también para analizar si la adopción de medidas por parte del Estado de Guatemala fue razonable, conducente y/o idónea para garantizar los derechos en juego. En términos del Comité, podríamos decir que la Corte analiza si el Estado adoptó medidas razonables y concluyó que la sola adopción de medidas normativas (sean legislativas o administrativas) es irrazonable o inconducente para cumplir con sus obligaciones en la materia. La Corte considera este supuesto directamente como "inacción".

Las líneas esbozadas por el Comité pueden servir de guía para futuras decisiones de la Corte IDH vinculadas a la obligación de progresividad y no regresividad. El Comité escapa al análisis de progresividad, pues ni siquiera es mencionada en el desarrollo de sus decisiones, quizá con razón; en casos individuales o colectivos es probable que no sea necesario ni deseable, ni tampoco factible para el Comité ni para la Corte IDH analizar el desarrollo progresivo —en cuanto avances para lograr mayores niveles de goce y ejercicio de los distintos derechos sociales en juego en términos generales—. El análisis de las restantes obligaciones (obligación de respeto, de garantía, que incluye la de prevención y la de adoptar medidas) bastaría y la dimensión estructural del caso podría ser abordada al momento de establecer las garantías

de no repetición del caso (el Comité las incorpora dentro de la categoría recomendaciones generales).

A su vez, la Corte IDH deberá generar un diálogo institucional vigoroso con la recientemente creada Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador (que monitorea el cumplimiento de ese instrumento por parte de los Estados signatarios)[75] a fin de avanzar en interpretaciones coherentes y consistentes, en un área que se encuentra aún en construcción.

Por último, a modo de cierre y tal como se desprende del análisis efectuado en las páginas que anteceden, la interpretación de la obligación de progresividad y no regresividad, sujeta al máximo de los recursos disponibles, presenta importantes desafíos para la precisión de su alcance y contornos concretos, tanto en relación con la evaluación de la conducta de los Estados a través del sistema de informes periódicos del Comité DESC como del recientemente inaugurado sistema de monitoreo del cumplimiento del Protocolo de San Salvador, en el marco del análisis de casos contenciosos. En definitiva, se requiere aún un esfuerzo interpretativo importante para que estos deberes no queden vacíos de contenido o impotentes para interpelar la orientación de las políticas estatales en materia de derechos sociales o confundidos en una cláusula ambigua y de difícil precisión.

En este sentido, resultaría conveniente que tanto el Comité como la Corte IDH profundicen y precisen el régimen de obligaciones que establece la CADH y el PIDESC, en particular, respecto de la articulación y relación entre las obligaciones de "res-

[75] En su labor de monitoreo, este Grupo ha sentado las bases para su trabajo a través del desarrollo de indicadores de progreso de los derechos sociales contenidos en el Protocolo. En este sentido, véase Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Anuales previstos en el Protocolo de San Salvador, Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador". Sobre el tema en general, véase Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

peto" y "garantía", la de "adoptar medidas" y la "obligación de progresividad y no regresividad". Esta precisión es de suma importancia para la determinación del tipo y alcance de las medidas de reparación en los casos concretos. También es relevante para consolidar un esquema común de obligaciones entre derechos sociales y derechos civiles y políticos, que tienda a la unificación y no al divorcio o distanciamiento, reforzando la indivisibilidad e interdependencia entre ambos grupos de derechos.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta, 2002.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

Aldao, Martín y Clérico, Laura, "El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso *Poblete Vilches* y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Alston, Philip y Quinn, Gerard, "The Nature and Scope of States Parties' obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 9, núm. 2, mayo de 1987.

Chapman, Audrey y Russell, Sage (eds.), *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights,* Nueva York, Intersentia, 2002.

Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto-CEDAL-CELS, 2006.

——, "Derechos económicos, sociales y culturales: artículo 26. Desarrollo progresivo", en Steiner, Christian y Uribe Patri-

cia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario,* Berlín-Bogotá, Fundación Konrad Adenuaer, 2014.

——, "Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los 'Cinco Pensionistas' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Mexicana de Derecho Público*, ITAM, núm. 6, 2004.

——, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos", en Courtis, Christian; Hauser, Denise y Rodríguez Huerta, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos: nuevos desafíos,* México, Porrúa-ITAM, 2005.

—— y Andreu Guzmán, Federico, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra-Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión Internacional de Juristas, 2008.

Eide, Asbjørn, "Economic, social and cultural rights as human rights", en Eide, Asbjørn; Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, 2a. ed., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Fukuda-Parr, Sakiko, "Measuring the progressive realization of human rights obligations: an index of economic and social rights fulfillment", Working Paper 8, en *Economic Rights Working Paper Series*, Connecticut, The Human Rights Institute-University of Connecticut, 2008.

Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria University Law Press, 2016.

Parra Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, CNDH, México, 2011.

——, "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*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

——, "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

——, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.

Porter, Bruce, "Reasonableness and Article 8 (4)", en Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria University Law Press, 2016.

Ronconi, Liliana, "Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?", en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Rossi, Julieta, "La Corte Suprema argentina y la aplicación de estándares internacionales en el campo de la igualdad, la no discriminación y los derechos sociales", en Moreira Maués, Antonio y Baía Magalhães, Breno (organizadores), *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas,* Río de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

—— "La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en Courtis Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

—— y Abramovich, Víctor, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos", en Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego y Guevara B., José Antonio (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos,* México, Fontamara, 2004.

—— y Courtis, Christian, "Individual Complaints Procedure", en Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria University Law Press, 2016.

—— y Filippini, Leonardo, "El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales", en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás y Rodríguez Garavito, César (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina,* Bogotá, Siglo del Hombre-Uniandes-CELS-Universidad Diego Portales, 2010.

—— y Thiele, Bret, "Reclamando los DESC en las Naciones Unidas: una guía para el litigio estratégico bajo el PF-PIDESC", *Red de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York, 2014.

Sepúlveda, Magdalena, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,* Nueva York, Intersentia, 2003.

——, "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'", en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Manuel Góngora Mera**

I. Introducción

Al menos desde mediados del siglo XX, la discriminación ha sido estudiada en las ciencias sociales latinoamericanas desde una perspectiva multidimensional, como el resultado de una combinación de categorías como la etnicidad, el color de piel, el origen nacional o el género.[1] Sin embargo, el derecho antidiscriminatorio nacional y los tratados de derechos humanos ratificados en América Latina han sido tradicionalmente interpretados e implementados bajo una perspectiva unidimensional. Aún hasta fechas recientes, buena parte de los procesos judiciales por discriminación se adelantaban generalmente invocando solo una categoría

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Humboldt de Berlín. Investigador asociado del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Libre de Berlín (Lateinamerika-Institut, Freie Universität Berlin).

1 Se pueden citar, entre otras, las obras de Fernandes, Florestan, "Raza y clase"; Saffioti, Heleieth, "Género y clase social", y Stavenhagen, Rodolfo, "Etnicidad y clase", todas en Jelin, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global Entangled Inequalities: Conceptual Debates and Evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018. En detalle, *cfr.* Jelin, Elizabeth, "Unequal Differences: Gender, Ethnicity/Race and Citizenship in Class Societies (Historical Realities, Analytical Approaches)", en Jelin, Elizabeth *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 109-127.

de discriminación. Esto se debe en parte a que: *1)* en la redacción de estas normativas se emplearon conjunciones disyuntivas (o/u) que sugieren que estas categorías prohibidas de discriminación se concibieron jurídicamente como causas separadas, exclusivas o alternativas de discriminación,[2] y *2)* varios tratados internacionales sobre no discriminación fueron redactados con un marcado énfasis en un solo motivo de discriminación.[3] Esta interpretación ha cambiado gracias a la creciente influencia del enfoque interseccional en los sistemas jurídicos de la región y, en particular, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

El enfoque interseccional, como ha sido expuesto en numerosas publicaciones, tuvo sus orígenes en la doctrina jurídica estadounidense. Una de sus más destacadas impulsoras ha sido la jurista Kimberlé Crenshaw. En un ensayo ampliamente citado que cumple ya 30 años,[4] denunció las limitaciones procesales que sufrían las mujeres afroamericanas en casos en que existía una discriminación combinada por motivos raciales y de género, ya que la legislación vigente obligaba a tramitar casos de discriminación exclusivamente por motivos raciales o por el género, lo que en ocasiones llevaba al fracaso del proceso o a una distorsión artificial de la experiencia de discriminación concreta. En artículos posteriores, Crenshaw amplió sus reflexiones y profundizó conceptualmente su enfoque interseccional, logrando una influencia interdisciplinaria que traspasó las fronteras estadounidenses.[5]

---

2 Por ejemplo, art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

3 Por ejemplo, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés); Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD).

4 Crenshaw, Kimberlé, "Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics", *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, 1989, pp. 139-168.

5 En detalle, *cfr.* Carbado, Devon W. *et al.*, "intersectionality: mapping the movements of a theory", *Du Bois Review: Social Science Research on race,* vol. 10, núm. 2, septiembre de 2013, pp. 303-312.

Actualmente, el término tiene diferentes significados y se usa de manera muy heterogénea en estudios sociolegales y en investigaciones empíricas de las ciencias sociales.[6]

En un artículo publicado en 2013[7] expliqué cómo el concepto de interseccionalidad había sido discutido por órganos de las Naciones Unidas y del SIDH al menos desde finales de la década de 1990. Sin embargo, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el concepto no gozaba de sistematicidad ni constituía una posición jurisprudencial estable, sustentada en alguna teoría o doctrina jurídica uniforme. En líneas generales, la noción a la que hace referencia el término "interseccionalidad" había sido discutida en litigio interamericano por iniciativa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o de los representantes de las víctimas en al menos tres temas de género que están fuertemente conectados: *1)* derechos sexuales/reproductivos y discriminación en servicios de salud;[8] *2)* violencia basada en el género, y *3)* discriminación basada en el género. La Corte IDH ha establecido una conexión conceptual muy estrecha entre estos dos últimos temas en varias sentencias, por ejemplo, en los casos *Penal Castro Castro vs. Perú*[9] y "*Campo Algodonero" vs. México*.[10] En el primero, la Corte reconoció que la discriminación de género aumenta el riesgo de las mujeres privadas de la libertad de ser vulneradas en contextos de violencia.

---

6 Véase Hancock, Ange-Marie, "When multiplication doesn't equal quick addition: examining intersectionality as a research paradigm", *Perspectives on politics,* vol. 5, núm. 1, marzo de 2007, pp. 63-79.

7 Góngora Mera, Manuel, "Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 133-159.

8 Sobre esta conexión véase Casas, Ximena, "Multiple discrimination in access to sexual and reproductive health: Experiences from Latin America and The Caribbean", *University of Miami Law Review,* núm. 65, 2011, pp. 955-967.

9 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro-Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 160.

10 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, núm. 205.

Y en el segundo, explícitamente abordó la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación de género, por lo que son aplicables las reglas antidiscriminatorias del derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto, no solo siguió los estándares del SIDH,[11] sino también se inspiró en los del Sistema Universal (en particular, recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, conocido por sus siglas en inglés como Comité CEDAW)[12] y del Sistema Europeo (caso *Opuz vs. Turquía,* sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 junio de 2009).[13]

Pese a que en la propia sentencia la Corte IDH no aplicó un análisis interseccional,[14] "*Campo Algodonero*" fue la base para reconocer la dimensión interseccional de las violaciones sexuales contra mujeres indígenas de escasos recursos en el sur de México en las sentencias *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* en 2010.[15] En ambos casos, la CIDH alegó exitosamente que las víctimas sufrieron formas de discriminación "combinadas" por el hecho de ser mujeres, indígenas y pobres. Por otra parte, en ambas sentencias,

11 Véase CEDAW, art. 9: "Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad".

12 Comité CEDAW, Recomendación general 19, Violencia contra la mujer (11º periodo de sesiones, 20 a 30 de enero de 1992), párr. 6.

13 Véase Corte IDH. *Caso "Campo Algodonero" vs. México, cit.,* párrs. 395-397.

14 Véase Clérico, Laura y Novelli, Celeste, "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir *Campo Algodonero*", *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2015, pp. 453-487; Acosta López, Juana, "The Cotton Field Case: Gender perspective and feminist theories in the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence", *Revista Colombiana de Derecho Internacional,* núm. 21, 2012, pp. 17-54.

15 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

la Corte Interamericana también consideró la conexión entre los dos primeros puntos (derechos reproductivos/servicios de salud y discriminación de género), lo cual tiene sustento en el Sistema Universal. El artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) prohíbe la discriminación contra las mujeres en el acceso a servicios de salud, y el Comité CEDAW ha establecido que la negación de ciertos servicios de salud específicamente dirigidos a la mujer, por ejemplo, exámenes ginecológicos o atención en el embarazo, constituye una forma de discriminación de género.[16] En ciertos contextos, el Comité CEDAW incluso ha reconocido que se pueden producir formas de discriminación interseccional, como cuando se niega atención obstétrica básica a mujeres afrodescendientes de bajos recursos.[17]

Lo que quiero resaltar aquí es que, al menos hasta 2014, la Corte Interamericana no formuló una línea uniforme sobre el concepto de "discriminación interseccional"; de hecho, el término "interseccional" fue usado por los intervinientes en el proceso (en particular, la Comisión y los representantes de las víctimas) como sinónimo de "discriminación doble" (o "triple"), "discriminación múltiple", o "discriminación agravada".[18] Por ejemplo, en el caso *Cacarica*,[19] la Comisión argumentó que al grupo de niñas y mujeres afrodescendientes cabeza de familia que habían sido víctimas de desplazamiento forzado debía aplicarse la noción de interseccionalidad en consideración a las "múltiples formas de

16 Comité CEDAW, Recomendación general 24, art. 12, mujeres y salud (20º periodo de sesiones, febrero 5 de 1999), párrs. 9-18.

17 Véase Comité CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*. Comunicación 17/2008 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/49/D/17/2008, de 10 de agosto de 2011.

18 La CIDH también ha usado indistintamente las expresiones "triple discriminación", "discriminación múltiple" y "discriminación interseccional" en sus reportes. Véase, por ejemplo, CIDH. La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, 5 de diciembre de 2011, doc. OEA documentos oficiales; OEA Ser.L/V/II. Doc. 62, párrs. 59-80.

19 Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica ("Operación génesis") vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de noviembre 20 de 2013. Serie C, núm. 270.

discriminación", entre las cuales están "su condición de desplazados, su género, etnicidad y su condición de niñez" (*cfr.* párr. 308). No obstante, estos términos tienen desarrollos conceptuales diversos y sugieren soluciones variadas para abordar discriminaciones motivadas por varias categorías. La expresión "doble discriminación" fue empleada en la ya citada sentencia "*Campo Algodonero*", por parte de los representantes de las víctimas (*cfr.* párr. 391 de la sentencia), sugiriendo una conjunción de dos formas de discriminación.

Sin embargo, la dificultad de hablar de una "doble discriminación" es que tiende a reducir el análisis a la verificación de formas de discriminación de género en conjunción con otro motivo de discriminación, cerrando la puerta a la consideración de formas adicionales de discriminación, y podría sugerir un análisis separado de la ocurrencia de cada motivo de discriminación. Por su parte, el concepto de "discriminación agravada", desarrollado especialmente en el marco de la Conferencia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia en Durban de 2001, se refiere a "motivos conexos" que "agravan" la discriminación basada en la raza, color, linaje u origen nacional o étnico, citando enunciativamente el sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social, situación económica o el nacimiento (*cfr.* párr. 2 de la Declaración Durban).

En este sentido, el análisis judicial consistiría en identificar una forma de discriminación prioritaria (en este caso, la discriminación racial), y tratar la discriminación por otros motivos como agravantes de esta. Por ejemplo, en el caso *Rosendo Cantú* (*cfr.* párr. 82), los representantes de las víctimas plantearon que la discriminación por género sería la forma de discriminación prioritaria, la cual se vería agravada por la concurrencia de formas de discriminación por la etnicidad, la edad y la clase social. En contraste, el término "discriminación interseccional" elude la connotación matemática de la discriminación doble (o triple, múltiple, etc.) y sugiere que los motivos de discriminación operan de forma concurrente y simultánea, lo que puede tener un efecto sinérgico (superior a la suma simple de varias formas de discriminación) o puede activar/desencadenar una forma de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos (*trigger effect*).

A partir de 2015, la Corte Interamericana comenzó a invocar un concepto propio de discriminación interseccional, especialmente en el marco de casos de discriminación por el estado de salud, lo que, como se puede deducir de lo formulado en los párrafos previos, está estrechamente conectado a los otros tres temas de género en los que la Corte ya se había pronunciado. Adicionalmente, y aunque no siempre de manera uniforme, en las sentencias de este periodo la Corte ha propuesto fórmulas de aplicación del enfoque interseccional que se han extendido más allá de los cuatro temas mencionados, si bien el núcleo duro del campo del litigio sigue estando ante todo en denuncias de discriminación. El objetivo del presente trabajo es analizar este desarrollo conceptual en la jurisprudencia reciente de la Corte. En la primera parte se estudiará el concepto de discriminación interseccional que adoptó la Corte Interamericana; en la segunda, se hará una revisión de tres sentencias que invocaron el concepto y se identificarán las características y lógicas de argumentación aplicadas en cada caso; finalmente, en la tercera parte se ofrecerá un análisis de la postura sobre interseccionalidad adoptada en el caso *Cuscul Pivaral*[20] y se destacará su relevancia en el conjunto de la jurisprudencia interamericana sobre la materia.

1.1. Adopción del concepto de discriminación interseccional: el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015)

Uno de los puntos que destaqué en mi artículo de 2013 acerca de la jurisprudencia sobre interseccionalidad en América Latina fue la falta de un estudio interseccional en casos de discriminación por el estado de salud y, en particular, en casos de portadores de VIH. Hasta ese momento, tanto las cortes nacionales estudiadas como la Corte Interamericana habían preferido subsumir la discriminación por el estado de salud de personas con VIH en algún motivo central de discriminación, como la etnicidad, el género o la "raza". En efecto, si bien las cortes podían recono-

[20] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

cer que se produjo efectivamente alguna clase de discriminación contra una persona por el hecho de ser portadora de VIH, tendían a considerarla como una concreción de una discriminación más amplia (como la discriminación racial o de género) y por ello no la separaban en el análisis de las acciones u omisiones que constituían la violación del derecho humano en estudio. La Corte Interamericana, en su sentencia del caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*,[21] por primera vez adoptó oficialmente el concepto de "discriminación interseccional" para resolver esta temática de una manera sustancialmente diferente.

En 1998, Talía Gonzales Lluy, entonces una niña de 3 años de edad, fue contagiada con VIH tras recibir una transfusión de sangre en una clínica de salud privada. Posteriormente, en 2000, fue expulsada de su jardín infantil (una escuela pública de la ciudad de Cuenca), ya que el director de la institución consideró que al ser portadora de VIH podía poner en riesgo la salud de sus compañeros de escuela. Las cortes nacionales avalaron esta decisión, sin que ninguna entidad del Estado a cargo de los intereses de los niños y niñas hubiese intervenido en los procesos judiciales. Para la Corte Interamericana, la expulsión vulneró el derecho de Talía a recibir educación y constituyó un trato discriminatorio en una combinación de motivos prohibidos: por ser persona portadora de VIH, mujer, menor de edad y por su condición de pobreza. La Corte sostuvo que estos motivos prohibidos "confluyeron en forma interseccional", lo que planteó en contraste con una mera sumatoria de múltiples factores. Es decir, no se trataba meramente de constatar que se produjo discriminación por diferentes motivos (discriminación doble, triple, múltiple), sino de determinar la forma en que esos diferentes motivos interactuaron entre sí, lo cual implicaba valorar si se proyectaron en forma separada o simultánea.

La discriminación interseccional fue entonces definida como una forma específica de discriminación que resulta de la intersección de múltiples bases o factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación (*cfr.* párr. 290). La interacción entre estas

[21] Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

múltiples bases o factores crea un riesgo o una carga de discriminación única o distinta (*cfr.* voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 11). Por tanto, si alguno de los factores identificados no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.

Para verificar si se había producido una discriminación interseccional en este caso, la Corte IDH aplicó una lógica de argumentación de dos pasos:

1. *La tesis de agravación*: esta fórmula, que ya había aplicado en casos como *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú vs. México,* básicamente constata que hay una multiplicidad de factores y causas de discriminación en el caso concreto, y que ello aumenta la vulnerabilidad o el riesgo a ser víctima de discriminación y agrava los daños que se sufren.[22] Para sustentar el argumento de la agravación, la Corte *(cfr.* párr. 286) citó al Comité CEDAW, que en su Recomendación 28 sostuvo que las niñas son más vulnerables a la discriminación en el acceso a la educación básica, a la trata de personas, al maltrato, la explotación sexual y la violencia, y que todas esas situaciones de discriminación se agravan cuando las víctimas son adolescentes. La Corte también citó al Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general 3 sobre derechos de los niños respecto al VIH/sida, que estableció

[22] En este punto, se ha sugerido que la tesis de agravación de la discriminación significa que la implementación de la prohibición internacional de discriminación puede variar de acuerdo con las causas de la discriminación. En principio, todas las causas prohibidas de discriminación lo son en igual forma (p. ej., no es *per se* más grave la discriminación por motivos raciales que por motivos de género). Sin embargo, la tesis de agravación crea una distinción entre las consecuencias que se deben aplicar frente a una discriminación que se produce bajo una sola causa en comparación con aquellas situaciones en las que se combinan varios factores de discriminación. En estos casos, la protección que se debería conceder tendría entonces que considerar que la vulnerabilidad es mayor y el daño o afectación es más grave. Véase Gayet, Anne-Claire, "The Inter-American Court of Human Rights", en Mercat-Bruns M. *et al.* (eds.), *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law,* Springer, Cham, 2018, pp. 543-562.

que la discriminación aumenta la vulnerabilidad de los niños y, en particular, los que pertenecen a determinados grupos, por ejemplo, quienes viven en áreas rurales, por lo que en estos casos los niños son víctimas por partida doble.

2. *Análisis de intersecciones*: una vez constatado el aumento de vulnerabilidad y riesgo de discriminación por la existencia de múltiples causas de discriminación, el siguiente paso fue establecer las conexiones que se produjeron entre estas. La cuestión consistía en analizar en qué medida la discriminación tenía una naturaleza diferente debido a la interacción de los motivos de discriminación identificados. La finalidad era comprender mejor la naturaleza de la discriminación real sufrida por una víctima concreta y, de este modo, evaluar mejor en qué medida se agravaron los daños. En *Gonzales Lluy,* la Corte identificó, entre otras, las siguientes conexiones (*cfr.* párr. 290):

   a) *Clase social y estado de salud*: para la Corte, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que generó el contagio con VIH, así como en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Esto sugiere una relación recíproca entre estas dos causas de discriminación: la clase social baja aumentó el riesgo de contagio, y la estigmatización y exclusión social que generó el contagio redujo las posibilidades de ascenso social.

   b) *Edad y estado de salud*: al adquirir el VIH a tan temprana edad, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo en su desarrollo integral. La especificidad de la discriminación por la combinación de estos dos motivos prohibidos de discriminación sería entonces la perduración de los efectos.

   c) *Género y estado de salud*: las exclusiones sufridas por ser mujer portadora de VIH afectaron de manera diferencial su proyecto de vida; por ejemplo, su maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja.

De este modo, la Corte concluyó que en el caso de Talía no solo se produjo una discriminación múltiple (entendida como la discriminación fundada en dos o más factores de discriminación), sino que tuvo un carácter específico por su naturaleza concurrente. Tanto por la naturaleza del trato discriminatorio como por la gravedad y persistencia de sus efectos se puede diferenciar de la discriminación que padecen las mujeres adultas, la que sufren hombres portadores de VIH, o la que sufren en general los niños pobres. La discriminación por ser portadora de VIH impactó de una manera muy específica a Talía por tratarse de una mujer, menor de edad, proveniente de una familia de escasos recursos. Estas particularidades de la discriminación podrían pasar por alto de no aplicarse un enfoque interseccional, como lo explica en detalle el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente:

> 11. La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.
>
> 12. En suma, la interseccionalidad en el presente caso es fundamental para entender la injusticia específica de lo ocurrido a Talía y a la familia Lluy, la cual solo puede entenderse en el marco de la convergencia de las diversas discriminaciones ocurridas. La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos.

II. Conceptualización y aplicación del enfoque interseccional

Como lo resaltó el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente en *Gonzales Lluy*, la Corte Interamericana dio un paso sustancial al adoptar el concepto de discriminación interseccional; sin embargo, también reconoció que la Corte debía adelantar esfuerzos adicionales para un estudio más profundo acerca del enfoque interseccional en sentencias futuras, especialmente en casos que involucren a grupos históricamente discriminados por su origen nacional, pertenencia étnica, adscripción racial, clase social, condición de discapacidad, orientación sexual y género, entre otros factores. Con posterioridad al caso *Gonzales Lluy*, la Corte Interamericana se ha pronunciado en torno al enfoque interseccional en cuatro sentencias hasta la fecha. En esta sección se analizarán tres casos; en la próxima sección se hará un estudio separado del fallo *Cuscul Pivaral*.

2.1. Caso *I.V. vs. Bolivia* (2016)

El primer caso a analizar es *I.V. vs. Bolivia*,[23] y se refiere a una esterilización no consentida a una mujer migrante. Los hechos se produjeron en julio de 2000, en un hospital público de La Paz. La señora I.V., una peruana que había radicado desde 1993 en La Paz en condición de refugiada, tuvo que someterse a un procedimiento de cesárea en la semana 38 de gestación, luego de que se le produjera una ruptura espontánea de membranas. Según la versión de I.V., durante la intervención quirúrgica (realizada bajo anestesia epidural), el cirujano a cargo decidió realizar una salpingoclasia bilateral (ligadura de las trompas de Falopio) sin su consentimiento informado y sin que fuera necesaria en una situación de emergencia en la que estuviera en riesgo inminente su vida o la de su bebé (su tercera hija). Un par de días después de la operación, el médico le informó que por indicación médica había realizado la ligadura de trompas, argumentando que un futuro embarazo podría poner en peligro su vida, por la debilidad

[23] Corte IDH. *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 329.

de la pared uterina tras la cesárea. El médico, sin embargo, alegó que la señora I.V. dio su consentimiento verbal durante la cirugía.

La Comisión Interamericana alegó que en este caso se combinaban varios factores de discriminación, ya que se trataba de una mujer migrante de escasos recursos, lo que la puso en una situación de vulnerabilidad al acudir a un servicio público de salud que no era idóneo y en el que, según diversos indicios, el personal médico que le practicó la cirugía estaba influenciado por estereotipos de género sobre la incapacidad de las mujeres para decidir autónomamente respecto de su propia reproducción. En estos casos en que el personal médico se considera facultado para tomar mejores decisiones que la paciente respecto al control de su reproducción, se configura una discriminación en el acceso de las mujeres a la salud (*cfr.* párrs. 136 y 137).

Por su parte, la representante de la víctima agregó que existió discriminación múltiple en la esterilización forzada, dado que I.V. fue atendida en el hospital público bajo el perfil de ser pobre, con poca instrucción y, además, extranjera, lo que habría despertado actitudes xenofóbicas (*cfr.* párr. 138). El Estado negó estos hechos y se opuso tajantemente a considerar el caso como parte de un patrón sistemático o una política de esterilización forzada y de control de natalidad bajo criterios discriminatorios como el que se ha observado en otros países (*cfr.* párr. 141).

De este modo, la Corte Interamericana asumió, a petición de parte y de la Comisión, el estudio de una potencial discriminación por factores múltiples, reconociendo que la esterilización involuntaria de una mujer configura una forma de discriminación de género.[24] La Corte estableció, en primer lugar, que en este caso se incumplió con la obligación de obtener consentimiento previo, libre e informado para la esterilización (*cfr.* párrs. 161-235), y que la decisión médica de practicarla sin consentimiento, mientras I.V. se encontraba en el transoperatorio de una cesárea, estuvo motivada por una lógica de cuidado paternalista, según la cual la paciente no tomaría decisiones confiables en el futuro para evitar un nuevo embarazo, y bajo el estereotipo de género,

[24] Sobre el debate conceptual véase Sifris, Ronli, "Involuntary sterilization of HIV-Positive women: an example of intersectional discrimination", *Human Rights Quarterly*, núm. 37, 2015, pp. 464-491.

según el cual la mujer es la única responsable de la anticoncepción de una pareja (*cfr.* párr. 236).

En este sentido, aplicando la técnica de escrutinio estricto,[25] la Corte constató que en este caso se produjo discriminación por el género (*cfr.* párrs. 240-246). Pero a la hora de evaluar si se produjo una discriminación múltiple, o si los factores alegados convergieron interseccionalmente en la configuración de una situación específica de discriminación, la Corte brevemente consideró que no hubo elementos probatorios para establecer que la esterilización involuntaria en este caso se hubiera debido al origen nacional, la condición de refugiada o la posición socioeconómica de I.V., con lo cual no declaró la configuración de una discriminación interseccional (*cfr.* párr. 248).

Sin embargo, lo novedoso de este caso es que plantea el tema de la múltiple discriminación en el análisis sobre la violación del derecho de acceso a la justicia de la víctima, un ámbito que no había sido explorado en sentencias previas de la Corte desde esa perspectiva. Sobre este punto, la Comisión había argumentado que I.V. fue discriminada por ser mujer, debido a la total impunidad en que quedó el caso y a las deficiencias procesales de las actuaciones administrativas y penales relacionadas con la violación de sus derechos reproductivos (*cfr.* párr. 282). La representante de la víctima solicitó a la Corte que analizara el carácter discriminatorio de las deficiencias procesales de los operadores de justicia como distinciones motivadas por el sexo, género, posición económica, origen nacional y el estatus de refugiada de I.V. (*cfr.* párr. 284).

La Corte inició su análisis recordando su jurisprudencia previa sobre el derecho de acceso a la justicia en casos de vulneraciones de derechos sexuales y reproductivos, así como haciendo

[25] Según esta técnica de examen, para analizar la idoneidad de una restricción o diferenciación se exige que: *i)* el fin que persigue no solo sea legítimo en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino además imperioso; *ii)* el medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario (no puede ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo), y *iii)* los beneficios de adoptar la restricción o diferenciación deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.

un resumen de la práctica y estándares internacionales sobre la materia, para concluir que la ineficiencia del sistema de justicia en las investigaciones por violaciones a derechos sexuales y reproductivos constituye una forma de discriminación a la mujer. Posteriormente, en el análisis del alcance de la responsabilidad internacional del Estado por el proceso penal, la Corte concluyó que en el caso de la señora I.V. "[…] confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación en el acceso a la justicia asociados a su condición de mujer, su posición socio-económica y su condición de refugiada". Sin embargo, no se aplicó la lógica de argumentación del caso *Gonzales Lluy* (tesis de agravación y análisis de intersecciones). La argumentación tuvo dos pasos: *i)* se consideraron brevemente y por separado estos tres factores de discriminación, y *ii)* una vez constatado que se produjo discriminación múltiple, se verificó si se podía caracterizar o no como discriminación interseccional bajo un criterio de especificidad.

En el primer paso, la Corte encontró que no solo se produjo discriminación de género, sino también por la posición socioeconómica de I.V. (debido a los cambios de jurisdicción, que implicaron costos elevados de traslado a largas distancias, *cfr.* párr. 319), y por su condición de refugiada (dado que durante los procedimientos judiciales sufrieron diversas presiones relacionadas con la calidad de su residencia en Bolivia. *Cfr.* párr. 320). Tras este análisis separado, la Corte concluyó que "[l]a discriminación que vivió I.V. en el acceso a la justicia no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente".

2.2. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* (2018)

En *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*,[26] la Corte, por primera vez en una sentencia, anunció que aplicaría un análisis jurídico ba-

[26] Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 350.

sado en un enfoque interseccional como punto de partida y a lo largo del estudio para elucidar el alcance de una medida discriminatoria o la violación concreta de un derecho, y no como un argumento adicional o como conclusión (como hizo, por ejemplo, en *I.V. vs. Bolivia*).

Los dos motivos principales de discriminación también fueron resaltados desde el inicio, en la narración de los hechos del caso. El Estado nicaragüense fue demandado por su supuesta falta de respuesta para investigar y juzgar en un plazo razonable y sin revictimización las violaciones sexuales perpetradas contra la niña V.R.P., ocurridas entre septiembre y octubre de 2000 (cuando V.R.P. tenía ocho años), pese al abundante material probatorio que indicaba que el responsable habría sido su padre (un abogado miembro del Frente Sandinista para la Liberación Nacional que había sido procurador auxiliar del departamento de Matagalpa, entre otros cargos).

La Corte consideró que en "*Campo Algodonero*" y en otras sentencias previas[27] había establecido estándares sobre los deberes estatales de investigar y juzgar penalmente los casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, pero que era necesario especificar estos estándares a las condiciones particulares de las violaciones sexuales cometidas contra niñas. Para estos efectos, la Corte indicó que aplicaría un enfoque interseccional con el fin de retomar sus estándares en casos de violencia y violación sexual en contra de mujeres adultas, e interpretarlos en este caso concreto en combinación con los estándares internacionales sobre los derechos de niños y niñas (*cfr.* párrs. 154 y 155). Es decir, a través del enfoque interseccional, la Corte no solo evaluó las vulneraciones a derechos reconocidos en instrumentos internacionales sobre violencia contra la mujer, sino además los reconocidos en instrumentos internacionales de protección de niñas y niños. De este modo, las categorías de género y edad de la víctima fueron centrales a lo largo de toda la sentencia.

[27] Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, *cit.*; *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, núm. 289; *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, núm. 333.

Al aplicar este enfoque, la Corte consideró que, cuando se analizan casos que involucran niñas y adolescentes, los estándares normativos sobre violencia y violación sexual contra mujeres adultas debían orientarse con los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño: *i)* el principio de no discriminación, *ii)* el principio del interés superior de la niña, *iii)* el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y *iv)* el principio de respeto a la opinión de la niña que ha sido víctima de delitos de violencia sexual en todo procedimiento que la afecte (*cfr.* párrs. 155-157). Por tanto, la Corte reconoció a las niñas una protección reforzada en razón a su vulnerabilidad a sufrir violencia sexual, especialmente en la esfera familiar. Esto supone para el Estado un deber de debida diligencia reforzada con una especial intensidad, que se hace efectivo con una respuesta institucional dirigida a las condiciones específicas de las niñas (edad, grado de madurez, nivel de comprensión, nivel socioeconómico) que hayan sido víctimas de delitos de violencia sexual durante la investigación penal, así como a la hora de adoptar medidas de protección (p. ej., asistencia jurídica y de salud), atención integral y acompañamiento especializado, rehabilitación (médica, psicológica) y reintegración social. Se les debe abrir espacios para pronunciarse durante el proceso judicial, con las debidas garantías, pero todas sus actuaciones han de realizarse con su consentimiento y evitando en todo momento su revictimización (p. ej., si el proceso se desarrolla en un entorno intimidatorio, hostil o insensible, o si la evaluación física le causa a la víctima un trauma adicional).

Es a la luz de estos criterios que la Corte realizó su análisis de fondo de las diversas violaciones a derechos humanos en este caso (*cfr.* párrs. 172-203, 289-299) y concluyó que efectivamente se configuró responsabilidad internacional del Estado por vulnerar su deber de diligencia reforzada y protección especial, provocando una situación de revictimización. Para la Corte, la niña sufrió una doble violencia: sexual, por parte de un agente no estatal, e institucional, durante el proceso judicial (en particular, en el examen médico forense y la diligencia de reconstrucción de los hechos). Estos actos revictimizantes fueron calificados como un trato cruel, inhumano y degradante en términos del artículo 5.2 de la Convención Americana.

La aplicación del enfoque interseccional se ve reflejado en la sección de reparaciones, especialmente cuando la Corte ordena como garantía de no repetición que los protocolos de investigación integral para atender casos de violencia sexual tengan lineamientos más específicos para casos en que la víctima sea una niña, niño o adolescente (párrs. 377-385), implemente una figura especializada para asistencia jurídica gratuita de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos (párr. 387), y desarrolle capacitaciones permanentes para funcionarios públicos que trabajen con temáticas de violencia sexual (párrs. 392-395).

2.3. Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (2018)

Finalmente, en *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala,*[28] la Corte se pronunció sobre una temática que no había estado asociada a la discusión sobre interseccionalidad: la adopción internacional. El caso se basa en la decisión de autoridades públicas guatemaltecas de separar a dos niños (de 2 y 7 años) de sus padres biológicos, declarándolos en estado de abandono en 1997, y concediéndolos en adopción a dos familias distintas en el exterior en 1998. La Comisión Interamericana consideró que la declaratoria de abandono y las irregularidades cometidas por las autoridades judiciales en la resolución de los recursos interpuestos contra esta decisión y los procesos de adopción violaron la Convención Americana.

La Corte inició su análisis destacando la sistematicidad de las serias irregularidades en los procesos de adopción de niños y niñas que se dieron en Guatemala al finalizar el conflicto armado interno en 1996 (especialmente entre 1997 y 2007). Esto era posible gracias a una legislación muy permisiva que promovió la privatización del proceso de adopción, en un intento por reacomodar a niños que necesitaban urgentemente un nuevo hogar tras el conflicto, pero terminó convirtiéndose en un lucrativo negocio internacional. A continuación, la Corte explicó que el caso debía

[28] Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C, núm. 351.

interpretarse a la luz del *corpus iuris* internacional de protección de niñas y niños (*cfr.* párr. 149), sin invocar para estos efectos el enfoque interseccional, como lo había hecho en *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*. Posteriormente, la Corte asumió el estudio de los alegatos de los representantes de las víctimas respecto a una potencial discriminación basada en la posición económica de los padres, estereotipos de género sobre los diferentes roles parentales (que hicieron que se juzgaran las conductas de la madre como un incumplimiento de un determinado rol socialmente impuesto) y la orientación sexual de la abuela de los niños.

La Corte aplicó una lógica de argumentación similar a la planteada en *I.V. vs. Bolivia*: primero se consideraron separadamente cada uno de estos motivos de discriminación y, una vez constatado que efectivamente se produjo una discriminación múltiple, se verificó si se podía caracterizar o no como discriminación interseccional. Para la Corte, los factores identificados "[…] confluyeron de manera interseccional en la señora Flor de María Ramírez Escobar, quien por ser madre soltera en situación de pobreza, formaba parte de los grupos más vulnerables a ser víctima de una separación ilegal o arbitraria de sus hijos, en el marco del contexto de adopciones irregulares en que sucedieron los hechos de este caso", y concluyó que "[l]a discriminación de la señora Ramírez Escobar es interseccional porque fue el producto de varios factores que interaccionan y que se condicionan entre sí" (párr. 304). Como se observa, la lógica de argumentación para identificar el carácter múltiple de la discriminación es diferente a la aplicada en *Gonzales Lluy,* y el enfoque interseccional solo se ve brevemente reflejado en la parte final del examen de la vulneración de derechos humanos ("conclusión", párrs. 303 y 304).

III. Sistematización de la jurisprudencia sobre interseccionalidad: el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018)

El caso *Cuscul Pivaral* tiene vocación para convertirse en un *leading case* en materia de interseccionalidad en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esto se debe a que, por primera vez, se intenta agrupar las diferentes aproximacio-

nes conceptuales y lógicas de argumentación que la Corte había aplicado previamente.

Como se sabe, los hechos del caso giran en torno a serias omisiones estatales en el tratamiento médico de portadores de VIH en Guatemala. Entre el grupo de 49 personas sobre las cuales se desarrolló el caso, cinco mujeres se encontraban en estado de gravidez al momento de ser diagnosticadas con VIH, o estuvieron embarazadas con posterioridad a su diagnóstico. Según la denuncia ante la Comisión Interamericana, estas mujeres no recibieron una atención adecuada de conformidad con sus condiciones particulares. La Corte planteó un estudio más profundo sobre la situación específica de estas mujeres. Sandra Zepeda estaba en su séptimo mes de embarazo al ser diagnosticada con VIH; pese a ello, no recibió tratamiento adecuado para evitar la transmisión vertical del virus, lo que ocurrió en definitiva (párr. 136). Pascuala Mérida tenía cinco meses de embarazo cuando se le diagnosticó el VIH; cuando tuvo lugar el parto, el personal médico se negó a practicarle una cesárea programada, poniendo a su bebé en un alto riesgo de transmisión vertical del VIH. Sobre las tres mujeres restantes, la Corte no contó con elementos suficientes para evaluar su situación como mujeres embarazadas portadoras de VIH.

Al igual que la gran mayoría de las víctimas del caso, Sandra y Pascuala son personas de escasos recursos y cuentan con un bajo nivel de escolaridad (tercer y segundo grado de primaria, respectivamente). En consideración a la especificidad de su caso, la Corte optó por evaluar si se produjo discriminación contra ellas sobre la base de múltiples motivos de discriminación. Para ello, al igual que en *I.V. vs. Bolivia* y *Ramírez vs. Guatemala*, optó por analizar separadamente cada motivo de discriminación, pero como lo hizo en *Gonzales Lluy vs. Ecuador,* desde el inicio del análisis aplicó el criterio de agravación (aumento de vulnerabilidad y riesgo), con el objetivo de resaltar la especificidad de la discriminación. La lógica de argumentación entonces combinó algunos elementos de las sentencias previas y el resultado fue un análisis a tres pasos:

1. *Identificación de los factores de riesgo o vulnerabilidad y su verificación como categorías prohibidas de discriminación a*

la luz de la Convención Americana: la Corte observó que ser portador de VIH es una condición social que encaja dentro de los motivos prohibidos de discriminación del artículo 1 de la CADH y que pone a las personas en una situación de vulnerabilidad o riesgo, por lo que deben tener garantizado el acceso a los servicios de salud (párrs. 129-133).

2. *Criterio de especificidad*: a continuación, la Corte evaluó cómo estos motivos de discriminación interactuaron o concurrieron entre sí, dando lugar a un tipo específico de discriminación. En el caso concreto, la Corte resaltó que la condición de ser portador de VIH y la pobreza extrema aumentan la mortalidad y morbilidad materna; en virtud del artículo 19 de la CADH, por lo que en estos casos el Estado debe asumir una posición de garante y adoptar medidas especiales para proteger el interés superior del niño (párrs. 131 y 132).
3. *Criterio de agravación*: la Corte verificó finalmente si esta discriminación específica efectivamente afectó a las víctimas del caso concreto. Al respecto, la Corte consideró que la falta de suministro de tratamiento antirretroviral a Sandra durante su embarazo, así como la negación a practicar el parto por cesárea a Pascuala, constituyeron una forma de discriminación basada en el género; al tratarse de mujeres embarazadas portadoras de VIH, esta discriminación aumentó el riesgo de transmisión vertical del VIH a sus hijos. La Corte resaltó que según el perito escuchado durante el juicio, la asistencia médica es crucial para garantizar la salud y vida de los recién nacidos, ya que más de 90% de los niños con VIH se infectan a través de su madre durante el embarazo, el trabajo de parto, el parto y la lactancia, y sin intervención, más de la mitad de los niños con VIH morirán en los primeros dos años de vida (párr. 137).

Tras constatar la multiplicidad de factores de discriminación y el impacto diferenciado de esta discriminación, la Corte concluyó que la discriminación que sufrieron las víctimas fue el producto de la intersección de múltiples factores (el ser mujeres, estar embarazadas y ser portadoras de VIH) que se condicionaron

entre sí. En consecuencia, la Corte calificó esta situación como una discriminación interseccional en relación con la obligación estatal de garantizar el derecho a la salud de las señoras Sandra Zepeda y Pascuala Mérida (párrs. 138 y 139), y en las reparaciones ordenó al Estado garantizar tratamiento médico adecuado a mujeres embarazadas que viven con VIH.

En su voto razonado, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor hace un ejercicio de sistematización de los fallos discutidos en este artículo e identifica los avances que se han logrado hasta *Cuscul Pivaral*, pero también advierte sobre algunos retos hacia el futuro. En particular, sugiere que si la Comisión Interamericana o los representantes de las víctimas denuncian que se ha producido una discriminación interseccional, deberán argumentar convincentemente que: *i)* las categorías que invocan estén cubiertas por la Convención Americana; *ii)* que su confluencia generó una discriminación específica, y *iii)* que efectivamente agravó la situación de la víctima. En sus palabras, "[...] no basta con alegar que existen diferentes elementos que confluyen en una persona, sino que debe acreditarse que la combinación de estos elementos generó una nueva forma agravada de discriminación con características específicas".

Para dimensionar la importancia del caso *Cuscul Pivaral* para el desarrollo jurisprudencial del concepto de discriminación interseccional, conviene terminar esta sección con una cita adicional al voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

> 34. La Sentencia es especialmente relevante en este tema pues permite visibilizar la confrontación entre género y maternidad, factores usualmente solapados por la condición de persona que vive con el VIH. La mayoría apreció la existencia de un nuevo tipo de discriminación agravada a partir de la interacción de dichas circunstancias, reconociendo la necesidad de que el Estado brinde protección diferenciada a partir de las necesidades particulares que enfrentan las mujeres embarazadas que viven con el VIH. Esta aproximación tiene una doble virtud: por un lado, visibiliza a un grupo que ha sido históricamente discriminado y fija consecuencias jurídicas para el Estado por no brindar una protección bajo un enfoque diferencial; y, por otro lado, abre la puerta para que el Estado adopte medidas en el futuro que permitan una protección más eficaz y mucho más específica del derecho a la salud para mujeres embarazadas que vi-

ven con el VIH. En este sentido, la Sentencia —tanto en su análisis de fondo, como en materia de reparaciones— se suma a lo ya definido por ONUSIDA sobre la necesidad de fomentar un entorno protector y habilitante para las mujeres, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad.

IV. Conclusiones

El concepto de interseccionalidad se introdujo en la jurisprudencia interamericana en torno a tres temas de género estrechamente vinculados: *i)* discriminación en servicios de salud; *ii)* violencia basada en el género, y *iii)* discriminación basada en el género. Desde 2015 se ha agregado un cuarto tema central: la discriminación por el estado de salud, en particular, por la condición de ser portador de VIH. En este conjunto temático, los casos usualmente se han relacionado con cuatro tipos de derechos por sujetos: *i)* derechos de la mujer; *ii)* derechos de los niños; *iii)* derechos de minorías étnicas, y *iv)* derechos de personas con VIH. En buena parte de los casos, el concepto de interseccionalidad ha permitido dar visibilidad a formas específicas de discriminación contra mujeres, por ejemplo: mujeres indígenas de escasos recursos víctimas de violencia sexual (*Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú vs. México*); niñas víctimas de violencia sexual (*V.R.P. vs. Nicaragua*); niñas portadoras de VIH en condición de pobreza (*Gonzales Lluy vs. Ecuador*); mujeres embarazadas portadoras de VIH (*Cuscul Pivaral vs. Guatemala*); mujeres migrantes de escasos recursos en condición de refugiadas (*I.V. vs. Bolivia*), o madres cabeza de familia de escasos recursos (*Ramírez vs. Guatemala*).

La noción de discriminación interseccional es una alternativa conceptual para afrontar el problema de las discriminaciones basadas en diversos motivos, factores o riesgos. Pero como hemos visto a partir del análisis jurisprudencial, la Corte Interamericana ha probado otras alternativas para resolver este tipo de casos. Antes de la década de 2010, la solución solía ser la subsunción de los distintos motivos de discriminación en una forma de discriminación principal. En casos como *Fernández Ortega y otros vs. México* o *Rosendo Cantú vs. México,* la Corte identificaba una forma de discriminación prioritaria, y trataba la discriminación por otros motivos como agravantes de esta. A partir de 2014, la Corte

ha estado invocando el concepto de discriminación interseccional y el enfoque interseccional, aunque no siempre de manera uniforme. La desviación más notoria en la línea jurisprudencial reciente es el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, donde la Corte empleó el concepto de "enfoque interseccional" para referirse a la aplicación de estándares normativos específicos de acuerdo con las características particulares de las víctimas. En otras palabras, el enfoque interseccional bajo esa definición significaría un método de entrecruce de estándares normativos (en este ejemplo, estándares sobre violencia contra la mujer y sobre protección de niños y niñas). Sin embargo, como se observó en el estudio de *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala,* esta es una tarea que realiza con frecuencia la Corte Interamericana sin tener que invocar la aplicación de un enfoque interseccional.

Para el resto de sentencias, el enfoque interseccional se refiere en buena medida a una forma integral y horizontal (es decir, sin partir *a priori* de la existencia de una categoría que es más importante que las demás) de interpretar y abordar casos de discriminación cuando se produce por varios motivos o factores y considerando sus impactos diferenciados. Sin embargo, la manera en que este enfoque se aplica judicialmente ha variado significativamente. Sobre la base de las cuatro sentencias analizadas (excluyendo el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* por las razones previamente mencionadas), se pueden identificar distintas lógicas de argumentación:

a) La aplicada en *Gonzales Lluy*, a dos pasos: *i)* inicialmente se verifica si hay más de un factor o riesgo de discriminación y cómo esto la agrava (criterio de agravación), y *ii)* luego se analizan las combinaciones o intersecciones entre factores o motivos de discriminación.

b) La aplicada en *I.V. vs. Bolivia* y en *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, a dos pasos: *i)* se analiza separadamente cada motivo de discriminación, y *ii)* de constatarse que hay más de un factor de discriminación relevante (es decir, que se trata de una discriminación múltiple), se verifica si esta puede describirse o categorizarse como un caso de discriminación interseccional.

c) La aplicada en *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, en la que se verifica que *i)* las categorías que se invocan como moti-

vos de discriminación estén cubiertas por la prohibición de la Convención Americana; *ii)* que su intersección o confluencia generó una discriminación específica (criterio de especificidad), y *iii)* que efectivamente agravó la situación de la víctima (criterio de agravación).

La diferencia más notoria entre estas tres opciones es el tipo de análisis interseccional. En *Gonzales Lluy,* la Corte parte de la base de que los motivos o factores de discriminación son analíticamente inseparables y, por tanto, opta por un análisis de las conexiones o interacciones que se produjeron entre estos. Esta visión se inscribe bien con los desarrollos teóricos sobre el concepto en las ciencias sociales, pero ante un estrado judicial es operativamente más compleja en términos probatorios, y puede derivar en argumentaciones de tipo contrafáctico que, en la mayoría de casos, no son comprobables (p. ej., especular si se hubiera o no llegado al resultado discriminatorio si los motivos prohibidos se hubieran dado por separado).

En las sentencias posteriores, la Corte abandona este tipo de análisis y opta efectivamente por separar analíticamente los motivos de discriminación; una vez que confirma que se produjo discriminación múltiple, evalúa si puede categorizarse como una discriminación interseccional. Como ejemplifican los casos *I.V.* y *Ramírez*, el déficit de esta alternativa es que el análisis tiende a convertirse en una simple sumatoria de discriminaciones, con lo cual, en la práctica, se borra la frontera conceptual entre discriminación múltiple y discriminación interseccional. Con *Cuscul Pivaral* se instaura una metodología híbrida que, si bien mantiene el análisis separado de los motivos de discriminación, le devuelve el énfasis al estudio más integral de los motivos de discriminación como categorías que se intersectan, así como a sus efectos sinérgicos.

La interseccionalidad es un concepto en construcción que se alimenta tanto de las ciencias sociales como del derecho internacional de los derechos humanos, que son ámbitos que se influencian mutuamente.[29] En ese sentido, no existe una manera

[29] Véase Sosa, Lorena, *Intersectionality in the human rights legal framework on violence against women: At the centre or the margins?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

única o "correcta" de hacer judicialmente operativa una perspectiva interseccional. Sin embargo, dado su origen doctrinal y la enorme variedad de corrientes teóricas que se han desarrollado en torno a la idea de interseccionalidad, era importante que la Corte Interamericana estableciera una postura propia y adoptara una definición estable sobre discriminación interseccional, manteniendo cierta uniformidad en la aplicación judicial del enfoque interseccional. En comparación con sentencias previas, *Cuscul Pivaral* ofrece criterios y conceptos mucho más claros a la hora de formular denuncias de discriminación invocando la interseccionalidad, por lo que, en aras de la coherencia, resulta deseable que los lineamientos generales de esta sentencia se mantengan en el futuro. Entre los puntos que aún merecen un pronunciamiento más detallado de la Corte se pueden destacar los siguientes:

1. *Las implicaciones del enfoque interseccional frente a las obligaciones del Estado de proteger los derechos*: según la Corte, el enfoque interseccional establece el deber de ofrecer una protección reforzada a grupos históricamente marginados (p. ej., pueblos indígenas y afrodescendientes), así como otros grupos vulnerables o en situaciones de riesgo (p. ej., personas con discapacidades, adultos mayores, portadores de VIH, personas en situación de desplazamiento forzado, personas privadas de la libertad). Sin embargo, la Corte debería ser más específica en relación con el alcance de estas obligaciones y su impacto en el diseño de políticas públicas. En su voto razonado en *Cuscul Pivaral*, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor sugiere observar la experiencia colombiana con el denominado "enfoque diferencial" en la protección de víctimas, que da énfasis a la protección de grupos afectados desproporcionalmente, como ocurre, por ejemplo, en los programas de atención integral a la población desplazada con un enfoque diferencial de género.
2. *Alcances en términos de las obligaciones estatales de reparación*: gracias al enfoque interseccional, la Corte puede identificar que el daño producido es más grave; sin embargo, se debería precisar el impacto de esta constatación en la evaluación de las reparaciones a víctimas de discriminación interseccional. Si las medidas de reparación

deberían ser integrales, se deberían tener en cuenta las múltiples dimensiones que fueron afectadas y cómo se refleja en la indemnización, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición (reparación diferenciada).

3. *Límites de las categorías*: el enfoque interseccional implica la identificación de categorías, factores o motivos de discriminación: género, clase, etnicidad, "raza", etc., y sus interacciones o articulaciones. La Corte no se ha limitado a combinaciones de género y "raza", como sí suele ocurrir en la literatura socio-legal sobre la temática. Si bien las combinaciones analizadas por la Corte involucran generalmente la categoría de género, tampoco hay en los planteamientos teóricos de la Corte ningún sustento para limitar el enfoque interseccional a temas que involucren necesariamente la categoría de género. Por otro lado, la Corte ha sido amplia en relación con la interpretación del artículo 1.1 sobre otras condiciones sociales que pueden ser consideradas como motivos prohibidos de discriminación, como la condición de portar el VIH o el estado de gravidez. Todo esto ofrece un amplio margen para la aplicación del enfoque interseccional en casos de discriminación. Si bien esto puede ser favorable al inicio de una línea jurisprudencial sobre la temática, se corre el riesgo de una invocación arbitraria de múltiples factores de discriminación que en realidad podrían subsumirse bajo una causa central de discriminación. A largo plazo, esto puede debilitar el concepto mismo de interseccionalidad, pues puede llevar al absurdo de que, dado que prácticamente en toda discriminación concurren varias condiciones o circunstancias personales o sociales, toda discriminación tendría que calificarse como múltiple. En este punto se necesitan criterios sólidos para una distinción conceptual clara. La Corte ha optado por los criterios de agravación y especificidad, pero debe ser más concreta sobre la forma en que estos criterios deben ser aplicados.

El enfoque interseccional resulta un avance sustancial en la jurisprudencia interamericana, ya que da visibilidad a experiencias específicas de discriminación que usualmente pasaban desapercibidas en las políticas públicas de los Estados latinoameri-

canos y al interior de las instituciones de justicia, acostumbradas a operar con categorías abstractas y homogeneizadas como "las mujeres", "los niños", o "los pobres". Esta mayor visibilidad no solo contribuye a una mejor comprensión de la situación individual de una víctima, sino que permite un análisis mucho más cercano a las realidades sociales que padecen grupos especialmente vulnerables en el conjunto de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos en la región, lo que supone un análisis contextual del incremento del riesgo o vulnerabilidad de las víctimas: nos muestra que no todos sufren por igual en el marco de un conflicto armado; que la marginación en áreas rurales afecta desproporcionadamente a ciertos grupos de la población, o que los déficits de atención en algunos centros de salud tienen distintos niveles, según el género, la condición social y el color de piel. Nos revela a los excluidos entre los excluidos.

Bibliografía

Acosta López, Juana, "The Cotton Field Case: Gender perspective and feminist theories in the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 21, 2012.

Carbado, Devon W. *et al.*, "Intersectionality: mapping the movements of a theory", *Du Bois Review: Social Science Research on Race*, vol. 10, núm. 2, septiembre de 2013.

Casas, Ximena, "Multiple discrimination in access to sexual and reproductive health: Experiences from Latin America and The Caribbean", *University of Miami Law Review*, núm. 65, 2011.

Clérico, Laura y Novelli, Celeste, "La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir *Campo Algodonero*", *Revista de Ciencias Sociales,* Valparaíso, 2015.

Crenshaw, Kimberlé, "Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics", *University of Chicago Legal Forum,* Chicago, 1989.

Fernandes, Florestan, "Raza y clase", en Jelin, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global Entangled Inequalities: Conceptual Debates and Evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.

Gayet, Anne-Claire, "The Inter-American Court of Human Rights", en Mercat-Bruns, M. *et al.* (eds.), *Comparative perspectives on the enforcement and effectiveness of antidiscrimination Law,* Springer, Cham, 2018.

Góngora Mera, Manuel, "Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Hancock, Ange-Marie, "When multiplication doesn't equal quick addition: examining intersectionality as a research paradigm", *Perspectives on Politics,* vol. 5 núm. 1, marzo de 2007.

Jelin, Elizabeth, "Unequal Differences: gender, ethnicity/race and citizenship in class societies (historical realities, analytical approaches)", en Jelin, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global entangled inequalities: conceptual debates and evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.

Saffioti, Heleieth, "Género y clase social", en Jelin, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global entangled inequalities: conceptual debates and evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.

Sifris, Ronli, "Involuntary sterilization of HIV-Positive women: an example of intersectional discrimination", *Human Rights Quarterly*, núm. 37, 2015.

Sosa, Lorena, *Intersectionality in the human rights legal framework on violence against women: At the centre or the margins?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

Stavenhagen, Rodolfo, "Etnicidad y clase", en Jelin, Elizabeth *et al.* (eds.), *Global entangled inequalities: conceptual debates and evidence from Latin America*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.

¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas? Comentarios en torno al caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala**

*Diana Guarnizo-Peralta***

I. Introducción

El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* representa un hito en la protección de los derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Aunque no es el primer caso que protege el derecho a la salud de manera autónoma[1] ni el primero que hace referencia a los derechos de la población portadora del virus de inmunodeficiencia humana (VIH),[2] sí avanza en la jurisprudencia aclarando el entendimiento de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA); profundizando sobre el entendimiento del principio de progresividad en las obligaciones estatales en materia de DESCA,

* Las opiniones contenidas en este artículo son personales y no involucran a las instituciones participantes.

** Doctora en Derecho y *magister legum* por la Universidad de Essex. Especialista en Derecho Constitucional y abogada por la Universidad Nacional de Colombia. Directora del área de Justicia Económica en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

1 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

2 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

y detallando el contenido del derecho a la salud para la población con VIH.

Pero, tal vez, en el aspecto que más destaca esta sentencia es en la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) emite las órdenes de reparación. A diferencia de otros fallos, esta sentencia hace un llamado concreto al Estado para que adopte políticas inclusivas; establece unos objetivos mínimos y metas concretas a los que deben orientarse dichas políticas, y concede un peso importante a la participación de la comunidad médica, personas con VIH y usuarios del sistema en general en la construcción de la misma. Sin embargo, esta forma de reparación no ha sido ajena a críticas. Para el juez Humberto Sierra Porto, este tipo de órdenes implican decisiones presupuestarias que exceden el margen de competencia de la Corte, por lo que resultan inadecuadas como modelo de acción para casos relacionados con la protección de derechos sociales.

Este ensayo busca profundizar en el debate sobre la forma mas adecuada de dictar remedios en el Sistema Interamericano, particularmente en casos de DESCA. Para ello, el presente trabajo indagará sobre: *i)* el entendimiento de la Corte sobre la obligación de desarrollo progresivo en materia de DESCA; *ii)* las reparaciones en el caso concreto; *iii)* el entendimiento de las garantías de no repetición en el derecho internacional actual; *iv)* el rol de los tribunales en la protección de DESCA en el constitucionalismo moderno y la concepción de un "activismo dialógico"; *v)* los tipos de remedios en la protección de derechos sociales; *vi)* el rol de los tribunales internacionales al determinar remedios en materia de DESCA y, finalmente, *vii)* aportará algunas conclusiones finales.

II. El entendimiento del deber de desarrollo progresivo de los DESCA: entre el "contenido mínimo" y la "razonabilidad"

El señor Cuscul Pivaral y otras 48 personas fueron diagnosticadas en Guatemala con VIH entre 1992 y 2003. Hasta 2004, estas

personas no habían recibido atención medica alguna, lo que, sumado a su condición de pobreza, impactó de manera desproporcionada en su vida. En los años siguientes a 2004, la atención fue deficiente. Al momento de dictar sentencia, 15 de las 49 personas de este grupo habían fallecido. A pesar de la presentación de un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad de Guatemala buscando la protección del Estado, esta no resolvió de fondo declarando el recurso "sin materia."

Quince años después de esta decisión constitucional, la Corte IDH reconoció que la ausencia de atención antes de 2004, así como la deficiente atención en los años siguientes, configuraba una violación de los derechos a la salud, a la vida, las garantías judiciales y la integridad personal de este grupo de personas y sus familias. La Corte reiteró la decisión establecida en sentencias anteriores, para señalar que el derecho a la salud era autónomamente justiciable y que se derivaba del artículo 26 de la Convención.[3]

La Corte, además, profundizó en su entendimiento de las obligaciones progresivas en materia de DESCA, aclarando que "[...] la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".[4] Para la Corte, esto significa que en aquellos casos en los que el desarrollo de un derecho depende de la creación de una política pública, la Corte debe juzgar no solo que la política exista, sino también que esta cumpla con algunos "*contenidos mínimos"* deseables, los cuales pueden resumirse en que: *i)* la política no puede generar prácticas discriminatorias, por ejemplo, dejando a buena parte de la población desatendida, y *ii)* esta debe cumplir con un mínimo de disponibilidad, accesibilidad y calidad en la atención que le permita proteger la vida de las personas.

---

3 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *cit*.

4 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 agosto de 2018. Serie C, núm. 359, párr. 98.

En el caso concreto de Guatemala, el Gobierno reconoció que, hasta 2004, solo había financiado el tratamiento de 373 personas y que el resto de las personas afectadas habían sido atendidas por una organización no gubernamental (ONG) internacional. En concreto, 48 de las víctimas relacionadas con el caso no habían recibido tratamiento alguno hasta antes de 2004. Es decir que, para ese año, el Estado no había siquiera desarrollado una política que le permitiera atender a toda la población con VIH, por lo que su responsabilidad internacional resultaba implicada.

Posterior a 2004, la Corte constató que si bien hubo un aumento progresivo tanto presupuestal como en el desarrollo de políticas públicas orientadas a la población con VIH, el acceso a tratamiento continuó siendo incompleto o deficiente. Para la Corte, el acceso irregular, nulo o insuficiente a tratamientos antirretrovirales, la falta de acceso a pruebas periódicas, la ausencia o el inadecuado apoyo social, así como las dificultades para acceder a centros de salud en razón a sus costos o su ubicación geográfica son incompatibles con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad en la atención a la salud. Para la Corte, tanto la ausencia de una política pública que atendiera a todos antes de 2004, además de las deficiencias en la puesta en marcha de la política existente posterior a 2004, configuran ambas una violación al derecho a la salud autónomamente reconocido en el artículo 26 de la CADH en relación con el artículo 1.1.

Este entendimiento del principio de progresividad como incluyente de una obligación de crear una política que establezca "estándares mínimos deseables" asume a los derechos sociales como derechos exigibles que establecen obligaciones mínimas que requieren la acción estatal inmediata. Dichas obligaciones son *mínimas,* por lo que no pueden ser demasiado ambiciosas en su contenido; sin embargo, al ser *inmediatas*, deben ser desarrolladas por el Estado de manera pronta y efectiva, incluso si no tiene los recursos para hacerlo. Son obligaciones que buscan un *resultado* en concreto y no solo la puesta en marcha de un medio para lograrlo. Así lo explica el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado:

> En el análisis del caso se advirtió que Guatemala, a pesar de contar con una serie de leyes y políticas públicas vigentes con anteriori-

> dad al año 2004 para la atención médica de personas con el VIH, prácticamente no proveyó atención médica directa más que a un limitado número de personas, que además no incluía a 48 de las 49 víctimas de este caso.[5] Esta inacción estatal, con anterioridad al año 2004, ante la epidemia del VIH, derivó en la responsabilidad internacional del Estado por violación al principio de progresividad en materia de protección a la salud.[6]

Esta visión del principio de progresividad contrasta con la visión del juez Humberto Sierra Porto, para quien el análisis de la Corte debió hacerse en el marco de un análisis de "*razonabilidad*" que tuviera en cuenta si el Estado hizo todo lo necesario para dar cumplimiento a sus propias leyes y políticas en materia de VIH teniendo en cuenta tanto sus recursos internos como otras necesidades, prioridades y objetivos de gobierno en ese momento. Dice el juez Sierra Porto:

> Esto no significa hacer un juicio con respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud en sí, sino más bien se relaciona con el análisis de *razonabilidad* de la medida ordenada. En un contexto de recursos escasos, como es el caso de la mayoría de los países de la región, es imprescindible analizar cómo la introducción de una determinada medida, por ejemplo, en materia de servicios de salud, puede afectar la capacidad del Estado de garantizar otros derechos también de contenido prestacional. Dicho análisis puede llevar a la conclusión de que, en ciertos casos, es necesario adoptar un enfoque que tenga en cuenta las necesidades de toda la sociedad en su conjunto, en vez de enfocarse en las necesidades específicas de un grupo particular.[7] (Cursivas añadidas)

De acuerdo con esta segunda tesis, los derechos sociales son vistos, en todos los casos, como *obligaciones de medio* que siempre dependerán de la disponibilidad de recursos del Estado para ser puestos en práctica. En ese sentido, no existe un contenido mínimo, básico o inescindible del derecho en cuestión, sino que todas las obligaciones, incluso las de desarrollo progresivo, esta-

---

5 *Ibidem*, párr. 119.

6 *Ibidem*. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 6.

7 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 14.

rían sometidas a la disponibilidad de recursos y a otras opciones de prioridad política.

El debate sobre la interpretación de los DESCA (contenidos mínimos *vs.* razonabilidad) es uno de los debates filosóficos más relevantes en la justiciabilidad de derechos sociales.[8] Resulta positivo que la Corte haya profundizado en este debate y tomado una posición mayoritaria al respecto. Aunque no existe un ganador rotundo en esta disputa, es importante aclarar que luego de que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) señalara en su Observación general 3 que "[...] corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos",[9] la mayoría de las cortes domésticas que han implementado derechos sociales en América Latina se han inclinado de alguna manera por reconocer la existencia de alguna forma de obligaciones "mínimas" en materia de derechos sociales, aunque no siempre de forma expresa o citando la jurisprudencia internacional.[10] En este sentido, la decisión de la Corte parece consecuente con la doctrina dominante en la región.

Por otro lado, a diferencia de otros casos en donde la protección de derechos sociales implicaba una carga fuertemente onerosa por parte del Estado,[11] en este caso, el Estado no explica concretamente cuáles eran esos otros objetivos de relevancia

8 Langford, Malcolm, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 21-24. Para un análisis de estas dos posiciones en la protección del derecho a la salud, véase Young, Katharine y Lemaitre, Julieta, "The comparative fortunes of the right to health: Teo Tales of justiciability in Colombia and South Africa", *Harvard Human Rights Journal,* vol. 26, núm. 1, 2013.

9 Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, U.N. Doc. E/1991/23, 1990.

10 Alston, Philip, "Foreword", pp. xi-xii. Para el detalle del desarrollo jurisprudencial en algunos países de América Latina veáse Sepúlveda, Magdalena, "Colombia"; Courtis, Christian, "Argentina", y Piovesan, Flavia, "Brasil", todos en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence..., cit*.

11 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa & Ors v. Grootboom & Ors* 2000 (11) BCLR 1169. (CC).

nacional que impidieron la creación de una política de atención a personas con VIH antes de 2004, o la implementación de medidas efectivas para atender a la población luego de dicha fecha. Simplemente se limita a mencionar que "[…] la realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica, y por tanto no podrá lograrse en un breve periodo".[12]

Dado que se trata de una defensa del Estado, le correspondía a este la carga de la prueba. Al no sostener una razón suficiente que explique la imposibilidad de establecer una política de atención a pacientes con VIH con cobertura amplia previo a 2004, los argumentos del Estado parecieran entonces ser más alegatos genéricos para excusar su inacción que argumentos reales sobre la existencia de intereses prioritarios que compitan por la asignación escasa de recursos. La posición de la Corte, entonces, parece ser en este aspecto coherente con la protección de los derechos sociales.

III. Los remedios otorgados en el caso concreto

Esta visión del principio de progresividad como inclusivo de un deber de desarrollar políticas públicas que incluyan contenidos mínimos esenciales se refleja en la forma en que la Corte IDH ordena las medidas de reparación. La Corte ordena una serie de garantías de no repetición (GnR) orientadas a impactar en la población en general, más allá del grupo concreto de víctimas identificadas al final de la sentencia. En concreto, la Corte ordenó:

1. Diseñar un mecanismo para "[…] garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de los antrirretrovirales, los exámenes diagnósticos y las prestaciones en salud para la población con el VIH."[13] Dicho mecanismo debe cumplir unos objetivos mínimos[14] que la misma Corte señala, los cuales deberán ser cum-

[12] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 71.

[13] *Ibidem*, párr. 226.

[14] *Idem*. Dentro de dichos contenidos mínimos se encuentra: "i) aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de medicamentos antirretrovirales,

plidos por medio de las acciones que determinen las propias autoridades estatales y en seguimiento a metas e indicadores que deben ser establecidos por medio de una política pública participativa. En la construcción de dicho mecanismo, el Estado deberá convocar a "[...] la comunidad médica, personas con VIH, usuarios del sistema de salud y personas que los representen, así como a la Procuraduría de los Derechos Humanos con el fin de fijar las prioridades en atención, adoptar decisiones, planificar y evaluar las estrategias de atención."[15]

2. Implementar un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud que atiendan a personas con VIH acerca de los estándares internacionales y nacionales en materia de tratamiento integral a pacientes con el virus.[16]
3. Garantizar que las mujeres tengan acceso a una prueba de VIH, dar seguimiento periódico a aquellas que viven con el virus y proveer tratamiento médico adecuado para evitar la transmisión vertical del virus, para lo cual ordena la preparación de una publicación o cartilla que informe los medios de prevención de la transmisión del VIH y los riesgos de transmisión vertical y de las formas para prevenirlo.[17]
4. Realizar "[...] una campaña nacional de concientización y sensibilización dirigida a personas que viven con VIH, funcionarios públicos, y la población general, sobre los derechos de las personas que viven con VIH."[18]

En este listado de órdenes se desatacan dos aspectos. En primer lugar, la Corte IDH, coherente con su entendimiento de las obligaciones progresivas, ordena crear una política, que no es una política cualquiera, sino que debe estar orientada a cumplir ciertos mínimos que garanticen los estándares mínimos estable-

de pruebas diagnósticas para la detección del VIH y para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades oportunistas, ii) mejorar los programas de atención a la población que vive con el VIH y aumentar la cobertura de atención, iii) aumentar y mejorar las medidas inmediatas y urgentes en materia de atención en salud a la población con VIH, iv) mejorar la información disponible para la toma de decisiones por todas las autoridades competentes".

15 *Idem*.

16 *Ibidem*, párr. 227.

17 *Ibidem*, párr. 228.

18 *Ibidem*, párr. 229.

cidos por el Comité DESC en materia de accesibilidad, disponibilidad y calidad de los antirretrovirales (orden 1). En segundo lugar, las órdenes, si bien están determinadas a cumplir con unos contenidos mínimos, no detallan los aspectos mas específicos de la política. Al contrario, delegan a los diseñadores de la política y a los afectados por esta crear los mecanismos más adecuados para formular los lineamientos.

Como se verá, este tipo de órdenes tiene varias ventajas para el debate democrático. Sin embargo, en el caso concreto, fueron criticadas por el juez Sierra Porto, para quien el problema con este tipo de remedios puede ser resumido en tres tesis: *i)* cuando las cortes deciden de manera concreta sobre la prestación de derechos que tienen una alta carga prestacional, terminan tomando decisiones trascendentales sobre la distribución de recursos sin necesariamente tener en cuenta otros derechos en juego u otras necesidades imperiosas del Estado; *ii)* los jueces no siempre se encuentran en la mejor posición para determinar el contenido de las políticas públicas; el poder ejecutivo sí, no solo porque cuenta con toda la información relevante para tomar la mejor decisión, sino también porque cuenta con la legitimidad institucional para hacerlo, y *iii)* este tipo de órdenes establecen inflexibilidades o "rigideces" a la Administración Pública que pueden llegar a dificultar el cumplimiento de otros derechos o necesidades más apremiantes.

Con el fin de analizar estas críticas, primero se presentarán unas aclaraciones preliminares sobre el establecimiento de dichas medidas en el entendimiento actual de las GnR en el derecho internacional (sección IV), para luego hacer un análisis sobre cómo se entiende la actividad del juez en el diseño y control de políticas públicas (sección V) y, posteriormente, sobre cómo se ajustan estos remedios dentro de una teoría (sección VI).

IV. Las GnR en el derecho internacional moderno

Kent Roach ha explicado que, en materia de derechos sociales, estos han sido el centro de una crítica frecuente, según la cual el

otorgamiento de medidas de reparación usualmente requiere de remedios que son orientados al futuro, complejos, obstruyen la competencia de otras ramas del poder y son difíciles de implementar.[19]

Lo primero que es necesario aclarar al respecto es que tal tipo de reparaciones, que en este caso coinciden en la forma de GnR, no son del todo exclusivas de las reparaciones en materia de derechos sociales, sino, en general, de todas las reparaciones de derechos humanos que impliquen alguna obligación de hacer o una erogación presupuestaria.

Y es que, superada la existencia de generaciones de derechos que distinguía entre supuestos derechos de naturaleza no prestacional (como se supone que eran los civiles y políticos de "primera generación") y los de naturaleza prestacional (como serían los socioeconómicos de "segunda generación"), es reconocido por la doctrina dominante más actual que todos los derechos, sean estos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, implican obligaciones de respeto, protección y garantía.[20] Dependiendo del tipo de obligación, cada una conlleva obligaciones relativas de hacer o no hacer y, en consecuencia, cada una de ellas puede requerir una mayor o menor designación presupuestaria para su cumplimiento.

No todos los derechos sociales implican obligaciones de hacer, por ejemplo, la obligación de proveer un derecho social sin discriminación alguna es una medida que, en sí misma, no supone nuevas erogaciones presupuestarias, sino la mejor y equitativa repartición de las ya existentes. A su vez, no todos los derechos civiles y políticos implican obligaciones de no hacer, por ejemplo, el derecho a elegir y ser elegido exige poner en marcha un complejo sistema de candidaturas, votación, conteo y monitoreo que con frecuencia importa para el Estado el desembolso de grandes erogaciones presupuestarias.

---

19 Roach, Kent, "The challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights", en Langford Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence..., cit.*, p. 2.

20 Shue, Henry, *Basic Rights. Subsistence, affluence, and U.S. Foreign policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980, pp. 35-64.

En ese sentido, la crítica del juez Sierra Porto no es exclusiva al otorgamiento de reparaciones en derechos sociales, sino una crítica más general al otorgamiento de reparaciones fuertes que, como las GnR, impliquen una erogación presupuestaria importante para su cumplimiento, o el diseño de políticas públicas y programas orientados a garantizar una prestación específica. En esa medida, ¿se equivoca Humberto Sierra Porto al criticar las reparaciones que, tal como lo hacen las GnR, tienden a afectar el diseño, implementación y seguimiento de las políticas públicas?

Valga recordar que el establecimiento de remedios más complejos en la forma de GnR ha sido una constante en la jurisprudencia del Sistema Interamericano, no solo en materia de derechos sociales, sino también civiles y políticos. Medidas como la modificación y derogación de legislación,[21] así como el entrenamiento de funcionarios públicos y la realización de cursos en derechos humanos[22] han sido medidas frecuentemente dictadas por la Corte IDH para la protección de todos los derechos humanos que protege el Sistema.[23] En este punto, el SIDH ha llevado la delantera en el otorgamiento de medidas de reparación orientadas a prevenir la repetición de violaciones en el futuro cuando

[21] En relación con medidas legislativas en casos de derechos civiles y políticos véase Corte IDH. *Caso Olmedo Bustos y otros ("La Última Tentación de Cristo") vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73. Respecto a casos de derechos económicos y sociales véase Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, y *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, núm. 257.

[22] Referente a medidas educativas en derechos civiles y políticos véase 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, núm. 205. Sobre casos de derechos económicos y sociales véase Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246.

[23] Para una presentación reciente de las garantías de no repetición adoptadas por la Corte IDH véase Grossman, Claudio *et al.* (coords.), *International Law and Reparations The Interamerican System,* Atlanta, Clarity Press, 2018, cap. III-VI.

se le compara con otros sistemas regionales de protección de derechos humanos como el africano[24] o el europeo.[25]

De manera similar, los estándares internacionales de derechos humanos han venido avanzando progresivamente hacia la incorporación de GnR, remedios estructurales y órdenes que involucran políticas públicas. Desde los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas [...] a interponer recursos y obtener reparaciones[26] que establecen las GnR como una forma para contribuir a la prevención de los hechos,[27] pasando por la reciente jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos,[28] el Comité

[24] Desde 2003, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha emitido recomendaciones no pecuniarias en casos muy destacados. Por esta vía ha recomendado, por ejemplo, la modificación, rechazo o adopción de legislación y políticas de conformidad con la Carta Africana, la adopción de medidas para evitar que las políticas de inmigración tengan un efecto discriminatorio, y la rehabilitación de la infraestructura estatal de educación, salud, agua y servicios agrícolas, entre otras. Véase Ssenyonjo, Manisuli, "Responding to human rights violations in Africa. Assessing the role of the African Commission and Court on Human and peoples' rights (1987-2018)", *International human rights Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2018, p. 14.

[25] Reconociendo que los sistemas interamericano y africano son notablemente más avanzados que el Sistema Europeo de Derechos Humanos en lo relacionado con el tipo de GnR que otorgan. Véase Abasshidze, Aslan *et al.,* "The legal analysis of the right to reparations for the victims of the human rights violations in the European, Inter-American and African Human Rights Protection Systems", *Indian Journal of Science and Technology,* vol. 9, núm. 37, octubre de 2016, p. 7.

[26] ONU, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, de 21 marzo 2016, doc. A/RES/60/147.

[27] *Ibidem,* principio 23, Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, "[...] la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención [...]."

[28] Hay casos en los que el Comité ha recomendado "[...] tomar medidas para prevenir violaciones similares en el futuro". Véase Comité de Derechos Humanos, *M.I. vs. Sweden,* 2013, Comm. núm. 2149/2012; U.N. Doc. CCPR/C/108/D/2149/2012, párr. 9; *Andrei Olechkevitch vs. Belarus,* 2013, Comm. núm. 1785/2008, U.N. Doc. CCPR/c/107/D/1785/2008, párr. 10; *Zhanna Kovsh vs. Belarus,* 2013, Comm. núm. 1787/2008, U.N. Doc. CCPR/C/107/D/1787/2008, párr. 9; *Slimane Mechani vs. Algeria,* 2013, Comm. núm 1807/2008, U.N. Doc. CCPR/C/107/D/1807/2008, párr. 10.

contra la Tortura,[29] el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés)[30] y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité CRDP, por sus siglas en inglés),[31] todos han establecido medidas que de cierta manera reflejan alguna forma de GnR, siendo unos más proactivos que otros. Así, por ejemplo, mientras que el Comité CEDAW y el Comité CRDP han consistentemente incorporado una sección sobre medidas generales en el análisis de comunicaciones individuales, detallando con precisión el tipo de medidas a ser tomadas, el Comité de Derechos Humanos ha recomendado a los Estados "[...] adoptar medidas generales" orientadas a prevenir la futura repetición de los hechos pero sin explicar en detalle cuales deberían ser las medidas.[32]

El desarrollo en el derecho internacional de estas medidas de reparación, sumado a los desarrollos recientes del Sistema Africano[33] y del Sistema Europeo de Derechos Humanos[34] permiten afirmar que las GnR no son un invento descabellado de la Corte, sino una tendencia creciente en reparaciones dentro del derecho internacional de derechos humanos.

---

29 Sobre las medidas de reparación ordenadas por el Comité contra la Tortura, véase Comité contra la Tortura, Observación general 3, aplicación del artículo 14 por los Estados partes, 2012, UN. Doc. CAT/C/GC/3, párrs. 2 y 6.

30 El Comité CEDAW ha recomendado, por ejemplo, "formular políticas y programas comprensivos que aseguren que las necesidades de las mujeres en prisión son respondidas". Véase CEDAW, *Inga Abramova vs. Belarus,* 2011, Comm, núm. 23/2009, U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/23/2009, párr. 7.9 (2) (f).

31 Este Comité ha recomendado con frecuencia a los Estados tomar medidas legislativas para reparar la violación a un derecho. Véase CRPD, *Zsolt Bujdosó and five others vs. Hungary,* 2013, Comm, núm. 4/201, U.N. Doc. CRPD/C/10/D/4/2011, párr. 10(2) (a y b), *Szilvia Nyusti and Péter Takács vs. Hungary,* 2013, Comm, núm. 1/2010, U.N. Doc. CRPD/C/9/D/1/2010, párr. 10 (2) (a), y *H.M. vs. Sweden,* 2012, Comm. núm. 3/2011, U.N. Doc. CRPD/C/7/D/3/2011, párr. 9 (2).

32 Krsticevic, Viviana y Griffey, Brian, "Remedial Recommendations", en Langford, Malcom *et al.* (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary,* Pretoria University Law Press, 2004, p. 11 y cap. 10

33 Ssenyonjo, Manisuli, *op cit*.

34 Abasshidze, Aslan *et al., op cit*.

En ese sentido, el otorgamiento de GnR en casos de derechos sociales, así como de derechos civiles y políticos, no resulta incompatible con la doctrina dominante en el Sistema Interamericano ni con los mas recientes desarrollos en derecho internacional. Al contrario, su otorgamiento forma parte de la evolución normal que el derecho de las reparaciones ha tenido en el derecho internacional, dentro del cual, el SIDH ejerce un rol preponderante.

Ahora bien, una vez asumido que este tipo de medidas son legítimas de acuerdo con el derecho internacional, alguien podría preguntarse si las mismas son deseables en el marco de una teoría apta sobre el rol del juez en la protección de derechos sociales (sección V) y una teoría oportuna acerca de los remedios adecuados en la protección de derechos sociales (sección VI). Ambas cuestiones serán abordadas a continuación.

V. ¿Cortes pasivas, cortes activas o cortes dialógicas?

En la tensión sobre el rol del juez en el diseño de políticas públicas, el constitucionalismo contemporáneo ha dibujado tres modelos ideales. El primero es un *juez pasivo* que no interviene en políticas públicas, que cuando ordena la protección de un derecho solo lo hace de manera declarativa, dejando a los órganos del poder público la decisión de cómo implementarlo.

El segundo es un *juez activo* que interviene decidida y apasionadamente en la definición de las políticas públicas a tal punto que puede decidir de manera concreta no solo a qué tipo de metas se debe llegar en materia de protección de derechos, sino también qué tipo de acciones se deben tomar para cumplirlas.

El tercer modelo es intermedio, o *juez dialógico,* que existe para declarar la violación de un derecho y ordenar la toma de medidas de políticas públicas para remediarla, pero no establece de manera concreta ni la forma ni los medios para lograr dichos fines. Sin embargo, en este modelo dialógico, el juez asume un rol arbitral que permite un espacio para que los distintos actores

involucrados participen en la definición, implementación, evaluación y seguimiento de la política pública. Su rol es verificar el cumplimiento de los pasos necesarios para la construcción de una política pública que cumpla con ciertos mínimos esenciales, pero sin llegar a determinar su contenido.

Este último modelo ha sido defendido desde el constitucionalismo latinoamericano por autores como Roberto Gargarella,[35] César Rodríguez Garavito,[36] Rodrigo Uprimny[37] y Víctor Abramovich.[38]

Para estos autores del modelo dialógico, la intervención judicial en derechos sociales se justifica por varias razones. En primer lugar, si bien con su decisión el juez termina estableciendo una prioridad en la política pública, se trata de una intervención legítima, en tanto busca proteger no el contenido máximo de los derechos sociales, sino contenidos básicos, mínimos e inalienables del derecho que deben ser protegidos constitucionalmente. Se trata de medidas "minimalistas" o "intermedias" de protección con un amplio nivel de deferencia por el actuar de las otras ramas del poder. No pueden entrar a determinar la minucia de la política.

Por otro lado, al no determinar los medios, formas y presupuestos específicos para llevar a cabo los objetivos de política pública, no invaden de manera excesiva el rol de los funcionarios de gobierno, simplemente orientan el norte de su actuar estableciendo prioridades en la agenda que, si bien ya formaban parte

---

35 Gargarella, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles Latinoamericanos,* México, Flacso, núm. 28, 2006.

36 Rodríguez Garavito, César, "Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America", *Texas Law Review,* vol. 89, 2011.

37 Uprimny, Rodrigo, "Legitimidad, conveniencia del control constitucional a la economía", en AA.VV., *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia,* Bogotá, Norma-Vitral, 2006.

38 Abramovich, Víctor, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista Sur,* núm. 11, 2009, y Abramovich, Víctor, *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

del marco normativo constitucional o legal, no eran tomadas en serio por las autoridades, por lo cual se justifica la intervención judicial.

En tercer lugar, y dado que las decisiones son abiertas, amplias en el tiempo y con mecanismos de seguimiento constante, no establecen rigideces peligrosas para el actuar de los diseñadores de la política, por el contrario, abren un campo de posibilidades para que estos puedan ir corrigiendo los planes de agenda sobre la marcha, ajustando las herramientas de política pública a los indicadores y metas que propone el juez.

Finalmente, fomentar el diálogo entre distintos actores relacionados con la política, más allá del poder ejecutivo, cumple una doble misión. Por un lado, este tipo de remedios permiten darle voz y empoderar a aquellos que de otra manera no podrían haber participado en el debate por la construcción de una política pública (p. ej., asociaciones de enfermos, campesinos, desplazados, ciudadanos o afectados en general) y, por el otro, ampliar el nivel de diálogo en la construcción de la política asegura así su mayor legitimidad en el momento de la implementación.

A nivel latinoamericano, varias cortes han avanzado en la aplicación práctica de este tipo de modelo dialógico. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, en varias decisiones estructurales,[39] ha establecido reparaciones que siguen la misma línea de acción. Casos similares pueden verse en el constitucionalismo argentino[40] y costarricense.[41]

---

[39] Son casos en los que: *i)* están involucradas violaciones masivas a los derechos humanos; *ii)* se presenta una solución que no depende de una sola institución o funcionario sino de un conjunto de acciones estatales, y *iii)* la Corte interviene protegiendo el derecho en cuestión y estableciendo remedios estructurales que fijan el norte de la política pública en la materia. Véase Rodríguez Garavito, César y Rodríguez, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia,* Bogotá, Dejusticia, 2010.

[40] CELS, *Litigio Estratégico y Derechos Humanos. La lucha por el derecho,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.

[41] Miranda Bonilla, Haideer, "Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica", *Revista Jurídica IUS Doctrina,* vol. 11, núm. 2, 2018.

VI. Remedios fuertes, remedios débiles o remedios intermedios en la protección de derechos sociales

Para el juez Sierra Porto, a la hora de dictar las reparaciones, el juzgador debe buscar un balance entre, por un lado, el objetivo de reparar integralmente a las víctimas y, por el otro, otorgar al Estado suficiente margen de maniobra para decidir acerca de la mejor garantía de un derecho que, por su propia naturaleza, tiene carácter prestacional. Si el juez llega a dictar medidas inflexibles se corre el riesgo no solo de que estas sean incumplidas, sino que se termine obligando la asignación de recursos escasos a la protección de derechos que, tal vez, para esa sociedad en concreto, no eran tan urgentes. Dice Humberto Sierra Porto:

> Todas estas cuestiones deben ser adecuadamente tenidas en cuenta por esta Corte a la hora de dictar reparaciones, las cuales deben alcanzar un balance entre el objetivo que persiguen- es decir, reparar integralmente las violaciones sufridas por las víctimas- y la necesidad de otorgar a los Estados el margen de acción y la flexibilidad necesaria cuando se encuentran comprometidos derechos de carácter prestacional, como lo es el derecho a la salud. Por ello, en una región donde los recursos son limitados y, más aún, donde existen grandes disparidades dentro de la región en cuanto a los recursos disponibles, el rol de un tribunal regional de derechos humanos como lo es la Corte Interamericana no puede ser ordenar medidas inflexibles. Ello, en tanto que ese proceder podría desembocar, no solo en la imposibilidad de cumplir con las medidas ordenadas, sino en un efecto negativo en la asignación de recursos destinados a otros derechos cuya satisfacción resulta igual o más urgente.[42]

Esta discusión remite directamente al tipo de remedios que se consideran adecuados para la protección de derechos. En su clásico trabajo de 2008, Mark Tushnet distingue entre dos tipos de remedios contrapuestos frecuentemente usados por los jueces en la protección de los derechos sociales: los débiles y los fuertes. Por *remedios débiles,* Tushnet se refiere a aquellas decisiones en las que el juez hace un requerimiento al Gobierno para que desa-

[42] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*. Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párr. 17.

rrolle un plan que ofrezca la promesa de eliminar una violación a un derecho dentro de un tiempo razonablemente corto, pero sin especificar el tiempo exacto ni los medios o formas para lograrlo, de manera que, una vez desarrollados, las cortes den un paso atrás para permitir que los gobiernos desarrollen el plan.[43]

Por el contrario, los *remedios fuertes* son, de acuerdo con Tushnet, órdenes mandatorias que establecen con exactitud lo que los gobiernos deben hacer por medio de la identificación de objetivos, las cuales pueden ser medidas de manera relativamente fácil.[44]

Esta distinción entre tipos de remedios es retomada y complementada por Rodríguez Garavito, para quien la forma ideal de protección judicial en materia de derechos sociales debe mezclar un reconocimiento fuerte de los derechos con una protección débil o intermedia de remedios. En efecto, para este autor, las sentencias en derechos sociales más exitosas han reconocido de manera clara y decidida la violación de un derecho social en concreto, es decir, han concedido un reconocimiento fuerte a la violación del derecho. Sin embargo, en relación con los remedios, este autor se inclina por un modelo débil o intermedio de remedios que, como veremos, establece de forma genérica los objetivos y resultados de la política, pero sin determinar la minucia de la misma. Para Rodríguez-Garavito, mientras los jueces "monológicos" tienden a dictar órdenes muy precisas y orientadas a resultados concretos, los jueces "diálogicos" tenderán por otras más genéricas que establezcan objetivos generales y que, respetando el principio de separación de poderes, pongan el peso en las agencias estatales para diseñar e implementar las políticas públicas. En ese sentido, una protección ideal debería tender por órdenes más débiles que fuertes o, si se quiere, de tipo intermedio.

La Corte IDH parece haber tomado la vía de los remedios intermedios al establecer unos objetivos mínimos a los que debe orientarse la política, pero sin entrar a determinar las medidas concretas para lograrlos. Así, por ejemplo, la Corte ordenó que la política debía establecer unos *objetivos mínimos* tales como:

43 Tushnet, Mark, "Welfare rights and forms of judicial review", *Texas Law Review,* 2004, p. 1910.

44 *Ibidem*, p. 1912.

aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de medicamentos antirretrovirales;[45] un programa de capacitación dirigido a los funcionarios del sistema de salud para que conozcan los estándares internacionales en el tratamiento a personas con VIH,[46] garantizar el acceso de las mujeres en estado de gravidez a una prueba de VIH,[47] así como varias campañas de concientización y educacionales dirigidas a funcionarios públicos, personas con VIH y público en general para dar a conocer los derechos de la población VIH positivo.[48] Sin embargo, la Corte no establece ni los mecanismos concretos ni las formas en que dicho programa debe ejercerse, dejando estos aspectos a los órganos tradicionalmente encargados: Congreso y ejecutivo. Por ejemplo, no establece si la provisión de medicamentos debe ser realizada por medio del servicio público de salud o si puede ser realizada en alianza con la comunidad internacional. Tampoco establece los presupuestos ni la forma concreta en que dicho plan debe ser financiado. La decisión de la Corte se mantiene en un nivel intermedio de interferencia. Es una medida suficientemente fuerte para dar protección al derecho en cuestión, pero sin restringir de manera ilimitada el margen de acción del Gobierno en la definición de sus políticas.

Por otro lado, el hecho de que dentro de las medidas de reparación se incluya la participación de actores distintos a los tradicionales en el diseño de la política pública es, dentro del activismo "dialógico", una característica positiva, en tanto que empodera a aquellos grupos tradicionalmente excluidos del debate político y, al darles participación, legitima las opciones de política adoptadas y allana así el camino para su implementación

En el caso *Cuscul Pivaral y otros*, la Corte IDH parece optar por este modelo de órdenes dialógicas e integradoras cuando ordena que el mecanismo que garantiza el acceso a las prestaciones de salud para la población con VIH debe incluir metas e indicadores, los cuales deben establecerse "en el marco de una política

45 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 226.

46 *Ibidem*, párr. 227.

47 *Ibidem*, párr. 228.

48 *Ibidem*, párr. 229.

pública participativa".[49] También lo hace al señalar que, con el fin de garantizar que este mecanismo sea efectivo, "[...] el Estado deberá convocar la participación de la comunidad médica, de personas que viven con el VIH que sean usuarios del sistema de salud, de organizaciones que los representen y de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala".[50]

Bajo la tesis del activismo dialógico, la crítica del juez Sierra Porto no tiene cabida. Al contrario, las medidas de la Corte IDH, lejos de reemplazar la función de las otras ramas del poder público, estarían estableciendo unos mínimos necesarios para dar protección a los derechos ya establecidos en sus ordenamientos internos; orientando el norte de la política pero sin limitar sus formas; fortaleciendo el debate democrático al dar voz a aquellos que no la tenían, y asegurando así el camino para que dichas políticas cuenten con mayor legitimidad en su implementación.

VII. Formas de monitoreo como parte de los remedios

Aunque el juez Sierra Porto no cuestiona de manera concreta esta característica, el hecho de que la Corte incorpore como parte de los remedios un mecanismo para informar acerca de los avances en el cumplimiento de las GnR por un periodo de tres años[51] es una crítica que podría derivarse de las anteriores. Después de todo, si dictar medidas con implicaciones en el erario es una decisión que excede las competencias de la Corte, ¿por qué no habría de serlo una orden que mantenga la competencia de la Corte para revisar el cumplimiento del fallo?

En este aspecto, la perspectiva del juez dialógico muestra que este tipo de medidas son útiles, en la medida en que aseguran la futura implementación de la sentencia. Tal como lo señala Rodríguez-Garavito, en el modelo de análisis para determinar la mejor protección en derechos sociales debe mirarse no solo la decisión

49 *Ibidem*, párr. 226.

50 *Idem*.

51 *Ibidem*, párr. 230.

y los remedios, sino también cuáles son las formas de implementación que establece la sentencia. Para este autor, una decisión dialógica en materia de DESCA es una decisión que tiende a dejar abierto el proceso de monitoreo con el fin de promover la discusión sobre la construcción de la política.[52] Bajo este modelo, la minucia y los detalles de la política aparecen en el proceso de monitoreo, no de los remedios, por lo que las cortes en esta etapa se limitan a actuar como árbitros impulsando la participación de nuevos actores,[53] estableciendo metas apropiadas y verificando su cumplimiento por medio de audiencias de implementación. Concluye este autor que una sentencia ideal en derechos sociales no es solo aquella que protege el derecho de manera fuerte, otorga remedios relativamente débiles, sino también la que establece medidas de implementación relativamente fuertes que garantizan el posterior cumplimiento de la misma.[54]

Considerando este modelo, la orden de la Corte para que el Estado informe anualmente sobre los avances de las GnR por un periodo de tres años[55] es una medida que promueve el diálogo necesario para la construcción de políticas púbicas más adecuadas e impulsa la futura implementación de la sentencia.

VIII. ¿Mayor grado de concreción en los remedios de cortes nacionales que en cortes internacionales?

Ahora bien, resta la pregunta de si este modelo dialógico de análisis constitucional es también aplicable a los jueces de cortes internacionales. En efecto, el entendimiento original del principio de subsidiariedad afirma que las cortes nacionales tienen el deber primario de proteger los derechos, mientras que las cortes internacionales solo lo hacen de manera secundaria. En ese sentido, las cortes nacionales estarían habilitadas para dictar

52 Rodríguez Garavito, César, *op cit.*, p. 1691.

53 *Ibidem*, pp. 1691 y 1692.

54 *Ibidem*, p. 1692.

55 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.*, párr. 230.

fallos más concretos y detallados que las cortes internacionales, en tanto que las últimas solo ejercen una competencia residual. Esta idea también supone que las cortes nacionales, al encontrarse más cerca de la situación fáctica, estarían en mejor situación para dictar remedios más adecuados al contexto.[56] Este argumento es desarrollado por algunos autores como Ariel Dulitzky, para quien, conforme a esta idea, la Corte IDH no debería tener una potestad jerárquicamente superior a la de los jueces nacionales, sino, cuando menos, equivalente.[57]

Este argumento, si bien ha sido relevante para discutir el peso de la tesis del control de convencionalidad en los ordenamientos nacionales, es una crítica que remite en última instancia a la necesidad de reforzar el carácter dialógico entre la Corte IDH y las cortes domésticas al momento de dictar sus sentencias. Entonces, más que un llamado a no otorgar poder alguno a la Corte IDH o a las cortes internacionales para que dicten sentencias o remedios en temas que afecten la política pública, la crítica de Dulitzky está orientada a que en la toma de estas decisiones se tengan en cuenta prontamente los precedentes de jueces nacionales, de manera que la construcción del estándar interamericano sea producto de un diálogo entre jueces y no de una imposición de la Corte IDH.

La sentencia de la Corte en el caso *Cuscul* habría podido incluir referencias concretas a decisiones de otras cortes en la región que también establecen el mismo estándar de protección. Al hacerlo, hubiera demostrado que el precedente establecido en esta sentencia no es un mero dictado de la Corte IDH, sino que se trata de un objetivo ya reconocido por la mayoría de tribunales constitucionales. Sin embargo, esta deficiencia es corregida de alguna manera por las referencias a la jurisprudencia regional en materia de principio de progresividad y protección del derecho a la salud de personas con VIH que en el salvamento de voto hace el juez Ferrer Mac-Gregor.[58]

---

56 Dulitzky, Ariel E., "An Inter-American Constitutional Court? the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas international Law Journal,* vol. 50, núm. 1, 2015, pp. 52 y 53.

57 *Ibidem*, p. 83.

58 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párrs. 14-30.

IX. Conclusiones

El caso *Cuscul Pivaral y otros* destaca en la jurisprudencia interamericana como el caso que aclara la doctrina del Sistema sobre la interpretación de la obligación de desarrollo progresivo y adopta medidas innovadoras en materia de reparación. En el primer tema, la Corte se decanta por una interpretación favorable a la idea de la existencia de unas "obligaciones mínimas" en materia de derechos sociales, mientras que, en el segundo, destaca el otorgamiento de órdenes de tipo intermedio (ni muy fuertes ni muy débiles) acompañadas de un mecanismo de monitoreo fuerte.

En ambos aspectos, la sentencia de la Corte parece tomar una decisión que sigue la corriente latinoamericana más reciente en materia de activismo dialógico: es una decisión que toma posición a favor de los derechos sociales, pero sin determinar las medidas concretas de protección y estableciendo un amplio marco deliberativo para que sean los implicados directos en la política (poder ejecutivo, pacientes, médicos y sistema de salud) los que determinen el contenido de la misma. El tiempo dirá si los mecanismos establecidos en la sentencia son suficientes para garantizar o no su cumplimiento; por ahora, este precedente es un recordatorio de que la justiciabilidad directa de los derechos sociales en el Sistema Interamericano llegó para quedarse.

Bibliografía

Abasshidze, Aslan *et al*., "The legal analysis of the right to reparations for the victims of the human rights violations in the european, Inter-American and African Human Rights Protection Systems", *Indian Journal of Science and Technology,* Nueva Delhi, 2016, vol. 9, núm. 37.

Abramovich, Víctor, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista Sur,* 2009, núm. 11.

——, *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2009.

Alston, Philip, "Foreword", en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Cels, *Litigio Estratégico y Derechos Humanos. La lucha por el derecho,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.

Courtis, Christian, "Argentina", en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Dulitzky, Ariel E., "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas international Law Journal,* Texas, vol. 50, núm. 1, 2015.

Gargarella, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles Latinoamericanos*, México, FLACSO, núm. 28, 2006.

Grossman, Claudio *et al*., *International Law and reparations the Interamerican System,* Atlanta, Clarity Press, 2018.

Roach, Kent "The Challenges of crafting remedies for violations of socio-economic rights", en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Krsticevic, Viviana y Griffey, Brian, "Remedial recommendations", en Langford, Malcom *et al.* (eds.), *The optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a commentary*, Pretoria University Law Press, 2016.

Langford, Malcolm, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Miranda Bonilla, Haideer, "Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica", *Revista Jurídica IUS Doctrina,* San José, vol. 11, núm. 2, 2018.

Piovesan, Flávia, "Brasil", en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Rodríguez Garavito, César, "Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America", *Texas Law Review,* Texas, vol. 89, 2011.

—— y Rodríguez, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia,* Bogotá, Dejusticia, 2010.

Sepúlveda, Magdalena, "Colombia", en Langford, Malcolm (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Shue, Henry, *Basic Rights. Subsistence, affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1980.

SSenyonjo, Manisuli, "Responding to human rights violations in Africa. Assessing the role of the African Commission and Court on Human and peoples' rights (1987-2018)", *International human rights Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2018.

Tushnet, Mark, "Welfare rights and forms of judicial review", *Texas Law Review,* 2004.

Uprimny, Rodrigo, "Legitimidad, conveniencia del control constitucional a la economía", en AA.VV., *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia,* Bogotá, Norma-Vitral, 2006.

Young, Katharine y Lemaitre, Julieta, "The comparative fortunes of the right to health: teo tales of justiciability in Colombia and South Africa", *Harvard Human Rights Journal,* Cambridge, vol. 26, núm. 1, 2013.

Parte III
Derecho a la salud. Mirada comparada e interamericana

Derecho a la salud y derechos de las personas que viven con VIH/sida en Guatemala

*Julio César Cordón Aguilar**

I. Introducción

La sentencia del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*[1] marca un precedente de singular relevancia para la efectiva protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para la garantía del derecho a la salud y, especialmente, para la salvaguarda de los derechos de las personas que viven con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

En su fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) realiza un meticuloso estudio que reitera, desde una interpretación literal, sistemática y teleológica, la justiciabilidad de los DESCA, así como el carácter autónomo y exigible del derecho a la salud.

En este trabajo se intenta desarrollar la normativa y jurisprudencia existentes en Guatemala con relación al derecho a la salud

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogado y notario por la Universidad Rafael Landívar, Guatemala. Obtuvo el Diploma de Especialización en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca, España. Máster universitario en Corrupción y Estado de Derecho y doctor en Derecho por la misma Universidad.

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

y, específicamente, respecto a los derechos de las personas que viven con VIH, pretendiendo destacar que la efectiva garantía de los derechos no se limita a su reconocimiento a nivel legal o mediante decisiones jurisdiccionales, sino que se vuelve necesario hacer realidad ese reconocimiento a través de acciones concretas de prevención, tratamiento, atención y apoyo, dirigidas a garantizar el más completo bienestar físico, mental y social de dichas personas.

II. El derecho a la salud y los derechos de las personas que viven con VIH/sida en Guatemala: desarrollo normativo

2.1. Derecho a la salud

En Guatemala, el derecho a la salud se encuentra reconocido desde la Constitución de 1985, cuyo artículo 93 preceptúa: "El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna".[2] Asimismo, el artículo 94 establece que el Estado "[...] velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes [...], debiendo desarrollar, en beneficio de estos últimos, [...] acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social". De igual forma, el artículo 95 constitucional prevé: "La salud de los habitantes de la Nación es un bien público. Todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento."

[2] Llama la atención que en la generalidad de su texto, la Constitución guatemalteca utiliza preferentemente el concepto "derechos humanos", como se desprende desde su Preámbulo: "Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado; [...] decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho." Sin embargo, en dos artículos el constituyente alude a "derechos fundamentales"; así lo hace al referirse a las funciones del Procurador de los Derechos Humanos (*Ombudsman* guatemalteco, art. 275) y, precisamente, al abordar el derecho a la salud en el art. 93.

Por su parte, el Código de Salud, Decreto 90-97 del Congreso de la República, además de reiterar el reconocimiento del derecho a la salud en sus componentes de prevención, promoción, recuperación y rehabilitación (art. 1), define la salud como "[…] producto social resultante de la interacción entre el nivel de desarrollo del país, las condiciones de vida de las poblaciones y la participación social, a nivel individual y colectivo, a fin de procurar a los habitantes del país el más completo bienestar físico, mental y social" (art. 2). Lo anterior, en el plano estrictamente normativo, guarda congruencia con el criterio de la Corte IDH, cuya jurisprudencia desarrolla el concepto "salud" entendiéndolo "[…] no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades", sino 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".[3]

2.2. Derechos de las personas que viven con VIH/sida

En lo que atañe a las personas que viven con VIH, el Código de Salud de Guatemala refiere, en su artículo 62, que el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, como institución pública que ejerce la rectoría en materia de salud,[4] es "[…] responsable de formular, evaluar y supervisar acciones dirigidas al control de las enfermedades de transmisión sexual", y añade: "Dada la

[3] Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 118. El criterio es reiterado en *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit*., párr. 105.

[4] Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto 114-97 del Congreso de la República regula, art. 39: "[…] al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social le corresponde formular las políticas y hacer cumplir el régimen jurídico relativo a la salud preventiva y curativa y a las acciones de protección, promoción, recuperación y rehabilitación de la salud física y mental de los habitantes del país y a la preservación higiénica del medio ambiente; a la orientación y coordinación de la cooperación técnica y financiera en salud y a velar por el cumplimiento de los tratados y convenios internacionales relacionados con la salud en casos de emergencias por epidemias y desastres naturales; y, a dirigir en forma descentralizada el sistema de capacitación y formación de los recursos humanos del sector salud […]".

magnitud, trascendencia y otras características epidemiológicas de las Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS) y del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (VIH/sida) el Ministerio de Salud apoyará el desarrollo específico de programas de educación, detección, prevención y control de ETS, VIH/sida, con la participación de diversos sectores."

En este mismo ámbito, el Congreso de la República emitió la Ley General para el Combate del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (sida), Decreto 27-2000, cuerpo normativo que declara el tema como "problema social de urgencia nacional" (art. 1). La ley se dirige a crear "[...] un marco jurídico que permita implementar los mecanismos necesarios para la educación, prevención, vigilancia epidemiológica, investigación, atención y seguimiento [de las infecciones de transmisión sexual y el VIH/sida, garantizando] el respeto, promoción, protección y defensa de los derechos humanos de las personas afectadas por estas enfermedades" (art. 2).

De esa cuenta, la ley en referencia reconoce distintos derechos a las personas con diagnóstico de infección por VIH/sida, entre los que cabe destacar:

a) a recibir atención integral de inmediato y en igualdad de condiciones con otras personas, respetando su voluntad, dignidad, individualidad y confidencialidad (art. 35);
b) a no ser discriminadas, asegurando el respeto de su integridad física y psíquica (art. 37);
c) a ser informada de manera exacta, clara, precisa y científica, preferentemente en su idioma materno (art. 38);
d) a la libre movilización y locomoción en el territorio nacional, sin que se les pueda negar su ingreso o salida del país (art. 41);
e) al trabajo y a desempeñar labores de acuerdo con su capacidad y situación, sin que su diagnóstico médico pueda ser utilizado como impedimento para su contratación o causal para la terminación de su relación laboral (art. 42);
f) a la educación, pudiendo oponerse a que se exija la presentación de pruebas de detección de VIH/sida como requisito de ingreso o de continuación de sus estudios (art. 44);

g) a practicar deportes y participar en actividades recreativas (art. 45);
h) a recibir información, consejería y servicios de salud sexual, reproductiva y de planificación familiar (art. 46);
i) a beneficiarse, de acuerdo con la reglamentación correspondiente, de las prestaciones del sistema de seguridad social, cuya cobertura, por el carácter crónico de la infección por VIH/sida, será de por vida (art. 49);
j) a no ser aisladas en su tratamiento intrahospitalario, salvo cuando dicha disposición sea en su propio beneficio, para su protección y la de otras personas (art. 50);
k) a recibir una atención humana y solidaria que les permita una muerte digna, respetando su concepción sobre la vida y la muerte, de acuerdo con su religión y creencias, lo que impide cualquier tipo de discriminación en honras y servicios fúnebres o medidas extraordinarias en el manejo del cadáver basadas en el hecho de haber fallecido como consecuencia del sida (art. 51), y
l) en general, al respecto de sus derechos como persona (art. 36).

La ley creó el Programa Nacional de Prevención y Control de Infecciones de Transmisión Sexual, Virus de Inmunodeficiencia Adquirida y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, encomendándole "[...] la promoción de la salud, prevención, vigilancia epidemiológica, control, diagnósticos, atención y seguimiento [de dichos temas, debiendo actuar] con enfoque intersectorial, interinstitucional, interprogramático y multidisciplinario con la participación de la sociedad civil organizada y adaptado al entorno multicultural y plurilingüe de la población, para disminuir la incidencia del ITS/VIH/sida y, por lo tanto, el impacto sociológico, económico y social de las personas afectadas" (art. 4).

Mediante el Acuerdo Gubernativo 317-2000, el presidente de la República emitió el Reglamento de la Ley General para el Combate del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (sida), en el que se prevén los procedimientos y mecanismos específicos para hacer efectivos los derechos reconocidos a las personas que viven con VIH/sida. Entre otras cuestiones, el Reglamento señala que, derivado de haberse declarado el VIH/sida como problema de

urgencia nacional, "[...] las instituciones del gobierno deberán apoyar las acciones de atención y prevención que sean necesarias" (art. 2); asimismo, refiere que el Programa Nacional de Prevención y Control de ITS/VIH/sida es el órgano competente para dictar "[...] las normas técnicas que deben ser aplicadas por los establecimientos públicos y privados en la prestación de servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en el campo del VIH/sida" (art. 5).

Asimismo, mediante Acuerdo Gubernativo 57-2012, se emitió el Reglamento para la Prevención, Diagnóstico, Tratamiento y Control de las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) y el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), cuyo objeto es "[...] establecer medidas que conduzcan a mejorar la prevención, diagnóstico, tratamiento y control de las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS), Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), en el ámbito nacional, en el marco de la promoción y protección de los derechos humanos" (art. 1). Este cuerpo normativo garantiza que toda persona podrá "[...] acceder a acciones de promoción, prevención y atención de las ITS y VIH, sin discriminación alguna" (art. 5).

Por su parte, mediante el Acuerdo Ministerial 527-2011, el ministro de Salud Pública y Asistencia Social creó el Comité Nacional de Coinfección TB/VIH, conformado por distintas dependencias públicas y organizaciones privadas, cuyo objetivo es coordinar las acciones necesarias para "[...] el diagnóstico oportuno y la atención integral del paciente con coinfección TB/VIH, [así como] promover, gestionar, asesorar y fortalecer las acciones de atención integral de la coinfección a nivel nacional" (art. 2).

También, el ministro de Salud Pública y Asistencia Social, por medio del Acuerdo Ministerial 18-2012, creó el Comité Nacional de Monitoreo y Evaluación en Salud para las Infecciones de Transmisión Sexual, Virus de Inmunodeficiencia Humana y Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, de conformación multisectorial, dirigido a integrar "[...] a los actores clave del sector salud, entidades público y privado, organizaciones no gubernamentales, sociedad civil y organismos de cooperación internacional que apoyan la respuesta nacional para la contención de la epidemia de VIH, sida en Guatemala, en el componente de monitoreo y evaluación, [y coordinar] las acciones de monitoreo y

evaluación de la respuesta nacional en salud de la epidemia de VIH, sida y de las ITS en Guatemala" (art. 2).

Por su parte, el Plan Estratégico Nacional para la Prevención, Atención y Control de ITS, VIH y sida 2017-2021, aprobado el 11 de abril de 2018 por el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, es el instrumento que organiza las propuestas de intervención a nivel nacional como respuesta a la problemática que representan las ITS y el VIH. El Plan prevé los siguientes elementos transversales:

a) concepción integral e interdisciplinaria de la salud pública;
b) ejercicio de los derechos humanos;
c) eliminación del estigma y la discriminación;
d) enfoque de la interculturalidad y los derechos de los pueblos que integran la sociedad en su contexto pluricultural, multiétnico y multilingüe;
e) intersectorialidad;
f) igualdad de género;
g) respeto a las orientaciones sexuales diferentes;
h) no violencia, e
i) cumplimiento del derecho al acceso universal de la salud y seguridad social.

Por último, el Acuerdo Ministerial 204-2015 aprobó el Manual para la Atención de la Salud Sexual y Reproductiva de las Mujeres con VIH, cuyo objeto es desarrollar los lineamientos técnicos y estandarizar los procedimientos para la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva de forma integral a lo largo del curso de la vida de las mujeres que viven con VIH y sida (art. 2).

III. El derecho a la salud y los derechos de las personas que viven con VIH/sida en Guatemala: desarrollo jurisprudencial

3.1. Derecho a la salud

En materia del derecho a la salud, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha desarrollado un criterio que, en términos concretos, señala lo siguiente:

> Con gran amplitud la Constitución reconoce el derecho a la salud y a la protección de la salud, por el que todo ser humano puede disfrutar de un equilibrio biológico y social que constituya un estado de bienestar en relación con el medio que lo rodea; implica el poder tener acceso a los servicios que permitan el mantenimiento o la restitución del bienestar físico, mental y social. Este derecho, como otros reconocidos en el texto, pertenece a todos los habitantes, a los que garantiza la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos. Constituye la prerrogativa de las personas de disfrutar de oportunidades y facilidades para lograr su bienestar físico, mental y social; y corresponde al Estado la responsabilidad de garantizar su pleno ejercicio con las modalidades propias de cada país, lo que implica que el Estado debe tomar medidas adecuadas para la protección de la salud individual y colectiva, y que se pongan al alcance de todos, los servicios necesarios para satisfacer las necesidades básicas. Implica, también, que se adopten las providencias adecuadas para que los habitantes puedan ejercer este derecho y colaborar en la solución de los problemas de la salud general.[5]

En cuanto a las obligaciones del Estado en materia de salud, la jurisprudencia ha señalado:

> La debida observancia de la regulación constitucional e internacional requiere que el Estado otorgue suficiente reconocimiento al derecho a la salud, preferiblemente en forma de implementación legislativa, adopte una política de salud nacional con un plan detallado para realizar el derecho a la salud, asegure el suministro de

[5] Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 12 de mayo de 1993 (exps. acumulados 355-92 y 359-92). Reiteran el criterio, entre otras: sentencia de 29 de junio de 2002 (exp. 949-2002); sentencia de 10 de diciembre de 2003 (exp. 1291-2003); sentencia de 26 de mayo de 2004 (1743-2003); sentencia de 2 de agosto de 2004 (exp. 1478-2004); sentencia de 11 de noviembre de 2004 (exp. 1632-2003); sentencia de 23 de mayo de 2007 (exp. 1378-2006); sentencia de 2 de octubre de 2007 (exp. 2360-2006); sentencia de 10 de enero de 2012 (exp. 4071-2011); sentencia de 24 de julio de 2012 (exp. 3501-2011); sentencia de 18 de septiembre de 2012 (exp. 2846-2012); sentencia de 21 de febrero de 2018 (exps. acumulados 5702-2016 y 5487-2016); sentencia de 5 de marzo de 2018 (exp. 3053-2017); sentencia de 26 de abril de 2018 (exp. 5005-2016); sentencia de 3 de mayo de 2018 (exp. 5844-2017); sentencia de 18 de junio de 2018 (exp. 1350-2018), y sentencia de 9 de agosto de 2018 (exp. 1598-2018).

> atención médica, incluyendo programas de vacunación contra las principales enfermedades infecciosas, garantice igual acceso a alimentos nutricionalmente seguros, agua potable, saneamiento básico, condiciones de vida digna y vivienda adecuada, así como que vele por la capacitación adecuada de personal médico y una distribución equitativa de instalaciones relacionadas con salud.[6]

Así, la Corte guatemalteca ha considerado que se trata de un "[…] derecho humano social fundamental que surge del derecho a la vida […]", precisando que "[…] conlleva la posibilidad real de que una persona pueda recibir atención médica oportuna y eficaz, que incluya la prevención de enfermedades y el tratamiento y rehabilitación de estas mediante la prestación de servicios médicos hospitalarios y de atención médica que le preserven la vida […]".[7]

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia constitucional guatemalteca ha privilegiado la protección del derecho a la salud en situaciones extremas derivadas de enfermedades terminales, sin exigir el previo agotamiento de recursos administrativos y judiciales cuya falta de promoción, en otros ámbitos, volvería inviable el reclamo ante la justicia constitucional:

> […] en una circunstancia excepcional como lo es la búsqueda de la preservación del derecho a la vida ante una amenaza cierta e inminente de afectación como consecuencia del padecimiento de una enfermedad terminal, dicho agotamiento no pueda considerarse obligatorio para poder acudir a la jurisdicción constitucional en demanda de amparo, no solo porque es un hecho notorio que el tiempo que insumiría el conocimiento y resolución de la controversia en la jurisdicción ordinaria […] eventualmente resultaría causando el daño más irreparable que puede causársele a una persona humana (el fallecimiento), sino porque el pretender la declaración de improcedencia de la tutela constitucional con apoyo en el fundamento esgrimido por la institución apelante, es un argumento con apoyo en un rigor excesivamente legalista, [lo que] im-

[6] Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 12 de noviembre de 2015 (exp. 1453-2015).

[7] Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 21 de octubre de 2015 (exp. 5290-2014). Coincide en este punto la sentencia de 12 de noviembre de 2015 (exp. 1453-2015).

plicaría desconocer el carácter de efectividad, sencillez y celeridad en cuanto a la tutela de derechos fundamentales, que al amparo se le reconoce en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[8]

3.2. El carácter progresivo del derecho a la salud

En cuanto al carácter progresivo del derecho a la salud, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha considerado:

> [...] a falta de óptimas atenciones en materia de salud, el Estado debe conservar los niveles alcanzados, con tendencia obligatoria a la progresividad de las condiciones mínimas de asistencia de salud, derivados de su deber apremiante de realizar prestaciones positivas para su satisfacción, ello porque la discontinuidad de tales prestaciones vulnera el principio de no regresividad o de no retroceso social, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual conlleva proscribir o no admitir políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos sociales o de las prestaciones brindadas. De acuerdo con este principio, una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce por medio de un servicio prestado por el Estado, ello implica el reconocimiento de un status jurídico básico, por lo que su vigencia no puede mermarse o eliminarse posteriormente".[9]

---

8 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 29 de junio de 2002 (exp. 949-2002). Reitera el criterio, entre otras, la sentencia de 23 de mayo de 2007 (exp. 1378-2006).

9 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 17 de agosto de 2010 (exp. 2643-2008): "El principio de no regresividad veda a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas o permitir que se desarrollen situaciones que reduzcan el nivel alcanzado por los derechos sociales y de las prestaciones de que goza la población, más aún si se encuentran en situaciones de vulnerabilidad extrema, precariedad o pobreza. Las condiciones de vigencia y acceso a los derechos sociales no pueden reducirse con el transcurso del tiempo, porque ello configura violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos (este condicionamiento 'máximo de los recursos' disponibles es una cuestión de prueba y variará de acuerdo a la situación

3.3. Derechos de las personas que viven con VIH/sida

La jurisprudencia constitucional guatemalteca ha tenido oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre los derechos de las personas que viven con VIH/sida.

De esa cuenta, la Corte de Constitucionalidad ha tutelado el derecho a la salud, ordenando a las instancias administrativas en materia de salud pública que provean el abastecimiento oportuno de medicamentos y demás insumos necesarios para garantizar una atención adecuada a las personas que viven con VIH/sida.[10]

económica del país en el que se intente aplicar la normativa del Pacto). Por ello, la obligación de no regresividad constituye una limitación que la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos imponen a los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales." Reiteran el criterio: sentencia de 24 de julio de 2012 (exp. 3501-2011); sentencia de 18 de septiembre de 2012 (exp. 2846-2012); sentencia de 21 de octubre de 2015 (exp. 5290-2014); sentencia de 12 de noviembre de 2015 (exp. 1453-2015); sentencia de 27 de junio de 2017 (exp. 1992-2016); sentencia de 21 de febrero de 2018 (exps. acumulados 5702-2016 y 5487-2016); sentencia de 6 de marzo de 2018 (exp. 5562-2016); sentencia de 26 de abril de 2018 (exp. 5005-2016); sentencia de 3 de mayo de 2018 (exp. 5844-2017), y sentencia de 18 de junio de 2018 (exp. 1350-2018).

[10] En su Informe anual circunstanciado de actividades y de la situación de los derechos humanos (Guatemala, procurador de los Derechos Humanos, 2019), el procurador de los Derechos Humanos señaló: "La accesibilidad a la salud para las personas viviendo con VIH continuó siendo deficiente [...] Una de las problemáticas recurrentes ha sido la interrupción de los tratamientos, especialmente en el IGSS; las personas que viven con VIH han tenido una lucha constante para asegurar el mismo. [...] La preocupación del Procurador radica en que la administración incompleta del esquema de tratamiento puede derivar en fallo virológico. La falta de adherencia al tratamiento provoca complicaciones para establecer nuevos tratamientos y el detrimento de la salud de las personas. Son 648 pacientes quienes se encontraron en esta situación, sin que el IGSS hubiera proporcionado medicamentos sustitutos o alternativas de tratamiento, evidenciando una falta de atención integral. Por otra parte, el MSPAS ha demostrado una reducción del presupuesto asignado y ejecutado para las acciones de prevención y control de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) y VIH/sida (Programa 16) desde el 2015, con un pico de aumento en 2017, que se redujo nuevamente para 2018 [...]".

En tal sentido, en sentencia de 18 de septiembre de 2012 (exp. 2846-2012), la Corte consideró que:

> [...] las situaciones de hecho relativas al desabastecimiento o abastecimiento limitado de los medicamentos [...] así como insumos para las pruebas que deben practicarse para brindar tratamiento médico a los pacientes que sufren de infecciones de transmisión sexual, virus de inmunodeficiencia humana y síndrome de inmunodeficiencia adquirida, [...] imponen advertir la existencia de amenaza cierta y determinada del derecho a la salud y, eventualmente, a la vida, tal como lo denuncia el Procurador de los Derechos Humanos, especialmente por no adoptarse medidas administrativas efectivas que permitan al Estado de Guatemala dar cumplimiento, tanto a la luz de la legislación internacional invocada, como de la regulación constitucional que sirve de apoyo al presente fallo, cumplir con garantizar a los pacientes mencionados el derecho a la salud.[11]

Cabe destacar que en un reciente fallo (de 26 de abril de 2018, exp. 5005-2016), la Corte, a pesar de constatar el abastecimiento temporal de establecimientos que atienden a personas con VIH/sida, decidió otorgar la tutela constitucional con base en los hechos que dieron lugar a la sentencia del caso *Cuscul Pivaral y otros*. En efecto, el fallo del Tribunal Interamericano refiere:

> [...] esta Corte advierte que la referida autoridad [Ministro de Salud Pública y Asistencia Social], al rendir informe circunstanciado, adjuntó oficio de la Coordinadora del Programa Nacional de Prevención y Atención de ITS/VIH/SIDA, en el que indica que: "[...] actualmente la red de establecimientos que atienden a la población de pacientes con VIH se encuentra abastecida hasta el mes de marzo de 2016 [...]", así como hizo acopio de las acciones realizadas para el efecto; sin embargo, no pasan desapercibidos para este Tribunal Constitucional los hechos posteriores acaecidos en el ámbito nacional e internacional, tales como: a) La Comisión In-

[11] Los casos de protección constitucional ante el desabastecimiento de medicamentos o insumos necesarios para la atención de las personas que viven con VIH/sida no han sido aislados, como se pone de manifiesto en Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 17 de octubre de 2005 (exp. 2005-2005); sentencia de 25 de junio de 2008 (exp. 1055-2008); sentencia de 29 de marzo de 2017 (exp. 2961-2016), y sentencia de 3 mayo de 2018 (exp. 5844-2017).

teramericana de Derechos Humanos, el dos de diciembre de dos mil dieciséis sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Caso núm. 12.484 Luis Rolando Cuscul Pivaral y Otros respecto al Estado de Guatemala, relacionado con su responsabilidad internacional por la violación de diversos derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de 49 víctimas que fueron diagnosticadas con VIH/sida entre 1992 y 2003. Específicamente, la Comisión estableció que hasta los años 2006 y 2007 tuvo lugar una falta total de atención médica estatal a dicho grupo de personas en su condición de personas con VIH/SIDA y además en situación de pobreza. La Comisión determinó que esta omisión tuvo un grave impacto en su situación de salud, vida e integridad personal [...]. b) Las advertencias posteriores efectuadas por funcionarios de la Procuraduría de Derechos Humanos acerca del riesgo existente de desabastecimiento de los medicamentos referidos [...]. c) En diciembre de dos mil diecisiete, se presentó el VI Informe Nacional Sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas con VIH y las poblaciones en más alto riesgo, que entre sus conclusiones señala: "En el área de salud, el derecho a la salud sigue siendo el derecho más vulnerado por el desabastecimiento de antirretrovirales en las Unidades de Atención Integral del MSPAS y el IGSS...". [...]. Ante las circunstancias descritas, se estima que la protección constitucional debe otorgarse de manera preventiva a efecto de asegurar que la autoridad cuestionada, de manera constante, en cumplimiento de sus deberes institucionales, efectúe las acciones correspondientes para evitar el desabastecimiento de los medicamentos referidos, garantizando el suministro a los pacientes atendidos por la red hospitalaria nacional. Lo anterior en congruencia con lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a que "...el acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con el VIH. En este sentido estas personas requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Una respuesta limitada al acceso a fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos no cumple con las obligaciones de prevención, tratamiento, atención y apoyo derivadas del derecho al más alto nivel posible de salud [...]".[12]

[12] Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310.

> Asimismo, la jurisprudencia nacional ha reconocido legitimación activa para reclamar la tutela constitucional a las asociaciones de personas que viven con VIH/sida, autorizando que estas actúen en defensa de sus asociados, en tanto representan sus derechos e intereses (sentencia de 14 de octubre de 2015, exp. 2488-2015).

Por su parte, la jurisprudencia ha ordenado al sistema de seguridad social brindar atención a personas que viven con VIH/sida, privilegiando su derecho a la salud y el resguardo de su vida, aun en casos en que la normativa de la materia facultaría a las autoridades a denegar la atención. Así, en la sentencia de 28 de agosto de 2012 (exp. 1896-2012), la Corte nacional declaró:

> En todo caso, si bien existe normativa, creada en función de resguardar el régimen económico del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que regula los alcances, límites y formas de acceso a sus servicios, no es posible desconocer, por elemental humanismo, casos excepcionales en los que la aplicación de la estricta legalidad no pueda prevalecer ante el inminente riesgo de pérdida de la vida (estos son excepcionales y evaluables en cada situación). Esta Corte ha apreciado que en este particular caso, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social manifestó que ante la decisión de no seguir dando cobertura al paciente, hizo su remisión al sistema de salud a cargo del Organismo Ejecutivo. Ello, desde luego, es correcto y conteste con una función de no desproteger, de tajo, a la persona afectada, cuando su salud no permita postergaciones o suspensiones que puedan venir aparejadas del papeleo o burocracia administrativa de los entes hospitalarios. La postura, si bien fue adecuada, no suficiente, pues para evitar suspensiones dañinas o amenazantes del derecho a la vida y a la salud, es menester ir más allá, en el sentido de verificar la aceptación e inicio de los tratamientos en la red nacional, de tal suerte que la asistencia del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social no se suspenda sino hasta que se ha verificado que ya existe una cita para tratamiento que siga al último del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, programada en otro centro asistencial.[13]

[13] En sentido similar véase Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de 21 de septiembre de 2011 (exp. 2460-2011); sentencia de 21 de mayo de 2013 (exp. 668-2013); sentencia de 22 de abril de 2014 (exp. 600-2014), y sentencia de 30 de junio de 2016 (exp. 1235-2016), entre otras.

Incluso, la atención se garantizó a una persona con VIH, quien, sin estar afiliada al seguro social, requería la cobertura médica dados los efectos nocivos de su enfermedad (sentencia de 10 de febrero de 2009, exp. 2498-2008).

IV. Lecciones aprendidas del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala:* incidencia normativa y jurisprudencial

En la sentencia del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH destaca que la primera obligación de los Estados, derivada del deber de garantizar el derecho a la salud de las personas que viven con VIH, es la que concierne al reconocimiento de la protección del derecho (párr. 115). Así, en el caso de Guatemala, el reconocimiento del derecho encuentra acogido desde la Constitución (en términos generales), así como en el Código de Salud y otros cuerpos normativos, incluida la Ley General para el Combate del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (en lo que a las personas que viven con VIH, en específico, se refiere).

No obstante, la obligación del Estado no se limita al mero reconocimiento del derecho, sino que exige hacer efectivos sus distintos componentes. En tal sentido, se hace preciso asegurar a las personas que viven con VIH el acceso a medicamentos (párr. 108), como exigencia esencial para alcanzar gradualmente el más alto nivel de bienestar físico y mental.

En todo caso, la Corte IDH hace hincapié en la necesidad de proveer un "enfoque integral" en respuesta al VIH, lo que habría de comprender acciones de prevención, tratamiento, atención y apoyo (párr. 110). Con ello, la garantía del derecho hace imprescindible la disponibilidad de tratamientos antirretrovirales y demás productos farmacéuticos necesarios para atender tanto el VIH como las enfermedades oportunistas, tratamientos que deben proveerse permanente y constantemente ("por toda la vida", según señala la Corte IDH), conforme a las necesidades de la persona y su situación clínica.

De igual forma, la Corte Interamericana señala que la garantía de los derechos de las personas que viven con VIH incluye también la realización periódica de pruebas de diagnóstico para atender la infección propiamente dicha, así como el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades oportunistas y conexas que surjan (párr. 111). Asimismo, resalta que la Corte incluye como parte del derecho, el acceso a alimentación adecuada, el apoyo social y psicológico para el directamente afectado, así como la atención familiar, comunitaria y domiciliaria (párr. 112).

Por otro lado, la sentencia exige que los bienes, servicios e información referida "no solo estén disponibles y sean aceptables y de buena calidad", sino que se encuentren al alcance y sean accesibles para todos (párr. 113).

Como corolario, la sentencia recalca que el derecho a la salud de las personas que viven con VIH incluye acceder a servicios y bienes de calidad, así como información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo a la infección, incluida la terapia antirretrovírica y demás medicamentos necesarios para atender el VIH y las enfermedades oportunistas y conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a tecnologías de prevención (párr. 114).

En definitiva, muchos de los aspectos mencionados son aún un reto para el sistema de salud guatemalteco, lo que derivó en la sentencia de condena emitida contra el Estado por parte de la Corte IDH; de esa cuenta, aun existiendo el reconocimiento legal de los derechos y una línea jurisprudencial que ha contribuido en —mayor o menor medida— a su desarrollo y tutela, el desafío es lograr su efectiva garantía, reflejada en acciones específicas de prevención, tratamiento, atención y apoyo para las personas que viven con VIH/sida, procurando su bienestar físico, mental y social.

Bibliografía

Balsells Tojo, Edgar Alfredo, *Manual de nuestros derechos humanos*, Guatemala, Editorial Óscar de León Palacios, 2000.

Contreras Ramírez, Nicolás, "Protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos socia-

les fundamentales", *Universitas Estudiantes*, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 4, junio de 2004.

Cordón Aguilar, Julio César, *Derechos humanos: el anhelo por garantizar el respeto a la dignidad de la persona*, Bogotá, Care Parens-Universidad Rafael Landívar, 2013.

García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos en América*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1987.

Herrarte, Alberto, *Los fundamentos del Estado de derecho*, Guatemala, Tipografía Nacional, 1996.

Polo, Luis Felipe, "Los derechos humanos: patrimonio de la humanidad", *Cuaderno de Estudio*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, núm. 4, septiembre de 2000.

Riveros Pardo, Daniel Felipe, "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural", *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 1, julio de 2010.

Sagastume Gemmell, Marco Antonio, *Curso básico de derechos humanos*, Guatemala, Editorial Universitaria, 1991.

¿Diálogo o monólogos paralelos? El Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana sobre la justiciabilidad y la efectivización del derecho social a la salud de personas con VIH

*Jorge Alexander Portocarrero Quispe**

Parece ser que mientras la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) plantea un discurso progresista sobre la justiciabilidad y la efectivización del derecho social fundamental a la salud, el Tribunal Constitucional del Perú (TCP) defiende una posición, cuando menos, más moderada al respecto. Esta suposición parece confirmarse si echamos una mirada comparativa entre las sentencias más relevantes de ambas jurisdicciones sobre el derecho a la salud, ello a la luz de estándares analíticos que permitan establecer el contenido e implicancias del discurso en cada una de ellas.

En este ensayo pretendo contrastar los enfoques adoptados por la Corte IDH y el TCP en materia del derecho a la salud de personas que viven con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Para ello, recurro a dos herramientas teóricas: el enfoque de la obligación mínima esencial y el modelo flexible de efecti-

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Doctor *summa cum laude* en Derecho por la Universidad Christian Albrecht en Kiel, Alemania. Investigador "García Pelayo 2019" del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. Investigador adscrito a la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia).

vización progresiva. Estas me permitirán abordar el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (por el lado de la Corte IDH) y los casos *Azanca Alhelí Meza García*, expediente 2945-2003-AA/TC y *José Luis Correa Condori*, expediente 2016-2004-AA/TC (por el lado del TCP), a fin de demostrar que, si tomamos en serio a la obligación mínima esencial y al modelo flexible de efectivización progresiva, es posible identificar una divergencia en el enfoque manejado por las dos cortes respecto a la justiciabilidad y la efectivización del derecho social fundamental a la salud, especialmente el derecho a la salud de personas que viven con VIH.

I. Justiciabilidad y efectivización de los derechos sociales fundamentales

La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales no solo consiste en la posibilidad de acudir a los tribunales para obtener tutela en caso de afectación de los intereses y necesidades sociales de las personas, sino que necesariamente presupone justificar el estatus normativo de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos,[1] así como determinar si es posible reconocerlos interpretativamente a través de los órganos de control de constitucionalidad en caso de que no estén expresamente consignados en la Constitución o cuando la problemática de su reconocimiento surja en un sistema sin Constitución escrita.[2] La justiciabilidad de

[1] Fernando Atria y Carlos Bernal han sostenido un debate en torno a si los derechos sociales fundamentales se reconstruyen como ideales políticos (Atria) o como derechos subjetivos (Bernal). Véase Atria, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", *Discusiones* 4, 2004, pp. 15-59; Bernal, Carlos, "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a '¿Existen derechos sociales?' de Fernando Atria", *Discusiones* 4, 2004, pp. 99-144.

[2] Sobre la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales en América Latina, *cfr.,* principalmente Arango, Rodolfo, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", *Revista de Derecho Público*, 2001, núm. 12, pp. 185-212; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 119 y ss.; Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (eds.), *La aplicación de*

los derechos sociales fundamentales tiene, por tanto, implicancias referidas al estatus normativo de los mismos, así como a la justificación de su reconocimiento como derechos autónomos.

A diferencia de la cuestión de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, que está referida a su reconocimiento como derechos subjetivos fundamentales y el acceso a una tutela jurisdiccional competente como derechos autónomos, la cuestión de la efectivización de los derechos sociales fundamentales gira en torno a cómo y en qué medida es posible hacer efectivo su contenido normativo.[3] En efecto, la cuestión de la efectivización de los derechos sociales fundamentales se refiere a la acción concreta o fáctica del Estado para atender necesidades sociales específicas. Ciertamente, ello implica necesariamente que tales derechos sean justificables o reivindicables en virtud de su cualidad de derechos fundamentales. De no ser reivindicables, hablar de su efectivización sería un contrasentido. Es por ello que entre la cuestión de la efectivización y la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales existe una relación intrínseca e "interdependiente".

II. Herramientas teóricas de análisis: la obligación mínima esencial y el modelo flexible de efectivización progresiva

2.1. La obligación mínima esencial

Si los derechos sociales fundamentales han de ser tomados en serio, es necesario dotarles de un contenido que implique una obligación vinculante para su destinatario, además de imponer una elevada carga de justificación en caso de que sea imposible cumplirla. Sin tal contenido, los derechos sociales fundamentales

los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 283-350.

[3] Para una monografía sobre la justificación práctica y la efectivización de los derechos sociales fundamentales véase Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y la efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero Quispe, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 85 y ss.

perderían la categoría de subjetivos y se tornarían meros fines programáticos orientadores.[4] Por tanto, si los derechos sociales fundamentales han de tener el estatus de subjetivos, es válido afirmar que para que ello sea así, es necesario que exista un deber jurídico mínimo u obligación mínima esencial que imponga una carga de argumentación elevada para justificar su incumplimiento. El garantizar niveles mínimos de cumplimiento en materia social permite asegurar las precondiciones necesarias para el desarrollo de los individuos en condiciones de igualdad. En palabras de David Bilchitz: "[...] los derechos [sociales] surgen de la exigencia de que una sociedad basada en el derecho debe tratar con igual importancia las vidas de cada ser individual".[5]

Ahora bien, la obligación mínima esencial no equivale a una obligación incondicionada o absoluta, dado que, por definición, todo derecho fundamental puede ser limitado en alguna medida si existen razones suficientes que lo justifiquen, y tampoco puede equivaler a un mero fin programático que no sea vinculante para sus destinatarios. La obligación mínima esencial debe, por tanto, representar una exigencia cualificada de argumentación que justifique con razones que sean por lo menos equivalentes a las necesidades básicas de los titulares.[6] En ese sentido, el destinatario de la obligación mínima esencial, en caso de no encontrarse en posi-

[4] En general, la teoría liberal de los derechos fundamentales se opone al reconocimiento de los derechos sociales fundamentales como equiparables a los derechos fundamentales de defensa y, por ende, carentes de fuerza vinculante. Véase, Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pp. 169 y ss.; Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra, IEP, Madrid, 1975, pp. 249 y ss.; Klein, Hans H., "Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit", *Der Staat*, núm. 10, 1970, pp. 145-172, 164. Para una crítica de la teoría liberal de los derechos fundamentales véase, Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 19 y ss.

[5] Bilchitz, David, *op. cit*., p. 31.

[6] Sobre la conceptualización y contenido de la obligación mínima esencial, véase *ibidem*, p. 249 y ss.; King, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 114 y ss.; Young, Katherine G., "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *Yale Journal of International Law*, New Heaven, núm. 33, 2008, pp. 113-175, 151 y ss.

bilidad de cumplir con ella (omisión) o no contar con los medios materiales para satisfacer la exigencia mínima (insuficiencia inidónea), deberá probar que ha agotado todos los medios a su disposición y que no cuenta con recursos adicionales de ningún tipo que pueda destinar al cumplimiento de tal obligación.[7] "El fallo en satisfacer las necesidades básicas bajo condiciones de escasez no viola ninguna de las exigencias que tienen las personas".[8] El cumplimiento de esta carga de justificación no libera al titular del deber de responder a la obligación tan pronto como existan recursos suficientes para cumplir con la obligación mínima esencial.

Por tanto, es posible definir a las obligaciones mínimas esenciales como aquellas que satisfacen los "[…] niveles esenciales mínimos de un derecho" y que el Estado no puede dejar de cumplir a no ser que exista alguna razón especialmente justificada.[9] Ellas garantizan a sus titulares "[…] las condiciones generales para verse libres de amenazas a su supervivencia […]"[10] y facultan a los mismos para poder exigir su cumplimiento al Estado. Luego entonces, solo en circunstancias excepcionales podría abrirse un espacio para la argumentación y, eventual, pero no necesariamente, aplazar su satisfacción con la obligación de restituir dicha insuficiencia tan pronto como las circunstancias extraordinarias cesen. En escenarios que no estén comprendidos dentro de estas circunstancias extraordinarias, el destinatario de la obligación mínima esencial estaría obligado a cumplir con ella insoslayablemente.

Una de las características centrales de los derechos sociales fundamentales es el carácter alternativo de la acción del Estado, es decir, el cumplimiento de la obligación normativa contenida en el derecho se puede satisfacer con cualquier medio a disposición para ello. Alexy ilustra esta característica alternativa mediante el siguiente ejemplo: "Puede ser posible rescatar a un hombre que se ahoga nadando hasta él, o lanzándole una balsa salvavidas, o incluso enviando un barco, pero no se requieren simultáneamen-

---

7 *Cfr.* Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), de 14 de diciembre de 1990, U.N. Doc. E/1991/23, párr. 10.

8 Bilchitz David, *op. cit*., p. 299.

9 *Ibidem,* pp. 264 y ss.

10 *Ibidem,* p. 271.

te los tres. Lo que se precisa es que se lleve a cabo el primer acto o el segundo o el tercero".[11] Ahora bien, esto parecería entrar en contradicción con la idea de la obligación mínima esencial, dado que mientras que la "alternatividad" plantea la posibilidad de escoger entre varias opciones, la obligación mínima esencial restringiría esta posibilidad. Ello no necesariamente es así. En efecto, mientras que la obligación mínima esencial plantea un mínimo para la prestación, ella no dice nada respecto de cómo satisfacer dicho nivel mínimo. En ese sentido, en tanto no se supere un límite inferior para satisfacer la obligación del derecho social fundamental y no sea transgredido sin justificación cualificada alguna, la "alternatividad" en la prestación se mantiene.

Ahora bien, la obligación mínima esencial requiere de dos condiciones para poder ser exigible a su titular: que las necesidades a satisfacer estén relacionadas con la supervivencia de las personas y que estas no estén en capacidad de proporcionarse por sí mismas los bienes o prestaciones necesarias por motivos ajenos a su voluntad. Ello quiere decir que la obligación mínima esencial tiene como precondiciones la observancia del principio de urgencia y el de subsidiariedad de la protección estatal.

2.2. Modelo flexible de efectivizacion progresiva

El segundo elemento para la efectivización de los derechos sociales fundamentales lo constituye el modelo flexible de efectivización progresiva. Si se conecta la característica de la alternatividad en la acción del Estado para satisfacer derechos sociales con la idea de la obligación mínima esencial como punto de partida para la efectivización, es posible construir un modelo de tres niveles o umbrales de cumplimiento progresivo que ponga en relación correlativa al derecho a ver satisfechas ciertas necesidades y las obligaciones a que está vinculado el titular de las mismas.

[11] Alexy, Robert, "Sobre los derechos fundamentales a protección", en García Manrique, Ricardo (ed.), *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., trad. de Rebecca Jowers, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 45-84.

En ese sentido, el modelo flexible de efectivización progresiva está estructurado en función de la relación existente entre los distintos niveles de urgencia que tienen los titulares de derechos sociales fundamentales para satisfacer sus necesidades y los distintos tipos de obligación que tiene el Estado respecto a la satisfacción de dichas necesidades. La exigencia de intervención estatal estará sujeta a la valoración del tipo de necesidad social requerida por el titular del derecho social fundamental y a si dicho titular se encuentra en capacidad o no de acceder por sí mismo a estos, es decir, se rige bajo los principios de urgencia y de subsidiariedad en el cumplimiento de la obligación mínima esencial.

La urgencia de la prestación y el rol subsidiario en el cumplimiento de la obligación son criterios que permiten enfocar y concentrar la asistencia del Estado respecto a grupos sociales en especial situación de vulnerabilidad, como son niñas y niños, personas con discapacidad, personas sin recursos con enfermedades crónicas y/o degenerativas, mujeres gestantes sin recursos, adultos mayores, minorías indígenas y desplazados por conflictos internos. El cumplimiento de la obligación estatal respecto a la efectivización de los derechos sociales fundamentales es, por tanto, progresiva y se encuentra sujeta a condiciones concretas de necesidad de los titulares de dichos derechos.

La flexibilidad del modelo de efectivización progresivo radica en que el mismo incluye un espacio para la argumentación que permite presentar razones a favor o en contra de cumplir con los umbrales de efectivización. Dado que el sentido de la efectivización es la mejora de las condiciones materiales y jurídicas de los derechos sociales, toda propuesta de retroceso en el cumplimiento de los umbrales de efectivización implica una carga de argumentación especialmente cualificada.

2.2.1. Primer nivel o umbral de cumplimiento: funcionalidad básica

Este primer nivel de realización o cumplimiento representa la relación correlativa entre el derecho a ver satisfechas las necesi-

dades urgentes que garantizan la funcionalidad básica de la vida humana y la obligación mínima esencial. En tanto el titular del derecho social fundamental tenga necesidad de bienes básicos para su supervivencia y no pueda acceder a ellos por razones ajenas a su voluntad, el destinatario de la obligación mínima esencial tendrá el deber correlativo de cumplir con proveer dichos bienes. Tal obligación mínima esencial impone una carga argumentativa cualificada en caso de que su titular falle en su cumplimiento, es decir, implica que este pruebe la situación de falta de recursos disponibles para atender las necesidades básicas de los sujetos de derecho.

Este primer nivel de cumplimiento tiene por objeto prestaciones positivas básicas referidas al aseguramiento de la supervivencia del ser humano, como son el acceso a servicios de salud y recursos médicos, a alimentación básica de subsistencia, a prestaciones de vivienda básica que lo protejan de las inclemencias del clima, a prestaciones básicas como agua y desagüe, así como a una educación básica que permita dotar a las personas de los conocimientos para poder ser conscientes de sus propias libertades ciudadanas. Esta lista de derechos básicos no es cerrada y las prestaciones que forman parte de ella podrían extenderse en la medida en que su cumplimiento lleve a la necesidad de garantizar nuevas necesidades básicas urgentes propias del desarrollo de la sociedad.

El contenido mínimo esencial, a este nivel, no se refiere a los recursos necesarios para vivir una vida decente o digna dentro de una comunidad, sino que, por el contrario, se restringe a los recursos básicos que permiten a las personas moverse más allá de situaciones que pongan en peligro su subsistencia y dignidad, tales como enfermedades curables pero potencialmente mortales por desatención, la inanición, la sed o la mendicidad insoslayable.[12] En ese sentido, los derechos sociales fundamentales no son meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su satisfacción representa una

[12] Bilchitz, David, *op. cit*., p. 303.

garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.[13]

2.2.2. Segundo nivel o umbral de cumplimiento: sostenibilidad del bienestar

El segundo nivel de realización o cumplimiento representa la relación correlativa entre el derecho a ver satisfechas las necesidades que hacen sostenible el bienestar e imponer una obligación de optimización del mismo. La diferencia entre los dos niveles radica en que, mientras que en el primer nivel la obligación del Estado gira en torno a las condiciones mínimas de supervivencia, el segundo se refiere a las condiciones mínimas para el ejercicio de las libertades y desarrollo de las capacidades de los titulares de derechos sociales fundamentales. Tal como en el primer nivel, la obligación de optimización impone una carga argumentativa cualificada en caso de que el titular de la obligación falle en su cumplimiento, misma que implica que el titular pruebe la carencia de recursos disponibles para atender las necesidades básicas de los sujetos de derecho.

Sin embargo, al no tratarse de necesidades que pongan en riesgo la supervivencia de las personas, es posible que el titular de la obligación incorpore argumentos referidos, por ejemplo, al sostenimiento a largo plazo de su bienestar y mejora sustancial. En este nivel, el espacio de argumentación es menos restringido en comparación con el primero, por lo que es factible emplear criterios como el principio de proporcionalidad en su sentido de prohibición de acción insuficiente (*Untermaßverbot*)[14] a fin de

---

13 "La libertad solo es real cuando se tienen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales, en cuanto presupuestos de la autodeterminación", Stein, Lorenz von, *Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unseren Tage*, Múnich, Drei Masken, 1921, t. III, p. 104. Y en ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán: "El derecho de libertad carecería de valor sin el presupuesto fáctico de poder ejercerla", BverfGE 33, núm. 303 (332).

14 Alexy, Robert, *op. cit*., p. 69; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 200 y ss.; Clérico, Laura, "Proportionality in social rights adjudication: making it workable", en

valorar si las medidas realizadas por el titular de la obligación son *idóneas* a efecto de proteger el derecho fundamental social (garantizar el ejercicio de libertades y el desarrollo equitativo de capacidades), si existen *medidas alternativas* igualmente idóneas para proteger el fin del derecho social pero que demanden menos agotamiento de recursos del titular de la obligación, y si existe una relación de *ponderación* entre los argumentos esgrimidos por el titular de la obligación para fallar en la optimización del bienestar y el grado de afectación en el derecho fundamental social objeto de análisis.

2.2.3. Tercer nivel o umbral de cumplimiento: complementación del bienestar

El tercer nivel de realización o cumplimiento está conformado por la relación correlativa entre el derecho a la complementación del bienestar obtenido y la obligación de mejorar dicho bienestar para alcanzar la realización plena del mismo. Este nivel se refiere a las condiciones que los sujetos en forma individual o colectiva requieren para alcanzar diversos propósitos específicos de manera óptima y desarrollar plenamente sus capacidades en igualdad y libertad. Mientras que en el primer y segundo nivel se trataban cuestiones relativas a garantizar estándares mínimos sociales para la supervivencia y desarrollo de los seres humanos, el tercer nivel gira en torno a la complementación del bienestar a fin de alcanzar un nivel óptimo que garantice de manera plena la libertad e igualdad entre todos los miembros de la sociedad en la realización de sus intereses y capacidades. En este nivel, el ámbito de la argumentación es más abierto que en los anteriores, en tanto el titular de la obligación puede plantear argumentos referidos no solo a la escasez de recursos disponibles para satisfacer necesidades complementarias al bienestar, sino que podría re-

Duarte, David y Silva Sampaio, Jorge (eds.), *Proportionality in Law. An analytical perspective*, Springer, Dordrecht, 2018, pp. 25-48; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 319 y ss.; Fazio, Federico de, "Derechos sociales y examen de proporcionalidad", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política,* núm. 7, 2018, pp. 65-99.

currir a argumentos sobre la necesidad de satisfacer prioridades distintas a las obligaciones sociales. Sin embargo, el hecho de que el titular de la obligación pueda plantear diversas razones para justificar el fallo en el cumplimiento de la misma no significa que se encuentre exento de realizar tarea alguna en favor de la consecución de un nivel óptimo de bienestar. El deber de complementación exige que el obligado oriente sus políticas y acciones hacia la obtención de un grado óptimo de bienestar social para todos los titulares de derechos sociales fundamentales.

III. Herramientas teóricas en casos concretos: el TCP y la Corte IDH sobre el derecho social fundamental a la salud en pacientes con VIH en las cortes

3.1. Corte IDH: el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*

El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* resuelto por la Corte IDH el 23 de agosto de 2018,[15] representa un hito en el avance progresivo de la justiciabilidad directa de las omisiones o las acciones insuficientes respecto de los derechos sociales fundamentales, específicamente el derecho a la salud. En dicho caso, 49 personas en situación de pobreza extrema diagnosticadas con VIH entre 1993 y 2002, y sus familiares, alegaron que la falta de una adecuada atención médica estatal, así como la falta de adecuada protección judicial, habrían configurado violaciones a la salud, la vida, la integridad personal y a las garantías judiciales de las mismas.

La Corte IDH determinó que estas personas carecieron de toda atención medica estatal por lo menos hasta 2004. A partir de ese año, el Estado implementó algún tipo de tratamiento para ellas, no siendo dicha acción ni integral ni idónea para atender las necesidades del grupo de pacientes. A consecuencia de dichas

[15] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

omisiones e insuficiencias, algunos de ellos fallecieron víctimas de enfermedades "oportunistas". Para realizar el análisis de afectación, la Corte IDH tuvo en consideración que en el grupo de personas portadoras de VIH se encontraban una o varias de las siguientes circunstancias contextualizantes: contrajeron enfermedades oportunistas (lo que ocasionó la muerte de algunas), eran personas de escasos recursos, eran madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias, tenían baja escolaridad, no podían realizar las actividades que hacían antes de contraer VIH, vivían en zonas alejadas de centros de atención médica y algunas de ellas eran mujeres embarazadas.

Con base en estos hechos y circunstancias conextualizantes, la Corte IDH evaluó la responsabilidad del Estado de Guatemala de conformidad a los siguientes criterios: *1)* la violación del derecho a la salud por la atención médica —o falta de ella— brindada por el Estado; *2)* la violación de la prohibición de discriminación; *3)* la violación del principio de progresividad; *4)* la violación de los derechos a la vida y la integridad personal; *5)* la violación de los derechos a las garantías procesales y la protección judicial, y *6)* la violación de la integridad personal de los familiares de las víctimas.

A fin de ejemplificar la idea de contenido mínimo esencial y el modelo progresivo de efectivización, este ensayo se enfocará principalmente en el primer criterio de evaluación adoptado por la Corte IDH: "1) la violación al derecho a la salud por la atención médica —o falta de ella— brindada por el Estado". La Corte estructura su argumentación en función de dos "momentos de violación":

i) *Momento 1*: la atención médica brindada por el Estado antes de 2004 (tiempo durante el cual no prestó ningún tipo de atención médica a las presuntas víctimas, ni efectuó los exámenes requeridos, ni entregó medicamentos antirretrovirales).
ii) *Momento 2*: la atención medica brindada después de 2004 (tiempo en que el Estado implementó algún tipo de tratamiento en el sector público para personas que viven con VIH). Sin embargo, las acciones adoptadas luego de 2004 hasta la fecha en que fue emitida la sentencia no habrían

> logrado satisfacer los estándares mínimos para ser considerada integral y adecuada, lo cual implicó periodos de desabastecimiento de medicamentos, falta de exámenes de carga viral CD4, problemas de accesibilidad debido a la poca cantidad de centros públicos que prestaran el servicio, desabastecimiento de los implementos necesarios para la realización de exámenes, falta de estudios de genotipo, falta de diagnóstico oportuno y falta de apoyo psicológico.

Teniendo en consideración estos dos momentos de afectación que identifica la Corte IDH, es posible reconstruir el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* en función de la obligación mínima esencial y el modelo progresivo de efectivización y comprobar si, en efecto, es posible estructurar la efectivización de los derechos sociales con base en exigencias de justificación crecientes.

La argumentación desplegada por la Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* sigue la línea argumentativa desarrollada en los casos *Poblete Vilches vs. Chile*,[16] *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*,[17] *Lagos del Campo vs. Perú*,[18] *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*[19] y *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*.[20] Esta línea

---

16 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349. Sobre las implicancias jurídico-dogmáticas del *Caso Poblete Vilches, cfr.* Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso *Poblete* de la Corte IDH, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

17 Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348.

18 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

19 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, núm. 198.

20 Corte IDH. *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.

argumentativa se enfoca en cuatro puntos importantes: *1)* la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos protegidos por las mismas exigencias aplicables a los derechos civiles y políticos; *2)* los elementos esenciales de las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales; *3)* el grado de exigibilidad de las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y *4)* la idea de una progresividad flexible en el cumplimiento de estas obligaciones, que no excluye la posibilidad de la deficiencia o ausencia en el cumplimiento, pero la somete a una fuerte carga de justificación.

En el presente ensayo son de particular interés los puntos *2), 3)* y *4)* de la argumentación de la Corte IDH. Esta identifica cuatro elementos esenciales de la obligación estatal en materia del derecho a la salud, a saber: *disponibilidad* material del servicio, *accesibilidad* de las personas al servicio, *aceptabilidad* de las circunstancias particulares de las personas y *calidad* de infraestructura en que se brinda el servicio.[21] Estas condiciones generales enmarcan y condicionan la exigibilidad inmediata o mediata de las obligaciones del Estado.

En efecto, tanto si el Estado está obligado a adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud (exigibilidad inmediata) o si tiene la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho (exigibilidad mediata), deberá hacerlo observando los elementos esenciales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de dichas medidas eficaces. En ese sentido, los puntos de argumentación *2)* y *3)* dan sustento directo al punto *4):* la idea de progresividad flexible en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derecho a la salud.

La idea de una progresividad flexible que a la vez sea efectiva plantea la necesidad de establecer un punto de legitimidad a partir del cual se entiendan como satisfechos en un grado mínimo o efectivo los elementos esenciales de la obligación, así como una

[21] Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 106, y *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *cit*., párr. 121.

estructura o dispositivo que permita evaluar el grado de satisfacción o efectivización progresivo de dicha obligación. Es así que la idea de contenido mínimo esencial o básico se conecta con un modelo flexible de efectivización progresiva en el caso *Cuscul y otros vs. Guatemala*. En efecto, el contenido mínimo esencial plantea la existencia de estándares de salud mínimos e inmediatos que el Estado debe satisfacer con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Dicha obligación mínima atañe las circunstancias en las que las personas ven en riesgo su supervivencia o su integridad física. No es un punto más dentro de la cadena de progresividad flexible, sino que es precisamente el punto donde ella se inicia como cumplimiento mínimo. Sin embargo, tanto del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* como de la Observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (Comité DESC) se desprende que ni la obligación mínima esencial ni el modelo de efectivización pueden ser entendidos como estándares absolutos, sino que se encuentran sujetos a una fuerte carga de argumentación en caso de deficiencia o ausencia de acción por parte del Estado.

El Estado, en casos muy excepcionales, podría argumentar carencia absoluta o relativa de medios suficientes para satisfacer tanto la obligación mínima esencial como el modelo de efectivización. Ello, sin embargo, no equivale a relativizar al derecho a la salud y someterlo a consideraciones costo-beneficio. El Comité DESC ha establecido una lista de posibles circunstancias que un Estado podría esgrimir razonablemente como justificantes de un incumplimiento total o de un cumplimiento deficiente de la obligación mínima esencial o del modelo de efectivización progresiva, ello a condición de probar fehacientemente la existencia de los mismos:

a) [e]l nivel de desarrollo del país;
b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto;
c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un periodo de recesión económica;

d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional;
e) [s]i el Estado parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y
f) [s]i el Estado parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto.[22]

Estas circunstancias justificantes, por sí solas, no bastan para justificar un incumplimiento o un cumplimiento deficiente de la obligación mínima esencial o del modelo flexible de efectivización progresiva, su presencia en un contexto y espacio temporal requiere ser probada por el Estado que alegue encontrarse en una o varias de ellas.

Ahora bien, una vez identificadas las condiciones generales para la exigibilidad de una obligación mínima esencial en materia de salud y de la progresividad flexible en su efectivización, es necesario enfocar la situación concreta del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. La Corte IDH establece explícitamente estándares sobre el derecho a la salud aplicables a personas que viven con VIH, los cuales, conforme han sido explicitados por dicho órgano en su argumentación, constituyen el marco para identificar una obligación mínima esencial y un modelo flexible de efectivización progresiva del derecho a la salud en pacientes que viven con VIH.

La Corte IDH establece al menos ocho estándares que condicionan la obligación del Estado en el caso concreto:

a) acceso a bienes de calidad;
b) servicios e información para la prevención;
c) tratamiento;

[22] Comité DESC, Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, de 21 de septiembre de 2017, E/C.12/2007/1, 38º periodo de sesiones, párr. 10.

d) atención y apoyo de la infección;
e) terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas, diagnósticos y tecnologías relacionadas, seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de enfermedades oportunistas y de enfermedades conexas;
f) apoyo social y psicológico;
g) atención familiar y comunitaria, y
h) acceso a tecnologías de prevención.[23]

Estos estándares representan la concretización de los cuatro elementos esenciales de la obligación del Estado en materia de derecho a la salud, es decir, representan y desarrollan los elementos de *disponibilidad*, *accesibilidad*, *aceptabilidad* y *calidad* establecidos por la Corte IDH.[24]

Como en el caso del derecho a la salud en general, los elementos o estándares esenciales representan el marco dentro del cual aún hace falta especificar el punto de inicio que mínimamente representa un cumplimiento de la obligación estatal y a partir del cual es posible estructurar la efectivización progresiva del derecho, es decir, aún es necesario especificar la obligación mínima esencial y los umbrales del modelo flexible de efectivización progresiva. Teniendo en cuenta que la obligación mínima esencial se refiere a aquellas prestaciones sin las cuales la persona vería en peligro su vida o su integridad física y que no está en posibilidad de procurarse a sí misma por motivos ajenos a su voluntad, es posible especificar aún más los estándares sobre derecho a la salud de las personas que viven con VIH. De esta manera, la obligación mínima esencial correlativa al Estado respecto al derecho a la salud de dichas personas sería:

a) acceso a instalaciones médicas que cuenten con infraestructura y personal preparado para el tratamiento del VIH;

---

23 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 114.

24 Comité DESC. Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), de 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, párr. 12; Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 152; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *cit*., párr. 121, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit*., párr. 106.

b) disponibilidad constante y acceso a retrovirales y otros productos farmacéuticos para el tratamiento de enfermedades oportunistas;
c) pruebas, diagnóstico y tratamiento periódico de enfermedades oportunistas;
d) alimentación adecuada que permita a la persona con VIH afrontar los tratamientos, y
e) apoyo social y psicológico para afrontar el tratamiento, tanto para el paciente como para sus familiares.

Esta lista de acciones estatales no es cerrada ni excluyente de otro tipo de medidas complementarias condicionadas al contexto en el que se encuentren las personas afectadas. El Estado, para justificar un incumplimiento de estas obligaciones mínimas, deberá probar alguna de las ocho circunstancias expuestas líneas arriba.

Ahora bien, el modelo flexible de efectivización progresiva basado en la obligación mínima esencial plantea la existencia de, por lo menos, tres niveles o umbrales de desarrollo a fin de lograr la satisfacción óptima del derecho a la salud de las personas que viven con VIH. El primer umbral está representado por la obligación mínima esencial, y sería el umbral de funcionalidad básica. El segundo umbral de efectivización sería la sostenibilidad y mejoramiento de las condiciones de vida y bienestar de las personas que viven con VIH. En este umbral, los medios, fines e intensidades de afectación de los derechos e intereses relevantes al caso concreto pueden ser objeto de una valoración comparativa de optimización. En efecto, el grado de satisfacción de la exigencia de efectivización del derecho a la salud de las personas que viven con VIH puede verse relativizada en función de las limitaciones concretas de recursos que tenga el Estado y su fin legítimo de administrar dichos recursos limitados de manera eficiente. En este nivel es posible recurrir al análisis de proporcionalidad, entendido como prohibición del defecto (*Untermaßverbot*). Finalmente, el tercer umbral de efectivización es el de complementación del bienestar.

Este es el lugar donde el Estado está obligado a coadyuvar, en la medida de sus limitaciones, a que las personas que viven con VIH alcancen objetivos personales o colectivos diversos que

les permitan desarrollar plenamente sus capacidades en igualdad y libertad. Este umbral estaría referido a acciones de promoción de desarrollo de las capacidades personales y del bienestar para alcanzar el nivel más alto posible. Un estado de salud libre de preocupaciones generadas por el VIH y que represente un estado completo de bienestar físico, mental y social. Puede ser entendido como el umbral o nivel de las medidas programáticas sobre la salud plena para personas que viven con VIH.

En el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* la afectación que sufrieron las víctimas a su derecho a la salud, tanto en el *momento 1* (antes de 2004) como en el *momento 2* (después de 2004 hasta el fallo de la Corte IDH), gira en torno a la afectación del contenido mínimo esencial por ausencia de acción por parte del Estado y por acción deficiente. Esto es, en el caso de las víctimas, no es posible incorporar el modelo flexible de efectivización progresiva, dado que tanto la omisión como la acción del Estado de Guatemala antes y después de 2004 está por debajo de las exigencias de la obligación mínima esencial. Como la Corte IDH comprobó, el Estado no había realizado acción de protección alguna respecto de las víctimas durante el lapso de tiempo comprendido entre el diagnóstico de la enfermedad, 1993 y 2002 hasta 2004, y las acciones que realizó con posterioridad a esta fecha fueron deficientes; tanto es así, que 15 de las 49 víctimas perdieron la vida. Ello implica un incumplimiento de la obligación mínima esencial y, ciertamente, del primer umbral del modelo flexible de efectivización progresiva.

3.2. El TCP: casos *Azanca Alhelí Meza García* y *José Luis Correa Condori*

La jurisprudencia del TCP en materia de derecho a la salud de personas que viven con VIH no ha variado mucho en los últimos años. De hecho, dos son los casos que resaltan como relevantes en materia de personas con VIH: *Azanca Alhelí Meza García* y *José Luis Correa Condori*. Estos casos son sustancialmente similares (en hechos y petitorio) y fueron resueltos por el TCP con cinco meses de diferencia.

En el caso *Azanca Alhelí Meza García*, la recurrente afirmó que desde que le fue detectado el contagio con VIH (1996), el Estado peruano no ha cumplido con otorgarle tratamiento integral alguno; por el contrario, los médicos tratantes del Ministerio de Salud peruano se habían limitado a recetarle medicinas para tratamientos menores. Asimismo, afirmó no contar en modo alguno con los recursos económicos necesarios para afrontar el tratamiento de su enfermedad, misma que se vio agravada por habérsele detectado cáncer de tiroides. Luego de dos años de un proceso judicial iniciado a nivel de la jurisdicción ordinaria, en 2002, la señora Meza García falleció cinco días antes de la publicación de la sentencia del TCP que declaraba fundada su causa.[25]

Por su parte, en el caso *José Luis Correa Condori*, el recurrente afirmó que desde que se le diagnosticó el contagio con VIH (2002), el Estado peruano no ha cumplido con otorgarle tratamiento integral alguno. La acción estatal se había limitado a que los médicos tratantes del Ministerio de Salud peruano le recetaran medicinas para tratamientos menores. El señor Correa Condori afirmaba, además, que no contaba con los recursos económicos suficientes para afrontar el tratamiento de su enfermedad. El TCP, basándose en su pronunciamiento sobre el caso *Azanca Alhelí Meza García*, resuelto solo cinco meses antes, declaró fundada la demanda del señor Correa Condori.[26]

En ambos casos, lo destacable es que el TCP resalta, por un lado, el papel que desempeñan los derechos sociales como precondiciones para el ejercicio de los demás derechos y libertades y, por el otro, la naturaleza vinculante de la obligación no meramente programática. Sin embargo, el Tribunal también resalta que dichos derechos han de ser disgregados de los contenidos en el catálogo de derechos del artículo 2 de la Constitución.[27] Por tanto, a efectos prácticos, el TCP negó al derecho social a la salud, en estos dos casos sobre VIH, la capacidad de ser reivin-

25 TCP, exp. 2945-2003-AA/TC.

26 TCP, exp. 2016-2004-AA/TC.

27 "[E]l derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el art. 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los arts. 7° y 9° de la Constitución".

dicado mediante acción de amparo constitucional, a no ser que se les conecte con algún derecho contenido en dicho catálogo.[28] Con posterioridad, el TCP ha hecho esfuerzos para presentar una concepción más compatible con los estándares internacionales en materia de derechos sociales fundamentales;[29] sin embargo, más allá de reconocer su "autonomía" y "urgencia en su efectivización", continúa sosteniendo que no pueden ser justiciables de manera directa, sino en conexión con la dignidad humana, vida, medioambiente y/o libertad.[30] Asimismo, somete la efectivización de estos derechos a consideraciones de disponibilidad presupuestaria.[31] En lo que respecta al derecho a la salud, el TCP ha sostenido, por un lado, una posición garantista y comprensiva del derecho a la salud,[32] pero, por el otro, hace depender al derecho a la salud del derecho a la vida, así como a las limitaciones materiales del Estado.[33]

En los casos mencionados, ambos recurrentes solicitaban al Estado que les otorgara atención médica integral mediante la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de VIH/sida, así como la realización de los exámenes periódicos y pruebas de CD4 y carga viral que el médico tratante dispusiera.

---

28 "[L]a exigencia de los denominados derechos económicos y sociales —*es el caso del derecho a la salud invocado por la recurrente*— que, en tanto obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena, en cuyo caso, el legislador ha dispuesto que no cabe su invocación vía la acción de amparo".

29 En el *Caso de Los Internados en la Sala de Hospitalización de Acciones del Instituto Nacional de Salud Mental*, exp. 05842-2006-PHC/TC, fj. 45, el TCP recurre a razones de derecho internacional planteadas tanto por la Corte IDH, así como en diferentes documentos internacionales, para desarrollar una dogmática sobre derecho a la salud más acorde con los estándares internacionales. Sin embargo, dicho esfuerzo se contradice con la insistencia del Tribunal, en la misma sentencia, en no reconocerle un estatus autónomo y en someter su cumplimiento a consideraciones presupuestarias (fj. 55).

30 TCP, exp. 05842-2006-PHC/TC, fj. 48.

31 TCP, exp. 05842-2006-PHC/TC, fj. 55.

32 TCP, exp. 05842-2006-PHC/TC, ffjj. 50 y ss., y exp. 10063-2006-PA/TC, ffjj. 39 y ss.

33 TCP, exp. 05842-2006-PHC/TC, fj. 60.

Es decir, solicitaban que el Estado cumpliera con su obligación mínima esencial. En ambos casos, el TCP se limitó a razonar en función de la amenaza a la supervivencia de los recurrentes, antes que realizar un análisis en función de obligaciones mínimas satisfechas u omitidas. Así, en ambos casos no es posible estructurar una argumentación basada en derechos sociales, sino más bien se observa una argumentación encuadrada en el derecho a la vida basada en su justiciabilidad y dirigida a consideraciones de índole presupuestaria para lograr su efectivización. Por tanto, tampoco es posible desarrollar ni un enfoque de contenido mínimo esencial del derecho social fundamental a la salud ni un modelo flexible de efectivización progresiva en estos casos sobre personas con VIH.

IV. Conclusión: ¿diálogo o monólogos paralelos?

Recurriendo a las herramientas teóricas de la obligación mínima esencial y el modelo flexible de efectivización progresiva es posible comparar el enfoque de la Corte IDH y el del TCP. En síntesis, se trata de dos enfoques distintos, que si bien convergen en cuestiones referidas al contenido, importancia y urgencia del derecho social a la salud de personas que viven con VIH, difieren en lo concerniente a la justiciabilidad y efectivización del mismo.

Por lo que respecta a la justiciabilidad del derecho social fundamental a la salud, mientras que la Corte IDH evidencia un enfoque más progresista y garantista de su autonomía (entendiéndolo como derecho autónomo sujeto a las exigencias concretas de los arts. 1.1 y 2 CADH), el TCP, en las referidas sentencias y en jurisprudencia reciente sobre derechos sociales, hace depender el derecho a la salud del derecho a la vida y otros derechos fundamentales del catálogo del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. En particular, mientras que la Corte IDH recurre al argumento sistemático para incluir al derecho social fundamental a la salud como derecho reivindicable a la par de los derechos civiles y políticos, el TCP recurre también a un argumento sistemático para excluir a los derechos sociales

fundamentales de la protección dispensada por el artículo 2 de la Constitución y la acción de amparo.

Lo paradójico de la línea de argumentación recorrida por el TCP es el hecho de que reconoce el papel que desempeñan los derechos sociales como condiciones necesarias para la realización de los civiles y políticos, así como la "indisolubilidad" de estas dos "generaciones" de derechos y, al mismo tiempo, afirmar que los derechos sociales fundamentales solo son justiciables parcialmente y que su realización está sometida a consideraciones presupuestarias.[34]

La satisfacción de la obligación mínima esencial y la efectivización progresiva se encuentran vinculadas al reconocimiento de la autonomía del derecho social fundamental a la salud, y no de hacerlo depender del derecho a la vida ni exclusivamente de consideraciones presupuestarias. Reconstruir el derecho a la salud como dependiente del derecho a la vida hace impracticable la efectivización del mismo, ya que el derecho a la vida, *stricto sensu*, es un derecho que no se puede desarrollar en etapas o umbrales, es un todo o nada. El TCP, al plantear una argumentación basada en el derecho a la vida, imposibilita que el derecho a la salud imponga obligaciones progresivas y genera más bien que el análisis de justiciabilidad y efectivización dependa siempre de cuestiones que pongan en riesgo la vida de las personas y no sobre acciones concretas para prevenir o evitar esta situación. Eso es precisamente lo que ocurrió en el caso de la señora Meza García, quien, luego de soportar dos procesos a nivel de la jurisdicción ordinaria y la constitucional, falleció antes de incluso recibir una sentencia fundada de parte del TCP. El problema aquí radica precisamente en argumentar en función del derecho a la vida y su puesta en peligro, en lugar de recurrir a la idea de un derecho a la salud autónomo. Sin naturaleza autónoma, la efectivización de los derechos sociales deviene ilusoria y se torna un mero reflejo de la afectación a posibles derechos conexos y/o a estar sujeta a meras consideraciones de tipo presupuestal.[35]

---

[34] Precisamente es llamado por Pisarello como "devaluación de los derechos sociales". Véase Pisarello, Gerardo, *op. cit*., pp. 19 y ss.

[35] En Perú, la cuestión de la obligación o exigencia de efectivización ha sido explícitamnte sometida por el TCP a consideraciones de tipo presupuestal,

El recurrir al derecho a la vida para dar contenido a derechos sociales tales como la salud, vivienda o alimentación es característica no solo de la jurisdicción constitucional peruana, sino que es una práctica bastante extendida a nivel internacional. Basta mencionar casos emblemáticos sobre derecho a la alimentación en la India, como *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation,*[36] *Shantistar Builders vs. Narayan Khimalal Totame*,[37] *People´s Unión for Civil Liberties (PUCL) vs. Unión of India and others.*[38] En dichas decisiones, la Corte Suprema de la India recurre al derecho a la vida para poder atender reivindicaciones referidas al derecho a la alimentación. Sin embargo, a diferencia de la India, el Estado peruano, en su Constitución, se define como un Estado social y democrático de derecho. Es más, el propio TCP reconoce la relevancia y urgencia de los derechos sociales fundamentales, especialmente del derecho a la salud, pero, a pesar de ello, sigue haciéndolo depender del derecho a la vida, con las restricciones para la justiciabilidad y efectivización que ello conlleva.[39]

En conclusión, el enfoque del TCP se evidencia como divergente del enfoque desarrollado por la Corte IDH en su línea jurisprudencial sobre derechos sociales y particularmente en el derecho a la salud de personas que viven con VIH. Antes que un

---

sin reconocerse una obligación mínima esencial: "Debe entenderse, empero, que cuando se habla de *exigencia*, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución". Véase TCP. *Caso Azanca Alhelí Meza García,* exp. 2945-2003-AA/TC, ffjj. 10, 32, 33, 49.

36 AIR 1986 SC 180.

37 AIR 1990 SC 630.

38 Writ petition (civil) 196 de 2001.

39 Un año antes de dictada la sentencia del TCP sobre el caso *Aznaca Alheli Meza Garía*, la Corte Constitucional de Sudafrica en el caso *Minister of Health vs. Treatment Action Campaing* (TAC) 2002 (5) SA 721 (CC), sancionaba al Estado sudafricano por su acción no razonable respecto a facilitar el acceso a medicinas que prevenían el contagio de VIH de madre a hijo. Dicha decisión representó un hito a nivel internacional en la justiciabilidad del derecho a la salud de personas con VIH, dado que sancionaba al Estado por haber fallado en cumplir razonablemente con sus obligaciones derivadas de la Constitución sudafricana.

diálogo entre ambas jurisdicciones, lo que los casos evidencian son monólogos paralelos que solo parecen converger en temas de principios y convicciones, pero divergen sobre la justiciabilidad y la efectivización de dichos derechos.

Las herramientas teóricas de la obligación mínima esencial y el modelo flexible de efectivización progresiva parecen ser más compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte IDH que con la jurisprudencia del TCP; una efectivización concreta y progresiva dependerá de cuán en serio se tomen a los derechos sociales y se separe su protección de la de otros derechos. Solo si se separa la justiciabilidad y efectivización del derecho a la salud de consideraciones sobre el derecho a la vida, casos de dilación en la garantía la salud que pongan en riesgo —paradójicamente— la propia vida, no se volverán a repetir.

Bibliografía

Alexy, Robert, "Sobre los derechos fundamentales a protección", en García Manrique, Ricardo (ed.), *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., trad. de Rebecca Jowers, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Arango, Rodolfo, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", *Revista de Derecho Público*, Santiago, núm. 12, 2001.

——, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.

Atria, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", *Discusiones* 4, Caracas, 2004.

Bernal, Carlos, "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a '¿Existen derechos sociales?' de Fernando Atria", *Discusiones* 4, Caracas, 2004.

Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y la efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero Quispe, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

——, "Proportionality in Social Rights Adjudication: Making it Workable", en Duarte, David y Silva Sampaio, Jorge (eds.), *Proportionality in Law. An analytical perspective*, Springer, Dordrecht, 2018.

Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

Fazio, Federico de, "Derechos sociales y examen de proporcionalidad", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, núm. 7, 2018.

Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra, Madrid, IEP, 1975.

King, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

Klein, Hans H., "Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der *Meinungsfreiheit"*, *Der Staat*, núm. 10, 1970.

Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982.

Stein, Lorenz von, *Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unseren Tage*, Múnich, Drei Masken, 1921, t. III.

Young, Katherine G., "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content", *Yale Journal of International Law*, New Haven, núm. 33, 2008.

Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso *Pabellón 13* (AR 378/2014)*

*Francisca Pou Giménez***

I. Introducción

El número de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México en materia de derecho a la salud sigue siendo inexplicablemente bajo. ¿Cómo puede ser que en un país con millones de personas que viven con las carencias más grandes, años después de la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo de 2011, en un contexto donde el imperativo de dar efecto a la normatividad suprema de la Constitución ya está fuera de discusión, las líneas jurisprudenciales sobre derechos tan centrales como vivienda,

---

* Este texto fue publicado en Salazar Ugarte, Pedro; Niembro Ortega, Roberto y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto (eds.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte,* México, IIJ-UNAM, 2019, pp. 135-155. Agradezco el permiso de los editores para incluirlo en este libro. Además de unas pocas correcciones formales, la presente versión incluye en la sección IV referencia a tres sentencias en materia de salud no incluidas en la versión publicada en el libro citado.

** Profesora de Derecho Constitucional en el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Doctora y maestra por la Escuela de Derecho de Yale, Estados Unidos. Licenciada en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, donde recibió la Suficiencia Investigadora en el marco del Doctorado en Derecho Público.

agua, educación, alimentación o salud estén formadas por tan pocos casos?

Aunque la línea sobre derecho a la salud tiene más eslabones que las líneas sobre los otros derechos que he mencionado, el panorama no puede ser más distinto que el característico del litigio constitucional en salud en países como Brasil, Argentina o Colombia, donde las sentencias de las altas cortes sobre el tema se cuentan por cientos o por miles.[1] En uno de los estudios recientes encaminados a rastrear los amparos de la Corte mexicana en la materia se localizaron 22 casos sobre derecho a la salud, 13 de los cuales son en realidad casos de responsabilidad civil extracontractual que no abordan centralmente la definición de las exigencias y dimensiones de goce del derecho.[2] Incluso si puntualizamos que los pronunciamientos sobre seguridad social también definen dimensiones importantes del derecho,[3] que hay

[1] En el mismo sentido, Gutiérrez Rivas, Rodrigo, "La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista del Centro del Estudios Constitucionales*, México, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017, p. 527. Para una panorámica sobre el litigio en salud en algunos países de la región véase, por ejemplo, Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede ser la justicia una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013; Langford, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2013; Alviar García, Helena; Klare, Karl y Williams, Lucy A. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice. Critical Inquiries*, Londres, Routledge, 2015; Lamprea, Everaldo, *Derechos en la práctica. Políticas de salud, litigio y cortes en Colombia (1991-2014),* Bogotá, Universidad de los Andes, 2015; Parra Vera, Óscar, "The protection of social rights", en González Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, Constitutions and Rights*, Londres, Routledge, 2016, pp. 147-171.

[2] Cobo, Fernanda y Charvel, Sofía, "The Mexican Supreme Court and the right to health: its problematic interpretations" (manuscrito no publicado en poder de las autoras, 2018). Por supuesto, no descartamos categóricamente que los amparos que revisan sentencias de responsabilidad civil puedan definir aspectos relevantes del derecho, pero la mayoría tienen una dimensión exclusivamente legal, no constitucional.

[3] Véase, en este sentido, Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, "La justiciabilidad del derecho a la salud en México", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017, pp. 337 y 338

pronunciamientos vertidos en otras vías procesales (acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional) que contribuyen a definir su alcance, que hay amparos sobre otras materias que inciden poderosamente en el derecho a la salud y que incluso en un país que depende tanto de la guía de la Suprema Corte puede haber algún desarrollo interesante a nivel de tribunales inferiores, las cifras son inequívocas. El acceso a la justicia en materia de salud ha sido escasísimo; muchos de los casos de salud fueron judicializados por organizaciones no gubernamentales (ONG) de litigio y los temas de la mayoría de los demás dejan translucir que no son litigios promovidos por personas desfavorecidas.

Las preguntas que se abren inmediatamente después de esa constatación son las siguientes: ¿y qué tanto (o qué tan poco) ha dicho la Corte en ese puñado de casos?; ¿ha sido garantista, maximalista, o deferente con el legislador y las autoridades administrativas?; ¿ha utilizado alguno de los paradigmas de justiciabilidad comunes en el derecho comparado (núcleo esencial, proporcionalidad, razonabilidad, conexidad, progresividad y no regresividad, etc.)?; ¿ha sido prescriptivista o deferente?;[4] ¿cómo ha encarado la cuestión de los remedios?; ¿se trata de litigios clásicos o hay algún caso estructural?

En este texto abordo uno de los eslabones emblemáticos de la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de salud: la sentencia de la Segunda Sala en el caso *Pabellón 13,* dictada el 15 de octubre de 2014. Se trata, sin duda, de una sentencia que por fin reivindica, con la potencia y el énfasis necesarios, la fuerza normativa del derecho a la salud y las obligaciones que impone a los poderes públicos. El objetivo del análisis que sigue es dar cuenta de los criterios que se establecen, desde un punto de vista sensi-

(donde se destaca que la historia constitucional del derecho a la salud no inicia con su introducción textual en 1983, sino en 1917, con las previsiones del artículo 123 sobre el derecho al trabajo y un incipiente sistema de seguridad social (en salud) que se iría desarrollando en las décadas siguientes, y que, por tanto, "[…] existen dos caminos recorridos para constitucionalizar el derecho a la salud").

4 En el sentido en que usa estos términos Wesson, Murray en "The emergence and enforcement of socioeconomic rights", en Lazarus, Liora, McCrudden, Christopher y Bowles, Nigel (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart, 2014, pp. 281-297.

ble al contexto más amplio conformado por la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de derechos y por las dinámicas de justiciabilidad del derecho a la salud en el ámbito comparado. En ese contexto, se vuelve necesario apuntar que aunque *Pabellón 13* es una sentencia que marca un avance importantísimo, también tiene rasgos que retratan las notabilísimas limitaciones que la jurisprudencia de derechos de la Corte mexicana sigue teniendo —también desde esa perspectiva resulta, entonces, una sentencia paradigmática—.

II. El alcance de la litis y el contenido del derecho

Pabellón 13 es un amparo que inició en 2012 con el reclamo de tres personas seropositivas al virus de inmunodeficiencia humana (VIH), asistidas por la ONG de litigio de interés público Fundar, a propósito del tratamiento que recibían en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias (INER). Este hospital no forma parte de los sistemas de seguridad social, sino de las instalaciones que, bajo la dirección de la Secretaría de Salud, atienden a la población no asegurada. Desde 2007, los quejosos, con la ayuda de Fundar, habían venido señalando ante las autoridades las deficiencias de la atención que recibían en el Pabellón 4 del INER —básicamente vinculadas al hecho de estar integrados con otros enfermos, lo que representaba un riesgo de contagio para personas inmunodeprimidas—.

Desde 2007, el INER, reconociendo que la situación del Pabellón 4 no cumplía las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre control y prevención de enfermedades, elevó una petición formal a las autoridades de la Secretaría de Salud. En 2008, el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud aprobó primero un proyecto de remodelación del Pabellón 4, y posteriormente, en sustitución suya y por el mismo monto monetario (61 millones de pesos), el proyecto de construcción de un edificio nuevo —el *Pabellón 13*— para evitar la interrupción de los servicios médicos que la remodelación hubiera implicado. Se presupuestaron en ese momento algo más de siete millones para la elaboración de los planos arquitectónicos del nuevo edificio, en espera de conocer su costo final.

Los quejosos presentaron el amparo en 2012 ante la falta de avance de las obras. En sus pliegos denunciaron la violación de sus derechos a la salud (por no haber destinado las autoridades el máximo de los recursos a su disposición para la ejecución del proyecto), a la vida (por estar las personas con VIH/sida expuestas a contagios e infecciones oportunistas provenientes de otros enfermos) y a la igualdad y no discriminación (al no haber el Estado tomado medidas para prevenir y eliminar lo que implicaba para los quejosos, en condiciones socioeconómicas precarias, no poder acudir a centros privados para recibir la atención especializada que no les brindaba el INER).

En 2013, un juez de distrito negó el amparo, con argumentos que ejemplifican —paradigmáticamente— lo que ha sido, durante décadas y décadas, una argumentación judicial centrada en la defensa de la autoridad; donde el foco de la atención no se pone en lo que el derecho garantiza, sino en la cantidad de cosas que el Estado hace por unos ciudadanos que, inexplicablemente desagradecidos, siguen "pidiendo imposibles". El juez señala, por ejemplo, que no hay discriminación por motivos socioeconómicos porque los quejosos fueron atendidos en el INER sin que se les exigiera un pago (p. 10)[5] y porque la Constitución no otorga, ni explícita ni implícitamente, a ninguna persona, sin importar su edad, condición social, estado de salud, etc., un derecho para que sea ejecutado el proyecto también denominado *Pabellón 13* (p. 11); que los quejosos no estaban en estado de indefensión, porque el trato que se les brinda no implica que se vean obligados a acudir a una institución privada (*idem*); que el derecho al nivel más alto de salud implica que deben disfrutar de servicios médica y científicamente apropiados, pero que ello se logra con los servicios que se les prestan mes con mes y con el despliegue de acciones públicas encaminadas a tener buenos servicios e instalaciones (p. 12); que el derecho a la salud es un "derecho a lo posible", "no a que se concedan una serie de prerrogativas exclusivas como la construcción del Pabellón 13", que el derecho a la salud es progresivo, y que las autoridades habían allegado

[5] Todas las referencias a páginas entre paréntesis remiten a los números de la página de la sentencia de la Corte, donde se sintetizan los argumentos de las partes y los argumentos de la sentencia del juez de distrito objeto de recurso.

documentación que reflejaba las acciones llevadas a cabo en el INER para dar buenos servicios, dándose el caso de que los tres quejosos fueron dados de alta debido a la mejoría de su estado de salud, lo cual demuestra la calidad del servicio recibido (pp. 12-14). El juez desestimó igualmente los argumentos relacionados con la vulneración del derecho a la vida y, en cuanto a los efectos del contacto con otros enfermos, señaló que "el riesgo de infección cero en cualquier hospital no existe" (p. 16).

La Segunda Sala de la Corte enderezó —paradigmáticamente— las cosas. Haciéndose eco de lo que los recurrentes habían subrayado en vía de recurso, la cuestión no era, dijo la Corte, si se les ha dado tratamiento médico para la seropositividad al VIH sin exigirles un pago a cambio, sino si las condiciones en las que reciben tratamiento son adecuadas a la vista de las exigencias del derecho al nivel más alto posible de salud, y si la omisión de ejecución del proyecto del *Pabellón 13* vulnera las obligaciones estatales de garantía y cumplimiento del derecho (pp. 42-51). Y la Corte, sobre la base de las normas constitucionales aplicables —de fuente interna y externa, como comentaremos con mayor detalle en el apartado que sigue— concluye que así es: que esas obligaciones han quedado violadas en el caso.

La Segunda Sala considera probado que existen necesidades de garantía del derecho a la salud, en sus muchas dimensiones, derivado de las propias afirmaciones de las autoridades sanitarias. Y observa entonces que, a pesar de que no todas esas dimensiones de goce son de exigibilidad inmediata, el Estado tiene que demostrar que está adoptando acciones encaminadas a asegurar su disfrute progresivo y que está poniendo en uso el máximo de los recursos disponibles (pp. 51-55). En contraste con ello, lo único que la Sala encuentra en el expediente es la afirmación de las autoridades —ante el monto finalmente fijado para la construcción del Pabellón: 302 millones de pesos— de que no existe el presupuesto necesario para llevar a cabo el proyecto. La Sala estima que esta afirmación, no acompañada de ulteriores documentos o elementos, no alcanza a mostrar que no se incumplen las obligaciones estatales relevantes y otorga el amparo (pp. 57-60).

En la descripción de los efectos de la sentencia, la Corte dispone que el INER, junto con las autoridades implicadas de la

Secretaría de Salud, deben tomar, en un plazo razonablemente breve, todas las medidas necesarias para salvaguardar, hasta el máximo de los recursos disponibles, el derecho a la salud —pudiendo ello concretarse con la remodelación del Pabellón 4 o la construcción del proyectado Pabellón 13—, sin que las simples afirmaciones no respaldadas de falta de recursos económicos puedan en momento alguno aducirse como motivo por el cual no se puede cumplir la sentencia (pp. 62 y 63).

Esta argumentación —cuyos principales nodos comentaremos por separado en las secciones que siguen— es destacable por numerosos motivos. Llama la atención; sin embargo, que la Sala acompañe la radical reorientación del análisis jurídico que efectúa con apelaciones a la perspectiva del juez de distrito como "desapegada a la litis en el juicio", o a la errónea concreción del "motivo del diferendo" o del "punto jurídico" a dilucidar (pp. 42, 44, 50). Es obvio que lo que está ocurriendo es que el análisis jurídico desplegado por el juez de distrito refleja un entendimiento erróneo del contenido y alcance del derecho a la salud, y quizá la Sala podría haberlo dicho de una manera más clara y didáctica: la sentencia recurrida está mal porque parte de una premisa jurídica que vacía de contenido el derecho a la salud. En lugar de ello —con un modo de hacer que mantiene los puentes de continuidad con el análisis jurídico de cualquier amparo clásico que no protege derechos— la Sala presenta neutralmente el problema, como si fuera un error "técnico" relativamente inocente de uno de esos jueces inferiores que siempre están en peligro de ser corregidos por los tribunales superiores.

III. El papel crucial de las fuentes constitucionales externas

Un pilar central de la fundamentación jurídica de *Pabellón 13* es que la Suprema Corte desprende el alcance del derecho a la salud de lo dispuesto por fuentes legales e interpretativas propias de la Constitución ampliada con las fuentes externas.

Aunque el análisis empieza con una referencia al artículo 4 de la Constitución mexicana y la cita de tesis propias de la Corte,

el corazón del argumento se apoya en fuentes provenientes del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) —que tras la reforma constitucional de 2011, claro está, constituyen derecho constitucional interno—. Muy centralmente, se cita el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), así como el artículo 2 del mismo instrumento, que especifica las obligaciones estatales respecto de los derechos, todo ello aderezado con una referencia extensa a la Observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) que desarrolla su contenido y alcance. Se cita además la Observación general 14, donde se identifican, *inter alia*, las dimensiones institucionales de goce del derecho a la salud, así como un documento del Comité DESC de 2007 cuyo objeto es esclarecer las implicaciones de la obligación de usar "hasta el máximo de los recursos disponibles". Un poco más adelante, la Corte cita el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, así como varios párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

La Corte también recurre a fuentes de origen internacional cuando se refiere al VIH. Son documentos de la OMS los que se citan, en todo momento, para apoyar la descripción de qué son el VIH y el síndrome de inmunodeficiencia humana (sida), cuál es el tratamiento que requieren, así como el particular desafío que supone, a la luz de los expertos, la vulnerabilidad de los portadores frente a enfermedades oportunistas y las particulares condiciones que ello impone en relación con el tratamiento de las personas con VIH en los centros donde concurren pacientes con otros padecimientos y enfermedades (pp. 39-42). De hecho, a medida que avanza la sentencia, el protagonismo de las normas de fuente externa se vuelve casi absoluto, aunque la Corte concluye elegantemente el análisis apelando a la Constitución, a las responsabilidades de los jueces en ella establecidas y a la necesidad de hacerse cargo de la eficacia de los "derechos públicos subjetivos" que esta consagra (p. 59).

A mi juicio, esta sentencia refleja con enorme claridad la valiosa función que desempeñan las fuentes externas para una Su-

prema Corte impregnada todavía de una cultura formalista, sin tradición en materia de protección de derechos. La Corte mexicana sigue necesitando las "letras" del derecho. Es consciente del tipo de argumento que formulan los quejosos y no desvía la atención —a diferencia de lo que hizo el juez de distrito, guiado, por descontado, por los criterios de "evitación" propios de la jurisprudencia histórica—. Sabe que para resolver el caso debe interpretar el derecho a la salud a la luz del principio de progresividad, mencionado expresamente en el artículo 1 de la Constitución. Pero, ¿de dónde sale el contenido de ese derecho, más allá de lo dicho en los escasísimos precedentes propios sobre derecho a la salud, emanados de casos donde la cuestión no era centralmente la que planteaba la litis de *Pabellón 13?*

Ahí es donde entran en juego los numerosísimos estándares desarrollados en la Observación general 14 del Comité DESC; ahí está la afirmación de que la obligación de "cumplir" requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, *presupuestario* (subrayado en el original, p. 38), judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho; ahí está el documento del Comité DESC sobre cómo evaluar el cumplimiento de la obligación de destinar el máximo nivel de recursos disponibles, que apunta que el hecho de que los recursos sean limitados no es en sí mismo una justificación para no adoptar medidas, siendo necesario evaluar qué medidas deliberadas, concretas y orientadas al disfrute del derecho se han adoptado, o que debe quedar claro que se ha dado prioridad a las situaciones más graves o de riesgo; ahí está la sentencia *Ximenes Lopes,* donde se destaca que el Estado tiene la responsabilidad de "fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos, de manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud", así como la naturaleza imperativa de la adopción de medidas positivas y determinadas para atender las necesidades de las personas vulnerables.

Pabellón 13 ilustra entonces la enorme diferencia que ha marcado la reforma constitucional de 2011. El "nuevo derecho" mexicano —a diferencia de lo que ocurre en Colombia, de

donde importo la expresión—[6] es un derecho constitucional de los derechos administrado por una Corte poco principial, poco interpretativista, poco dworkiniana, acostumbrada a la responsabilidad de administrar una Constitución que se parece más a un código que a una carta magna. En esa coyuntura, la combinación de las previsiones del artículo 1 con los numerosos documentos de origen internacional que se refieren al goce de los derechos y sus modos de disfrute frente a poderes públicos y particulares le dan a la Corte lo que necesita: derecho indiscutiblemente positivo. Sabemos que la Corte no opera igual cuando percibe que las fuentes constitucionales internas y externas chocan entre sí —cuando existen "restricciones expresas" a los derechos en la Constitución, las cuales, según se dejó asentado en la contradicción de tesis 293/2011, bloquean la entrada en juego de las fuentes externas más favorecedoras desde la perspectiva del goce de los derechos—.[7] Cuando las fuentes internas y externas están en armonía, en cambio, en la argumentación puede darse el tipo de alquimia virtuosa buscada sin duda alguna por los reformadores del artículo 1 de la Constitución, en los términos que tan bien ilustra una sentencia como *Pabellón 13*.

Por ser una sentencia de fines de 2014, *Pabellón 13* no tiene la posibilidad de referirse a la revolucionaria línea jurisprudencial que la Corte IDH inauguró a partir de la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú*,[8] dictada en 2017, en la que se pasa de un modelo de justiciabilidad indirecta de los derechos sociales —fundamentada en su interdependencia e indivisibilidad respecto de los derechos civiles y políticos consagrados en el tratado— a un modelo de justiciabilidad directa fundamentada en el artículo 26 de la CADH, línea cuyos más recientes eslabones se centran precisamente en

6 López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009, pp. 319-333.

7 Sobre la relación entre fuentes internas y externas y el modo en que la Corte ha visualizado la interrelación entre derecho nacional e internacional, véase Pou Giménez, Francisca y Rodiles, Alejandro, "Mexico", en Palombino, Fulvio María (ed.), *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles,* Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

8 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

el derecho a la salud, tomado ahora de modo independiente: el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* y el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* —que aborda en específico las violaciones sufridas por personas portadoras de VIH, a quienes el Estado guatemalteco no brindó atención y tratamiento—[9]. El principio de progresividad es la espina dorsal de estas resoluciones, que expanden los criterios preliminarmente apuntados años antes en "*Cinco Pensionistas"* y *Acevedo Buendía*[10] y subrayan cómo el principio se traduce en la obligación continua de adoptar acciones, dentro de las posibilidades abiertas por la totalidad de los recursos disponibles, y en la obligación de condicionar la adopción de medidas regresivas a la provisión de una justificación cuidadosa, relacionada con la necesidad de proteger el conjunto de los derechos, en el contexto del aprovechamiento de todos los recursos disponibles.

Además, si *Pabellón 13* se decidiera hoy, sería necesario que la Suprema Corte revisara también las primeras resoluciones que el Comité DESC ha emitido a raíz de la entrada en vigor del Protocolo adicional al PIDESC que permite a las personas elevarle peticiones individuales, algunas de las cuales contienen estándares muy relevantes sobre el alcance de la obligación de progresividad y no regresividad.[11]

---

9 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349; *Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359. En este último caso, la Corte IDH condenó al Estado de Guatemala por incumplimiento de la obligación de garantía progresiva de los derechos porque, a pesar de que se habían tomado acciones en el plano regulativo o de aprobación de normatividad, no se había establecido política ni programa alguno que asegurara de facto el acceso de los afectados a un monitoreo y tratamiento de su condición (párrs. 146 y 147).

10 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98; *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, núm. 198.

11 Véase, por ejemplo, Dictamen del Comité DESC respecto de la Comunicación núm. 1/2013, *Miguel Ángel López Rodríguez vs. España,* de 4 de marzo de 2016, y Dictamen del Comité DESC respecto de la Comunicación núm. 5/2015, *Mohamed Ben Djazia y Nahuel Bellini vs. España,* de 20 de junio de 2017.

Para cerrar este apartado, vale la pena añadir que las fuentes de origen internacional —la documentación experta de la OMS— también resultan centrales para el establecimiento ya no de la premisa jurídica, sino de la premisa fáctica, al permitir acreditar "objetivamente" la deficiente calidad del tratamiento recibido por los quejosos en el Pabellón 4 del INER no reformado.

IV. Modelo de justiciabilidad: principio de progresividad y cargas de la argumentación

¿Cuál es el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud que maneja la Corte en *Pabellón 13?;* ¿cuál es el argumento específico o tipo de argumento específico al que la Corte otorga la función de marcar lo que distingue una situación de respeto y garantía del derecho de una situación de violación del derecho? En el panorama comparado es famoso, por ejemplo, el criterio acogido por la Corte Constitucional de Sudáfrica que, en el ámbito de los derechos sociales, ha rechazado el constructo del "contenido esencial" en favor de un examen de razonabilidad y de formas de construcción de soluciones con un componente participativo en cuyo contexto las estructuras políticas y administrativas asumen importantes responsabilidades.[12] También es famoso el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud respaldado por la Corte Constitucional colombiana durante años, basado en la noción de "conexidad" (fundamentalmente con el derecho a la

[12] Para la primera enunciación del criterio véase Corte Constitucional de Sadáfrica, *Government of the RSA vs. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC) (vivienda); *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721 (CC). Sobre la aproximación a la justiciabilidad característica de estas sentencias, Wesson, Murray, "Grootboom and beyond: Reassessing the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court", *South African Journal on Human Rights*, vol. 20, 2004, pp. 284-308. Sobre las continuidades y diferencias entre estas sentencias y las de la segunda ola y una defensa de las segundas frente a las críticas de ser demasiado deferentes con los poderes públicos, véase Pieterse, Marius, "Socioeconomic Rights Adjudication and Democratic Urban Governance: Reassessing the Second Wave Jurisprudence of the South African Constitutional Court", *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee*, vol. 51, 2018, pp. 12-34.

vida), abandonado en una famosa sentencia, en beneficio de un modelo de justiciabilidad autónoma.[13]

Igualmente conocida es la aproximación "indirecta" de la Corte IDH a la efectividad de los derechos sociales, reemplazada, como hemos mencionado, por un modelo de justiciabilidad directa vinculada al artículo 26 de la CADH a partir del caso *Lagos del Campo*.[14] Respecto del principio de progresividad y no regresividad, en específico, también existen varias propuestas de "aterrizaje", cuyos pros y contras ha evaluado la doctrina en estos años pasados al hilo de los desarrollos que se han producido en el DIDH. Respecto de la regresividad, por ejemplo, Christian Courtis destacó hace ya más de una década que, para empezar, existen al menos dos posibles nociones de regresividad: empírica o de resultados y normativa. Mientras que la primera considera que una política pública es regresiva "cuando sus resultados han empeorado respecto de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro", lo cual exige el uso de indicadores y referencias empíricas, la segunda se aplica en el plano de las normas jurídicas, centrándose en evaluar la extensión de los derechos concedidos por una determinada norma o conjunto de normas.[15]

Existen también distintas visiones acerca de los criterios que deben usarse para demarcar los objetos de la comparación. Es conocido, por ejemplo —y ha sido fuertemente criticado—, el criterio que adoptó al respecto la Corte IDH en "*Cinco Pensionistas"*, donde señaló que los derechos sociales tienen una dimensión individual y colectiva y que su desarrollo se debe medir en

---

13 Véase Parra Vera, Óscar y Yamin, Alicia Ely, "La sentencia 760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 2591-2649.

14 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit*. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

15 Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006, pp. 3-8.

función de su cobertura respecto de la población en general, "[...] teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas, no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente",[16] en contraste, por ejemplo, con los criterios que utiliza el Comité DESC en sus dictámenes recientes, donde el análisis se centra en la situación concreta del peticionario.[17] Igualmente, hay un debate importante acerca del modo en que el principio de progresividad debe (o no) ser combinado con la exigencia de un contenido mínimo, que se incorpore al abanico de obligaciones de efecto inmediato que derivan de los derechos.[18]

¿Cuál es, entonces —visto desde el rico espacio perfilado por las experiencias comparadas de garantía de los derechos sociales—, la aproximación distintiva a la justiciabilidad del derecho a la salud adoptada por la Suprema Corte de México en *Pabellón 13?*

A mi juicio, el modelo de justiciabilidad del derecho a la salud plasmado en *Pabellón 13* es comparativamente delgado. El argumento tiene tres grandes componentes: *1)* afirmación del alcance general del derecho a la salud; *2)* principio de progresividad y no regresividad, y *3)* especial atención a grupos desfavorecidos, aunque como sostendré de inmediato, solo el segundo constituye, en mi opinión, *ratio decidendi*. Estas tres piezas son importantes e interesantes, pero las particularidades del caso concreto —que lo

16 Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, cit.,* párr. 147. Véase Courtis, Christian, *op. cit.,* pp. 44-52, una sólida crítica al criterio y a sus supuestos fundamentos.

17 Veáse, por ejemplo, Dictamen del Comité DESC respecto de la comunicación 1/2013, de 4 de marzo de 2016.

18 El Comité DESC ha respaldado la postura según la cual la garantía de un contenido mínimo debe complementar la exigibilidad basada en el principio de progresividad. La Corte Constitucional de Sudáfrica, en cambio, ha adoptado un modelo de justiciabilidad que rechaza la idea del *minimum core* en favor de un análisis de razonabilidad más flexible y más deferente con las opciones adoptadas por las remas mayoritarias de gobierno. Para una perspectiva crítica con la postura de la Corte véase, en general, Bilchitz, David, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, y Liebenberg, Sandra, *Socio-economic Rights Adjudication under a Transformative Constitution*, Ciudad del Cabo, Juta, 2010.

convierten en un "caso fácil"— no permiten adivinar los criterios desde los que la Suprema Corte abordaría casos más complejos, y dejan sin desarrollar puntos importantes.

La primera pieza —la descripción general del alcance del derecho a la salud a la luz de los estándares contenidos en las fuentes constitucionales internas y externas de los derechos— es importante porque constituye en sí misma una acotación enorme a la discreción potencialmente negadora de derechos de los poderes públicos. La definición del alcance del derecho ya no se hace derivar de lo que dispone la Ley General de Salud —como ocurrió durante tantos años en las sentencias de la Suprema Corte mexicana, que empezaban el análisis jurídico con una transcripción de lo que disponía "la ley reglamentaria de la materia"— sino de un estándar que se les impone y que, en este caso, incluye por ejemplo la necesidad de garantizar un núcleo mínimo (por vía de la cita a las observaciones generales 3 y 14). *Pabellón 13* cambia, por consiguiente, el punto de partida del análisis sobre lo que implica garantizar el derecho a la salud, y lo hace partir de un importante corazón de contenidos y obligaciones estatales.

Sin embargo, a mi juicio, a diferencia de lo que han sugerido algunos comentaristas, esta alusión a la exigibilidad de un contenido mínimo no es el elemento que sostiene jurídicamente esta particular decisión: la Corte en ningún momento decanta un contenido mínimo de prestaciones (o un contenido mínimo de prestaciones para el caso de personas con VIH) ni examina si las que han recibido los quejosos superan o no ese baremo; la Corte distingue entre obligaciones de cumplimiento inmediato (como la de no discriminar) y de cumplimiento progresivo, pero en ningún momento decanta un mínimo prestacional de cumplimiento inmediato que deba regir la resolución del caso.[19] Aunque el hecho

[19] Alfredo Gutiérrez presenta *Pabellón 13* como un caso fallado sobre la base del paradigma del contenido esencial, en contraposición los casos de "medicamentos huérfanos" (el amparo en revisión AR 932/2014, de 25 de marzo de 2015, entre otros), que habrían sido fallados bajo el paradigma de la necesidad de justificar la acción pública bajo estándares de razonabilidad. El autor destaca la distinción entre obligaciones de cumplimiento inmediato (entre las que se contarían las relativas a las necesidades de personas pertenecientes a colectivos especialmente desfavorecidos) y de cumplimiento progresivo. Véase Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, *op.*

de que la Corte mencione la existencia de un contenido esencial en la descripción abstracta del derecho está lejos de ser irrelevante —y nos indica que parece decantarse en abstracto por un modelo que, por ese solo hecho, ya es distinto al adoptado, por ejemplo, por la Corte de Sudáfrica—, en el contexto de este caso es un desarrollo *obiter dicta* que no fundamenta el sentido del fallo.

La segunda pieza —esa sí determinante para la resolución del caso— es el deber de destinar el máximo de los recursos disponibles para garantizar el derecho, bajo el paraguas del principio de progresividad. La Corte da operatividad al análisis de la siguiente manera: en primer lugar, se pregunta si existe espacio para el avance en el disfrute del derecho, extremo que considera indiscutible a partir de las afirmaciones de las propias autoridades sanitarias, que habían declarado que las condiciones de atención que prevalecían en el INER infringían los estándares fijados por la OMS y, posteriormente —y de ello hace depender su decisión—, opera una inversión de la carga de la prueba o de la argumentación: constatado lo anterior, las autoridades tienen entonces que probar que han estado haciendo todo lo que han podido para solventar el problema hasta el máximo de los recursos disponibles.

El corazón argumental de *Pabellón 13* es, por consiguiente —y correctamente—, una carga argumental. Que las autoridades no satisfacen, puesto que la encaran mediante la simple afirmación de que no disponen de recursos económicos para culminar la construcción. Fijémonos entonces en que se trata de un caso fácil, al menos por dos motivos. Primero, porque no están en disputa extremos que en otros casos sí podrían estarlo, como la situación deficiente de las instalaciones ("objetivamente" acreditada con referencia a documentos de la OMS) y el reconocimiento de las autoridades de que esas deficiencias existen (reconocimiento que en otros casos podría no darse). Segundo, porque el esfuerzo argumental hecho por las autoridades en el caso es insuficiente más allá de toda duda razonable para demostrar que se están haciendo todos los esfuerzos posibles, dados los recursos

cit., pp. 349-351. Sin embargo, destacar la existencia de obligaciones de exigibilidad inmediata no es equivalente a acoger un paradigma de contenido esencial, y a mi juicio, *Pabellón 13* no se involucra en esa operación de delimitación sustantiva para acometer la resolución del caso.

disponibles. Tan pronto como las autoridades —ahora acostumbradas a la "impunidad" que les confiere el delgado escrutinio de que son objeto, por regla general, en vía de amparo— hagan un esfuerzo argumental mayor para determinar si la obligación de progresividad y no regresividad queda o no satisfecha, la Corte deberá hilar mucho más fino.

Pabellón 13, en otras palabras, deja en gran medida pendiente la construcción del estándar de decisión que adopta. En casos donde sea menos obvio si el tratamiento médico satisface los estándares de accesibilidad, calidad, aceptabilidad, etc., o donde la evolución de las acciones de los poderes públicos desde la perspectiva del goce progresivo del derecho sea menos obvia, ¿qué es lo que la no vulneración del principio exige?; ¿cuáles deben ser los puntos clave de la argumentación de las autoridades sobre progresividad y no regresividad?; ¿qué tipo de objetivos o de circunstancias podría excepcionalmente sacar a colación la autoridad para intentar justificar la ausencia de fondos para un determinado proyecto?; ¿existen factores que ameriten que varíe la intensidad del escrutinio que haga la Corte al respecto?; ¿en qué momento debe la autoridad dar sus argumentos?; ¿pueden las autoridades utilizar solo elementos o actuaciones anteriores a la demanda de amparo, o pueden recurrir a los elementos que deseen para defender la razonabilidad y no regresividad de la acción pública al momento de judicializar el caso, o al contestar a los argumentos del quejoso en vía de recurso?

Aunque, como veremos, en casos posteriores la Corte ha aventurado algunas ideas en torno a algunos —todavía pocos— de estos interrogantes, no hay respuesta a ellos en *Pabellón 13*. La Corte —con apoyo en las mismas fuentes internacionales a las que recurre al acometer la caracterización general del derecho, por ejemplo— hubiera podido destacar los estrictos límites que tienen las autoridades a la hora de intentar justificar la inacción cuando ello perjudica el disfrute de los derechos y la estricta excepcionalidad de cualquier actuación que no satisfaga el estándar de progresividad. En este punto, la argumentación de *Pabellón 13* es, sin duda, excesivamente minimalista.[20]

[20] En su análisis de esta sentencia, Alejandro González Piña destaca la relevancia de la inversión de las cargas probatorias tradicionales, cuyo respeto

La tercera pieza del argumento de fondo de *Pabellón 13* es una alusión a la especial atención que merece la garantía de los derechos de personas pertenecientes a colectivos desfavorecidos. La sentencia menciona esta dimensión como parte del derecho aplicable, pero en realidad no parece marcar una diferencia en la construcción de la solución jurídica del caso. ¿Podría la Corte tratar de forma diferente las cargas procesales o argumentativas, o los mínimos de goce del derecho, por ejemplo, cuando la violación al derecho a la salud impacta sobre los miembros de ciertos colectivos? Se trata de cuestiones que, de nuevo, la Corte no afina en *Pabellón 13* y que sin duda serán claves en la consolidación de la judicialización del derecho.

V. Derechos, remedios, monitoreo

Pabellón 13 es una sentencia que no solo otorga el amparo, sino que se toma en serio la idea de que una resolución judicial que protege derechos debe incluir un apartado dedicado a detallar los cambios que deben ocurrir en el mundo para que mundo y normas queden convenientemente alineados. En el apartado dedicado a explicitar los "efectos del amparo", la Corte, como ade-

hubiera puesto "[...] un obstáculo injustificado para acceder a la justicia, ya que la prueba de estos hechos implica acceder a información en poder de la autoridad". En la línea con lo aquí señalado, sin embargo, también echa en falta un mayor desarrollo: "[...] la Sala podría haber abundado en el sentido de que, para justificar su incumplimiento, la autoridad no solo debía demostrar la ausencia de recursos sino que aquellos disponibles fueron asignados a satisfacer otro derecho humano cuya importancia relativa de satisfacción era mayor". Este autor sostiene que una consecuencia metodológica de la adopción del principio de progresividad parece ser la necesidad de desplegar un escrutinio estricto de los actos reclamados y destaca que la sentencia no realiza un test de proporcionalidad. Véase González Piña, Alejandro, "Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017, pp. 486 y 487. A mi juicio, las posibilidades metodológicas son más amplias y habría que ponderar cuidadosamente los pros y los contras de adoptar un test tan exigente como el escrutinio estricto, pero es claro en cualquier caso que los esfuerzos para esbozar "en positivo" un estándar sustantivo de justificación son, en *Pabellón 13*, inexistentes.

lantamos, determina que, "dentro de un plazo razonablemente breve", las autoridades deben tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho a la salud de los quejosos, hasta el máximo de los recursos disponibles. Dice que deberán considerar qué medidas son las más apropiadas para evitar que las personas con VIH/sida no estén expuestas a riesgos de infecciones oportunistas, y que las mejoras pueden llevarse a cabo mediante la remodelación de las instalaciones existentes o la construcción de un nuevo Pabellón, en el entendido de que el estándar debe ser siempre asegurar el más amplio disfrute del derecho, a la vista del máximo de los recursos disponibles, y que las alusiones a la limitación de recursos por parte de las responsables tendrán que encontrarse plenamente acreditadas con los medios conducentes, pues de lo contrario no tendrán valor alguno para justificar la falta de exacto cumplimiento al fallo protector (pp. 62 y 63).

Desde esta perspectiva, *Pabellón 13* es también una sentencia destacable. Aunque la "fijación de los efectos" es un apartado que muchas sentencias de amparo han incluido tradicionalmente, lo que la Corte (o el tribunal colegiado) suele ordenar son actuaciones de tipo procesal (revocar la sentencia recurrida e instar al juzgador a reexaminar el caso a la luz de los estándares sustantivos fijados, instar a resolver de nuevo sin tener en cuenta cierta prueba, etc.). Desde hace algunos años, la Corte mexicana ha dictado sentencias que van más allá, como en el caso de Mariana Lima, algún caso de discriminación laboral precontractual en el mercado de trabajo o, recientemente, la sentencia que obliga al poder legislativo a legislar en materia de publicidad oficial.[21] Su

[21] Véase amparo en revisión AR 554/2013 de 30 de marzo de 2014 (adopción de resolutivos que atienden a las distintas dimensiones de la reparación integral de una sentencia relacionada con el feminicidio de Mariana Lima Buendía); amparo directo en revisión ADR 992/2014 de 12 de noviembre de 2014 (obligación de las empresas de adoptar medidas preventivas y disuasorias en el ámbito de la no discriminación laboral contractual y precontractual) o amparo en revisión AR 1359/2015 de 15 de noviembre de 2017 (obligación de legislar en materia de publicidad oficial). Véase Quintana Osuna, Karla, "La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano", en AA.VV., *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día?*, México, SCJN, 2016.

postura en cuanto a qué puede exactamente hacerse en términos de "remedios" o confección de resolutivos en la vía de amparo sigue siendo, sin embargo, zigzagueante y hay algunos amagos de retroceso.[22]

En tal tenor, hay que destacar lo innovador en el contexto mexicano del remedio estipulado en *Pabellón 13,* pero también su carácter "conservador", "moderado" o "blando", cuando es analizado desde la perspectiva de lo que los tribunales constitucionales latinoamericanos actuales están haciendo. Como ha sido resaltado, las altas cortes de los países de América Latina han sido a menudo notablemente innovadoras, tanto respecto de los parámetros sustantivos de análisis utilizados como respecto del tipo de órdenes que decretan y del diseño de su camino de ejecución.[23] Las altas cortes de la región con frecuencia han analizado las violaciones que tenían delante como reflejos de patrones estructurales que requieren intervenciones por parte de un amplio abanico de actores políticos y sociales, en el contexto de patrones complejos de acción, que se prolongan en el tiempo. Los autores han destacado que estos ejercicios pueden ser leídos como una instancia de jurisdicción constitucional "dialógica", en cuyo contexto la intervención de las altas cortes no se piensa como unilateral, sino centralmente orientada a desencadenar acción por parte de las otras ramas del poder público, con frecuencia con el acompañamiento y la participación de los peticionarios y otros grupos de la sociedad civil.[24] La idea es que el incumplimiento de

22 Véase amparo en revisión AR 706/2015, de 1 de junio de 2016.

23 Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008; Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en AA. VV., *Derecho y pobreza. SELA 2005*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006; Rodríguez Garavito, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, junio de 2011; Ángel Cabo, Natalia, "La Constitución y la ciudad. Reflexiones en torno al experimentalismo judicial en clave urbana" (trabajo no publicado en poder de la autora).

24 Gargarella, Roberto, "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en Besson, Samantha y Martí, José Luis (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Londres, Ashgate, 2006;

los derechos detectado por los tribunales genere un esquema de acción en el que los representantes de las mayorías tengan un papel relevante en la confección de las medidas orientadas a superar ese incumplimiento, en un marco coordinado y supervisado por las cortes, las cuales, a veces, dejan la jurisdicción abierta y hasta establecen unidades específicas para dar seguimiento a los avances e incidencias de la ejecución del fallo.

Además de registrar estos desarrollos, los estudios socio-jurídicos latinoamericanos han desarrollado categorías muy útiles para enriquecer el análisis del potencial impacto transformador de las sentencias de las altas cortes. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco insisten, por ejemplo, en la importancia de adoptar una perspectiva amplia que esté atenta tanto a los efectos directos y materiales de las sentencias como a un amplio abanico de efectos indirectos y simbólicos, muchas veces postergados en el tiempo.[25] Estos autores señalan que es crucial prestar atención a tres distintas dimensiones de las sentencias que, individualmente y en su interrelación mutua, parecen influir poderosamente en su impacto social: la fundamentación jurídica y lo que en ella se dice respecto del contenido y alcance de los derechos; las órdenes y remedios de los que la Corte dispone al final de la sentencia, y la existencia o no de un mecanismo para monitorear su cumplimiento.[26] A la luz de los casos que estudian de Colombia y de otros países del llamado Sur Global —y que son, ojo, todos casos estructurales—, estos autores aventuran que la fórmula que parece estar más cerca de asegurar un resultado positivo es la de "derechos fuertes", "remedios moderados" y "monitoreo fuerte".[27]

Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014; Niembro Ortega, Roberto, "La justicia constitucional de la democracia deliberativa", Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

25 Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015, caps. 3-7.

26 *Ibidem,* pp. 29-34.

27 *Ibidem,* cap. 8, especialmente pp. 236 y 237. (En la primera versión publicada de este artículo, referida en la primera nota al pie, había un error en la cita que aquí he subsanado).

Desde la matriz analítica que acabamos de citar, *Pabellón 13* es una sentencia con derechos fuertes, remedios débiles —aunque, en todo caso, novedosos en el contexto mexicano— y monitoreo inexistente. Se trata de una sentencia de "derechos fuertes" porque, como hemos visto, es enfática respecto de la afirmación de la fuerza normativa del derecho a la salud y recurre a las fuentes normativas e interpretativas más autorizadas para construir y presentar un derecho robusto y de amplio alcance. Sin embargo, en comparación con la contundencia de la fundamentación, los remedios parecen débiles y tímidos. Dado el peso que la Segunda Sala confiere a los dichos de las autoridades sanitarias sobre la situación en el INER, y dado que estas autoridades habían concluido que construir un pabellón nuevo era una opción mejor que remodelar el existente, la opción que la Corte acaba ofreciéndoles en el sentido de poder hacer cualquiera de las dos cosas parece incongruente —una flexibilidad innecesaria—.

De igual modo, parece injustificadamente flexible que, desde la perspectiva temporal, la sentencia se limite a decir que deben adoptarse medidas "dentro de un plazo razonablemente breve". Es cierto que en México está previsto un procedimiento para cuando hay problemas de inejecución —los quejosos pueden interponer un "incidente de inejecución" ante la inacción de las autoridades o una "inconformidad" ante lo que estimen una ejecución defectuosa—, pero por todos es sabido que se trata de una vía muy farragosa (la reforma de que fue objeto en la nueva Ley de Amparo de 2013 es altamente insuficiente) que funciona mal. La Suprema Corte no tiene obstáculos legales para ser más innovadora respecto a esta importante dimensión del acceso a la justicia y la protección judicial.

Al final de la fundamentación jurídica de la sentencia, la Segunda Sala alude a las relaciones entre distintas ramas del poder en la realización de la Constitución y avanza una especie de defensa anticipatoria a posibles críticas: "[...] si bien en principio los tribunales no deben sustituirse en las funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por cuanto hace a la elaboración de las políticas públicas y en la asignación de recursos [dice la Sala], lo cierto es que es la propia Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos exige al poder judicial que contraste la actuación de dichos órganos democráticos con los estándares

contenidos en la propia ley suprema y los tratados de derechos humanos" (p. 58).

En un argumento de regusto hamiltoniano *(El Federalista núm. 78),* la Corte destaca que "[…] la Constitución es un documento que refleja las aspiraciones del pueblo [cuyo objetivo es] mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social", lo cual ya no solo hace permisible, sino obligado, que la Corte garantice la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contiene (p. 59). Dada la mesura de los resolutivos y la claridad de la solución jurídica que reclamaba el caso, parece una precaución innecesaria. Los estudios socio-jurídicos anteriormente citados recomiendan "remedios débiles" para los casos estructurales, para evitar posibles errores técnicos de los jueces respecto de cuestiones que no conocen suficientemente, o para congregar a actores cuya intervención es necesaria para preservar la factura democrática de las decisiones. Pero, dado lo acotado del problema y lo claro de la solución jurídica que se imponía decretar, en *Pabellón 13* la Corte tenía margen para ser más "vertical", puntual e insistente.

La Corte parece, en otras palabras, ser deferente por los motivos equivocados: no dispone un remedio débil por respeto a la dignidad democrática de las ramas mayoritarias y la necesidad de construir la solución jurídica del caso de un modo más participativo y multipolar —en la línea propugnada por los paradigmas dialógicos—, sino por temores antiguos: para no resultar demasiado alborotadora (incluso en un caso en donde lo que debe ordenar no implica una disrupción grande de las decisiones adoptadas a nivel legislativo y ejecutivo).

Con todo, *Pabellón 13* debe ser celebrada por no contener huella de un argumento que ha sido letal para la garantía de los derechos durante décadas y décadas: el argumento según el cual la prescripción de ciertos resolutivos es inviable porque implicaría dar efectos generales al amparo. Este argumento ha sido una auténtica máquina de expulsión de personas y de reclamos de justicia. El artículo 61 (antes 73) de la Ley de Amparo incluye en su fracción XXIII una cláusula residual según la cual el amparo no procede "[…] en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, o de esta Ley". Y lo que los tribunales han hecho consuetudinariamente ha sido desechar *in limine* el amparo siempre que hallan cualquier pequeña base para "adivinar" que la resolución del problema jurídico planteado exigirá tomar medidas que podrían tener efectos más allá de las partes, en contradicción con la "fórmula Otero", según la cual el amparo tiene efectos *inter partes*. El análisis ha estado mediatizado por una inversión patológica: como adivino que el resolutivo puede tener algún efecto más allá de las partes, mejor no entro a estudiar el caso —mejor no hago siquiera el intento de proteger los derechos en juego—.

En contraste con ello, *Pabellón 13* decide bien: la única manera de proteger el derecho a la salud de los quejosos es, efectivamente, obligar a las autoridades a culminar la remodelación o la construcción de las nuevas instalaciones (que obviamente, y por suerte, beneficiarán colateralmente también a pacientes que no han judicializado el caso). No estaría mal, con todo, que la Corte se sintiera llamada a enfatizar explícitamente la importancia de este nuevo modo de ver las cosas cuando tenga una oportunidad. En *Pabellón 13,* la didáctica al respecto se dejó para otra ocasión.

En México ya nadie discute la justiciabilidad de los derechos sociales; pero hasta que la Corte no se convenza de que el diseño del amparo no es obstáculo para adoptar medidas con efectos *inter comunis* —con efectos sobre los que están en la misma situación que los quejosos— o con efectos generales —transformadores de la realidad que generó la violación— cuando son necesarios para proteger los derechos de los quejosos en el caso, la garantía de los derechos no será una realidad. En este sentido, *Pabellón 13,* una sentencia con efectos generales colaterales, es un paso enorme.

VI. Antes y después de *Pabellón 13*

Entre todas las sentencias mexicanas de salud y en el contexto del estudio orientado a documentar los orígenes de la jurisprudencia mexicana sobre derechos fundamentales, *Pabellón 13* puede, sin duda, ser apropiadamente señalada como "sentencia hito". Nos permite, para empezar, quitar presión a *Mininuma*, que fue una

sentencia valiente y noble de un juez de distrito, actuando sin guía ni cobertura de sus pares o superiores, pero cuya argumentación no reviste la sofisticación propia del tipo de ingredientes constitucionales que la judicatura tiene hoy en día a la mano.[28] Nos permite, en segundo lugar, suplementar referencias a casos como *Isssteson* y otros casos en que los aspectos del derecho a la salud abordados son muy puntuales y acotados.[29] Nos permite, adicionalmente, dejar de lado *Soliris* y otros casos de medicamentos huérfanos, que abordan una dimensión central del derecho —la provisión de medicinas necesarias para el tratamiento de ciertas enfermedades en el sistema público de salud— pero en un contexto fáctico (un medicamento muy caro, producido por poderosas farmacéuticas) que deforma las condiciones mayoritarias esperadas del litigio constitucional en materia de salud en un país como México.[30]

Pero *Pabellón 13* debe ser tomado, sobre todo, como un hito desde el cual documentar y reconstruir lo que ha pasado posteriormente, a nivel de justiciabilidad de los derechos sociales. Tres son, a mi juicio, las direcciones principales en las que es necesario hacer el rastreo: la primera seguiría la huella de elementos argumentativos transversales —como el principio de progresividad, tan central en la resolución del caso— o el principio de

---

28 Sentencia 1157/2007-II de 11 de julio de 2008, juez séptimo de distrito del estado de Guerrero. Sobre esta decisión véase, por ejemplo, Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, "El caso *Mininuma:* un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 251, enero-junio de 2009.

29 SCJN, *Caso Isssteson,* de 18 de marzo de 2009. Se declara inconstitucional un art. del Reglamento del ISSSTE de Sonora que condicionaba la afiliación al sistema de seguridad social en salud a que la persona estuviera sana, por ser contrario a la prohibición de discriminación por motivos de salud y violatorio del derecho a la salud. Véanse, como ejemplo, casos de incursión puntual: el amparo en revisión AR 314/2012 (regulación de la publicidad de tabaco), el amparo en revisión AR 584/2013 (responsabilidades regulatorias del Estado sobre los hospitales privados) o el amparo en revisión AR 513/2015 (comercialización de cigarrillos electrónicos).

30 Amparo directo en revisión ADR 350/2014, de 17 de septiembre de 2014; amparo en revisión AR 932/2014, de 25 de marzo de 2015, y amparo en revisión AR 921/2014, de 11 de marzo de 2015.

especial protección de los miembros de grupos especialmente favorecidos. En la reconstrucción de la línea jurisprudencial sobre progresividad y no regresividad, por ejemplo, hay casos posteriores y relevantes que construyen algunos de los criterios que *Pabellón 13* no construye. Uno de ellos es, sin duda, el caso de 2015 sobre derecho a la educación en Michoacán, en el cual la Corte sostuvo que la decisión del Estado de cancelar la gratuidad de la educación universitaria, anteriormente reconocida, vulneraba el principio de progresividad,[31] o el desafortunado caso de la *Ciudad de las Artes,* donde la Corte usa de nuevo la combinación "contenido esencial + principio de progresividad y no regresividad", pero concluye que la no finalización de un proyecto ya parcialmente ejecutado y presupuestado no es reprochable porque no vulnera el núcleo esencial del derecho a acceder a bienes y servicios culturales.[32]

La Segunda Sala, que por competencia conoce de muchos casos de seguridad social, ya tiene, por su parte, un criterio de jurisprudencia vinculante por reiteración sobre el modo de abordar el estándar de progresividad y no regresividad. Según la Sala, para determinar si una medida respeta la prohibición de regresividad es necesario analizar si

> [...] (i) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano y (ii) genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos [...]. En este sentido, [añade la Sala] para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano viola el principio de progresividad de los derechos humanos, el operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada".[33]

---

31 Amparo en revisión AR 750/2015, de 20 de abril 2016. Véase, sobre otro caso en la misma Universidad, el amparo en revisión AR 1374/2015, de 18 de mayo de 2016. Véase, asimismo, el amparo en revisión AR 539/2016, de 15 de marzo de 2017.

32 Amparo en revisión AR 566/2015, de 15 de febrero de 2017.

33 Este criterio pertenece a la tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN, 41/2017 (10a), publicada en mayo de 2017, con núm. de regis-

Como destaca Pablo García Reyes, este criterio deriva de casos en los que la Corte ha examinado normas jurídicas, no actos específicos de autoridad —que aparejan con mayor frecuencia restricción u omisión en uso de recursos—, pero el criterio que ha aplicado a las hipótesis en las que la modificación normativa tiene claras implicaciones financieras ha sido muy deferente con el legislador; la Corte da por buenas las explicaciones que relacionan el costo del servicio y la eficacia de la acción estatal concernida con la necesidad de procurar el equilibrio financiero global[34] y, en algunos asuntos, hasta ha sugerido que hay temas respecto de los cuales el examen de progresividad no es pertinente.[35]

Una segunda dirección es la línea de justiciabilidad del derecho a la salud o de alguna de sus dimensiones en específico, tanto frente al Estado como frente a los particulares. Hay que continuar y profundizar el análisis cuantitativo y cualitativo de los casos, siguiendo la senda de los pocos ejercicios que se han emprendido hasta ahora y contrastando lo que resulta de comparar la justiciabilidad del derecho en geografías constitucionales diversas. Comparar, por ejemplo, la imagen del derecho a la salud que se esboza en *Pabellón 13* con la imagen del derecho a la salud que se esboza en el caso reciente sobre la transfusión de sangre a una niña rarámuri gravemente enferma de leucemia cuyos padres son testigos de Jehová[36] —un caso de conflicto de derechos

tro 2014218. Deriva de lo sentado y reiterado por la Segunda Sala en el amparo directo en revisión ADR 2425/2015, contradicción de tesis CT 291/2015, amparo directo en revisión ADR 559/2015, amparo en revisión AR 11/2016 y amparo directo en revisión ADR 7153/2016.

34 Véase García Reyes, Pablo Raúl, "El principio de progresividad de los derechos humanos y la invalidez de las reformas a la Constitución", Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Garantías, ITAM, 2019, p. 81.

35 *Ibidem*, pp. 82-83, con referencia al amparo en revisión AR 226/2016, en el que la Sala sostiene que el legislador goza de una amplia libertad de diseño del sistema económico y tributario, que le permite modificar los impuestos con flexibilidad. La Corte destaca que no existe un derecho adquirido de los contribuyentes de ser grabados siempre sobre una misma base y tasa, y que, por ende, no hay que interpretar las modificaciones tributarias como violaciones al principio de no regresividad.

36 Amparo en revisión AR 1049/2017, de 8 de agosto de 2018. Pueden consultarse ejercicios de rastreo de la justiciabilidad del derecho a la salud en México en Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, *op. cit.,* pp. 312-363; Gutiérrez

donde la función de garantía del Estado cambia y en el que, por cierto, también está presente el elemento transversal que apela a la especial protección de las necesidades de las personas pertenecientes a grupos desfavorecidos—. O con la que emerge de las sentencias posteriores en las que la Segunda Sala ha instado a las autoridades sanitarias a entregar las medicinas necesarias, dentro o fuera del cuadro básico.[37] E integrar el resultado a un ejercicio de mapeo todavía más amplio orientado a reconstruir la institucionalización y garantía del derecho a la salud por todas las vías —no solo la judicialización— partiendo de una imagen robusta de lo que este derecho tiene el potencial de incluir.[38]

La tercera dirección de exploración es, finalmente, la que se centra en los tipos de resolutivo que la Corte ha decretado. Aunque la Corte ha dictado algunas resoluciones que dan órdenes concretas a los poderes públicos y ha innovado en general en materia de confección de resolutivos, no tiene una práctica consistente, en parte porque la comunidad jurídica no monitorea tampoco de forma consistente esta dimensión ni denuncia los muchos casos en los que los tribunales siguen fallando sin incluir soluciones adecuadas a nivel de resolutivos.[39]

VII. El litigio de salud en el mundo y el largo camino a casa

Pabellón 13 constituye, efectivamente, una referencia central en el ámbito de la justiciabilidad del derecho a la salud en México. Se fundamenta en una versión poderosa de nuestra Constitu-

Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, *op. cit.*, pp. 517-532; Cobo, Fernanda y Charvel, Sofía, *op. cit*.

37 Véanse, además de los citados en la nota 30, el amparo en revisión AR 896/2015, de 2 de diciembre de 2015, y amparo en revisión AR 251/2016, de 16 de mayo de 2019, todos resueltos por la Segunda Sala de la SCJN.

38 Una excelente propuesta sobre los contornos normativos del derecho a la salud, entendido en estos términos amplios, puede encontrarse en Lema Añón, Carlos, *El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, 2010.

39 Para un primer e importante ejercicio de rastreo en esa dirección véase Quintana Osuna, Karla, *op. cit*.

ción de los derechos y es consecuente con la apertura externa del ordenamiento constitucional tras la reforma de 2011, aunque recurre a los documentos normativos esperables y no hay citas sofisticadas a discusiones sobre el tema en el derecho comparado. Todo lo que se dice es correcto, pero medido o contenido. Quizá, a la vista del caso concreto, no era necesario más. Uno de los problemas de la sentencia es, sin duda, que resuelve un caso obvio —demasiado fácil—. Un caso que se falla sobre la base del principio de progresividad, sí, pero en un contexto en el cual las autoridades habían reconocido por escrito las falencias y habían dado pasos encaminados a ejecutar lo que los quejosos —ante su final inacción— reclaman ante la Corte. En un contexto en el que las autoridades no despliegan ningún esfuerzo de justificación serio.

Aunque la sentencia falla bien —en el sentido de que fallar lo contrario hubiera sido trágico—, es una sentencia que, vista desde la perspectiva comparada, nos invita más bien a pensar en las limitaciones de la garantía judicial del derecho a la salud en este país. Como *Mininuma*, *Isssteson*, o los varios casos de salud reproductiva que existen, se trata de un caso que se judicializa de la mano de una ONG de litigio de interés público, confirmando la persistencia de un grado mínimo de acceso a la justicia para el común de las personas. Sus fundamentos jurídicos son correctos pero en todo momento discretos. Sus mayores fortalezas son, sin duda, invertir la carga de la argumentación y responsabilizar al Estado de dar razones sustantivas y detalladas por sus acciones —y otorgar el amparo en el caso concreto por no haber satisfecho el Estado esta exigencia— y ordenar la remodelación/construcción del pabellón sanitario, un tipo de resolutivo que, si se generaliza, puede dar una segunda vida al amparo como vía de garantía constitucional que hasta ahora no ha servido para garantizar casi nada. Su mayor debilidad es que es demasiado minimalista respecto de los estándares que deben satisfacer las razones del Estado —cuando las dé— en casos en que está en juego el principio de progresividad y no regresividad.

El entendimiento que deja traslucir de las funciones del poder judicial respecto de la garantía de los derechos, en relación con las funciones de otros foros políticos y deliberativos, tiene

un tinte rudimentario a la luz de los desarrollos de las últimas décadas de litigio constitucional sobre política pública en algunos países latinoamericanos o en Sudáfrica. Y sus resolutivos —aun si apuntan, como he destacado, en la dirección correcta— son inexplicablemente tímidos a la luz de la estructura procesal y sustantiva esencialmente clásica del litigio y dejan entrever los miedos de una Corte que todavía no ha hecho ninguna incursión seria en el litigio complejo propio de tantos casos constitucionales contemporáneos.

La sociedad mexicana, muy progresivamente, se va callando menos. Hay una creciente difusión de información sobre las cifras de muerte materna en hospitales públicos, muerte de bebés, discriminación y otras muchas carencias sufridas cotidianamente por millones de personas.[40] Y no tenemos un litigio constitucional que refleje siquiera una punta mínima de este *iceberg* gigantesco. Intervenciones judiciales correctas de 2014, como *Pabellón 13,* podrían haber sido intervenciones judiciales de 1984 en muchos lugares del mundo. Aunque en México hemos avanzado, lo hemos hecho —lo estamos haciendo— a un ritmo trágicamente lento, y todavía no tenemos una suficiente masa crítica de casos que permita decantar con la claridad necesaria una aproximación distintiva a la justiciabilidad de este importante derecho.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

Alviar García, Helena; Klare, Karl, y Williams, Lucy A. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice. Critical Inquiries*, Londres, Routledge, 2015.

[40] Sobre las cifras de muerte materna véanse, por ejemplo, los informes temáticos de GIRE, *https://gire.org.mx/informes/*. Sobre el caso recientemente difundido de muerte masiva de bebés en el IMSS del estado de Sinaloa en 2014 y 2015, *http://contralacorrupcion.mx/esperarlavidaencontrarlamuerte/*

Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en AA. VV., *Derecho y pobreza. SELA 2005,* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

Bilchitz, David, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión,* Ius Commune *y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso* Lagos del Campo *y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

García Reyes, Pablo Raúl, "El principio de progresividad de los derechos humanos y la invalidez de las reformas a la Constitución", Tesis de Maestría en Derechos Humanos y Garantías, ITAM, 2019.

Gargarella, Roberto (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

——, "Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?", en Besson, Samantha y Martí, José Luis (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Londres, Ashgate, 2006.

González Piña, Alejandro, "Los derechos sociales y su exigibilidad. Algunos problemas para su protección a través del juicio de amparo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017.

Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, "La justiciabilidad del derecho a la salud en México", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017.

Gutiérrez Rivas, Rodrigo, "La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, año III, núm. 5, julio-diciembre de 2017.

—— y Rivera Maldonado, Aline, "El caso *Mininuma*: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 251, enero-junio de 2009.

Lamprea, Everaldo, *Derechos en la práctica. Políticas de salud, litigio y cortes en Colombia (1991-2014),* Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.

Langford, Malcolm, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2013.

Lema Añón, Carlos, *El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, 2010.

Liebenberg, Sandra, *Socio-economic Rights Adjudication under a Transformative Constitution*, Ciudad del Cabo, Juta, 2010.

López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2009.

Niembro Ortega, Roberto, "La justicia constitucional de la democracia deliberativa", Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

Parra Vera, Óscar, "The protection of social rights", en González Bertomeu, Juan y Gargarella, Roberto (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, Constitutions and Rights*, Londres, Routledge, 2016.

—— y Yamin, Alicia Ely, "La sentencia 760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Pieterse, Marius, "Socioeconomic Rights Adjudication and Democratic Urban Governance: reassessing the second wave ju-

risprudence of the South African Constitutional Court", *VRÜ Verfassung und Recht in Übersee,* vol. 51, 2018.

Quintana Osuna, Karla, "La obligación de reparar violaciones de derechos humanos: el papel del amparo mexicano", en AA. VV., *¿Cómo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Nación los derechos en la historia y hoy en día?,* México, SCJN, 2016.

Rodríguez Garavito, César "Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, junio de 2011.

—— y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

Wesson, Murray, "The emergence and enforcement of socioeconomic rights", en Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher y Bowles, Nigel (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart, 2014.

——, "Grootboom and beyond: Reassessing the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court", *South African Journal on Human Rights*, vol. 20, 2004.

Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.), *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede ser la justicia una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

El derecho a la salud de las personas que viven con VIH en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica

*Fernando Castillo Víquez**

I. Introducción

No hay duda de que el acceso a los servicios de salud para garantizarle a la población su derecho a la salud es un tema siempre actual, sobre todo en aquellas sociedades que están viviendo un proceso de envejecimiento de su población —Costa Rica no es la excepción—, lo que provoca una mayor demanda de los servicios de salud, no solo desde una óptica cuantitativa sino también cualitativa, lo que sin duda aumenta los costos de los servicios de salud, independientemente de si estos están a cargo de un prestador público, privado o de ambos simultáneamente. Si a lo anterior le añadimos las secuelas que ha dejado la crisis financiera mundial que explotó en 2008, la que, asociada a la crisis fiscal que viven algunas economías de países industrializados y en vías de desarrollo, causó un recorte importante de recursos destinados a financiar la prestación de servicios en el ámbito social, especialmente en materia de salud, la situación se ha tornado cada vez más compleja.

* Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, profesor de la Universidad de Costa Rica y catedrático de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

Un tercer factor se suma a los dos anteriores, y es el hecho de que, en muchos casos, la demanda por los servicios de salud ha superado la oferta, lo que, vinculado a la posposición de inversiones en este sector, ha impedido la incorporación a estos servicios de los nuevos avances científicos y tecnológicos —poner en vigencia el principio de adaptabilidad al servicio público de salud— y de esa forma garantizar la eficacia y la eficiencia del servicio en algunos Estados —el nuestro no es la excepción—, planteada la interrogante de si el Estado está o no garantizando a la población el derecho a la salud.

Para efecto de la exposición, haré primeramente un planteamiento del problema desde la óptica jurídica, con el propósito de describir los distintos modelos que se han ensayado en los ordenamientos jurídicos sobre los servicios de salud. Posteriormente, y adoptando la tesis del ordenamiento jurídico costarricense, que visualiza el derecho a la salud como un derecho fundamental, describiré su contenido esencial. Finalmente, se hará un breve repaso de algunas líneas jurisprudenciales que ha sentado la Sala Constitucional de Costa Rica en relación con el derecho a la salud de las personas con VIH.

II. Planteamiento del problema

No es necesario ser un investigador muy agudo para constatar que no hay una posición unívoca sobre si el acceso a los servicios de salud es o no un verdadero derecho fundamental, es decir, si hay una proposición en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales deriva un derecho subjetivo oponible frente al Estado, sus instituciones e, incluso, ante terceros, para disfrutar de un estado físico, mental y espiritual de bienestar.

El tema que nos ocupa no es banal desde ningún punto de vista, pues si se acoge la tesis del derecho a la salud como fundamental, las consecuencias de ello serían, entre otras cosas, su justiciabilidad ante la jurisdicción constitucional o, al menos, tutelable ante el juez ordinario, la posibilidad de que los jueces —sean constitucionales u ordinarios— impongan a la Administración Pública o a los prestadores privados obligaciones de no hacer,

hacer y dar, que en los dos últimos casos podría inflar de manera significativa los presupuestos públicos destinados a los servicios de salud, situación que se agrava cuando los tribunales asumen la tesis de que frente al derecho a la salud no es posible que el prestador del servicio invoque razones presupuestarias para su no prestación.

Distinto sería el escenario si se concluye que a las normas que están en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos se les concibe como normas programáticas de las que no es posible derivar un derecho subjetivo exigible frente al Estado o terceros. O se trata de principios rectores de la política social y económica y, por ende, sujetos a lo que disponga el legislador y la disponibilidad presupuestaria. Incluso, en la eventualidad de que se les conciba como derecho, y que han de ser de naturaleza prestacional, no susceptibles de tutela judicial efectiva o de justicia pronta y cumplida en la jurisdicción constitucional u ordinaria y, por consiguiente, no haya un derecho subjetivo, y el Estado únicamente esté obligado a abstenerse de no discriminar cuando diseña, adopta o ejecuta políticas públicas.

De lo que llevamos dicho hasta aquí es posible visualizar, sin demérito de otras posturas, al menos dos modelos sobre si el derecho a la salud es o no fundamental.

III. Los distintos modelos

3.1. Un principio rector de la política social y económica

Hay ordenamientos jurídicos que descartan que el derecho a la salud sea un derecho fundamental. Su conceptualización es muy diferente, pues se le concibe como un principio rector de la política social y económica del Estado. En el caso de España, su Constitución dispone, en su numeral 41, que los poderes públicos mantienen un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantiza la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Ahora bien, el asunto tiene sus matices, pues, como señala Borrell Mestre, a la salud se le ha ligado "[...] de forma especial a derechos fundamentales tales como los contemplados en los artículos 14 CE (prohibición de discriminación), 15 CE (derecho a la integridad física), 18 CE (derecho a la intimidad) y 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva)".[1]

[1] Borrell Mestre, Joaquín, *El derecho a la salud: en especial la responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios de salud,* San José, Costa Rica, XV Jornadas de Derecho Constitucional, 17 de febrero del 2011. Borrell Mestre nos hace un recuento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre este ligamen de la siguiente manera: "En relación con la *prohibición de discriminación (art. 14 CE)* la STC 62/2008, de 26 mayo, dictada en un recurso de amparo, analiza la eventual discriminación por causa de enfermedad o precario estado de salud. Se discutía si el despido de un trabajador —que había ocultado en el momento de contratar para la empresa en que trabajaba sus problemas cervicales crónicos, que le habían provocado sucesivas bajas en otras empresas para las que había prestado sus servicios con anterioridad— vulneró su derecho a la no discriminación reconocido en el artículo 14 CE y si en consecuencia tal despido, debía declararse nulo. El Tribunal Constitucional declaró que no hay lesión al derecho fundamental si la empresa despide no por la enfermedad, sino por la quiebra del equilibrio contractual que la enfermedad implica, al incapacitar al trabajador para desarrollar su trabajo.
No obstante, el Tribunal entiende que el estado de salud del trabajador, o más propiamente, su enfermedad, pueden en determinadas circunstancias constituir factores de discriminación análogos a los que expresamente contempla el artículo 14 CE, al poderse encuadrar en la cláusula genérica de las otras circunstancias, condiciones personales o sociales, contemplada en el mismo. Eso ocurre cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada por la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la actitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. También en esta sentencia se dice que la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo, en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social, constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2 CE, a través entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a la que se refieren los artículos 43.2, 40.2 y 41 CE.
Respecto al derecho a la *integridad física (art. 15 CE)* el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varios ámbitos. Por citar algunos señala-

La consecuencia lógica de esta postura es que la satisfacción de las prestaciones de la seguridad social están sujetas a la disponibilidad de los recursos. Incluso, hay posturas que han visualizado el sistema de seguridad social como un sistema racionado, donde no es posible dar todo a todos, sino que el prestador del servicio, siguiendo criterios objetivos y razonables, establece un

---

remos que en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los internos en establecimientos penitenciarios con la Administración Penitenciaria existe la obligación de esta de velar por la vida y la salud de los sometidos a su custodia. Así señaló el citado Tribunal que la asistencia médica en contra de la voluntad del interno puede afectar su derecho a la integridad, a no ser que tenga justificación constitucional, como sucedió en casos de huelga de internos a los que se les prestó asistencia médica (STC 120/1990). También examinó el supuesto de exploraciones de rayos X a internos, en las que podía lesionarse su derecho a la integridad si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuvieran lugar con excesiva intensidad y frecuencia o se practicasen forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles (STC 35/1996).

En el orden laboral, principalmente, el Tribunal Constitucional ha indicado que no todo supuesto de riesgo de daño para la salud implica una vulneración de derecho fundamental, sino tan solo el que genere peligro grave y cierto para la misma. El derecho fundamental del artículo 15 CE no protege frente a cualquier daño o riesgo potencial hipotético para la salud, sino que solo actúa cuando exista un riesgo constatado de producción cierta o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para el trabajador (SSTC 62/2007 y 160/2007). Así, cuando aún no se ha consumado el daño o perjuicio de la salud personal, será suficiente demostrar un riesgo cierto o un riesgo previsible y grave (STC 220/2005, de 11 de septiembre).

Respecto a la contaminación acústica en una vivienda por las molestias generadas por establecimientos de la zona, el Alto Tribunal consideró que si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasan el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado este derecho (STC 119/2001, de 24 mayo).

El *derecho a la intimidad (art. 18 CE)* engloba la protección de los datos propios de la salud que se manifiesta como imperativo no solo para proteger el ámbito de la privacidad del sujeto, sino también para evitar otros efectos aparejados que le pueden causar perjuicios al margen del propio hecho del

orden de prioridades y de posterioridad y, en tanto se respeten esos criterios, las cortes los respaldan, por más dramático que sea el asunto que se les someta a consideración. En efecto, la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el caso *Soobramoney,* siguió ese criterio y decidió no intervenir en la decisión adoptada por el prestador público del servicio de salud de no admitir al recurrente en el programa de diálisis con base en criterios técnicos y el principio de escasez.[2]

---

conocimiento. El Tribunal Constitucional establece que los reconocimientos médicos en la empresa, no pueden imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable; fija condiciones de tales reconocimientos médicos obligatorios como son la concurrencia de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con las previsiones legales que contemplan esos reconocimientos, y declara además la necesidad de un consentimiento informado. Si se indaga en la salud con un fin distinto al normativamente previsto y consentido por el aceptado, empleando la indagación con una finalidad que pueda acarrear perjuicios para el interesado, como puede ser su despido, se llega a un fin inverso al perseguido por el reconocimiento constitucional de la protección de la salud. (STC 2002/1999, de 8 noviembre).

Finalmente el derecho a la *tutela judicial efectiva (art. 24 CE)* exige el deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando está en juego la protección de la salud. (STC 95/2000, de 10 abril)".

[2] A case decided by the Constitutional Court of South Africa in November 1997 *(Soobramoney v. Minister of Health [Kwazulu-Natal])* dealt with the interpretation of the rights to emergency health care and to life contained in the South African Constitution. Soobramoney, who was suffering from chronic renal failure, sought dialysis treatment from a state hospital in Durban. The hospital had been forced to adopt a set of guidelines for dialysis treatment because of its limited facilities. Only those who could be treated through dialysis had automatic access to the treatment. The patient was suffering from chronic renal failure and his condition was irreversible; his life could be prolonged by regular dialysis, but his condition could not be treated or remedied. In addition, patients who were suffering from chronic renal failure and who were eligible for a kidney transplant also had limited access to the dialysis facilities. However, Soobramoney was not eligible for a transplant because of a heart condition. Thus, he did not come within the hospital's guidelines, and due to the hospital's limited resources his request for treatment was turned down.

Soobramoney based his legal challenge on two provisions of the Constitution: section 27(3), which says "no one may be refused emergency medical treatment," and section 11, which guarantees that "everyone has the right to life." The Constitutional Court had to decide: Did the right to emergency

3.2. El derecho a la salud: un derecho fundamental

Costa Rica, al igual que otros Estados en América Latina,[3] reconoce que el derecho a la salud es un derecho fundamental, es decir, una proposición que se encuentra en la Constitución Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el habitante de la república deriva un derecho subjetivo

---

medical care include a claim to ongoing treatment of chronic illnesses that would prolong life? The court found that the right to emergency medical care did not apply in this particular situation. The plaintiff's situation was not an emergency which called for immediate remedial treatment, and thus it did not come within the scope of the constitutional provision, observed the court. As Justice Sachs noted, the right to emergency care provided reassurance to the public that accident and emergency departments would be available to deal with unforeseeable catastrophes that could befall any person, at any place and at any time.

There were many more patients who were suffering from chronic renal failure than there were dialysis machines to treat them. In this context, the court said, it was legitimate to adopt guidelines to determine who should receive treatment. It agreed that by using the dialysis machines in accordance with the guidelines, more patients were benefited than would be the case if they were used to keep persons with chronic renal failure alive. The outcome of the treatment would also be more beneficial, because it was being directed at curing patients and not simply at maintaining them in a chronically ill condition. Even in the most advanced countries access to life-prolonging treatment is rationed. Providing all persons with chronic renal failure with dialysis treatment would make substantial inroads into the health budget. The provincial administration had to make difficult choices with regard to the resources that should be spent on health care and how they should be spent. Where the decision was rational and taken in good faith the Court would not intervene. Agonizing decisions have sometimes to be made on how a limited budget could be stretched to benefit the maximum number of patients, the court said.

Health-care rights by their very nature have to be approached from a framework that is based on human interdependence. Where rights are shared, an appropriate balance needs to be struck between equally valid entitlements and competing rights bearers. (Soobramoney died soon after the judgment of the Constitutional Court was issued.). Vid. también: SACHS Albie. *The Strange Alchemy of Life and Law*. New York, United States, Oxford University Press Inc., 2009, págs 185-187,ISBN 98-0-19-95179-6.

[3] En el caso del Estado de Colombia, se dictó la Ley Estatutaria en Salud que reconoce el derecho a la salud como derecho fundamental, Ley 1751 de 16 de febrero de 2015.

oponible frente al Estado y terceros.[4] La Sala Constitucional reconoció el derecho a la salud a partir de un determinante social,[5] concretamente de una controversia jurídica entre un ciudadano y una municipalidad por el suministro de agua potable.[6]

Por lo general, es un derecho cuya estructura es de naturaleza prestacional, que le impone a los prestadores de los servicios de salud obligaciones de hacer y de dar, siendo los sujetos obligados a su satisfacción, en nuestro medio, una institución autónoma que tiene basamento constitucional y una garantía constitucional en cuanto a su autonomía política o de gobierno y administrativa, toda vez que el numeral 73 de la Constitución Política es claro cuando prevé que la Administración y el Gobierno de los seguros sociales está a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. Partiendo de una concepción amplia del derecho a la salud, también es posible ejercer ese derecho ante omisiones y actuaciones del Ministerio de Salud, a quien le corresponde la dirección del sector salud y la elaboración, adopción y ejecución de políticas públicas en materia de salud preventiva.

En Costa Rica, gracias a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, también son susceptibles de tutela jurisdiccional los determinantes sociales como el acceso al agua potable, al sistema de alcantarillado y de tratamiento de aguas negras, y la no afectación al ambiente que inciden en la salud de la población, a diferencia de otros sistemas jurídicos donde no son amparables, tal como lo establece la Ley Estatutaria en Salud de Colombia,[7]

---

4 Sobre el concepto de derechos fundamentales véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2008.

5 Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales, de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

6 Véase voto 56-90 de la SC.

7 "Artículo 9. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enferme-

pues corresponde al legislador determinar los mecanismos para que estos determinantes sociales no afecten el derecho de la salud de la población.

IV. ¿Un derecho fundamental derivado o autónomo?

Ha sido tesis de principio de la Sala Constitucional que el derecho a la salud se deriva del derecho a la vida y a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, dada su interrelación con los mismos, los cuales están consagrados en la Constitución Política en los numerales 21 y 50. En efecto, "[...] el derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. De igual forma, en ese ordinal de la carta política encuentra asidero el derecho a la salud, puesto que, la vida resulta inconcebible si no se le garantizan a la persona humana condiciones mínimas para un adecuado y armónico equilibrio psíquico, físico y ambiental [...]".[8]

Sin embargo, en las sentencias de las que he sido ponente, y siguiendo a Xavier Seuba Hernández,[9] he llegado a la conclusión de que el derecho a la salud es fundamental y autónomo. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su numeral 12, establece claramente el derecho de toda persona a tener acceso a los medios para disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, por lo que el Estado y sus instituciones tienen el deber de asegurar su plena efectividad a través de una serie de acciones positivas y del

dad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud. El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados".

8 Véase voto 11222-03 de la SC.

9 Seuba Hernández, Xavier, *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 53-56.

ejercicio de las potestades de regulación, fiscalización y de policía sanitaria. Lo anterior implica, ni más ni menos, la prevención y el tratamiento efectivo de enfermedades, así como la creación de condiciones que aseguren a todos la asistencia y servicios médicos de calidad en caso de enfermedad.

En el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala,* la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) estableció que de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos se deriva el derecho a la salud, y precisó su contenido. Concluyó que se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; que abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, y que el cumplimiento de la obligación del Estado de respetarlo y garantizarlo deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados y realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable.[10]

V. El contenido esencial del derecho a la salud

Tal y como, acertadamente, establece Seuba Hernández,[11] son varios los componentes del contenido esencial del derecho a la salud, que comprende:

1. la disponibilidad de servicios y programas de salud en cantidad suficiente para los usuarios de estos servicios y destinatarios de estos programas;
2. la accesibilidad a estos servicios y programas, cuyas cuatro dimensiones son:
   i) la no discriminación en el acceso a los servicios de salud,
   ii) la accesibilidad física —particularmente por parte de los más vulnerables—,

[10] Véase Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

[11] Seuba Hernández, Xavier, *op. cit*.

iii) la accesibilidad económica —que conlleva la equidad y el carácter asequible de los bienes y servicios sanitarios—, y
iv) la accesibilidad a la información.

Finalmente, no cabe duda de que los servicios y programas de salud deben ser de calidad, es decir, científica y médicamente apropiados, respetuosos de la ética médica, dirigidos a la mejora de la salud de los pacientes, confidenciales, etcétera.

VI. Línea jurisprudencial sentada por la Sala Constitucional sobre el derecho a la salud de las personas que viven con VIH

Antes de hacer referencia al tema de interés, es importante tener presente que la Sala Constitucional ha generado un concepto integral de la salud en su jurisprudencia. Ha dejado de lado la vieja y superada visión de concebir a la salud como ausencia de enfermedad y, en su lugar, opta por conceptualizarla como un estado integral de la persona desde el punto de vista espiritual, emocional y físico. En este sentido, y siguiendo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Constitución —adoptada en Nueva York en 1946—, define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades.[12]

Así, cuando se tiene por demostrado que el tratamiento quirúrgico no es urgente, empero el paciente padece de algún dolor, la Corte ha determinado, mediante voto de mayoría, declarar fundado el recurso de amparo y ha ordenado aplicar el respectivo tratamiento dentro de un plazo razonable, toda vez que entiende que, pese a la no urgencia, sí hay una afectación real y permanente del estado emocional del paciente.

En el caso de la medicina satisfactoria, también ha amparado la pretensión del justiciable, al interpretar que la demora excesiva en el tratamiento quirúrgico puede afectar de forma real

[12] Véase, entre otros, el voto 7602-10 de la SC.

y grave la estabilidad emocional del usuario de los servicios de salud.[13]

Por lo que respecta a la jurisprudencia de la Sala Constitucional referente a personas con VIH, es importante tener presente que, desde 1997, el Alto Tribunal de la República amparó a los afectados. En efecto, en la sentencia 5934-1997 —que aborda el caso de un paciente al que la entidad encargada de la seguridad social no le aplicaba los medicamentos antirretrovirales—, la Sala Constitucional estableció lo siguiente:

> V.- Conclusión. De lo expuesto se sigue que la Sala debe adaptar su jurisprudencia previa a las circunstancias actualmente imperantes. Esto exige reconocer y afirmar que la prestación de efectivo auxilio médico a los enfermos de SIDA es un deber del Estado costarricense, derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social contenido en la Constitución Política y de la misión que esta le encomienda a la Caja Costarri-

[13] En el voto 15490-10 de la Sala Constitucional se indicó lo siguiente: "En el caso concreto, pese a que se informó que la patología que presenta la actora no constituye una emergencia médica, lo cierto es que por la naturaleza del padecimiento —exteriorización de los órganos pélvicos por la vagina— su calidad de vida se ve afectada. En todo caso, resulta irrazonable que la amparada deba esperar siete meses más para que se le practique el procedimiento quirúrgico que requiere y que le fue cancelado por una causa que solo le es imputable a la autoridad recurrida. Nótese que, incluso, a la recurrente se le recomendó el tratamiento desde hace más de un año, en la cita del 4 de septiembre de 2009". Por su parte, en el voto 10642-10 de la Sala Constitucional se indicó lo siguiente: "En el presente asunto, del informe rendido bajo juramento y de las pruebas aportadas al proceso, se tiene por demostrado que el recurrente padece de varicocele testicular. Asimismo, se acredita que, desde diciembre anterior, el médico tratante le recomendó al tutelado realizarse una cirugía para corregir ese padecimiento y lo incluyó en una lista de espera. No obstante, seis meses después de esa recomendación médica, no existe fecha cierta para realizarle la cirugía al recurrente (los autos). En su informe, las autoridades recurridas manifestaron que el caso del amparado no es prioritario ni constituye una emergencia médica pero que su tratamiento tiene como fin mejorar la fertilidad. No obstante, queda como un hecho incontrovertido que, a raíz de esa patología, el tutelado sufre fuertes dolores que afectan su calidad de vida, siendo que, además, se afecta su capacidad de procrear. Partiendo de esta relación de hechos, considera la Sala que se está en presencia de una violación del derecho a la salud y al buen funcionamiento de los servicios públicos".

> cense de Seguro Social. La Sala entiende que esta decisión puede colocar a las autoridades de esa institución en un estado de congoja en lo que toca a llevarla a su correcto cumplimiento. En efecto, las crisis pueden significar —para emplear las palabras de la representante de la recurrida— el principio del fin de personas y entidades. Pero, teniendo en cuenta el grado de madurez y experiencia desarrolladas por la CCSS durante su medio siglo de existencia, así como su probada capacidad de enfrentar y responder a los retos que plantea el cuidado de la salud pública, la Sala espera que esta crisis en particular sea más bien el acicate que produzca las nuevas respuestas que esperan los enfermos de SIDA y la sociedad costarricense en general.

Más recientemente, en la sentencia 1925-2010, la Sala Constitucional declaró fundado un recurso de amparo ante la omisión del Ministerio de Salud de dictar una normativa, de forma que las personas portadoras de VIH no fuesen objeto de discriminación. El razonamiento fue el siguiente:

> [...] De tal forma, se entiende claramente que los profesionales de la salud, públicos y privados —incluidos de manera expresa los Odontólogos—, tienen el deber de brindar atención médica a las personas portadoras de VIH/Sida, y para ello deben acatar y poner en práctica las medidas de bioseguridad que al efecto haya emitido el Ministerio de Salud para el uso de equipos y el manejo de instrumentos y material humano. En este sentido, bien puede entenderse que si el Ministerio no ha dictado las normas o disposiciones correspondientes, los profesionales en salud carecen de los elementos necesarios para equipar sus consultorios e instrumental médico con las medidas de seguridad adecuadas para la atención de este grupo poblacional, por lo que si existe este tipo de omisión de parte del poder público, los profesionales en salud —especialmente los de carácter privado— están quedando bajo una suerte de discrecionalidad médica regida únicamente bajo los parámetros básicos de prevención del riesgo y ética profesional...
>
> VII.- La regulación por parte del Ministerio de Salud. *Tal como se ha indicado, para evitar la discriminación de las personas portadoras de VIH/Sida en* cuanto a la prestación de los servicios de salud, la Ley General sobre el VIH/Sida, ley 7771 de 29 de abril de 1998, dispone que todo centro médico —público o privado— deberá brindar la atención requerida de acuerdo a los lineamientos de bioseguridad que al efecto establezca el Ministerio de Salud en lo que atañe a nor-

> mas de seguridad, recurso humano, uso de equipos y el manejo de instrumentos. Sin embargo, a casi doce años de la promulgación de esta ley, el propio Ministerio de Salud reconoce que no se ha adoptado disposición alguna que permita a los centros de salud —públicos o privados— contar con los requerimientos apropiados para la atención sanitaria de este grupo poblacional, lo cual ciertamente incide en restringir el rango de opciones de asistencia médica para las personas portadoras de VIH/sida, y, con ello, situarlas en una posición de fragilidad respecto del resto de la población no portadora ni manifestadora del virus. Así, esta omisión del Ministerio de Salud conlleva un triple efecto. Por una parte, impide a los consultorios o centros de atención recibir y prestar la asistencia sanitaria requerida por los pacientes. Y, por otra parte, impide a las propias autoridades públicas ejercer una debida función de control sobre estos establecimientos. Esta última consecuencia muestra también un tercer efecto, cual sería que los centros de atención están siendo autorizados para su funcionamiento sin que existan reglas ni disposiciones expresas que les permitan cumplir a cabalidad con el mandato y fines de la legislación de comentario, lo cual aminora también las opciones de control y regulación de estos establecimientos, o la emisión de órdenes y prevenciones sanitarias para normalizar la situación. En otras palabras, la omisión regulatoria del Ministerio de Salud en este ámbito, da lugar a que este grupo poblacional se encuentre en posición de desventaja e incluso discriminación con respecto al resto de la población que no presenta el virus ni la patología, y que sí puede acceder a los servicios de salud sin restricciones o preocupaciones como las que pretende justamente evitar esta ley. En consecuencia, debido a la omisión regulatoria del Ministerio de Salud, lo que se impone es declarar con lugar el recurso en cuanto a este extremo, ordenando a esta autoridad a que [en] un plazo no mayor a seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, emita las normas o medidas de bioseguridad referidas en los artículos 23 y 27 de la Ley General sobre VIH/sida.

Hay que tomar en cuenta también que la República de Costa Rica promulgó la Ley 7771 de 29 de abril de 1998, Ley General sobre VIH/sida, cuyo objetivo es la educación, promoción, diagnóstico, vigilancia epidemiológica y atención e investigación sobre el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y que trata, además, de los derechos y deberes de los portadores de VIH, los enfermos de sida y las demás personas. Entre los primeros, se establece la

prohibición de discriminación o tratos degradantes, el derecho a la información sobre la salud, a la atención integral de salud, a la confidencialidad, etc. En relación con el derecho integral a la salud, el numeral 7 de la citada Ley estipula que

> [...] Todo portador del VIH-sida tiene derecho a asistencia médico-quirúrgica, psicológica y de consejería; además, a todo tratamiento que le garantice aminorar su padecimiento y aliviar, en la medida de lo posible, las complicaciones originadas de la enfermedad.
>
> Para lo anterior, la Caja Costarricense de Seguro Social deberá importar, comprar, mantener en existencia y suministrar directamente a los pacientes los medicamentos antirretrovirales específicos para el tratamiento del VIH-sida.
>
> Los médicos tratantes deberán presentar, a la Caja Costarricense de Seguro Social, reportes sobre la aplicación de dichos medicamentos [...].

Por último, es importante enfatizar que las autoridades en seguridad social, a causa de la jurisprudencia sentada por la Sala Constitucional y la normativa promulgada, han brindado a las personas que sufren dicha enfermedad los servicios médicos conforme a los parámetros descritos, lo que es acorde con lo que estableció la Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala,* en el sentido de que el derecho a la salud de estas personas incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas de diagnóstico y tecnología relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa de VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como apoyo social y psicológico, atención familiar y comunitaria, y acceso a las tecnologías de prevención.

VII. Conclusión

El derecho a la salud es de naturaleza fundamental, como sostiene la jurisprudencia de la Sala Constitucional y, por ende, es un derecho justiciable ante la jurisdicción constitucional, lo que está

en sintonía con el precedente de la Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala.*

Es un derecho de naturaleza prestacional que impone al prestador del servicio obligaciones de hacer y dar.

Si bien la Sala Constitucional derivó el derecho a la salud de los derechos a la vida y a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, lo cierto del caso es que se trata de un derecho autónomo que tiene su propio contenido esencial, tal y como se explicó.

Las personas portadoras de VIH encontraron una pronta respuesta en la jurisdicción constitucional a partir de 1977, con el fin de garantizarles un derecho a la salud de forma integral, derecho que es reforzado a través de la promulgación de una ley emitida en 1998, en la que se establecen una serie de derechos a favor de los portadores de VIH, los enfermos de sida y los demás habitantes.

Bibliografía

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2008.

Borrell Mestre, Joaquín, "El derecho a la salud: en especial la responsabilidad de la administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios de salud", San José, XV Jornadas de Derecho Constitucional, 17 de febrero de 2011.

Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Navarro Falas, Román A., *Derecho a la salud*, San José, Juricentro, 2010.

Sachs Albie, *The Strange Alchemy of Life and Law,* Nueva York, Oxford University Press, 2009.

Seuba Hernández, Xavier, *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

El derecho a la salud en Argentina*

*Martín Aldao***
*Laura Clérico****
*Federico de Fazio*****

I. Introducción: la salud como derecho, momentos constitucionales

El derecho a la salud ha sido acogido en lugares dispares en el ámbito constitucional. Desentrañar la importancia de estos es

---

* Este trabajo es una actualización de "La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina", publicado en *La Gaceta Laboral*, vol. 21, núm. 3, 2015, pp. 239-275. Los autores agradecen a Natalia Varela, Cecilia Belén Calello y Virginia Tamara Neyra su colaboración en la búsqueda de sentencias de la Corte a partir de 2010, a los efectos de actualización de este trabajo.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Teoría del Estado e investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho de la UBA.

*** Doctora en Derecho por la Universidad de Kiel, Alemania. Profesora de Derecho Constitucional e investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Cientificas y Tecnologicas de Argentina (CONICET). Profesora honoraria de Derecho Constitucional Comparado y Protección de Derechos Humanos en la Universidad de Erlangen en Núremberg, Alemania.

**** *Magister* en Filosofía del Derecho y doctor en Derecho por la UBA. Investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho de la UBA. Becario de Posdoctorado del CONICET. Profesor de Cultura Jurídica de la Universidad Nacional de La Plata y de Metodología de la Investigación en la UBA.

fundamental, pues de ello depende, en buena parte, el poder de irradiación del derecho a la salud para la interpretación del ordenamiento jurídico argentino en cuestiones relacionadas con este derecho. La importancia del derecho a la salud puede ser vista en retrospectiva constitucional,[1] la cual puede diferenciarse en cuatro momentos: el de la Constitución de 1853/60, el de la Constitución de 1949, el de la reforma de 1957 y el de la reforma de 1994.

La Constitución del 53/60, que en gran medida respondía al modelo de Constitución liberal-burgués, no reconocía expresamente el derecho a la salud. En ese modelo de Constitución no parecía haber espacio para un derecho a la salud que implicara deberes estatales positivos más o menos reglados. La concepción predominante —aunque sesgada— de los derechos respondía a los llamados "derechos de defensa".[2] Descartada la salud como derecho, solo aparecía como "razón" para su limitación o como objeto de una política pública discrecional. De acuerdo con la versión clásica del "ejercicio del poder de policía restringido", el Estado podía reglamentar los derechos para la protección de este bien público.[3] Según esta concepción, el ejercicio del poder de policía en sentido restringido era una competencia del poder

1 Clérico, Laura, "¿El argumento del federalismo *vs.* el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año I, núm. 1, octubre de 2010. Para un trabajo exhaustivo sobre derecho a la salud y concepciones de Estado en los diversos momentos constitucionales véase Vita, Leticia, "Modelos de Estado y derecho a la salud", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, pp. 17-63. Asimismo, Tobar, Federico, "Salud pública y derecho a la salud", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.,* t. I, pp. 3-14.

2 Para una crítica general a este modelo sesgado de derechos y a la neutralidad como aparente "no-intervención" que a la postre justifica un *statu quo* desigualitario véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2007, cap. IX; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005, entre otros.

3 Sobre el llamado "poder de policía" véase Gelli, María Angélica (ed.), *Constitución comentada,* Buenos Aires, La Ley, 2008, arts. 14, 75 incs. 18 y 19.

reglamentario (léanse legislaturas provinciales o municipalidades) local: cada provincia lo ejercía en su jurisdicción y la nación para sus territorios. Con posterioridad, la nación interpretó que podía dictar leyes para todo el territorio con el fin de proteger la salud en virtud del ejercicio del llamado "poder de policía amplio" y así promover la prosperidad o el bienestar general. En este sentido, la "materia" salud adquiriría claramente el carácter de concurrente entre la nación y las provincias. Pero el ejercicio de este poder reglamentario no surgía de la validez del derecho a la salud, sino de una política pública del Estado en materia de salubridad (de tono higienista o sanitarista, según el caso).

La cuestión cambia con la Constitución de 1949, que claramente responde al movimiento del constitucionalismo social que, a su vez, coincide con una mayor presencia del Estado como planificador y prestador en el sector salud, lo que implicó, por ejemplo, la duplicación de la capacidad hospitalaria del país.[4] Por su parte, la nueva Constitución reconoce expresamente el derecho a la "preservación" de la salud,[5] del bienestar social y de la seguridad social, basándose en una concepción de derechos sociales y de igualdad fáctica. Sin embargo, la vigencia de esta Constitución fue reducida en el tiempo como para poder ponderar su efectividad, pues en 1956 fue abrogada por un Gobierno *de facto*.

Por su parte, la reforma de 1957 constitucionaliza el derecho a la salud a través de los derechos de los trabajadores y de la seguridad social. Esta materia, por aplicación del actual artículo 75, inciso 12 de la Constitución nacional (CN) formaría parte del llamado derecho común, ya sea que se encuentre en las leyes laborales nacionales o en el formato de un código del trabajo. Así, el poder de configuración de este derecho estaría en cabeza del Congreso de la Nación; con la salvedad de que su aplicación correspondería a las jurisdicciones locales o federales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Ahora bien, el artículo 14 bis se dirige a uno de los puntos centrales del derecho a la salud cuando determina que la "ley"

4 Tobar, Federico, *op. cit*.

5 Véase Constitución de 1949, arts. 37.I.5. y 37.III.5.

establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales. Respecto del deber de dictar esta medida, corresponde a la nación o a las provincias, según el caso. Sin embargo, esta ley no fue dictada en su forma literal: "seguro social obligatorio general y universal", lo que hubiese implicado un cambio de la política social de la lógica contributiva a la lógica de una ciudadanía social basada en derechos. En cambio, y en forma paulatina, fue creciendo el sistema de obras sociales[6] y el número de hospitales públicos nacionales,[7] dictándose leyes nacionales reglamentarias. Otro tanto ocurría con las legislaturas provinciales y la legislación para regular las obras sociales provinciales. Sin embargo, pronto el Congreso Nacional interpretó que tenía competencia para dictar leyes federales que establecieran y regularan el sistema de salud nacional (19.032, obra social para jubilados y pensionados; 18.160, obligación de los trabajadores de afiliarse a la obra social correspondiente a su rama de trabajo; 23.660 y 23.661, leyes sobre el sistema nacional de salud)[8] y un sistema de protección integral de la discapacidad (22.431).[9] Antes de la reforma de 1994, la Corte expresaba frecuentemente que el "derecho a la vida y a la preservación de la salud"[10] se encontraba también reconocido en los artículos 14 y 14 bis, 18 y, en especial, 19 y 33 de la Constitución nacional.

---

6 Para una comprensión amplia, por un lado, de la relación entre la lógica del sistema de salud contributivo y el derecho a la salud y, por el otro, la relación entre el sistema sindical argentino y el sistema de obras sociales, véase Fazio, Federico de, "Sindicatos y obras sociales: entre la solidaridad y el control social", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit*., pp. 1362-1385.

7 Crojetovich, María, "Claves para pensar la dinámica del Hospital Público", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.,* pp. 1339-1357.

8 De acuerdo con el art. 38 de la ley 23661, la Superintendencia de Servicios de Salud (decreto 1615/1996) y los agentes del seguro estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal. Véase Pareto, Marcia y Aren, Julio, "La competencia en materia del seguro de salud", *Lexis,* núm. 0003/402003.

9 Esta ley fue dictada por un gobierno *de facto* en 1981 y complementada luego de 1994 por la 24.901.

10 CSJN, *Caso Saguir y Dib*, fallos, 302:1284, cdo. 8), entre otros.

La reforma de 1994 consagra el derecho a la salud en múltiples lugares. Se encuentra explícitamente formulado en los artículos 41 (medioambiente), 42 (relación de consumo y de usuario de servicio público) y 75, incisos 22 (jerarquía constitucional de varios instrumentos internacionales de derechos humanos que involucran al derecho a la salud) y 23 (medidas de acción positiva para promover los derechos y lograr la *igualdad real*, entre otros, de las personas con discapacidad, de las niñas y niños, de las mujeres en estado de gravidez y periodo de lactancia, de las personas mayores) de la CN, más cercana a una lógica de ciudadanía social. Es decir, se tiene derecho a la salud por el solo hecho de ser habitante de un país (art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, PIDESC, que goza de jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75, inc. 22 CN).[11]

El derecho a la salud consagrado es amplio en cuanto a su objeto y esto advierte sobre el alcance de las obligaciones estatales y de los particulares. No solo se debe proteger la ausencia de enfermedad, sino que se debe buscar el disfrute del "más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12 PIDESC). Así, el derecho a la salud genera tanto deberes de abstención (de no hacer) como de hacer positivo. El mayor desarrollo jurisprudencial de la Corte en estos últimos años en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se refiere al derecho a la salud como derecho de prestación positiva.[12]

---

[11] Sobre las características del sistema de salud en la actualidad, véase Aloia, Carolina y Briner, Agustina, "Sistema de Salud en Argentina: evidencias recientes de su fragmentación y vigencia", y Scioscioli, Sebastián, "Análisis introductorio de la estructura y funcionamiento del sistema sanitario en la Argentina", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit*., pp. 1303-1337; Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, "El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina", *Salud Colectiva,* vol. 4, núm. 3, 2008, pp. 261–282.

[12] Sin embargo, también se pronunció en algún caso referido al derecho a la salud como derecho de no intervención. Véase *Bahamóndez*, fallos, 316:479, 1993, donde la Corte Suprema declaró por mayoría que la cuestión había devenido abstracta, pues Bahamóndez había sido dado de alta y no había sido necesaria la transfusión de sangre diagnosticada. Sin embargo, los jueces Belluscio y Petracchi sostuvieron, en disidencia, que sería contraria a la Constitución una resolución judicial que autorizara a someter

¿En qué consisten los deberes positivos del Estado?, ¿cuál es su alcance y *quiénes* responden por su cumplimiento en un Estado federal?[13] Para responder hay que considerar la interpretación de las obligaciones que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, las enumeradas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[14] sumadas a las más específicas que surgen del derecho a la salud reconocidas en el PIDESC y que ocasionó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se pronunciara en la Observación general (OG) 14 sobre el alcance de las obligaciones estatales de "respetar", "garantizar" y "promover",[15] en la OG 5 acerca de los deberes de

a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no implicara un perjuicio concreto a derechos de terceros. Véase Confirmación de la protección de la autonomía de una persona adulta que se niega en forma anticipada a recibir un tratamiento médico (transfusión de sangre), en CSJN, *Caso Albarracini*, 2012. Asimismo, Fortuna, Sebastián, "Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familia y los derechos del niño"; Beloff, Mary; Freedman, Diego y Deymonnaz, Virginia, "La protección del derecho a la salud de niños y niñas"; Alegre, Marcelo, "¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", Zuñiga Fajuri, Aljandra, "Eutanasia y derechos del paciente. ¿Hacia dónde dirigirnos?"; Beade, Gustavo A., "La criminalización de la tenencia y el consumo de drogas: ¿proteger la salud mediante el castigo penal", entre otros, todos en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit*.

13 Un análisis más amplio y detallado sobre el impacto del derecho a la salud en el federalismo puede verse en Arballo, Gustavo, "Localizando el derecho a la salud", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit*., pp. 1622-1652.

14 Sobre el desarrollo del contenido del derecho a la salud en el ámbito interamericano véase Parra Vera, Óscar, "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit*., pp. 762-800.

15 La obligación de respetar el derecho a la salud se refiere en particular a la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho, así como de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. La obligación de proteger incluye, entre otras, la de adoptar leyes u otras

adoptar medidas de acción para promover los derechos de las personas con discapacidad, entre otras.[16] De la reconstrucción de todos estos pronunciamientos surge que los deberes positivos del Estado son, por lo menos, de tres tipos de hacer:

a) de aprobar leyes u otras normas que terminen de generar las condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro tipo para reclamar por el ejercicio efectivo de los derechos, por ejemplo, las leyes sobre sistema nacional de salud (leyes 23.660 y 23.661), las normas sobre Plan Médico Obligatorio (PMO y PMOE), las leyes sobre programa de salud sexual y procreación responsable (ley 25.673 y Decreto 1282/03) y sobre anticoncepción quirúrgica (ley 26.130), de fecundación asistida (ley 26.862), la ley de protección integral de los derechos de las personas con discapacidad (ley 24.901), la ley reguladora de las empresas de medicina prepaga (ley 26.682)[17] y sobre objetivos específicos (VIH, Plan Materno-Infantil, Plan Federal de Chagas, entre otros);[18]

---

medidas que resulten necesarias para impedir que terceros interfieran en el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud. Finalmente, la obligación de cumplir apunta a la necesidad de que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y sus ordenamientos jurídicos nacionales y que adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.

16 Así se debilita la objeción semántica contra los problemas de determinación del contenido de los derechos de prestación positiva. Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos..., cit.,* pp. 443 y ss. Asimismo, Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit*.

17 Véase Clérico, Laura *et al.,* "El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el 'Marco regulatorio de la medicina prepaga'", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, (coords.), *op. cit*., pp. 1417-1495; León Florián, Felipe Johan, "La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades", *Pensamiento Constitucional*, Perú, 2013, *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8963.* Asimismo, Fidalgo, Maitena, *Adiós al derecho a la salud. El desarrollo de la medicina prepaga,* Buenos Aires, Espacio, 2008.

18 Es importante la reconstrucción del sistema de salud para contextualizar las líneas jurisprodenciales que se identifican en este trabajo. A su vez, sobre

b) de organización y procedimiento, que exigen que el Estado haga algo suficiente y eficaz para que se puedan realizar los derechos, controlar, fiscalizar y coordinar las acciones de los agentes de salud para prevenir incumplimientos y establecer procedimientos eficaces de exigibilidad para los casos de incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones. Asimismo, implican obligaciones de organización y procedimiento para implementar acciones positivas para dar respuesta a las fuertes desigualdades en el "desarrollo humano" entre las provincias,[19] generadas por fuertes diferencias en las estructuras político-administrativas, económicas y sociales de las diferentes provincias, que implican que no todas cuenten con las mismas armas para cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud. Si, por ejemplo, el Estado nacional ponderó que las prestaciones —que surgen en forma enumerativa de la ley 24.901— estén a cargo de las obras sociales, tiene que generar un sistema de control eficaz para que aquellas obras sociales no adheridas logren garantizar, por lo menos, prestaciones similares. De lo contrario, no hace más que petrificar la desigualdad de hecho de las personas en situación de desventaja estructural que el constituyente del 94 diagnosticó (art. 75, incs. 23 y 17 CN) y que mandó a remediar, además, a través de medidas de acción positiva (argumento del art. 75, incs. 22 y 23 CN),[20] y

---

la importancia de incluir en trabajos de derecho comparado el enfoque del sistema de salud véase Flood, Colleen y Gross, Aeyal, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", *Health and Human Rights,* vol. 16, núm. 2, diciembre de 2014, pp. 62-72.

19 Informe de Desarrollo Humano, 2002, entre muchos otros informes y artículos.

20 El derecho a la salud, en su función de derecho a la organización y procedimiento, tiene como sujeto estatal obligado también al poder judicial. El procedimiento debe ser interpretado de forma tal que permita en la mayor medida posible la tutela efectiva del derecho a la salud. Esto obliga a volver la mirada sobre la forma en que los jueces y tribunales (inferiores) interpretan las normas de procedimiento para que de todas las posibles interpretaciones se inclinen por aquellas que tiendan a la mejor protección del derecho (incluida las cuestiones sobre la admisibilidad de la acción de

c) de dar, por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, etc., la prestación directa de servicios de salud, y el financiamiento de tratamientos y operaciones.

A continuación se realiza una clasificación y análisis de la producción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) en materia de derecho a la salud, que ilustra qué, cómo y a quién se reclama por el fiel cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho a la salud.

II. Desarrollo jurisprudencial

2.1. Derecho a la salud y prohibición de regresión arbitraria[21]

En el caso *Campodónico de Beviaqua,*[22] la Corte argentina condenó al Estado nacional a continuar entregando un medicamento

amparo y la interpretación de la prueba, entre otras, como se tratan en los casos: *SMF,* CSJN, 18 de junio de 2008; *Mosqueda,* CSJN, 7 de noviembre de 2006, fallo: 329:4918; *María*, CSJN, 30 de octubre de 2007). Véase Clérico, Laura, "El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: 'S.M.F', 'Martín' y 'Gallardo'", en *JA 2010-II,* Suplemento del fascículo núm. 7. b, pp. 24-32.

21 Este apartado responde a los desarrollos realizados en Clérico, Laura, "El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia, de retroceso", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit*., pp. 1043-1108, y Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local", en Maurino, Gustavo y Bercovich, Luciana (coords.), *Los derechos sociales en el área metropolitana de Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

22 CSJN, 24 de octubre de 2000, fallos: 323:3229. Véase la amplia recepción de este fallo en la academia internacional, Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; Krennerich, Michael, *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik,* Schwalbach, Wochenschau Verlag, 2013; Suárez Franco, Ana María, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte,* Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2009.

oncológico para el tratamiento de la enfermedad de un niño que se encontraba en grave estado de salud, a pesar de que la autoridad alegaba argumentos referidos a los costos y obligaciones que corresponden al estado provincial y a la obra social. El niño se encontraba en situación de discapacidad porque padecía, desde su nacimiento, del mal de *Kostman*. Desde entonces, recibía sin cargo del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía en su médula ósea, que disminuía sus defensas inmunológicas. Ese Banco informó a los padres del niño que iba a interrumpir la entrega de la medicación. Alegaba que el niño poseía obra social; asimismo, que podía pedir un subsidio para la compra del medicamento al estado provincial —por encontrarse domiciliado en la Provincia de Córdoba— o al Estado nacional a través del Ministerio de Desarrollo Social. Sostenía que si le seguía entregando el medicamento al niño, estaba privando de la oportunidad de obtenerlo a otras personas que padecen cáncer y que requieren esa medicación. Los padres del niño promovieron un amparo[23] contra el Estado nacional en el que reclamaron la acción de interrupción. El caso llegó por apelación a la Corte Suprema, quien ordenó al referido Banco que siguiera entregando el medicamento. La justificación alegada por el Estado fue examinada a la luz del test de proporcionalidad, analizando la prohibición de regresión arbitraria y aplicando el subexamen de idoneidad, de medios alternativos y de proporcionalidad en sentido estricto.

El medio ofrecido por el Estado nacional no aprobaba un examen de idoneidad en concreto. El medio (M1) consistía en la interrupción de la entrega del medicamento y su reemplazo por la solicitud de un subsidio (provincial o nacional) para la compra del medicamento o la entrega por la obra social (M1´, M1´´).

[23] Sobre amparo en materia de salud véase Treacy, Guillermo, "El derecho a la salud y el amparo individual", pp. 1739-1762, así como Maurino, Gustavo y Sigal, Martín, "Derecho a la salud y litigio colectivo: perspectivas desde la Corte Suprema Argentina a la luz de 'Benghalensis' y "Halabi'", pp. 1787-1810, ambos en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *op. cit*.; Gotlieb, Verónica; Yavich, Natalia y Báscolo, Ernesto, "Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina", *Cadernos de Saúde Pública,* vol. 32, núm. 10, febrero de 2016.

Este medio no era idóneo, en el caso concreto, para proteger en forma adecuada la salud del niño, pues su enfermedad seguía siendo grave y requería el medicamento en forma urgente: por tanto, la interrupción repentina demostraba la falta de justificación del acto. Por lo demás, si bien poseía una obra social, esta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento, según se desprendía del expediente. Además, el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de "urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño", razón por la cual el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que, finalmente, resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación. La solicitud de subsidio tampoco era un medio idóneo, pues era incierto si se lo otorgarían y, hasta en tanto lo hicieran, el niño seguía necesitando el medicamento.

Respecto del examen de medios alternativos más idóneos, el Estado nacional no parece haber realizado todos los esfuerzos para que el niño obtuviera el medicamento en forma tan efectiva o aun mejor que a través del Banco Nacional de Drogas. El Estado nacional es el garante del funcionamiento eficaz de las obras sociales nacionales,[24] por lo que le corresponde velar porque esa función sea cumplida y en forma adecuada y suficiente; sin embargo, no bastaba alegar que el niño poseía una obra social sin que el garante del sistema asegurara que esta entregaría el medicamento en forma segura, eficaz y continua. Asimismo, pudo haber garantizado a través de gestiones administrativas internas con el Ministerio de Desarrollo Social el otorgamiento del subsidio para la adquisición del medicamento, de forma tal que la interrupción fuera complementada con un medio tan eficaz como M1. En fin, todas estas consideraciones demuestran que el Estado nacional pudo haber implementado medios alternativos tan eficaces como mantener la entrega por medio del Banco Nacional de Drogas, con lo que la mera interrupción acompañada de alegaciones abstractas de supuestos medios alternativos deve-

[24] Véase Starowlansky, Veronica, "Reclamos administrativos y ante las obras Sociales", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *op. cit*., pp. 1811-1822.

la el actuar regresivo e injustificado a la luz del derecho a la salud del niño en situación de discapacidad.

Por último, el actuar regresivo del Estado nacional se corrobora claramente injustificado cuando se someten sus alegaciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Recordemos que cuanto más intensiva sea la restricción y peso del derecho afectado, tanto más importantes deben ser las razones alegadas por el Estado. El derecho a la salud del niño presenta un peso alto. En este caso está íntimamente conectado con su derecho a la vida: si no recibía el medicamento, su vida corría peligro. Además, por este mismo punto, la restricción al derecho del niño por causa de la interrupción es muy intensa. La determinación de la intensidad de la restricción y la urgencia del cumplimiento de la obligación estatal surge de un ejercicio planteado por Arango,[25] quien sostiene que basta con imaginarse cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar interruptivo y luego omisivo del Estado, quien, a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad y urgencia, no actúa a través de un actuar positivo. Incluso, el derecho a la salud del niño parte desde el comienzo con el argumento reforzado de que sería aplicable la presunción de invalidez del acto por dos razones: *a)* se trata de un accionar regresivo que cae en el umbral del contenido básico del derecho a la salud, y *b)* el niño pertenece a varios de los grupos en desventaja que requieren del Estado un actuar positivo para que tengan acceso real, en este caso, al derecho a la salud, pues *b.1)* es un niño, *b.2)* en situación de discapacidad.

Por todo ello, el Estado debió haber presentado razones muy imperiosas para poder justificar su actuar, extremo que no logró cumplimentar. Por un lado, no era una razón de peso suficiente alegar que no se trataba de una enfermedad oncológica, porque si bien la enfermedad padecida por el niño no lo era, su tratamiento requiere de la misma medicación que se necesita para el tratamiento de cáncer, por ello, el niño se encontraba en la misma situación de hecho que los enfermos de cáncer que la recibían

[25] Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales..., cit*., y del mismo autor, "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.,* pp. 2551-2588.

del Banco, siendo irrelevante la naturaleza de la enfermedad. Por el otro, tampoco era una razón convincente alegar que el Banco Nacional de Drogas Neoplásicas decidió entregar en 1996 medicamentos al niño solo por *razones humanitarias*. La situación de extrema gravedad de la salud del niño y la urgencia en la necesidad de continuar el tratamiento no habían desaparecido. Por eso, seguían vigentes las razones por las cuales el Estado nacional decidió entregar el medicamento. Además, tampoco tenía peso el argumento referido a la obra social, que no estaba entregando el medicamento cuando claramente entraba dentro de las prestaciones que debía afrontar. El incumplimiento de esta obligación alcanza al Estado nacional porque él es el garante del funcionamiento del sistema de salud, con lo que la falta de eficacia en el control no puede ser cargada sobre las espaldas de quien padece la falta de funcionamiento aceitada del sistema, en este caso, el niño. Por último, tampoco era convincente el argumento de que le compete al estado provincial (Córdoba)[26] la entrega del medicamento. Si bien es cierto que dicho estado también está obligado a satisfacer el derecho a la salud, el niño no puede esperar que la provincia genere los medios necesarios para cumplir sus obligaciones. El Estado nacional puede, luego y por otros medios institucionales, exigir al estado provincial que le compense a la Nación los medicamentos entregados, entre otros.

En suma, por un lado tenemos un peso alto y una intensidad de restricción muy grave del derecho a la salud del niño y, por el otro, las razones alegadas por el Estado son muy débiles, con lo que el examen de proporcionalidad arroja como resultado que la interrupción es violatoria de su derecho a la vida y a la salud. El Banco Nacional de Drogas debe seguir entregando el medicamento.

Del resultado de la sentencia que surge del caso *Campodónico de Beviaqua* se puede reconstruir la siguiente regla: si se trata de un niño que padece una enfermedad que afecta a su médula ósea y a su sistema de defensas (y no es cáncer pero tiene efectos similares) y requiere una medicación en forma urgente, pero la

[26] Álvarez, Magdalena y Guiñazú, Claudio, "El derecho a la salud en la Provincia de Córdoba", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 2319-2339.

obra social que posee la familia no le entrega el medicamento en forma continua y sistemática, la interrupción de la entrega de medicamentos por el Banco Nacional de Drogas Neoplásicas (dependiente del Ministerio de la Salud de la Nación) es arbitraria y violatoria del derecho a la salud y a la vida del niño. Se debe seguir con la entrega del medicamento.

La pauta de *Campodónico* nos enseña que quien reconoce que debe hacer algo y lo hace (entrega del medicamento), luego no puede volver sobre sus pasos (regresión arbitraria) sin haber demostrado que la situación de gravedad y urgencia del estado de salud de la persona afectada ha cambiado o que el derecho se puede satisfacer por otros medios alternativos tan adecuados (o aún más) que la entrega directa del medicamento.

Esta pauta es confirmada en *Lamboglio de Vuoto*,[27] caso en el cual el Estado nacional se niega a proveer un medicamento necesario para el tratamiento de un menor aduciendo la responsabilidad de la mutual a la que estaba afiliada la familia del menor. Como en los precedentes mencionados, el dictamen de la Procuración, que es avalado por la CSJN, reafirma que la garantía del derecho a la salud, en especial en situación de vulnerabilidad, implica responsabilidad indeclinable del Estado nacional. Agrega que, en todo caso, corresponde al Estado nacional repetir los gastos contra las otras agencias o entidades estatales directamente responsables de garantizar el derecho.

2.2. Derecho a la salud, tratamiento eficaz y medios alternativos

Una mención especial merecen ciertos reclamos por acción ineficaz o insuficiente en aquellos casos en que el derecho a la salud exige una acción positiva. En muchos de estos, la argumentación judicial se asentó sobre la determinación —o no— del grado de idoneidad y necesidad de los medios empleados para garantizar el derecho de manera adecuada. La posibilidad de que las acciones tendentes a promover el derecho a la salud resulten no

[27] CSJN, 2 de marzo de 2011.

conducentes en general o en concreto o de que existan medios alternativos que puedan promover en mayor medida el derecho pueden provocar por sí mismas (es decir, sin la necesidad de un análisis de la proporcionalidad en su sentido estricto) una declaración de inconstitucionalidad.[28]

En lo que se refiere particularmente al análisis de la alternatividad de los medios, pueden hallarse dos tipos de justificaciones: *a)* aquellas en las cuales se fundamenta la falta de necesidad del medio empleado en razón de existir otro medio igual o menos lesivo que promueve mejor el derecho, y *b)* aquellas en las cuales se fundamenta la necesidad del medio, atento a no existir otro procedimiento mejor al empleado. Respecto a ese segundo supuesto se evidencian dos fallos.

El primero es el caso *Maldonado*.[29] En dicho fallo, la obra social (del personal de la Policía Federal Argentina) a la que estaba afiliada la familia Maldonado debía seguir costeando el tratamiento de su hija. La niña sufría la enfermedad de *Werdning-Hoffman*, que ocasiona una atrofia muscular espinal incurable y solo puede ser contrarrestada con cuidados paliativos. La obra social había solventado un tratamiento en Cuba con buenos resultados. Luego lo reemplazó por la atención en un centro de rehabilitación de la Provincia de Buenos Aires. Finalmente dio por terminadas las prestaciones. Mientras tanto, el estado de salud de la niña se deterioraba progresivamente, por lo que sus padres exigieron judicialmente que la obra social volviera a pagar el tratamiento apropiado en Rusia o en Cuba.

La Corte no dudó en concluir que la obra debía realizar un actuar positivo idóneo y suficiente; sin embargo, interpretaron que el tratamiento en Cuba no era el único medio necesario y que la obra social cumplía con su obligación de hacer si garantizaba un tratamiento idóneo y suficiente similar al practicado en dicho

[28] Alexy, Robert, "Sobre la estructura de los derechos de prestación", en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011. Véase, también, *Juzgado Federal núm. 2 de Santa Fe, C. D. A. c. Obra social de Conductores de Camiones*, de 10 de noviembre de 2008.

[29] CSJN, 23 de noviembre de 2004, fallos 327:5210.

país. En consecuencia, ordenó a la obra social que cubriera un tratamiento en Argentina, que sería recomendado como el más conveniente por una junta de médicos especialmente convocada para ello por la Corte Suprema (los informes del Cuerpo Médico Forense establecieron que la evolución positiva de su salud no dependía de un tratamiento contingente fuera del país, sino de la posibilidad de contar con una estructura sanitaria continua y progresiva, que incluyera atención y seguimiento por parte de un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud).

El segundo es el caso *Basin de Bernava*,[30] en el cual, la CSJN confirmó la resolución de la obra social del poder judicial que desestimaba solventar los gastos médicos para que un afiliado recibiera un tratamiento —que se realizaba en Argentina— en Estados Unidos. Para resolver así, la Corte tuvo en cuenta, por un lado, los informes acompañados que demostraban que las estadísticas respecto a los riesgos de la operación resultaban similares en ambos países y, por el otro, agregó que "[...] constituye deber ineludible señalar el valor que representa el interés general de custodiar y, por ende, evitar comprometer un fondo como el de la obra social, que pertenece por igual a la totalidad de los afiliados". Señaló que "[...] el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de las finanzas de la obra social ya que, de no ser así, tal solidaridad sería ilusoria". En este caso, entendió que proceder de una forma distinta a la que lo hizo la obra social implicaría privilegiar de manera desmesurada el interés individual de un paciente/afiliado en desmedro de un interés social, por cuanto prestaciones excesivamente onerosas afectarían notoriamente las legítimas expectativas y los derechos prestacionales de los otros afiliados.

La argumentación, apoyada sobre la idoneidad y necesidad de los medios, también cobra una especial importancia en aquellos casos en los cuales se reclama la cobertura de un "tratamiento experimental".[31] En este sentido, en Argentina solo se asentó

30 CSJN, 20 de noviembre de 2000, fallos 324:3988.

31 En este sentido, véase González Magaña, I. y Medina, G., "Derecho a la salud. Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados. Los medicamentos de uso compasivo", en *JA 2012-IV,* 2012.

la línea jurisprudencial del caso *Buñes, Valeria Elisabet v. Obra Social Unión Personal y otros*,[32] en el que la actora reclamó a la Obra Social Unión Personal —a la cual estaba afiliada— y al Estado nacional la cobertura de un tratamiento clasificado por la autoridad administrativa como de "técnica experimental". Primera y segunda instancias rechazaron la demanda, lo cual dio lugar al recurso extraordinario cuya denegación originó la queja. La CSJN, por mayoría, rechazó el recurso intentado. La razón del rechazo se apoya en la falta de obligatoriedad legal de la provisión de ese medio por parte de la prestadora. Así, la Corte sostuvo que

> Debe confirmarse la sentencia que rechazó el reclamo de una persona que padece esclerosis múltiple tendiente a que su obra social cubra el tratamiento de esa enfermedad con vacuna "T linfocitaria", pues, no obstante el carácter fundamental del derecho a la salud, está demostrado que ese tratamiento se encuentra, en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación —resolución 276/2008 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante—, y no se advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado.

En el mismo sentido, en el caso *Contino*,[33] si bien la Corte evita pronunciarse sobre el fondo del asunto, confirma una sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata en la que se rechaza la petición de cobertura de un tratamiento experimental no incluido en el PMO, por no haberse probado adecuadamente en el expediente la efectividad superior del tratamiento.

Sin embargo, cabe alertar que la aplicación de la regla que indica cuáles tratamientos son obligatorios y cuáles no, no puede, por sí sola, cerrar la argumentación a futuras ponderaciones. Si es posible ponderar los principios que sostienen a la regla que determina el plan obligatorio de prestaciones y el derecho a la salud, fomentado por un tratamiento experimental, entonces ahí sí cobra un especial interés el análisis de la idoneidad y alterna-

[32] CSJN, 19 de mayo de 2010, fallo B. 537. XLIV.

[33] CSJN, 29 de junio de 2010.

tividad de los medios. Así, si se demuestra que el tratamiento experimental resulta idóneo en el caso en concreto, la justificación puede variar de aquella estipulación formal establecida por el legislador.[34]

2.3. Derecho a la salud y acceso a condiciones que posibilitan una existencia digna

El derecho a la salud es inclusivo. Esto queda reflejado en el párrafo 4 de la OG 14: "[...] el derecho a la salud abarca una amplia gama de *factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano"* (cursivas añadidas). Para hablar con mayúscula de un acceso efectivo al derecho a la salud, tienen que estar dados todos los factores que se incluyen en la cita. Esto habla de la emergencia y necesidad de encarar algunos reclamos sobre derecho a la salud desde una perspectiva integral. Los tres fallos que a continuación se analizan responden a esa perspectiva integral, pero con distinta suerte en cuanto al resultado de la sentencia.

El caso *Ramos*[35] se trataba de una mujer, jefa de hogar, domiciliada en la Provincia de Buenos Aires. La mujer, por sí y en representación de sus ocho hijos menores de edad, promovió acción de amparo ante un juzgado civil de la capital contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital Pediátrico Garrahan, con el fin de que se garantizaran los derechos a una sana y debida ali-

[34] Clérico, Laura, "El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad...", *cit.*, pp. 1043-1108; Fazio, Federico de, *Teoría principialista de los derechos sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

[35] CSJN, 21 de noviembre de 2000, fallos 323:3873. Asimismo, Clérico, Laura y Vita, Leticia, "Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: el caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina," *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de La Plata, 2017.

mentación, a la salud, a la educación y a tener una vivienda digna. El juez declaró su incompetencia para conocer del caso, en tanto se demandaban en forma conjunta a una provincia y al Estado nacional. La CSJN declaró que la causa correspondía a su competencia originaria. Respecto del fondo del asunto, en 2002, la Corte nacional rechazó el amparo. La mayoría de los juzgadores sostuvo en dicho caso "[...] que el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser considerado ni resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impide".

El caso fue resuelto a pocos meses de la crisis de diciembre de 2001, de lo que se deduce que el Tribunal privilegió la precaria situación financiera del Estado, mostrando una severa miopía respecto del impacto de la crisis en la población. En dicho precedente, es claro que el Tribunal no prestó una debida atención al contexto de exclusión social[36] en el que se enmarcaba la acción de amparo. Se trataba de emitir juicios sobre el caso concreto de niños que se encontraban en estado de desnutrición por no poder gozar efectivamente del derecho a la alimentación.

Ante estos supuestos, el derecho a la salud presenta una fuerte conexión con el derecho a la alimentación. Sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte Suprema no se registran muchas sentencias sobre el tema, y las pocas que existen se emitieron cercanas a la crisis de diciembre de 2001. Se trata, además del ya men-

[36] En un fallo de 2000, la Corte adhirió al dictamen de la entonces procuradora fiscal Graciela Reiriz, quien interpretó que el caso correspondía ser sustanciado en la instancia originaria de la Corte de la Nación, a fin de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias, con la prerrogativa que le asiste a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 116. La evaluación del carácter conjunto de la demanda se cumple si *prima facie* son demandados en el pleito, nominal y sustancialmente, el Estado nacional y la Provincia de Buenos Aires. Este requisito se cumple si surge el carácter conjunto a primera vista y no en forma definitiva, pues, de no ser así, estaría resolviendo anticipadamente la cuestión de fondo en el marco de la discusión de la cuestión de la competencia.

cionado caso *Ramos,*[37] de 2000 y 2002,[38] de los casos *Rodríguez*,[39] *Quiñone*[40] y *Esquivel*.[41]

El caso *Rodríguez* se trataba de una mujer y sus hijos R.R. y K.L.H., de 5 y 2 años de edad, respectivamente, que vivían en el barrio La Matera de Quilmes, Provincia de Buenos Aires. Subsistían con la ayuda que les otorgaba el Estado a través del plan social "Familias" y con la que les prestaban tres comedores que funcionaban en su barrio. A partir del cierre de esos centros asistenciales, el dinero percibido en carácter de plan social no le resultaba suficiente para brindar una alimentación adecuada a sus hijos, quienes, al momento de iniciada la acción de amparo, se encontraban en estado de desnutrición. Por ello, Rodríguez, en representación de los menores, demanda al Estado nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, ante el Juzgado Federal 4 de La Plata, basándose en la ley 25.724 —que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación—.[42]

Se solicitó que se dispusiera el cese de las acciones y omisiones estatales que llevaron a sus hijos a padecer el grave estado de desnutrición y que se llevaran a cabo las acciones necesarias para superarlo. Además, pidió que se dictara una medida cautelar para que se les entregaran los elementos necesarios para asegurarles una dieta alimentaria y se realizaran controles de la evolución de la salud de los niños.

El juzgado interviniente se declaró incompetente para conocer del caso, por ser partes el Estado nacional y la Provincia de Buenos Aires, y lo remitió a la CSJN. Esta se declaró incompetente, sin perjuicio de lo cual ordenó medidas cautelares a la Provincia y a la Municipalidad de Quilmes para asegurar el derecho a la alimentación y para que controlaran el estado de salud de los

37 CSJN, *Caso, Ramos, Marta R. y otros vs. Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros,* fallos 323:3873, 2000.

38 CSJN, 12 de marzo de 2002, fallos 325:396; JA 2002-IV, 466.

39 CSJN, 7 de marzo de 2006.

40 CSJN, 11 de julio de 2006.

41 CSJN, 07 de marzo de 2006.

42 Ley 25724.

niños. Luego de este caso, la Corte resolvió en el mismo sentido otros dos similares: *Quiñone*[43] y *Esquivel*, en los cuales se reclamaban medidas de acción positiva para satisfacer el derecho a la alimentación de unos niños que se encontraban en estado de desnutrición.

La jurisprudencia en *Rodríguez* es bienvenida, porque cambia para mejor la sentada en *Ramos*. En *Rodríguez*, si bien la Corte se declaró incompetente para conocer en forma directa (por la vía originaria), decretó una medida cautelar y ordenó al estado provincial y municipal realizar medidas de acción positiva para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños afectados. Sin embargo, como en *Ramos*, la Corte decidió en este caso no pronunciarse sobre la cuestión de fondo, es decir, sobre el alcance del derecho a la alimentación cuando se trata de personas provenientes de grupos en desventaja, entre las cuales se encontraban varios niños en situación de calle. Los caminos argumentativos son muy distintos, y por eso *Rodríguez* cambia en un punto, y para mejor, la jurisprudencia que emana de *Ramos* (en *Rodríguez* se declara procedente la medida cautelar). Sin embargo, este último caso, visto desde la perspectiva de la conexión del derecho a la salud con el derecho a la alimentación, se queda a la mitad del camino. La Corte Suprema no se pronuncia sobre las "obligaciones impostergables" que tienen el Estado nacional y el estado provincial respecto del derecho a la alimentación de los niños que pertenecen a los grupos en desventaja, según el artículo 75, inciso 23 de la Constitución nacional.

El hecho de que la Corte Suprema emitiera una sentencia sobre este punto no es una cuestión menor. Basta para demostrar

[43] La Corte, con remisión al *Caso Rodríguez*, declara procedente la medida cautelar y, en consecuencia, ordena a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que le provea a I. A., E. A., B. G., K. N. y L. L. Quiñone de los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la salud, en un plazo de cinco días. Luego se declara incompetente para entender en esas actuaciones. La mayoría está conformada por los ministros: Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Sobre las medidas cautelares en materia de salud véase Lara Correa, Walter y Mohadeb, Sergio, "Medidas cautelares (salvavidas) y derecho a la salud", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1763-1775.

esta importancia la repercusión que el caso *Campodónico*[44] ha tenido en relación con otros casos que se han referido a la entrega de medicamentos. En la actualidad, es mucho más fácil exigir el cumplimiento de esas obligaciones iusfundamentales en materia de derecho a la salud. En suma —y parafraseando las palabras diplomáticas del Comité DESC—, "Se invita a los jueces y otros miembros de la profesión letrada a prestar una mayor atención a las violaciones del derecho a la alimentación en el ejercicio de sus funciones."[45] O en otras palabras —y más combativas— de la Corte: "Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional".[46]

Nuevamente, si bien la Corte evitó pronunciarse sobre el fondo, estos casos hablan claramente del carácter "inclusivo"[47] del

44 CSJN, fallos 323:3229.

45 Comité DESC, Observación general 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), de 1999, párr. 34.

46 CSJN, *Maldonado*, fallo, 327, 5210; *Lifschitz*, fallo, 324:122, 15/06/2004.

47 Véase Comité DESC, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, de 11 de agosto de 2000: "En la observación general 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Considerada conjuntamente con instrumentos más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12. Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: [...] Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre". Véase, asimismo, la fundamentación de la sentencia en el caso *Cerrudo,* en el que ordenan medidas cautelares al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que incluya a la familia en algún plan social frente al cuadro de desnutrición que padecían varios niños integrantes de esa familia o que entregue en forma inmediata un "bolsón" con los alimentos necesarios para una adecuada alimentación del grupo familiar por lo menos durante una semana. Dicha entrega deberá repetirse todas las semanas durante la vigencia de la medida cautelar, Juzgado de Primera Instancia en lo

derecho a la salud, el cual abraza, entre otros contenidos, el derecho a una alimentación adecuada a los efectos de garantizar el disfrute del "más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12 PIDESC), más aún cuando en estos casos se trata de garantizar condiciones sociales y económicas aceptables para evitar la desnutrición de niñas y niños que, a su vez, requieren de una protección especial (según el art. 19 CADH).

Por último, la Corte Suprema argentina había tratado de evitar pronunciarse con anterioridad sobre reclamos integrales del derecho a la salud[48] que implicaban referirse al derecho a la vi-

Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad, núm. 3, 11 de marzo de 2003.

48 Véase CSJN, *Urán, Roberto E. y otros vs. Provincia de Buenos Aires y otros*, Sentencia de 2006. En *Urán,* el caso se encuadra en el contexto de una familia compuesta por la pareja y sus diez hijos menores de edad. La familia vivía hacinado en una pequeña habitación de una casa tomada en el partido de Boulogne, San Isidro, provincia de Buenos Aires. El padre de la familia, el señor Urán, padecía una discapacidad congénita que requería una nueva intervención quirúrgica y le impedía trabajar. La esposa trabajaba como personal de limpieza en casas de familia. Sin embargo, para la fecha de la presentación del reclamo, ya no podía desempeñarse fuera del hogar luego de la pérdida de visión de uno de sus ojos y del nacimiento prematuro de sus hijos mellizos. El señor Urán era titular de una pensión por invalidez y percibía un salario familiar; sin embargo, le resultaban insuficientes para cubrir las necesidades mínimas de alimentación de sus hijos. Por todo ello, iniciaron directamente en la Corte Suprema de la Nación, una acción de amparo contra la Municipalidad de San Isidro, la Provincia de Buenos Aires, el Estado Nacional y contra el Instituto Provincial de la Vivienda. La acción tenía por objeto que dichos organismos le suministraran lo necesario para acceder a una vivienda digna y alimentación, y también pedían ser incluido en el Plan Federal de Vivienda o en otro alternativo. A su vez, interpusieron una medida cautelar para que temporalmente -hasta obtener un trabajo- se le otorgaran dos subsidios: uno de aproximadamente 800 pesos, equivalente al alquiler mensual de una vivienda, y otro de 630 pesos, también mensual, como salario mínimo vital y móvil. Previo a la presentación judicial, Urán había realizado los reclamos correspondientes ante las reparticiones municipales y provinciales que no le dieron respuesta; pero no pudo acreditar que hubiera efectuado reclamo alguno frente a alguna repartición del Estado Nacional. Por esto último, la Corte declaró inadmisible el reclamo y tampoco se pronunció sobre la cautelar como lo había realizado en casos levemente similares ante situaciones iusfundamentales de gravedad y urgencia. Analizó y criticó la jurisprudencia de la Corte en

vienda digna.[49] De ahí la relevancia del reciente pronunciamiento[50] en *Q. C. c. GCABA*. En el caso, una mujer y su hijo, el cual padecía de una discapacidad severa, solicitaban al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires[51] el acceso a una vivienda adecuada. En su argumentación no solo estaba implicado el derecho a la vivienda sino, especialmente, el derecho a la salud del niño. En particular, se había probado que el niño había involucionado en el tratamiento de su enfermedad como consecuencia directa de su deficiencia habitacional. Por ejemplo, el hotel donde vivían carecía de cocina y comedor privado y algunos de los vecinos

Urán. Véase Clérico, Laura, "El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. 'Rodríguez', 'Comunidad toba del Chaco' y la sombra de Ramos", *JA 7/11/2007*. Sobre derecho a la salud y comunidades indígenas véase Ramírez, Silvina y Pautassi, Laura, "Derecho a la salud en contextos de discriminación: el caso de los pueblos originarios", en Clérico, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 603-626.

49 Esta actitud parece persistir. Luego de dictada la sentencia en el caso *Q. C.*, la CSJN resolvió en *A.P., L.V. /C Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros /s Amparo,* el 11 de diciembre de 2012, desestimar la queja presentada por la actora contra varias sentencias del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad sobre derecho a la vivienda incluidas en el expediente. La Corte sostiene que "[...] las cuestiones suscitadas en estas actuaciones no guardan sustancial analogía con el precedente Q 64 XLVI "*Q.C.,S.Y c/ Gob. de la CABA s/ Amparo*", Sentencia del 24/4/2012. En "*A.P.L.V.*" se encuentran comprendidas más de 40 causas sobre acceso a la vivienda. Entonces queda como tarea pendiente revisar cada una de las cuestiones de esas causas para analizar críticamente el fallo reciente de la Corte para ver si guardan o no "sustancial analogía" con Q. C. Sin embargo, se le puede criticar al fallo de la Corte en "*A.P.L.V.*" que no haya fundamentado su sentencia en relación con las cuestiones de cada una de las 46 causas. Es claro que no basta con afirmar que no guardan relación sustancial con otra causa. *La Corte nos debe la justificación de su sentencia*.

50 Sin embargo, si se analiza el fallo desde la perspectiva de la interdependencia del derecho al acceso a una vivienda digna y el derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad, entonces el pronunciamiento se podría inscribir en la línea jurisprudencial de la Corte sobre derecho a la salud de las personas con discapacidad.

51 Pucciarello, Mariana, "El derecho a la salud en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 2455-2475.

habían presentado quejas por los ruidos causados por el niño en los lugares compartidos. Ello produjo que Q. C. cocinara y alimentara a su hijo en su cuarto, en privacidad, donde solo podía prepararle papilla. Estudios forenses advirtieron que el hecho de que el niño solo se alimentara de papilla había traído como consecuencia que no aprendiera a masticar. En este sentido, su falta de evolución respecto a su posibilidad de masticar no era provocada por su discapacidad en sí, sino por dicha circunstancia, e implicaba una involución en el tratamiento de su enfermedad. Por tanto, la Corte ordenó —con matices— al gobierno local que garantizara a la actora y a su hijo en situación de discapacidad, que se encontraban en "situación de calle", un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Agregó que el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la actora el asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de su problemática habitacional.[52]

La argumentación de la CSJN respecto de la conexidad entre el derecho a la vivienda y a la salud es confirmada en el caso *Gómez,*[53] en el que una jubilada a cargo de un menor con discapacidad demanda a la Provincia de Río Negro por considerar vulnerado su derecho a una vivienda digna.

Por último, en *Kersich,*[54] la Corte nacional vincula de modo directo el acceso al agua potable con el derecho a la salud. En el caso, un grupo de 25 vecinos de la ciudad de 9 de Julio habían demandado a la empresa "Aguas Bonaerenses" por haberse de-

52 Cardinaux, Nancy *et al.,* "Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013, *http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vita-condiciones-de-posibilidad-para-la-exigibilidad-judicial-del-derecho-a-la-vivienda.pdf*; Pucciarello, Mariana, "El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires", *Jurisprudencia Argentina,* Buenos Aires, 2012.

53 CSJN, *Gómez, Lucía Nélida y otro s/ amparo* de 13 de noviembre 11 de 2018.

54 CSJN, *Kersich, Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo* de 2 de diciembre de 2014.

tectado niveles de arsénico superiores a los permitidos. Durante el transcurso del proceso, el tribunal de primera instancia acepta integrar a la causa como nuevos actores a más de 2 600 vecinos también afectados, y dicta una medida cautelar a fin de que la empresa brinde agua potable a los usuarios hasta en tanto resuelva el problema del arsénico. Si bien la CSJN devuelve el caso por considerar que debió haberse tramitado según el estándar establecido en *Halabi* (sobre diversos supuestos de amparo de incidencia colectiva),[55] sostiene la medida cautelar al tomar en cuenta que está en juego el derecho humano al agua potable, que tiene incidencia directa en los derechos a la vida y a la salud de las personas.

2.4. Derecho a la salud y derechos reproductivos

La jurisprudencia de la Corte sobre derecho a la salud reproductiva no es copiosa.[56] El caso *Yapura* forma parte de esta escueta línea jurisprudencial. Por ejemplo, el derecho a la salud de las mujeres en su faz de derecho a la salud (reproductiva) se diluyó e invisibilizó tras el caso *Portal de Belén*.[57] En dicha sentencia, la Corte, por mayoría, ordenó prohibir la producción, distribución

[55] Maurino, Gustavo y Sigal, Martín, "Derecho a la salud y litigio colectivo: perspectivas desde la Corte Suprema Argentina a la luz de `Benghalensis´ y `Halabi´", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit*, pp. 1787-1810.

[56] Ramón Mitchell, Agustina y Bergallo, Paola, *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*, Buenos Aires, Eudeba, 2018; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, "Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina", *Revista de Estudios Constitucionales,* Chile, Talca, 2012, pp. 193-230. Por lo demás, recientemente, el propio Comité DESC se refiere a esta sentencia para instar al Estado a "Adoptar medidas efectivas para la implementación en todas las Provincias de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia" en el *Caso FAL* (CSJN; fallos: 335:197) de 2012 sobre interrupción voluntaria del embarazo. Véase Comité DESC, Observaciones finales al Informe Argentina, de 18 de septiembre de 2018, párr. 56.

[57] CSJN, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro vs. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo,* de 5 de marzo de 2002, fallos, 315:1361.

y venta de la llamada "píldora del día siguiente" —INMEDIAT— porque uno de los posibles efectos de ingerirla podría tener "carácter abortivo".

Fallos como este merecieron una fuerte crítica, porque para analizar los efectos del referido medicamento el Tribunal cita fuentes "científicas" parciales, desactualizadas y no considera, por ejemplo, los informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además, no toma en cuenta los derechos a la salud reproductiva y a la autonomía de las mujeres.

Por el contrario, en el caso *T. S.*, la Corte resolvió, por mayoría, que la inducción del parto a una mujer embarazada de un feto anencefálico estaba permitido, en atención al derecho a la salud de la madre (integridad psíquica), frente al estado irreversible que excluye la viabilidad extrauterina del feto. De la doctrina de este fallo se desprende que el derecho a la continuación de la existencia intrauterina del feto puede colisionar con el derecho a la salud de las mujeres, entendida esta última no solo como salud física, sino también psíquica.

Por lo demás, no se volvió a pronunciar sobre el fondo del asunto hasta el caso *F.A.L.,* aunque sí sobre cuestiones formales en tres casos referidos a derechos de salud reproductiva de las mujeres. En *Mujeres por la Vida,* la Corte Suprema decidió que una asociación civil de la Provincia de Córdoba[58] estaba legitimada activamente (art. 43 CN) para solicitar que suspendieran la aplicación del programa de salud sexual y reproductiva implementado por el Gobierno nacional en todo el país (ley 25.673), porque consideraba que dicha norma era violatoria de los "derechos de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la patria potestad".

Por su parte, la jueza Argibay votó en disidencia —denegando la legitimación—. Sostuvo que si bien estos "[...] son derechos relacionados con los intereses más elevados de las personas, [...] eso no los transforma en colectivos, pues son perfectamente divisibles y ejercidos de diferente manera por cada titular, por cada

[58] Sobre salud reproductiva en Córdoba véase Álvarez, Magdalena y Guiñazú, Claudio, *op. cit.,* pp. 2319-2339.

ser humano". Si bien ninguno de los miembros de la Corte se pronunció sobre el fondo del asunto, la jueza Argibay sostuvo en su voto disidente, con fundamento en el principio de autonomía (art. 19 CN), que fijar "[...] una determinada versión del derecho a la salud y de la vida sexual se transformaría en una imposición colectiva sobre las decisiones individuales".

Posteriormente, la Corte resolvió el caso *Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta*.[59] Este se trataba de una mujer embarazada que promovió un amparo ante los tribunales de la Provincia de Salta reclamando autorización para que se le practicara una ligadura de trompas inmediatamente después de haber dado a luz a su cuarto hijo. Tanto ella como su cónyuge estaban desempleados, su único ingreso era el dinero que recibían del "Plan Jefas y Jefes de Hogar". A causa de la escasez de recursos para continuar con la crianza de sus hijos, la reclamante se decidió por la ligadura para evitar quedar embarazada nuevamente. Sin embargo, las autoridades de la clínica en la que tendría lugar el parto se negaban a practicarla sin previa autorización judicial. La Suprema Corte de Salta rechazó el pedido, ya que consideró que la prueba tendente a acreditar que los médicos se negaban a realizarle la intervención había sido presentada con posterioridad a que el juez inferior hubiera dictado el fallo.

La Corte Suprema nacional dejó sin efecto la sentencia y dispuso la continuación de la acción (voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Lorenzetti; Argibay en disidencia). Argumentó que en cuestiones vinculadas con el derecho a la salud los jueces no pueden omitir el análisis de una prueba presentada por la afectada fuera de los términos legales, cuya omisión significa un injustificado rigor formal. Además, sostuvo que cuando está comprometido el derecho a la salud, a la vida, a la libre determinación, a la intimidad y a la protección integral de la familia no es razonable impedir la continuidad de un amparo que tiene como objetivo obtener soluciones que se avengan con la urgencia que implican estas cuestiones. En agosto de 2006, dos

[59] CSJN, 6 de junio de 2006, fallos: 329:2179. Asimismo, Sacchi, Mónica; Hausberger, Margarita y Pereyra, Adriana, "Derecho a la Salud en la Provincia de Salta", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *op. cit*., pp. 1923-1944.

meses después del dictado de la sentencia, el Congreso de la Nación aprobó la ley 26.130 sobre régimen de las intervenciones de contracepción quirúrgica. De acuerdo con esta, cualquier persona mayor de edad tiene derecho a que le realicen una ligadura de trompas de Falopio en los servicios del sistema de salud.[60]

Por último, la Corte vuelve a pronunciarse tangencialmente sobre el tema salud reproductiva en el caso *Núñez de Zannetti c/ Famyl*. Se trata de un amparo iniciado por una mujer que sufría una resección de intestino con carácter crónico. Esto restringía severamente sus posibilidades alimenticias y la sometía a la llamada nutrición parenteral. La extirpación obedeció a un cuadro de peritonitis grave. "*Famyl S.A.*", la prepaga, afirmaba que la dolencia era consecuencia de una "maniobra abortiva", practicada en forma clandestina o, al menos, en un lugar inapropiado, no previsto contractualmente, y con la intervención de médicos no inscritos en el plan de salud. Invocaba la exclusión de la cobertura y la inexistencia de un acto ilegítimo o arbitrario de su parte, ya que la actora se había adherido a un plan cerrado, lo cual implicaba que las prestaciones sanitarias y médicas debían cumplirse a través de los profesionales y establecimientos que provee la empresa, de modo que se asegurara la calidad de la prestación. En este sentido, señalaba que la práctica se habría realizado en un consultorio particular, sin la concurrencia de los recursos humanos y técnicos del caso.

La prepaga reconocía que el Estado, mediante la sanción de la ley 24.754, había trasladado parte de esas cargas a la actividad privada y que la dieta perinatal forma parte de las prestaciones médicas obligatorias (PMO). Sin embargo, la prepaga no se consideraba deudora de lo que se le reclamaba, ya que sería preci-

[60] Para una reconstrucción anticipada del argumento, véase Ronconi, Liliana, "La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?", en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; Rosales, Pablo Oscar, "La fertilización humana asistida en la reciente ley nacional 26.862 de reproducción médicamente asistida y en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op. cit.*, pp. 1137-1152.

so que esa prestación (la alimentación parenteral) hubiese sido consecuencia de otras prácticas médicas también comprendidas en aquel listado (o sea, también cubiertas). Como entiende que esa "segunda condición" no se daba en el caso, entonces no se consideraba obligada a la prestación.

La Corte condenó a Famyl a hacerse cargo de la alimentación perinatal. Entendió que la interpretación que proponía la prepaga suponía una restricción al derecho a la salud de la mujer que no surgía ni expresa ni implícitamente del sistema impuesto por la ley 24.754 y por la resolución que establece el PMO, ya que el alcance de prestaciones contempladas no hace "acepción de etiologías" (o sea, no remite a la causa de las dolencias) como pretende la prepaga.

Por ello, concluye que la posición de la prepaga carecía de fundamentos jurídicos de base legal como convencional, según la interpretación del contrato realizada por los tribunales de grado. Así, la prepaga intentaba desligarse (sin éxito) de su obligación alegando que la usuaria no recurrió a un profesional de la cartilla para atender su dolencia, pero, ¿podría haber recurrido a uno de ellos para que se le practicara la interrupción del embarazo que consiguió por otros medios? Muy probablemente habría obtenido una negativa de la prepaga. En este sentido, advertimos que la debilidad del argumento de la prepaga hubiera merecido alguna consideración por parte de la Corte Suprema, dado que, en estos casos, quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad son las mujeres. La Corte pudo haberse sumergido de lleno en su fundamentación en los derechos de las mujeres, ya que si bien el caso puede ser interpretado por los resultados como un avance en la defensa de sus derechos —que incluso impacta en las relaciones entre particulares—, en su argumentación parece invisibilizar el lugar de la afectada y con ello pierde otra oportunidad para desarrollar alguna perspectiva expresa de género en su fundamentación.

En ese sentido, puede decirse que la Corte mantiene su reticencia a pronunciarse de manera contundente en materia de derechos reproductivos. En el caso *K., C.N.*,[61] una mujer demanda a

[61] CSJN, *K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de amparo,* de 27 de mayo de 2014.

su obra social a fin de que cubra de manera integral un procedimiento de terapias de reproducción humana asistida (TRHA). Primera y segunda instancias rechazan la demanda, y la Cámara Federal de Bahía Blanca lo hace sosteniendo que las TRHA "vulneraban el derecho de los hijos a ser concebidos en el matrimonio y por el matrimonio".[62] Si bien la Corte revirtió la sentencia, evitó pronunciarse sobre el fondo del asunto y sobre el estándar regresivo y discriminatorio enunciado por la segunda instancia, optando por escudarse en la recién sancionada ley 26.682 de reproducción médicamente asistida para reconocer el derecho de la actora.

En el caso *L.E.H.*[63] se demanda a una obra social para que brinde un tratamiento complejo de TRHA que no se encuentra incluido de modo explícito en la ley 26.862. Al igual que en *K., C.N.,* la demanda es rechazada en las instancias inferiores por no contar la pretensión con un reconocimiento normativo explícito. Si bien la Corte reconoce el rango constitucional del derecho a la salud reproductiva, adopta una posición deferente respecto de los poderes políticos: "Que es cierto que la regulación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los 'nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos' (art. 20). Sin embargo, el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable 'cuando [tales procedimientos] sean autorizados por la autoridad de aplicación' (*idem*) situación excepcional en la que no se encuentra la técnica DGP".[64]

De este modo, la Corte adopta un escrutinio leve y delega al órgano de aplicación la determinación del alcance efectivo del derecho a la salud reproductiva:

> Que, en razón de lo expuesto, deviene inadmisible que sean los jueces o tribunales —y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo— quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción

62 *Ibidem*, p. 1.

63 CSJN, *L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/amparo,* de 1 de septiembre de 2015.

64 *Ibidem*, cdo. 8.

> humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades.[65]

Hasta aquí tenemos la jurisprudencia zigzagueante de la Corte en materia de salud reproductiva, y más precisamente de aborto o interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, no evade pronunciarse sobre el tema en el caso *F.A.L.,* de 13 de marzo de 2012.[66] El asunto llega a la Corte en un contexto de amplia discusión sobre los alcances del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. ¿La norma autoriza el aborto solo cuando el embarazo es fruto de una violación de una mujer con discapacidad mental (interpretación restringida) o autoriza a abortar a cualquier mujer cuando su embarazo sea fruto de una violación (interpretación amplia)?

En este sentido, la interpretación restrictiva de dicho artículo ha limitado el acceso al aborto por parte de muchas mujeres que han sido violadas. Varios de los casos que llegaron a tener visibilidad mediática hablaban incluso de violaciones de niñas. De esta manera, las niñas y mujeres embarazadas "sin discapacidad mental", ante la negativa de un médico de realizar un aborto, se sometían a prácticas caseras de aborto con grave riesgo para su salud y vida o continuaban con el embarazo pese a la grave angustia que les genera. En algunos casos judicializan su situación y aun así, por lo general, son ignoradas en su pedido ante la justicia.

Las voces de las niñas y mujeres son silenciadas o invisibilizadas, por lo menos, de dos maneras: *a)* se dicta una sentencia judicial denegando el derecho a practicarse un aborto en estos casos, alegando el derecho a la vida de la persona por nacer; en otros, *b)* la práctica es mucho más perversa, pues la imposición de realizar un reclamo judicial conlleva en muchos casos la negativa del derecho por el mero paso del tiempo y el avance del embarazo. La práctica del aborto sin riesgo para la vida puede realizarse hasta cierta etapa del embarazo y, en la mayoría de los casos, los tiem-

65 *Ibidem*, cdo. 10.

66 Ramón Mitchell, Agustina y Bergallo, Paola, *op. cit*.

pos que insume una resolución judicial provoca la expiración de ese plazo, con lo cual, las mujeres quedan imposibilitadas para realizar la práctica sin riesgo para su vida.[67]

Particularmente, en el caso *F.A.L.* se trataba del pedido de autorización para practicar un aborto a una niña de 15 años, A.F., que se encontraba embarazada de ocho semanas como consecuencia de una violación llevada a cabo por su padrastro (pareja de la madre y padre de los hermanos de la niña). El pedido de autorización fue oportunamente realizado ante el Ministerio Fiscal de la Provincia de Chubut[68] por la madre de la niña. Madre e hija debieron afrontar un "largo derrotero judicial" y administrativo a la hora de obtener una respuesta a su solicitud: en primer lugar, en el ámbito administrativo, la negativa del médico o del efector de salud correspondiente. En el ámbito judicial, inicialmente el juez del fuero penal donde se presenta el pedido se declara incompetente, luego, la jurisdicción en materia familiar rechaza el pedido tanto en primera como en segunda instancia, esto a pesar de que existían informes del Equipo Técnico Interdisciplinario donde constaba que la niña "[...] presentaba síntomas depresivos [e] ideas suicidas persistentes [...]", por lo que se estimó que "[...] la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña implicaba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida" (cdo. primero).

Es así como el caso llega al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, que declara procedente el pedido y autoriza la práctica del aborto, pues se trataba de un caso de "aborto no punible" conforme al artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Asimismo, aclara el tribunal que en estos casos no se requiere autorización judicial para llevar a cabo la práctica. De esta manera, finalmente A.F. pudo acceder a la intervención abortiva, luego de casi dos meses de haber realizado la solicitud (que ante la justicia se inicia el 14 de enero, mientras que la práctica se lleva a cabo el 11 de marzo de 2010).

---

67 Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, *op. cit*.

68 Véase Santos, Fabián, "Derecho a la salud en la provincia de Chubut", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *op cit*., pp. 2517-2528.

Sin embargo, el "derrotero judicial" no termina aquí. El asesor general subrogante de la provincia presenta un recurso extraordinario federal en representación del *nasciturus,* que fue concedido por la "gravedad institucional" que presentaba el caso, pese a que la práctica ya se había realizado. En general, se alegaba la violación al derecho a la vida de la persona por nacer con referencia a diversos instrumentos internacionales (cdo. tercero).

La Corte Suprema argentina decide dictar sentencia sobre el fondo en el caso *F.A.L.,* pese a que la práctica abortiva ya se había realizado, pues

> [...] dada la rapidez con que se produce el desenlace de [estas] situaciones, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que estas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal [...], corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas.

Por ello, coincidimos con la Corte cuando sostiene que es necesario el pronunciamiento, a fin de que sea "conocido para la solución de casos análogos que pueden presentarse en el futuro".

Respecto del problema o cuestión que plantea el caso, la Corte lo encuadra como un problema de interpretación de normas de derecho federal (derecho internacional de los derechos humanos) realizada por el Superior Tribunal de la causa (el de la Provincia de Chubut) que lo lleva a realizar una interpretación amplia de los abortos permitidos por el inciso 2 del artículo 86 del Código Penal.

Esta interpretación del derecho federal es atacada por el asesor general subrogante provincial. Entendemos que no sería acertado concluir que la Corte está analizando el recurso por la simple interpretación de una norma de derecho nacional común, sino por la interpretación de los derechos que sustentan (o no) la norma del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Asimismo, la Corte interpreta que tiene la obligación de sentar jurisprudencia a partir del caso y sostiene que "[...] se ve obligada a tener que establecer la inteligencia de las previsiones".

Esa obligación emanaría del derecho internacional de los derechos humanos, ya que el Estado argentino fue advertido en varios informes de organismos de protección internacional por la práctica continua de interpretación restrictiva del alcance del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Por eso, para la Corte, la cuestión no es evaluar solo la corrección o no de las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del artículo 75, inciso 23 de la CN alegada por el asesor general provincial sobre el derecho a la continuación de la existencia intrauterina.

La cuestión requiere considerar además los derechos de las niñas y mujeres en estado de gravidez por haber sido objeto de violencia sexual y por las restricciones que sufren a sus derechos cuando se les obstaculizan los pedidos de aborto. La respuesta a la consideración de todos los derechos en juego lleva a la Corte a sostener la interpretación amplia del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. Del fallo es posible extraer la siguiente regla, que dividimos en dos partes para su mejor comprensión:

a) El Estado nacional, el estado provincial o municipal a cargo de los servicios sanitarios tienen la obligación de practicar el aborto cuando se trata de una solicitud proveniente de una mujer en estado de gravidez por violencia sexual, sin ser necesario el pedido judicial de la autorización para practicar la interrupción ni la denuncia judicial de la violación, bastando la mera manifestación sobre este hecho ante el médico tratante.
b) Las autoridades referidas tienen la obligación de poner a disposición de las mujeres que solicitan la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarla a cabo de manera rápida, accesible y segura.

La Corte enuncia y desarrolla argumentos de peso que justifican la regla que surge del fallo, es decir, la interpretación amplia del artículo 86, inciso 2 del Código Penal. La mayor parte de esos argumentos son de naturaleza constitucional. A su vez, giran en torno a dos acciones que debe realizar el Estado:

1. cesar de obstaculizar las prácticas de interrupción de embarazos mediante la exigencia de trámites (judiciales y/o administrativos) innecesarios, y

2. garantizar una interrupción del embarazo segura actuando en forma suficiente, accesible y rápida.

La Corte advierte así que las autoridades —nacionales y provinciales— tienen obligación de respetar, como así también de proteger.

Los argumentos de la igualdad de trato y de no discriminación arbitraria, la voluntad del constituyente respecto del artículo 75, inciso 23 de la CN, el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de dignidad humana y el examen de estricta legalidad confirman, en forma convincente, la tesis de la interpretación amplia del artículo 86, inciso 2, del Código Penal. Con esto, la Corte cumplió su deber de "[...] esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional."

Sin embargo, la Corte, con acierto, no detiene su argumentación en este punto. Continúa estableciendo las obligaciones que tienen las autoridades nacionales y provinciales, no solo respecto de no obstaculizar los abortos no punibles, sino de garantizar condiciones médicas y sanitarias para que se pueda interrumpir el embarazo de manera segura. Así, pareciera que la Corte reconoce no solo que el aborto en ciertos casos está permitido, sino además que es un derecho de las mujeres acceder al mismo.[69]

2.5. Derecho a la salud y VIH

En el caso *Asociación Benghalensis y otros vs. Estado nacional,*[70] un grupo de asociaciones civiles promueve acción de amparo contra el Estado nacional a fin de que se efectivice la entrega de medicamentos a personas afectadas por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), en los términos establecidos en la Ley de Lucha contra el Sida, núm. 23.798 y de acuerdo con los estándares cons-

[69] Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, *op. cit.*

[70] CSJN, 1 de junio de 2000, fallos 323:1339.

titucionales vigentes en materia de derecho a la salud.[71] Ante la demanda de las actoras, el Estado nacional adujo, en un contexto político y económico en el que el argumento del federalismo era utilizado para deslindar obligaciones del Estado nacional y reducir el gasto público,[72] que su responsabilidad terminaba en la distribución y entrega de los medicamentos a las jurisdicciones locales, en las cuales recaía en última instancia la entrega concreta de los medicamentos. También negó la legitimación activa de las actoras, en tanto no podían invocar la lesión a un derecho concreto.

En su decisión, la Corte retoma el texto de la mencionada ley como elemento decisivo, la cual establece en su artículo 8 el derecho de los pacientes a "recibir asistencia adecuada", y que es interpretado por el Tribunal en términos de suministro continuo y oportuno de medicamentos, confirmando las sentencias de las instancias inferiores y el dictamen del procurador general de la nación.

Este caso resulta especialmente relevante, en tanto la Corte Suprema reconoce, en primer lugar, la jerarquía constitucional directa del derecho a la salud[73] y, por ende, la necesidad de su satisfacción no solo a través de medidas de no interferencia, sino también de acciones positivas que garanticen su efectivo goce por parte de la población. Así, se inaugura una línea jurisprudencial progresiva en materia de protección del derecho a la salud, que luego se irá expandiendo a otros derechos, estableciendo la

---

71 Para un análisis pormenorizado de la decisión en lo que hace al control de constitucionalidad y el derecho a la salud véase en esta obra el capítulo de Ethcichury, Horacio, "Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos".

72 El uso regresivo del argumento del federalismo, que también afectó durante la década de los noventa al derecho a la educación, ha sido analizado en Scioscioli, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental: implicancias y alcances en el contexto de un estado federal*, Buenos Aires, Eudeba, 2016, y Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sostenimiento*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2018.

73 Jerarquía que luego sería desarrollada y expandida en el *Caso Campodonico de Beviacqua* (fallos 323:3229), ref. p. 4, incorporando los estándares del PIDESC como insumo para la interpretación del alcance del derecho a la salud.

responsabilidad estatal de desarrollar medidas de acción positiva, sin las cuales se tornaría ilusorio el goce de los derechos garantizados en la Constitución nacional.

Por otro lado, el Máximo Tribunal establece la responsabilidad indelegable del Estado nacional sin perjuicio de las obligaciones que correspondan a las jurisdicciones locales.[74] De este modo, la Corte Suprema privilegia la satisfacción del derecho a la salud por sobre los argumentos de competencias y establece la responsabilidad residual del Estado nacional ante el incumplimiento de las prestaciones requeridas por parte de los órganos inferiores, en cuanto autoridad de aplicación del programa establecido por la ley 23.798.

Por último, reconoce una legitimación activa amplia en los casos de asociaciones y organizaciones constituidas con el fin de resguardar derechos tales como la vida, la salud y la dignidad de las personas en los términos del artículo 43 de la Constitución nacional.

Un segundo caso al respecto resulta el fallo *Etcheverry, Roberto Eduardo v. Omint Sociedad Anónima y Servicios*.[75] El señor Etcheverry era portador de VIH y gozó de la cobertura brindada por la empresa de medicina prepaga Omint hasta que fue despedido. Dicha cobertura se había originado gracias a un contrato que la empresa de medicina privada había entablado con la empleadora del señor Etcheverry. Luego de suscitado el despido, este último pretendió continuar con la cobertura de Omint, aunque costeando la cuota por su propia cuenta; sin embargo, Omint decidió darle de baja de su nómina de afiliados, basándose en razones relacionadas con la libertad contractual, por tanto, el señor Etcheverry presentó un amparo que llegó a la Corte Suprema.

La Corte le dio la razón al actor con base en el siguiente fundamento:

> Debe descalificarse como acto jurisdiccional válido la sentencia que convalidó el cese intempestivo de la cobertura brindada por una

[74] Véase análisis del *Caso Campodónico de Beviaqua* en este capítulo.

[75] CSJN, 13 de marzo de 2001, fallos 324:677.

empresa de medicina prepaga con sustento en la libertad contractual, si el beneficiario requería de tratamiento médico constante, regular, oportuno y sin dilaciones, pagaba regularmente la cuota y su condición de portador asintomático de VIH impedía que pudiera celebrar un nuevo contrato con otro prestador, pues se hizo primar dicha garantía sobre el derecho a la salud.

Por último, el caso *V.,W.J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC)*[76] consolida esta línea jurisprudencial. El actor era portador de VIH y estaba afiliado a la obra social correspondiente a su categoría laboral (OSECAC) hasta que fue despedido por la empresa empleadora. V.,W.J. solicitó a OSECAC seguir pagando la cuota mensual y pasar a la calidad de adherente voluntario, pero la obra social rechazó el pedido, por ello, V.,W.J., quien entendía que había sido discriminado por su enfermedad, presentó un amparo en contra de la obra social. Además, sostenía que la negativa ponía en riesgo su salud e integridad física y psíquica. La Corte Suprema concedió el amparo y determinó que OSECAC debía incorporarlo a su plan médico en calidad de adherente voluntario.

Posteriormente, la regla sentada en *V.,W.J.* se reitera en *F.,S.C. c/ Obra Soc. de la Act. de Seguros Reaseguros Capit. Ahorro*.[77] La actora requería un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones. Mientras trabajaba, estaba afiliada a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda. Concluida la relación laboral, la actora, manifestó su voluntad de mantener la afiliación pagando por su cuenta la cuota correspondiente y solicitó que la obra social, en esas condiciones, mantuviera las prestaciones; sin embargo, la entidad decidió interrumpir la relación. Contra esta decisión, Fernández inició un amparo para que la entidad la aceptara como afiliada en las nuevas condiciones, y como medida cautelar solicitó que se mantuviera el tratamiento que ya venía recibiendo.

En primera instancia se concedió la medida cautelar, que luego fue revocada por la Cámara. El caso llegó a la Corte, quien

[76] CSJN, 2 de diciembre de 2004, fallos 327:5373.

[77] CSJN, 20 de diciembre de 2005, fallos 328:4493.

concedió la medida solicitada y ordenó a la obra social hacerse cargo del tratamiento. Sostuvo que, dada la urgencia y el riesgo que corría su vida, la obra social debía, hasta en tanto se resolviera si tenía derecho o no a seguir afiliada, continuar brindándole la cobertura médico-asistencial que venía recibiendo y que requería su enfermedad.

2.6. Derecho a la salud y medicamentos

La línea jurisprudencial que engloba supuestos en los cuales se demanda a un órgano la provisión de medicamentos se inicia tras el mencionado caso *Campodónico de Beviaqua*. Como se relató, en este se exigía al Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas la no interrupción de una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía el paciente en su médula ósea, que disminuía sus defensas inmunológicas. Por cuestiones analíticas, hemos decidido clasificar ese fallo como "prohibición de regresión arbitraria", a donde remitimos.

Particularmente en lo que se refiere a la provisión de medicamentos, la línea sentada en *Campodónico de Beviaqua* se consolidó en sucesivos fallos de la Corte. Mencionaremos algunos a modo de ejemplo. El primero es *Asociación Esclerosis Múltiple de Salta*,[78] donde una asociación constituida para proteger los derechos de las personas que padecen esa enfermedad presentó un reclamo contra una disposición del Ministerio de Salud nacional que interrumpía la provisión de remedios a cierta clase de estos enfermos. Se atacó dicho actuar por insuficiente y defectuoso. Según la ley, los enfermos debían tener cubierta la provisión en un 100%. El Ministerio, cuando reglamentó la norma, excluyó a estas personas del referido suministro, ya que entendía que producían serios efectos colaterales y, en ocasiones, eran aplicados incorrectamente a personas que en realidad sufrían otras enfermedades.

El Tribunal constató la relación fáctica entre este actuar defectuoso del Ministerio y la violación al derecho. Consideró que determinar si el tratamiento era el indicado o no correspondía al

[78] CSJN, 18 de diciembre de 2003, fallos 326:4931.

juicio de los médicos en cada caso particular, y que el Ministerio no había podido justificar por qué dejaba sin protección a quienes padecían esa enfermedad discapacitante, que tenía por ley el 100% de cobertura en medicamentos. La decisión del Tribunal implicó, en la práctica, que todos los enfermos de esclerosis múltiple que residían en Salta volvieran a recibir la medicación con una cobertura del 100%.

Un caso particular, pero que sugiere un tratamiento análogo, es *Pardo c/ Di Césare*.[79] La causa principal trató sobre un juicio de daños y perjuicios con motivo de un accidente de tránsito. Sin embargo, un incidente iniciado por una solicitud de medida cautelar trató sobre la relación entre el derecho a la salud y la garantía de medicamentos y prótesis. El requerimiento fue presentado por los padres de una niña que había sido atropellada por un auto que viajaba a alta velocidad, lo cual le provocó caer en estado vegetativo y cuadriplejia. En el incidente se solicitaba que tanto el demandado como su compañía de seguros atendieran las necesidades médicas de la niña de forma inmediata; de lo contrario, su estado de salud empeoraría. La Corte admitió el pedido incidental, sosteniendo que si debía esperarse a la finalización del juicio por daños para costear esos servicios de salud, la sentencia, en lo que respecta al derecho a la salud de la niña, se tornaría ineficaz. Por tanto, ordenó que se cubrieran los gastos médicos inmediatos que se precisaban, los que incluían medicamentos, cirugía y prótesis.

2.7. Derecho a la salud y personas en situación de discapacidad

De acuerdo con informes recientes, más de mil millones de personas en todo el mundo viven con alguna forma de discapacidad,[80]

[79] CSJN, 6 de diciembre de 2011.

[80] Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y El Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento", *Direito GV Law Review*, São Paulo, 2013, *www.scielo.br*

y de ellas, alrededor de 200 millones experimentan dificultades considerables en su vida cotidiana. En todo el mundo, estas personas "[...] tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad".

Las razones de esta desigualdad son conocidas: "[...] los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que muchos de nosotros consideramos obvios, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte o la información. Esas dificultades se exacerban en las comunidades menos favorecidas". Ante esta situación, la obligación en términos igualitarios es "[...] emancipar a las personas que viven con alguna discapacidad y suprimir los obstáculos que les impiden participar en las comunidades, recibir una educación de calidad, encontrar un trabajo digno y lograr que sus voces sean escuchadas".

Al respecto, no se trata solo de aprobar medidas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas; se requiere también que estas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática. Por ejemplo, según el documento citado de los informes de los países que tienen leyes sobre accesibilidad, aun en el caso de que estas tengan una antigüedad de 20 a 40 años, confirman un bajo nivel de cumplimiento. Otro tanto podría predicarse de las leyes sobre protección integral de las personas con discapacidad tendentes a lograr igualdad real en el ejercicio del derecho a la salud y a la educación, entre otros.

Respecto de las condiciones de acceso a los sistemas de salud, las personas con discapacidad suelen padecer la falta de financiación efectiva de los sistemas. Por ejemplo, en los países de ingresos altos, entre 20 y 40% de las personas con discapacidad no tienen cubiertas sus necesidades de asistencia para las actividades cotidianas. En muchos países de ingresos bajos y medianos, los gobiernos nacionales no pueden proporcionar servicios adecuados, y los proveedores comerciales de servicios no están disponibles o no son financieramente asequibles para la mayoría de las familias.

Un análisis de la Encuesta Mundial de Salud de 2002-2004, realizado en 51 países, señaló que las personas con discapacidad tenían más dificultades que las personas sin discapacidad para

obtener exenciones o reducciones de los costos de atención de salud. En este sentido, la Corte Suprema argentina generó una jurisprudencia copiosa referida al derecho a la salud, en algunos casos, combinada con el derecho a la educación y/o el derecho al acceso a una vivienda digna. Varios de esos fallos encuentran como actores de la petición a personas con discapacidad (tratándose en su mayoría de niñas y niños, personas mayores o mujeres).

Incluso, aplicando directamente la Constitución se puede vislumbrar una tendencia jurisprudencial de la Corte argentina de ampliar la obligación de cobertura integral de la salud de las personas con discapacidad. Esta interpretación a favor de la actualización de las prestaciones surge además de la consideración del mandato constitucional del artículo 75, inciso 23 de la CN, que identifica a las personas con discapacidad como un grupo vulnerable o en desventaja que requiere de "medidas de acción positiva".

En suma, la jurisprudencia sobre (des)igualdad de las personas con discapacidad, si bien habla de la prohibición de no discriminación arbitraria, advierte sobre la importancia de las medidas de acción positiva. Este énfasis puesto en las obligaciones estatales de prestación positiva va de la mano de las interpretaciones realizadas por el Comité DESC, que indican que el derecho a la salud de estas personas no solo requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de respetar, sino también de proteger y garantizar a través de un actuar positivo. En este sentido, las decisiones de las cortes pueden ser interpretadas como partes del actuar positivo del Estado tendente a lograr igualdad real de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos. Además, esta jurisprudencia otorga material argumentativo suficiente para reclamar una mejor protección de sus derechos por la vía de las acciones de incidencia colectiva de las personas con discapacidad en situación de calle o pobreza.

Así, por ejemplo, en el caso *Martín, Sergio Gustavo y otros c. Fuerza Aérea Argentina —Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo*,[81] los padres de una niña con discapacidad habían presentado un amparo contra la Fuerza Aérea Argentina

[81] CSJN, 8 de junio de 2004, fallos 327:2127.

para que la obra social correspondiente a ese órgano cubriera la totalidad de las prestaciones médicas que necesitaba su hija. La Corte decidió conceder el amparo. El voto de la mayoría expresó que si bien la Fuerza Aérea no estaba legalmente obligada a brindar el tratamiento médico, esa repartición formaba parte del Estado nacional, el cual sí estaba obligado a realizar todas las acciones necesarias para garantizar, en forma prioritaria, la protección de la salud de los niños y las personas con discapacidad. Así, advierte que —en atención a la urgencia del caso— resultaría desproporcionado imponer a la reclamante que acuda a los órganos a que se refiere la reglamentación de las leyes 22.431 y 24.901 para solicitar la cobertura de la prestación discutida, ya que la obra social demandada podría gestionar la compensación de los gastos que implique el tratamiento solicitado ante los órganos estatales competentes o, agrega, articular con aquellos un mecanismo que permita a la reclamante contar con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación.

En *Orlando,*[82] una mujer de 55 años de edad que vivía en la Provincia de Buenos Aires padecía esclerosis múltiple que le causaba una discapacidad visual y motora, y requería tratamiento prolongado y suministro del medicamento "Acetato de Glatiramer-Copolimero (Copaxone)". El diagnóstico hablaba de una enfermedad de carácter grave y progresiva. El tratamiento se requería urgentemente, entre otras cosas, para evitar un rebrote de la enfermedad. La Provincia de Buenos Aires se negó a entregar el medicamento requerido, ya que la esclerosis múltiple no resultaba ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento: el medicamento no figuraba en el Vademécum provincial, aunque sí formaba parte del PMO nacional que, por lo visto, la provincia no consideraba vinculante en ese entonces. Por su parte, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación entregó el medicamento durante seis meses; luego lo interrumpió y guardó silencio ante los reclamos posteriores formulados por la afectada, quien inició una acción de amparo y una cautelar ante un Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal de la Capi-

[82] CSJN, 24 de mayo de 2005. Para un estudio de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de salud y situación de discapacidad en la Provincia de Buenos Aires véase Clérico, Laura y Vita, Leticia, *op. cit*.

tal contra la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) y contra el Estado nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social) para que le proveyeran los medicamentos necesarios para continuar con el tratamiento. El juzgado de primera instancia se declaró incompetente y remitió el caso a la Corte.

La Corte Suprema nacional se pronunció dos veces sobre el caso. En 2002 resolvió que era competente para que el reclamo se tramitara en la instancia originaria; esto significaba para la afectada que su pedido iba a ser resuelto en forma directa por la Corte sin necesidad de intervención previa de un tribunal inferior. Asimismo, concedió la medida cautelar solicitada y ordenó tanto al estado provincial como al nacional la entrega urgente y continua del medicamento para posibilitar el tratamiento. En 2005 se pronunció sobre el fondo del caso, concedió el amparo y ordenó a la provincia que continuara entregando el medicamento. Consideró injustificado el actuar omisivo provincial e insuficiente el del Estado nacional. En especial, estimó que ninguno de los dos obligados atacaba el grave estado de salud de la señora Orlando ni ofrecía razones que demostraran que la actora estaba recibiendo en forma eficaz el medicamento por otra vía. Respecto de la provincia, sostuvo que el hecho de que alegara que la esclerosis múltiple no fuera una enfermedad cubierta por la Dirección de Política del Medicamento no lograba justificar la omisión.

Para ello tuvo en cuenta que el derecho a la salud estaba garantizado también por normas de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires 66 y concluyó que la provincia tenía la obligación de implementar un medio eficaz para otorgar a la señora Orlando el medicamento en forma oportuna y continua, atendiendo a la gravedad de la enfermedad y la urgencia de la prestación.

Por otra parte, advierte que el actuar del Ministerio de Salud de la Nación, fue correcto, en tanto entregó el medicamento ante la omisión provincial injustificada, pero aclara que la interrupción de la entrega fue arbitraria, porque la enfermedad seguía siendo grave, la prestación urgente, y no existían constancias de que para ese entonces la provincia hubiera cesado en su omisión de entrega.

Por último, en *Orlando* reaparece también la heterogeneidad (fragmentación) de los sujetos obligados en un Estado federal.

Sin embargo, como en *Campodónico*, esa fragmentación no podría pesar en contra del derecho del afectado en una situación de gravedad y urgencia. En el fallo se alude también a las leyes 23.661 y 23.660 para advertir que todas estas entidades participan de un mismo sistema nacional de salud, y que es el Estado nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales y los compromisos internacionales asumidos.

En esta línea argumentativa entiende que en el PMO estaba prevista la cobertura de 100% de los medicamentos necesarios para tratar la esclerosis múltiple para pacientes con dos o más brotes en los últimos años. Es interesante la referencia al PMO. En la práctica, lo está haciendo extensible a las personas que no tienen obra social ni sistema de medicina prepaga y que solo cuentan con cobertura pública provincial o, en su defecto, nacional. En este sentido, parece tomar en serio la justificación del PMO en sus considerandos cuando sostiene que este conformaría un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional "por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto".

La nación estaría obligada por estas normas y, además, por las leyes que reconocen los derechos de las personas con discapacidad, según las cuales toda persona carente de recursos tiene derecho a recibir las prestaciones médicas necesarias. El estado provincial lo estaría en forma analógica, en virtud de las normas provinciales de rango constitucional[83] y, en la actualidad, por el Programa Incluir Salud.

[83] La ley 24.901 establece la protección integral de los derechos de las personas con discapacidad que complementa a la ley 22.431. Por su parte, la ley provincial 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad. El estado provincial se compromete a asegurar los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a las que se encuentren en imposibilidad de obtenerlos (*cfr.* arts. 1, 2 y 3). La norma comprende a las personas con discapacidad neurolocomotores y sensoriales visuales, condición alegada por la amparista. El art. 6 dispone que el Ministerio de Salud actuará de oficio en el ámbito de su competencia para lograr el cumplimiento de las medidas establecidas en la ley, a cuyo efecto deberá "[...] otorgar subsidios a discapacitados sin cobertura social con destino a la obtención de elementos de recuperación y rehabilitación de alta complejidad médica, y de tratamientos médicos especializados que no se realicen en establecimientos estatales".

En *G.M.E.*,[84] una jubilada con discapacidad demanda a la obra social PAMI por la cobertura de un auxiliar domiciliario. El reclamo había sido aceptado en primera instancia, pero revocado por la Cámara. La CSJN, confirmando la línea de *Orlando*, se apoya en las leyes 24.431 (unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones), 24.901 (sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad) y 26.378 (aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo) para fundamentar la especial protección que "toda la sociedad" debe brindar en estos casos. Un rasgo relevante de la sentencia es la importancia que la Corte atribuye a la interseccionalidad de discapacidad y edad avanzada[85] que define la situación de la actora.

En *Albarracín, Esther c/ Provincia de Buenos Aires y otro*,[86] la actora, de 37 años, sufría de esclerosis lateral amiotrófica definida —enfermedad considerada terminal por carecer de un tratamiento que permita su curación total y definitiva—. Tenía tres hijos a su cargo, no poseía trabajo formal y carecía de obra social o cobertura privada de salud. Por todo ello no podía adquirir el medicamento que le fuera recetado: Riluzole (100 mg.). Así, inició una acción de amparo contra el poder ejecutivo nacional (Ministerio de Salud) y la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) por considerar vulnerado su derecho a la salud. Solicitó como medida cautelar la entrega del medicamento indicado y la Corte nacional ordenó la entrega hasta que se dictara sentencia definitiva en el caso. Sin embargo, se declaró incompetente para tramitar la causa por la vía originaria. Si bien la actora inició la demanda contra el poder ejecutivo nacional —y constaba en el expediente que había efectuado los trámites ante los ministerios de Salud y de Desarrollo Social de la Nación—, no habría hecho otro tanto

[84] CSJN, *G.M.E c/ instituto nacional de servicios sociales parea jubilados y pensionados S/amparo*, de 27 de diciembre de 2011.

[85] Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38564.pdf*

[86] CSJN, 14 de diciembre de 2004.

respecto del estado provincial. Por ello, la Corte concluyó que no mediaba incumplimiento alguno de la Provincia de Buenos Aires que justificara un amparo en su contra.

En *B.V.L.*,[87] una niña había sido operada en 1999 en el Hospital Garrahan como consecuencia de un cuadro de craneofaringioma. A causa de ello, debía estar medicada permanente e ininterrumpidamente bajo riesgo de perder la vida. Sus padres solicitaron la medicación prescrita en agosto de 2002 a través del Hospital Garrahan. Luego, en septiembre de 2002, ante la Unidad Área de Asistencia Social Directa-Área Emergencia-Salud de la Provincia de Buenos Aires; en noviembre de 2002 ante el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, y en enero de 2003 remitieron una carta al referido Ministerio, sin éxito alguno, ni siquiera al momento del pronunciamiento de la Corte Suprema. El Ministerio de Salud nacional expidió a la niña un certificado de discapacidad de acuerdo con la ley 22.431, pero, ante la falta de respuesta eficaz de los diversos ámbitos estatales, los padres iniciaron una acción de amparo y una medida cautelar contra el estado provincial y nacional. La Corte Suprema concedió la medida cautelar y ordenó la entrega de los medicamentos para evitar un nuevo brote de enfermedad de la niña, además de declarar que la cuestión era de su competencia originaria.

Poggi[88] aborda el caso de una niña, M.L.P., que padecía desde los 14 años artritis reumatoidea juvenil grave, que impedía su traslado ambulatorio. La niña fue inicialmente mal diagnosticada, por lo que sufrió un agravamiento de su condición física y psíquica, dados los constantes y prolongados dolores articulares y tumefacción de gran parte del cuerpo que dificultaban y prácticamente impedían su traslado ambulatorio. La familia de M.L.P. (domiciliada en la localidad de Iriarte, Partido de General Pinto, Provincia de Buenos Aires) estaba compuesta por sus padres y cinco hermanos. Su padre estaba desempleado, la familia no contaba con cobertura de obra social ni medicina prepaga, y los medicamentos que se requerían eran costosos, por lo que no había disponibilidad en el hospital local.

87 CSJN, 24 de abril de 2003.

88 CSJN, 7 de diciembre de 2004.

El padre inició un trámite sin éxito ante el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires para la entrega del medicamento. Por ello, interpuso una acción de amparo con medida cautelar contra la provincia y el Estado nacional por vía originaria ante la Corte nacional. Esta última concedió la medida y ordenó a la provincia proveer a Santiago Omar Poggi, en un plazo de cinco días, el medicamento genérico Etanercept 25 mg., o el de nombre comercial Embrel 25 mg., para el tratamiento de su hija. Por lo demás, se declaró incompetente para conocer el amparo por vía originaria, porque no se desprendía del expediente que hubiera realizado un trámite similar ante el Ministerio nacional, por lo que no había mediado incumplimiento de la nación que hubiera justificado la demanda contra el Estado nacional, careciendo este entonces del carácter de parte sustancial en el proceso.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina también se pronunció sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad —en relación con el derecho a la salud— en clave de obligaciones de prestación que debe realizar el Estado para garantizar igualdad de condiciones. En el caso *Lifschitz*,[89] la Corte argentina ordenó al Estado nacional otorgar un subsidio que permitiera solventar los gastos de educación y transporte de un niño en situación de discapacidad cuyos padres no contaban con recursos económicos suficientes, y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transportes especiales. La Corte sostuvo que era evidente que el sistema de transporte público no podía ser adecuadamente utilizado por personas con discapacidad y que era el Estado quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. En consecuencia, resolvió que el Estado debía otorgar el subsidio hasta en tanto demostrara que los padres del niño contaban con los medios económicos para sufragar estos gastos o que había vacantes en escuelas públicas especiales y un transporte público adecuado.

La cuestión en el caso *Lifschitz* también presenta un tema de violación de la prohibición de discriminación porque todos los niños tienen derecho a acceder a la educación formal. Este niño

[89] CSJN, fallo 327:2413, de 2004.

se veía impedido a acceder a la educación por su situación de discapacidad. No había vacantes en las escuelas públicas cercanas y los medios de transporte no estaban preparados para que esta persona pudiera moverse por sus propios medios y así acceder a una escuela que responda adecuadamente a sus necesidades e intereses. Además, el niño se encontraba en desigualdad de condiciones respecto a aquellos que poseían una obra social o subsidio estatal para la educación especial.

En este caso, la discriminación se produce a causa de su condición social, sumado a que pertenece a un grupo vulnerable o en desventaja —personas con discapacidad, art. 75, inc. 23, CN—.[90] La misma línea de *Lifschitz* es confirmada por la CSJN en los casos *L.S.R.*,[91] en 2013, y *P.L.J.M.*,[92] en 2014.

2.8. Derecho a la salud y empresas de medicina prepaga como sujetos obligados

En el fallo *Hospital Británico*,[93] la Corte Suprema confirma la constitucionalidad de la ley 24.754, que extendió a las entidades de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales respecto de la drogadicción y del VIH. Además, se consolidó la regla que establece que el Congreso puede dictar medidas de acción positiva respecto de "grupos tradicionalmente perjudicados" (regla que surge expresamente del art. 75, inc. 23 CN). En concreto, se tomaron en cuenta dos argumentos. El primero, referido a que compete a la prepaga la carga de la argumentación, así como la entidad del

90 Véase la sentencia reciente de la CSJN recaída en el *Caso Q.C.* (2012) en el que condenó al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a realizar acciones positivas adecuadas y suficientes para que un niño que padecía una discapacidad grave y vivía con su madre en la calle tuviera acceso a una vivienda digna, Caramelo Díaz, Gustavo, "El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012.

91 CSJN, 10 de diciembre de 2013.

92 CSJN, 19 de marzo de 2014.

93 CSJN, 13 de marzo de 2001, fallos 324:754.

perjuicio que debe justificar para la admisibilidad de la acción; y el segundo, referido al grupo de personas protegidas por la reglamentación.

Respecto del primero, la actora —Hospital Británico— no demostró que la ley atacada implicara un "perjuicio" a la libertad de contratar, de propiedad y de ejercer industria lícita. Daba cuenta de que en su argumentación existían "[...] ciertas pautas —algunas de ellas, inclusive, oficiales— que, eventualmente acompañadas de una estimación promedio de la cantidad de enfermos a atender o asistir, permitirían —ellas u otras— apreciar si, en efecto, la inclusión de estas prestaciones obligatorias, compromete [...] la subsistencia e integridad patrimonial de la actora". Sin embargo, la prepaga no tomó en cuenta esas pautas para "calcular" y demostrar en concreto el perjuicio que le provocaba la aplicación de la norma y, por ello, sus afirmaciones "[...] se evidencian [así] dogmáticas, comportando, antes bien, juicios conjeturales más que aseveraciones respecto de agravios constatados, toda vez que, en rigor, no se advierten en el caso elementos serios que permitan apreciar debidamente esta cuestión".

El segundo argumento se refiere a la manda constitucional dirigida al Congreso para que dicte medidas de acción positiva respecto de "grupos tradicionalmente perjudicados como [...] los discapacitados" y de las personas afectadas por el VIH y la drogadicción, como en el caso de la ley 24.754, que alcanza a las entidades de medicina prepaga.

El fallo *Hospital Británico* inicia así una línea jurisprudencial referida a la relación entre el derecho a la salud y las empresas de medicina prepaga que será confirmada con posterioridad. En este sentido, la falta de regulación integral de las prepagas hasta 2011, cuando fuera aprobada la ley 26.682 sobre marco regulatorio, fue suplida por los tribunales (y, en especial, por la CSJN), por medio de la aplicación directa del derecho a la salud, de rango constitucional. Esto arrojó resultados positivos en términos de sostener la fuerza vinculante y de aplicación directa del bloque de constitucionalidad, especialmente por el estado de vulnerabilidad del afectado (ya sea por su situación de discapacidad, edad, sexo y/o enfermedad) y por la urgencia de la prestación.

En líneas generales, se diría que la Corte sostuvo, a través de su jurisprudencia, que:

a) el derecho a la salud genera obligaciones a las prepagas;
b) quienquiera atacar la constitucionalidad de esas obligaciones tiene la carga de la argumentación y de la justificación agravada;
c) las prestaciones obligatorias a cargo de las prepagas pueden ser actualizadas por vía legal, reglamentaria o por interpretación directa de la Constitución;
d) queda prohibido el establecimiento de periodos de carencia respecto del PMO y es deber de la prepaga informarlo;
e) la prepaga está obligada a continuar con el contrato (y a prestar medicamentos y tratamientos para un paciente portador de VIH) si se cumple con el pago de la cuota, siendo irrelevante que el contrato lo hubiese celebrado el propio actor, o bien, su exempleadora en su beneficio;
f) la prepaga está obligada (contractual y legalmente) a la atención y prestación del servicio en el caso de una dolencia cuyo tratamiento está prevista en el PMO y que además surge de la interpretación del contrato, no pudiendo la prepaga alegar el origen de la dolencia para incumplir con su obligación.

Pero, desde un punto de vista crítico, si bien la Corte se pronunció en varios temas que se relacionan con las obligaciones de las prepagas que surgen del derecho a la salud,[94] no cumplió una función relevante de articulación entre el derecho constitucional y el derecho reglamentario, al no poner al Congreso en mora por la falta de regulación "integral" del sistema de salud. Tal vez esto hubiese contribuido a alentar una discusión más amplia y pública del nivel —y calidad— aceptable de prestación al que toda persona debe poder acceder, sea cual fuere el subsector de la salud en cuestión, en especial para lograr una *igualdad real* en el ejercicio del derecho a la salud de aquellos grupos que especialmente padecen las insuficiencias estructurales del sistema

[94] Clérico, Laura, "La jurisprudencia de la Corte sobre medicina prepaga en el contexto de un sistema de salud con fronteras `híbridas´", *Jurisprudencia Argentina*, 2010, pp. 1-27.

en general: niñas y niños, personas con discapacidad, mujeres, personas mayores y pueblos originarios (arts. 75, incs. 17 y 23 CN).

Respecto de los planes médico-asistenciales, las obligaciones de las prepagas están determinadas por un piso mínimo, lo que quiere decir que no pueden apartarse de este para empeorarlo, aunque sí para mejorarlo. Respecto de la obligación a cumplir el PMO y la ley 24.901, se diría que la norma recoge los reclamos de los usuarios y la línea jurisprudencial en el tema elaborada por Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicha jurisprudencia está, como vimos, encabezada por el fallo *Hospital Británico* y la jurisprudencia posterior, donde las entidades de medicina prepaga no volvieron a formular objeciones directas a la constitucionalidad de la ley 24.754, sino que su nueva estrategia de litigio implicó atacar las actualizaciones del PMO, así como la aplicación de la ley 24.901, como dan cuenta los casos *Sartori*, *Cambiaso Péres de Nealón c/ CEMIC*, entre otros, aunque sin éxito: las prepagas debieron cumplir con las obligaciones que surgían de las actualizaciones del PMO y a la luz del derecho a la salud.

Esta interpretación a favor de la actualización y de la extensión de las prestaciones en las coberturas de las empresas de medicina prepaga es la que debe primar cuando se interpreta el artículo 7 de la ley 26.682. Surge además de la consideración del mandato constitucional del artículo 75, inciso 23, que identifica a las personas con discapacidad, entre otras, como un grupo vulnerable o en desventaja que requiere además de "medidas de acción positiva".

En ese sentido, las leyes 24.754 (así como su remisión a las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones) y 24.901 han constituido la expresión del accionar positivo del Estado. Este énfasis en las obligaciones estatales de prestación positiva va de la mano de las interpretaciones realizadas por el Comité DESC, que advierte que la garantía del derecho a la salud de las personas con discapacidad no solo requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones de respetar, sino también de proteger y garantizar a través de un actuar positivo.

Sin embargo la CSJN empieza a desandar el camino de la progresividad en *L.E.S.*,[95] fallo que restringe las obligaciones de las empresas de medicina prepaga en función de las obligaciones que les corresponden a las obras sociales, tendencia que se ve profundizada en *S.D.*,[96] en el cual rechaza el reclamo de cobertura de educación integral para personas con discapacidad contra una prepaga, privilegiando el marco contractual por sobre los derechos constitucionales involucrados.

Un último punto de actualidad vinculado con la extensión del alcance de las prestaciones obligatorias de las prepagas tiene que ver con los constantes reclamos de los usuarios relativos a los tratamientos de fertilización asistida, respecto de individuos —estén o no en pareja— que no pueden tener hijos. Estos reclamos han sido resueltos de diferentes formas por los tribunales locales y nacionales. En muchos casos, la negativa se vinculaba con la cuestión de los costos que deberían afrontar las prepagas; en otros, con el problema que plantean los óvulos fecundados pero que no son utilizados. Hemos analizado estas dos cuestiones en otros trabajos.[97] Brevemente podemos afirmar que estos argumentos no tienen el peso suficiente como para justificar una "violación" al derecho a la salud de los pacientes. En cuanto a los costos, no está probado que las empresas de medicina prepaga terminen en la quiebra directa por tener que afrontar estos tratamientos. La cuestión de la ecuación económica que deben mantener las prestaciones respecto de lo que pagan los usuarios y la imposibilidad de hacer esfuerzos por parte de las prepagas se vio tanto en distintos fallos judiciales (p. ej., *Etcheverry)*[98] como en los debates parlamentarios, por ejemplo, cuando se discutió la ley de salud sexual y la entrega gratuita de anticonceptivos.

---

95 CSJN, 20 de mayo de 2014. La misma línea sería confirmada con posterioridad en *T.M.C.* y *P.E.G.*, de 2016. En todos estos reclamos, la empresa de medicina prepaga demandada es *C.E.M.I.C.*

96 CSJN, 15 de marzo de 2016.

97 Véase Clérico, Laura *et al.,* "El subsistema privado de salud en Argentina...", *cit.,* pp. 1417-1495.

98 CSJN, *Etcheverry, Roberto Eduardo vs. Omint Sociedad Anónima y Servicios,* de 13 de marzo de 2001, fallos 324:677. Véase, en este capítulo, el apartado sobre derecho a la salud y discriminación por VIH.

2.9. Vacunación y autonomía familiar[99]

El caso *N.N. o U.V. s/Protección y guarda de personas*[100] aborda el conflicto entre diversos paradigmas de salud y se origina de la negativa de una familia a someter a su hijo a las campañas estatales de vacunación obligatoria. La cuestión es qué tan restrictiva del derecho de la familia a determinar su propio plan de vida (P1) es la medida estatal de implementar una campaña de vacunación obligatoria (M) que busca promover el derecho a la salud de los niños (P2) y la salud colectiva: "la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación"[101] y "reducir y/o erradicar los contagios en la población".[102]

Con respecto a la idoneidad de la medida, la Corte parece contentarse con un examen de mera plausibilidad, sin detenerse a analizar la eficacia de la medida en el caso concreto: "A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad [...]".[103] El segundo subtest, el de necesidad, examina los medios alternativos que podrían haber sido desplegados por el Estado para satisfacer P2 y que, al mismo tiempo, resulten menos restrictivos que P1. En el caso, la Corte no considera medios alternativos intermedios entre la no vacunación (M2) y la vacunación obligatoria (M1):

> [...] en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presen-

99 Clérico, Laura, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

100 CSJN, fallos 335:888-905.

101 CSJN, fallo 335:904.

102 CSJN, fallo 335:808.

103 CSJN, fallo 335:901.

> te cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.[104]

La tercera etapa del examen de proporcionalidad se refiere al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En el caso se presenta, por un lado, el principio del derecho a la salud interpretado desde la perspectiva (autonomía familiar) de los padres del niño V (P1) y, por el otro, el derecho a la salud del niño y la salud pública (P2). Para la Corte, se trata de un "conflicto de intereses",[105] pues sostiene que se debe "[...] recordar que el resguardo de la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestionable tutela por parte de nuestra Constitución [...]".[106]

No cabe duda de que el principio de autonomía advierte sobre la importancia de su peso más allá de las circunstancias en concreto. Este principio, según la Corte,

> [...] le reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros. Es decir, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos —incluso públicos— están protegidos por el art. 19, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo.[107]

---

104 CSJN, fallo 335:904.

105 CSJN, *N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas*, de 12 de junio de 2012, cdo. 18.

106 *Ibidem*, cdo. 9.

107 *Idem*.

Incluso, el Tribunal extiende la importancia de este principio al ámbito de la autonomía familiar:

> [...] el derecho a la privacidad[108] —por definición propio y exclusivo de cada persona— se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (art. 11, inc. 2, CADH). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia; sin embargo, tal derecho tendrá como límite lo dispuesto por el art. 19, CN.[109]

Más aún, en cada cita, la Corte insiste en que esa autonomía puede ser limitada: "[...] no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar (art. 19 CN), sino el límite de aquella".[110] Esto dependerá del peso y la importancia de los derechos en colisión, en este caso, del derecho a la salud de los niños.[111] En el fallo se trata del derecho a la salud de un niño en su primera infancia, por ello, juega un papel fundamental la especial protección a grupos en desventaja por desigualdad estructural (p. ej., muje-

---

108 Martín Aldao advierte que la Corte usa en este caso "privacidad" en forma ambigua, pues en algunas partes parece referirse a "intimidad" (más cercana al art. 18 CN) y en otras partes a "autonomía" (art. 19 CN). Sobre esta distinción véase el caso *Bazterrica* sobre tenencias de estupefacientes para fines de consumo personal, fallos 308:1392, de 29 de agosto de 1986, en especial, cdo. 8 del voto de la mayoría: "[...] La referida norma [art. 19 CN] impone, así, límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida esta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan solo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones", y considerandos 19 y 22 del voto de Petracchi; además, Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

109 CSJN, *N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas*, de 12 de junio de 2012, cdo. 10.

110 *Ibidem,* cdo. 23.

111 Sobre el derecho a la salud de los niños véase Beloff, Mary; Freedman, Diego y Deymonnaz, Virginia, *op. cit*.

res, niñas y niños, personas mayores, pueblos originarios, personas con discapacidad).[112]

El peso abstracto del derecho a la salud de un niño sería para la Corte muy alto.[113] Esto se desprende de las siguientes afirmaciones que basa, a su vez, en argumentaciones desarrolladas en fallos anteriores sobre los derechos de la niñez: "[...] en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —art. 75, inc. 23, CN— tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego [...]". Y respecto del derecho a la salud, habla de que se encuentra "especialmente reconocido" en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la normativa interna.

Ahora bien, ese especial reconocimiento está, desde el comienzo, apuntalado porque el Estado debe hacer algo que resulte "efectivo" para que ese derecho pueda ser ejercido. Por otro lado, se trata de determinar la importancia de la realización del derecho promovido, que se establece comparando la realización conseguida por la implementación de la acción estatal (vacunación obligatoria) con la que se lograría de realizarse, en este caso, lo reclamado por los padres (la no vacunación). Desde el comienzo, la importancia de esta realización viene especialmente protegida. No basta con hacer algo, ese actuar debe ser efectivo, "adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin".[114]

En el caso, ese accionar estatal debe estar amparado por la "mayor certidumbre" respecto del logro del estado de cosas que

112 Véase Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, núm. 177.

113 Véase Beloff, Mary y Deymonnaz, Virginia, "El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte IDH", en esta obra.

114 CSJN, 12/06/2012, *N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas*, *cit.,* cdo. 17: "Que la citada Convención [...] señala como objetivo primordial el de proporcionar al niño una protección especial en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar "efectividad", adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin."

se busca alcanzar. Por eso, entre el estado de cosas logrado por medio de la vacunación obligatoria, que el Tribunal interpreta como muy alto, y el que se lograría con la no vacunación,[115] surgiría que se le imputa al grado de realización alcanzado una importancia muy alta y su no realización sería muy grave. Así, cobra sentido que la Corte se refiera a "determinados casos", por ejemplo: "[...] cabe señalar que, en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección —artículo 75, inciso 23, CN— tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego".[116]

La ponderación culmina cuando se ha agotado el balance de los argumentos que hablan a favor y en contra del peso de los principios y de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto. Por ello, una restricción grave al derecho a la salud de los niños (si no se implementara la acción estatal: la vacunación obligatoria, que por ahora es la que otorga "mayor certidumbre" en la prevención y erradicación de enfermedades evitables) no puede ser justificada por la importancia leve o moderada de la autonomía familiar. Recién, con la reconstrucción argumentativa ensayada en este trabajo, se entiende cuando la Corte sostiene, en términos más categóricos: "[...] puede concluirse que el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del art. 19, CN y, por tanto, se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional".[117]

Por ello, es especialmente importante tomar en consideración el peso y la intensidad de la restricción y de la realización de los derechos en abstracto, pues determinan el tipo de razones que se exigen en concreto para tener por justificada o no

[115] Se descarta el medio de inmunización alternativa porque no fue acompañado en concreto por los padres como un medio igual de idóneo pero menos lesivo, véase apartado sobre subexamen de medios alternativos menos lesivos.

[116] CSJN, 12/06/2012, *N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas*, *cit.*, cdo. 15.

[117] *Ibidem*, cdo. 14.

la limitación al derecho. Así, por ejemplo, la argumentación de la Corte se podría reconstruir según este esquema diciendo que si se considera el peso abstracto alto del derecho a la salud de los niños, la realización lograda alta y el carácter grave de su no realización, no basta con que por el otro lado se encuentre el derecho a la autonomía familiar, que si bien es atendible, parece haber perdido peso en el caso concreto, porque los afectados no lograron atacar la falta de idoneidad de la vacunación obligatoria o su posible evitabilidad a través de un medio alternativo igual de idóneo, pero menos lesivo. En suma, la vacunación obligatoria no es desproporcionada (excesiva) a la luz de los derechos que busca promover y de los que afecta.[118]

III. Consideraciones finales

Como se señaló en la introducción de este trabajo, el "momento constitucional" representado por la reforma de 1994 trae consigo un aumento del reconocimiento normativo del derecho a salud. Este elevado reconocimiento normativo, sumado a una marcada insuficiencia de las políticas públicas en materia de salud, explica el porqué de un alto desarrollo jurisprudencial en la materia. Este

[118] El *último paso* excede el caso concreto. Gira en torno a la *reformulación del resultado de la ponderación como regla aplicable para solucionar casos semejantes futuros.* Aquí proponemos la siguiente reconstrucción de la regla que surge del *Caso N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas,* de 2012: *si se trata de la negativa de los padres a que un niño en su primera infancia no sea sometido al plan de vacunación obligatoria para prevenir enfermedades evitables, entonces la restricción al derecho a la autonomía familiar de los padres no es excesiva si (i) la vacunación obligatoria promueve el derecho a la salud de los niños y la salud pública; (ii) no existen medios alternativos igual de idóneos pero menos lesivos pues en el caso no fue demostrado que los posibles alternativos fueran igual de idóneos que el plan de vacunación obligatoria; y (iii) la restricción al derecho a la autonomía familiar es plausible pues se trata de evitar un perjuicio concreto a la salud de los niños y a la salud pública.* Para la Corte, esta regla debería ser vinculante, salvo que justifique que el caso en análisis es diferente al problema y circunstancias relevantes del *Caso N.N. o U.,V. s/ Protección y guarda de personas* o que si bien similar la regla es incorrecta. Para el afectado (perspectiva del actor) la regla vuelve a dar pistas para encarar como desafiar las debilidades (o en su caso fortalezas) argumentativas del fallo y así planificar su estrategia argumentativa.

trabajo, precisamente, ha tenido por fin sistematizar dogmáticamente el "estado de la cuestión" de la interpretación y alcance del derecho a la salud en Argentina y, asimismo, pretendió responder a la cuestión de *qué*, *cómo* y *quiénes* son titulares y obligados en sede judicial. Esto implica, por tanto, dejar sentadas determinaciones sobre el objeto del derecho, las vías metodológicas para aplicarlo y los sujetos a los cuales se dirige.

Con este objetivo, hemos clasificado los fallos trabajados en los siguientes puntos de exposición: en primer lugar, hemos reconstruido la estructura del argumento de prohibición de regresión arbitraria, a través del caso *Campodónico de Beviaqua*. Una regresión en el estado de entrega de medicamentos requiere de una argumentación fuerte que la justifique, puesto que existe, *a priori,* una presunción en contra de dicha medida regresiva.

En segundo lugar, hemos reconstruido el examen de medios alternativos. Se expuso este examen como un punto importante a tener en cuenta en la argumentación, dado que exige, por un lado, que las modificaciones en los tratamientos cuenten con el mismo grado de eficacia y, por el otro, que exista una necesidad para tal fin. El caso de las "terapias experimentales" presenta un desafío a futuro interesante, ya que es una vía de cuestionamiento a lo reglamentado de manera general, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso.

Las categorías sentadas en los puntos 3, 4 y 5 del capítulo II reconstruyen aquellos fallos en donde la argumentación referida a cuestiones de salud entra en conexión con otros derechos. Así, primeramente nos referimos a la relación entre el derecho a la salud y el derecho a condiciones de existencia digna ante casos de pobreza extrema; luego, a la relación entre el derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres y, por último, a la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la igualdad y no discriminación, en casos relacionados con la cobertura de personas portadoras de VIH. El análisis dogmático parece revelar que cuando el derecho a la salud se conecta con estos otros derechos, resulta prácticamente improbable una justificación en contrario de su fomento.

Posteriormente nos hemos referido a uno de los rasgos importantes del objeto del derecho a la salud: la entrega de medi-

camentos. Del amplio desarrollo jurisprudencial puede extraerse el contenido de las obligaciones de dar (en este caso, medicamentos), las cuales se encuentran restringidas a su suficiencia y oportunidad. Estas restricciones son puestas en tela de juicio a la luz de la fuerza normativa del derecho a la salud.

Por lo que respecta a los sujetos del derecho a la salud, por un lado, el de los titulares del derecho, hemos hecho una mención particular a supuestos de personas con discapacidad. Los fallos evidencian que el cumplimiento del derecho en estos casos requiere de un tratamiento especial por parte de la acción estatal nacional, provincial y local; y dentro de los subsistemas de salud de los efectores públicos, las obras sociales y los privados. Por el otro, en lo referente a los sujetos obligados, los fallos muestran que no solo el Estado nacional y las provincias resultan obligados, sino también las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. En relación con estas últimas, se desprende que no existen buenos argumentos que indiquen que cuentan con un nivel menor de obligación respecto a las otras (ya sean públicas o privadas). En este sentido, su derecho a la libertad de contratar ha mostrado tener un escaso peso argumentativo que justifique una restricción del derecho a la salud.

Por último, invitamos a realizar una lectura transversal de la jurisprudencia aquí trabajada. Si bien varios de estos fallos se resuelven como reclamos individuales, un análisis transversal sostiene la tesis —arriba explicada— de que el derecho a la salud es inclusivo y social. Su goce efectivo requiere "[...] una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano".[119] Insistimos, el carácter inclusivo habla de la emergencia y necesidad de encarar algunos reclamos sobre derecho a la salud desde una perspectiva integral.

[119] Comité DESC, Observación general 14, *cit*., párr. 4. Esta cita reitera la de la sección 3 de nuestro trabajo.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, "El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina", *Salud Colectiva*, vol. 4, núm. 3, 2008.

Alegre, Marcelo, "¿Opresión a conciencia? La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, CEPC, 2007.

——, "Sobre la estructura de los derechos de prestación", en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

Aloia, Carolina y Briner, Agustina, "Sistema de salud en Argentina: evidencias recientes de su fragmentación y vigencia", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Álvarez, Magdalena I. y Guiñazú, Claudio E., "El derecho a la salud en la provincia de Córdoba", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.

——, "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Arballo, Gustavo, "Localizando el derecho a la salud", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Beade, Gustavo A., "La criminalización de la tenencia y el consumo de drogas: ¿proteger la salud mediante el castigo penal, entre otros?, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Beloff, Mary; Freedman, Diego y Deymonnaz, Virginia, "La protección del derecho a la salud de niños y niñas", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Caramelo Díaz, Gustavo, "El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012.

Cardinaux, Nancy *et al.,* "Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local", *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 2013.

Clérico, Laura, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas,* Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

——, "La jurisprudencia de la Corte sobre medicina prepaga en el contexto de un sistema de salud con fronteras 'híbridas'", *Jurisprudencia Argentina*, 2010.

——, "¿El argumento del federalismo *vs.* el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo,* año I, núm. 1, octubre de 2010.

——, "El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: 'S.M.F', 'Martín' y 'Gallardo'", en *JA 2010-II,* Suplemento del fascículo núm. 7.

——, "El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de insuficiencia, de retroceso", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

—— *et al.*, "El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el 'Marco regulatorio de la medicina prepaga'", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

—— y Aldao, Martín, "Una valija argumentativa para la exigibilidad de los derechos sociales: hacia la recuperación de la perspectiva de los actores en los reclamos en el ámbito local", en Maurino, Gustavo y Bercovich, Luciana (coords.), *Los derechos sociales en el Área Metropolitana de Buenos Aires: una aproximación desde la teoría, las instituciones y la acción*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

—— y Ronconi, Liliana, "Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina", *Revista de Estudios Constitucionales*, Talca, 2012.

—— y Vita, Leticia, "Efectos del litigio en derecho a la salud y equidad: el caso de la provincia de Buenos Aires, Argentina," *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de La Plata, 2017.

——, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y El Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento", *Direito GV Law Review*, São Paulo, 2013, *www.scielo.br*

Crojetovich, María, "Claves para pensar la dinámica del hospital público", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Fama, Victoria y Fortuna, Sebastián, "Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familiar y los derechos del niño", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Fazio, Federico de, *Teoría principialista de los derechos sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

——, "Sindicatos y obras sociales: entre la solidaridad y el control social", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Fidalgo, Maitena, *Adiós al derecho a la salud. El desarrollo de la medicina prepaga,* Buenos Aires, Espacio, 2008.

Flood, Colleen y Gross, Aeyal, "Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?", *Health and Human Rights,* vol. 16, núm. 2, diciembre de 2014.

Fortuna, Sebastián, "Derecho a la salud, campañas de vacunación y tratamientos alternativos: sobre la potestad del Estado, la autonomía familia y los derechos del niño", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Gelli, María Angélica (ed.), *Constitución comentada,* Buenos Aires, La Ley, 2008.

Gotlieb, Verónica; Yavich, Natalia y Báscolo, Ernesto, "Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina", *Cadernos de Saúde Pública,* vol. 32, núm. 10, febrero de 2016.

Krennerich, Michael, *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach, Wochenschau Verlag, 2013.

Langford, Malcolm, *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Lara Correa, Walter y Mohadeb, Sergio, "Medidas cautelares y derecho a la salud", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

León Florián, Felipe Johan, "La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades", *Pensamiento Constitucional*, Lima, 2013, *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8963*

Maurino, Gustavo y Sigal, Martín, "Derecho a la salud y litigio colectivo: perspectivas desde la Corte Suprema Argentina a la

luz de 'Benghalensis' y 'Halabi'", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, *http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38564.pdf*.

Pareto, Marcia y Aren, Julio, "La competencia en materia del seguro de salud", *Lexis,* núm. 0003/402003.

Parra Vera, Óscar, "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Pucciarello, Mariana, "El derecho a la salud en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

——, "El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires", Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina,* 2012.

Ramírez, Silvina y Pautassi, Laura, "Derecho a la salud en contextos de discriminación: el caso de los pueblos originarios", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Ramón Mitchell, Agustina y Bergallo, Paola, *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre aborto*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.

Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sostenimiento*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

——, "La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?", en Beade, Gustavo A. y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Rosales, Pablo Oscar, "La fertilización humana asistida en la reciente ley nacional 26.862 de reproducción médicamente asistida y en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Santos, Fabián, "Derecho a la salud en la provincia de Chubut", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1991

Scioscioli, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental: implicancias y alcances en el contexto de un estado federal,* Buenos Aires, Eudeba, 2016.

——, "Análisis introductorio de la estructura y funcionamiento del sistema sanitario en la Argentina", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Starowlansky, Verónica, "Reclamos administrativos y ante las obras sociales", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Suárez Franco, Ana María, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2009.

Tobar, Federico, "Salud pública y derecho a la salud", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Treacy, Guillermo, "El derecho a la salud y el amparo individual", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Vita, Leticia, "Modelos de Estado y derecho a la salud", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Zuñiga Fajuri, Alejandra, "Eutanasia y derechos del paciente. ¿Hacia dónde dirigirnos?", en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos*

*Horacio Javier Etchichury***

I. Introducción

En las últimas décadas se han hecho numerosas referencias, en Argentina y otros países, a una sentencia sobre acceso a medicamentos contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) emitida en 2002 por la Corte Constitucional de Sudáfrica (CC). Se trata del caso *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign,* conocido como caso *TAC*. El asunto fue difundido mundialmente como ejemplo de una respuesta judicial correcta frente a demandas sociales[1] y, seguramente, seguirá mereciendo

* Una versión anterior de este trabajo apareció bajo el título "Razón y recursos. Sentencias sobre acceso a drogas contra el sida en Argentina y Sudáfrica", en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 377-400.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC, 2010). *Magister Legum* por la Yale Law School (2004). Abogado y licenciado en Comunicación Social por la UNC. Investigador adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la UNC. Director del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES).

1 Un comentarista, por ejemplo, señala que la Corte sudafricana ofrece un modelo "exportable" a aquellas naciones que desean adoptar derechos so-

comentarios en los debates argentinos[2] e interamericanos. Rápidamente se volvió el modelo a seguir en la discusión sobre el derecho a la salud.

Discrepo de esta opinión generalizada. Considero que la decisión sudafricana no se centra en el derecho a la salud, en los derechos sociales o en las acostumbradas discusiones sobre qué pueden hacer o no los tribunales acerca del uso del presupuesto estatal en tales áreas. Más allá del caso particular, aquel fallo debatió otras cuestiones: qué clase de conocimiento es válido y qué argumentos son admisibles en una democracia cuando el Gobierno explica sus decisiones.

En cambio, considero que hay un fallo argentino más interesante al momento de debatir el rol de la judicatura y el alcance del derecho a la salud: *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986* (caso *Asociación Benghalensis*), resuelto en 2000 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN).

Aquí me propongo comparar ambas sentencias. Aparentemente, las resoluciones comparten varios elementos: *a)* analizan la puesta en vigor de derechos sociales a través de una acción judicial sobre bases constitucionales; *b)* contradicen la voluntad de los poderes políticos (el ejecutivo) y les dan órdenes de amplio alcance en cuestiones usualmente consideradas propias de esos poderes; *c)* se dictan en democra-

---

ciales exigibles judicialmente. Véase Christiansen, Eric, "Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: comparative lessons from South Africa", *Journal of International Law and Foreign Affairs*, UCLA, 2008, pp. 387-388.

[2] Véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 136 y 137. También ocurrió con la sentencia de la misma Corte en *Grootboom*. Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 160-168, y Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos. Un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuda como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 207-209.

cias no consolidadas, y *d)* surgen a partir de planteamientos de organizaciones no gubernamentales (ONG). Un enfoque comparativo, incluso tan reducido como este, muestra afinidades y distancias entre la decisión argentina y la sudafricana, facilitándonos una comprensión más profunda de estas jurisprudencias.[3]

Más allá de las similitudes, las sentencias muestran diferencias relevantes. La CC contribuyó con su fallo a la democratización política de su país, pero no amplió demasiado la vigencia de los derechos sociales. La CSJN confirmó el deber estatal de proveer tratamiento, con fundamentos que incluyeron el derecho a la salud en diversos alcances. Como señalé, el caso *TAC* trata las visiones conflictivas en torno al sida; analiza cómo determinar el conocimiento pertinente sobre la enfermedad, y también qué clase de argumentos resultan admisibles en la justificación de las decisiones gubernamentales. *Asociación Benghalensis*, en cambio, revisa cómo la discreción política y la falta de recursos en una crisis económica prolongada inciden en la aplicación de derechos sociales.

II. ¿Cómo se llega a las decisiones?

2.1. Argentina

Un grupo de ONG dedicadas a atender la problemática del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) interpusieron, a finales de 1996,[4] un amparo (previsto en el art. 43 de la Constitución) para exigir al Estado nacional el cumplimiento de la asistencia, trata-

[3] Véase Reitz, John C., "How to do comparative law", *American Journal of Comparative Law*, núm. 46, 1998, p. 624, y Schlesinger, Rudolf B. *et al.*, *Comparative Law. Cases, texts, materials*, 6a. ed., Nueva York, University Casebook Series-Foundation Press, 1998, p. 47.

[4] Véase Bergallo, Paola, "Courts and social change: Lessons from the struggle to universalize access to HIV/AIDS treatment in Argentina", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, p. 1626; Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios a la sentencia de la CSJN con relación a la obligación del Estado Nacional de suministrar tratamiento antirretroviral a las PVVS", *Jurisprudencia Argentina,* 2005-IV-1033.

miento y rehabilitación de los afectados por este virus, con énfasis especial en la provisión de medicamentos. Se basaron en normas constitucionales y en la ley 23.798 (Ley Nacional de Sida, sancionada en 1990) y su decreto reglamentario (1244/91). El juzgado de primera instancia estimó procedente el amparo y condenó al Gobierno federal, que apeló la resolución.[5] Una cámara de segunda instancia confirmó la decisión en marzo de 1998, y la cuestión llegó ante la CSJN.

El 1 de junio de 2000, ese Tribunal confirmó la resolución apelada y declaró al Estado federal como responsable del tratamiento de los pacientes inscritos en los prestadores de salud públicos y privados, incluyendo, en especial, la entrega de medicamentos. Ordenó al Gobierno proveer medicamentos y tratamiento contra el VIH/sida a todos los pacientes registrados. La decisión se emitió por un voto mayoritario[6] y dos concurrentes,[7] con una disidencia.[8] El caso lleva como carátula *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986.*[9]

---

5 Sin embargo, la sentencia en primera instancia obliga a aumentar el presupuesto correspondiente. Se pasa de 12 millones de pesos en 1997 a más de 79 millones en 1998; 90% de los fondos se destinan a medicamentos y reactivos. Véase Biagini, Graciela, *Sociedad civil y VIH-sida: ¿de la acción colectiva a la fragmentación de intereses?*, Buenos Aires, Paidós, 2009, p. 88. El número de pacientes asistidos se triplica durante 1997; véase Bergallo, Paola, *op. cit.*, p. 1629.

6 La mayoría sigue los argumentos del procurador general y está integrada por Augusto Belluscio, Guillemo López y Gustavo Bossert.

7 Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano firman un voto concurrente, y Adolfo Vázquez el segundo.

8 La disidencia, suscrita por el presidente de la Corte, Julio Nazareno, y los ministros Carlos Fayt y Enrique Petracchi, en los hechos confirma la sentencia favorable a las ONG dictada por la cámara de segunda instancia.

9 CSJN, fallos 323:1339. Véase también Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 139-142. Para una revisión con repaso de la normativa aplicable y propuestas de trabajo pedagógico véase Lucas Garín, Andrea, "Derecho a la vida y derecho a la salud (I). El caso *Asociación Benghalensis*", en Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena I. (coords.), *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2005, pp. 125-158.

2.2. Sudáfrica

Desde 2000, el Gobierno restringe el uso del medicamento Nevirapine para evitar la transmisión de madre a hijo (TMH) del VIH. Una ONG sudafricana llamada *Treatment Action Campaign* (TAC [Campaña de Acción por el Tratamiento])[10] se moviliza contra esta postura. En particular, reclama emplear dicho medicamento en el momento del parto para prevenir la TMH.

Inicialmente, TAC presiona al organismo de control de medicamentos para lograr la aprobación de Nevirapine para su uso en la prevención de la TMH; ello acontece en abril de 2001. A partir de ello, TAC exige por carta al Ministerio de Salud que permita a los médicos recetar Nevirapine y que establezca un programa general basado en tal medicamento.[11] En su negativa, el Gobierno aduce problemas de recursos, pero ahora el laboratorio ofrece donarlo por cinco años. El Gobierno solo permite ese uso en unos pocos centros experimentales. Las autoridades manifiestan entonces dudas sobre la eficacia del tratamiento y la necesidad de complementarlo con un "tratamiento integral", incluyendo orientación y asesoramiento, análisis serológicos y provisión de alimento para lactantes (a fin de evitar la transmisión a través de la leche materna) en los centros experimentales.

El sida representa uno de los temas dominantes de la vida sudafricana.[12] Se ha estimado el número de infectados, a fines de 2002, en casi 5.5 millones de personas, esto es, 12% de la pobla-

---

10 La organización se fundó en 1998, luego de que se conocieran los primeros estudios científicos acerca de la eficacia del AZT en la prevención de la TMH, hoy tiene cerca de 200 delegaciones y 12 000 miembros. Véase Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., "The story of the *TAC* case: the potential and limits of socio-economic rights litigation in South Africa", en Hurwitz, Deena *et al.* (coords.), *Human Rights Advocacy Stories,* Nueva York, Foundation Press, 2009, *http://ssrn.com/abstract=1323522*, pp. 2 y 11.b

11 *Ibidem*, p. 13.

12 Everatt, David y Maphai, Vincent (eds.), *The Real State of the Nation. South Africa after 1990*, (Special Edition of *Development Update*), Johannesburgo, Interfund, 2003, p. 10.

ción; entre 800 y 1 300 personas mueren por la enfermedad cada día.[13] Otros cálculos señalan que 25% de las mujeres embarazadas portan el virus.[14]

TAC inicia acciones judiciales tras organizar múltiples manifestaciones. Es un paso difícil, ya que las organizaciones sociales, en general, no desean llevar al Gobierno democrático ante los tribunales.[15] A pedido de TAC, la Corte Superior en Pretoria ordena levantar las restricciones al uso de Nevirapine y diseñar un plan comprensivo que deberá implementarse progresivamente. Tras la apelación del Gobierno, el 5 de julio de 2002, la CC declara irrazonable la restricción al uso recetado de Nevirapine para el caso de la TMH. La decisión[16] es *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign*[17] (caso *TAC*). Más allá de problemas de implementación posteriores, muchos tomaron la sentencia como un éxito. Aparentemente, se respaldó la vigencia de un derecho social contra la posición del ejecutivo, la decisión da órdenes a un poder "político" en cuestiones tradicionalmente reservadas a este, pero intentando no invadir sus competencias. Aquí propongo ir más allá de esta versión tan difundida. Sugiero entender el fallo como una resolución acerca de cuál es el conocimiento fiable sobre el sida, tal como explico más adelante.

---

13 Véase Horton, Mark, "HIV/AIDS in South Africa", en Nowak, Michael y Ricci, Luca Antonio (eds.), *Post-Apartheid South Africa. The first ten years*, Washington, Fondo Monetario Internacional, 2005, p. 113. Esta publicación incluso analiza el impacto económico del sida en Sudáfrica (pp. 119-124).

14 Shisana, Olive y Zungu-Dirwayi, Nompumelelo, "Government's changing responses to HIV/AIDS", en Everatt, David y Maphai, Vincent (eds.), *The Real State of the Nation. South Africa after 1990, (Special Edition of Development Update),* Johanesburgo, Interfund, 2003, p. 185.

15 Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit*., p. 14.

16 Véase Heywood, Mark, "Preventing Mother-to-Child Transmission in South Africa: Background, Strategies and Outcomes of the Treatment Action Campaign Case against the Minister of Health", *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand–Juta, vol. 19, parte 2, 2003, pp. 278-315, y Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., "*Republic of South Africa vs. Grootboom*. Case No. CCT 11/00. *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign*. Case No. CCT 8/02", *American Journal of International Law*, núm. 97, julio de 2003, pp. 669-680.

17 Véase 2002 (5) SA 721 (CC). Caso núm. CCT 8/02, *www.concourt.gov.za*

Ambas sentencias comparten la cuestión del acceso a medicamentos. En los dos casos, las ONG protagonizaron la vía judicial. Cabe señalar que TAC utilizó la movilización política en mayor medida que el grupo de ONG argentinas. Biagini señala que, al momento de la acción judicial, las organizaciones en Argentina estaban desconectadas de las asociaciones de base y del estilo "movimientista" y confrontativo en la esfera pública; se concentraban más bien en la formulación y ejecución de proyectos con financiamiento internacional.[18]

Las decisiones muestran diferencias claras. En *TAC* se distingue entre "declaración" y "orden" y luego se ordena "remover restricciones", esto es, se impone simplemente una conducta negativa. En cambio, la Corte argentina determina la responsabilidad estatal y ordena "proveer", una acción positiva. Resulta diferente el costo de los medicamentos en cada caso: la donación las vuelve gratuitas para el Gobierno sudafricano. La decisión en *TAC* tiene una extensión menor a la de *Asociación Benghalensis*, pues mientras que la primera abarca solo una forma de transmisión y un grupo específico (madres portadoras y sus hijos) e incluye solo dos dosis de un fármaco, *Asociación Benghalensis* incluye a todos los enfermos y portadores registrados, y se refiere a un tratamiento continuo.

III. ¿Qué cuestiones están en juego?

3.1. Argentina

El conflicto se traba en torno al manejo de los recursos económicos destinados a la provisión de tratamiento.[19] En el marco de una prolongada crisis, el Gobierno evade sus responsabilidades como proveedor de salud,[20] aunque la ley de 1990 las establece

[18] Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit*., pp. 323, 324, 327 y 328.

[19] Los casos sobre provisión representaron, según Bergallo, la primera clase de acciones judiciales. Más tarde seguirían los reclamos contra entidades privadas. Véase Bergallo, Paola, *op. cit*., p. 1618.

[20] Tealdi, Juan Carlos, "Responses to AIDS in Argentina: Law and Politics", en Frankowski, Stanislaw (ed.), *Legal Responses to AIDS in Comparati-*

claramente. Para justificar su incumplimiento, el Gobierno reivindica ante la justicia la competencia exclusiva de los poderes políticos sobre cuestiones presupuestarias (aunque la escasez no se usó como argumento explícito); también señala la responsabilidad concurrente de las provincias, las obras sociales y las empresas de medicina privada.[21]

La expansión del sida y el elevado costo de los antirretrovirales[22] han creado el problema presupuestario. El Programa Nacional de Sida, creado en 1990, recibe cada vez menos presupuesto, mientras la epidemia se expande.[23] Con 20 000 casos a finales de 2001, el país ocupa el tercer lugar en Latinoamérica, después de Brasil y México. Los pacientes están a cargo, en su mayor parte, de hospitales estatales, cuyo presupuesto cae con la crisis.[24] La búsqueda de recursos lleva a celebrar un convenio con el Banco Mundial en 1997 para acceder a un préstamo de 15 millones de dólares. El dinero se destina a crear un Proyecto de Control del Sida y Enfermedades de Transmisión Sexual (LUSIDA), a ejecutarse en cinco años. Una porción importante (cinco millones de dólares) se reserva para financiar proyectos de las ONG. Cabe señalar que, durante el mismo periodo, la industria farmacéutica consolida su incidencia en la problemática, por ejemplo, al implementarse un nuevo proyecto de actividades tras la crisis de 2001 con financiamiento externo mayor, mientras que los laboratorios se asegurarán la designación de un integrante del Mecanismo

ve Perspective, La Haya, Kluwer, 1998, p. 401, y Pecheny, Mario, "Sexual Orientation, AIDS, and Human Rights in Argentina: The Paradox of Social Advance amid Health Crisis", en Eckstein, Susan Eva y Wickham-Crowley, Timothy P., (eds.) *Struggles for Social Rights in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2002, p. 266.

21 Los argumentos se resumen en el cdo. 5 del voto de Boggiano y Moliné O'Connor en "Asociación Benghalensis".

22 Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit*.

23 *Ibidem*, p. 88.

24 Tealdi, Juan Carlos, *op. cit*., pp. 379, 402 y 403. En aquel momento, el mayor porcentaje de afectados por el VIH se hallaba en el grupo de entre 20 y 29 años, que también era la franja de la población con menor cobertura de salud. Véase CELS, *Informe Anual 2000*, Buenos Aires, 2000, cap. IX, p. 2, *http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2000_cap_9.pdf*

Coordinador de País, sobre un total de 18 miembros (solo cinco representan al Estado).[25]

Además del aspecto presupuestario, el sida en Argentina tiene otras implicaciones políticas, pero referidas a la prevención y no al tratamiento en sí. La Iglesia católica concentra su prédica en la primera,[26] por ejemplo, rechaza el uso de condones para detener la transmisión sexual.[27] Como dato contextual, vale la pena señalar que en marzo de 1999 (poco más de un año antes del fallo) la Conferencia Episcopal Argentina celebró en Buenos Aires, junto a ONUSIDA, el II Simposio Internacional sobre Prevención del Sida. A través de sus ponencias, obispos de distintos países de Sudamérica coincidieron en que el uso del preservativo genera objeciones morales que la Iglesia no puede pasar por alto. Se insiste en la necesidad de mantener la castidad y la fidelidad como verdaderas vías de prevención.[28] En cambio, la atención y cuidado a quienes padecen la enfermedad no plantea ninguna dificultad moral: por el contrario, se asume como una tarea lógica de la Iglesia. Así, por ejemplo, el papa Juan Pablo II acordó establecer en 2004 la fundación El Buen Samaritano, que asiste a las personas enfermas. Es una de las tantas iniciativas de esta confesión en la materia.[29]

Las posturas de la Iglesia tienen relevancia dada la presencia de ministros católicos en la Corte que resolvieron *Asociación Benghalensis*. El ministro Boggiano, reiteradamente asociado al Opus Dei,[30] es un importante académico de las dos principales

---

25 Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit*. pp. 27, 28 y 89-92.

26 Véase el mensaje del cardenal Javier Lozano Barragán, presidente del Pontificio Consejo para la Pastoral de la Salud, en ocasión de la Jornada Mundial del Sida de 2005, *http://www.aica.org.ar/aica/documentos_files/Santa_Sede/Consejos_Pontificios/Pastoral_Salud/2005_12_01_Jornada_Sida.htm*.

27 Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit*.

28 El informe completo con todas las ponencias está disponible en *http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/otras%20pub/SimposioSIDA[1].pdf*

29 Véase la postura oficial católica en *http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/344/712/articulo.php?id=34938*

30 En 2002, el diario *Clarín* lo describe como "miembro pleno" del Opus Dei e informa su presencia en la ceremonia de canonización del fundador de la

universidades católicas argentinas. La fe católica de varios ministros se manifestó también al definir el derecho de réplica en 1992[31] y al denegar en 1991 la personería jurídica a una asociación homosexual en el caso *Comunidad Homosexual Argentina*.[32] Las campañas gubernamentales en los años noventa se concentraron en la abstinencia y, en menor medida, se mencionaron los preservativos; muy poco espacio se dio a las precauciones para el uso de jeringas.[33] La mayoría de las ONG relacionadas con la enfermedad se dedicaron —en la época del fallo— a la prevención,[34] disputando la cuestión frente al silencio de la Iglesia y la ambigüedad del Gobierno.

Sin embargo, estas aristas políticas no aparecen en *Asociación Benghalensis*, un fallo que no discute la prevención, sino que se centra en la provisión de tratamiento y en quién debe afrontar su costo. La Iglesia no pone objeciones a la entrega de medicamentos a quienes han sufrido el contagio. La resolución de la Corte contribuyó a destrabar el conflicto ideológico que, en el seno del

obra, *http://old.clarin.com/diario/2002/10/06/s-04303.htm*. Véase también Poder Ciudadano, "Quién es quién en la justicia", *Perfil*, Buenos Aires, 1997, p. 55, citando diversas fuentes. Verbitsky señala a Boggiano como miembro "supernumerario" del Opus Dei y refiere que su ingreso a la Corte en 1990 contó con el aval del nuncio apostólico en Argentina, monseñor Ubaldo Calabresi. Véase Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993, pp. 62 y 63. En 2005, cuando Boggiano fue sometido a juicio político, el Vaticano manifestó interés en el resultado del proceso, *La Nación*, Buenos Aires, 30 de abril de 2005, p. 11.

31 CSJN, *Caso Ekmekdjián vs. Sofovich*, de 7 de julio de 1992, fallos 315:1492. Véase también Miller, Jonathan M., "Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, núm. 7, 2000, p. 424, donde se critica la manera "sorprendentemente regresiva" en que se aplicó este derecho para favorecer al actor, un profesor católico, en su reclamo sobre una cuestión religiosa.

32 CSJN, *Caso Comunidad Homosexual Argentina*, de 22 de noviembre de 1991, fallos 314:1531. En el cdo. 14 de su voto, el ministro Boggiano describe a la homosexualidad como una opción "inmoral".

33 Pecheny, Mario, *op. cit.*, p. 267.

34 Kornblit, Ana Lía *et al.*, "Las ONGs que trabajan en VIH/sida: acciones y escenario público", *Jornadas Gino Germani*, Buenos Aires, IIFCS-Instituto de Investigaciones Gino Germani, 2002.

Estado, impedía la adopción de políticas más definidas a favor de las personas afectadas.[35]

3.2. Sudáfrica

La decisión se refiere, a primera vista, al acceso a medicamentos contra el VIH, o a cómo realizar los derechos sociales y qué rol tienen los jueces en ello. Propongo otra lectura: la sentencia, en realidad, trata sobre cómo definir el conocimiento razonable en torno a una enfermedad y sobre cómo debe fundar sus decisiones un gobierno democrático. En lo referido al Nevirapine, la Corte analiza qué argumentos pueden aceptarse cuando provienen de un Gobierno. Es necesario decidir si TAC tiene razón en su pedido, o si, por el contrario, debe atenderse a las razones propuestas por el Gobierno para desalentar el uso masivo de Nevirapine.

No se discuten los costos o las consecuencias presupuestarias, dado que la compañía farmacéutica ofreció donar el medicamento por un periodo de cinco años.[36] Esta donación intenta frenar la posible autorización sudafricana de la producción de genéricos.[37] El argumento de la escasez de recursos aparece en las presentaciones del Gobierno. La CC solo toma en cuenta los cos-

---

35 Bergallo, Paola, *op. cit*., p. 1640.

36 CC, *Minister of Health and others vs. Treatment Action Campaign (TAC)*, 2002(1) SA721 (CC), párr. 48. De forma llamativa, varios artículos que comentan la sentencia no mencionan este dato. La donación ya había sido ofrecida (y rechazada) en julio de 2000, poco antes de la cumbre mundial del sida en Durban. Véase Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit*., p. 12.

37 Ferreira, Lissett, "Access to Affordable HIV/AIDS drugs: The Human Rights Obligations of Multinacional Pharmaceutical Corporations", *Fordham Law Review*, núm. 71, diciembre de 2002, pp. 1154 y 1157. En abril de 1999, TAC acordó con el Gobierno que este fijaría el costo admisible del programa basado en AZT y que la organización junto a otras análogas pedirían al laboratorio que bajara incondicionalmente el precio de todos los medicamentos contra el VIH para países y personas pobres. De esta forma, TAC estuvo junto al Gobierno frente a la demanda iniciada por laboratorios contra una ley sudafricana dirigida a reducir los precios de las drogas; finalmente, las compañías desistieron de su acción. Así se relata en Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit*., p. 11.

tos de administrar Nevirapine,[38] extremadamente bajos en virtud de la donación. Por otra parte, cabe señalar que TAC inicia, en septiembre de 2002, un reclamo por los precios de antirretrovirales ante la Comisión de Defensa de la Competencia; formula su planteamiento sobre la base del abuso en la fijación de precios. En diciembre de 2003 se anuncia el logro de un acuerdo.[39] El embate contra las empresas se plantea en el terreno de la legislación antimonopólica, sosteniendo las leyes del mercado. Esto resulta llamativo, ya que los derechos en la Constitución sudafricana (incluyendo el derecho a la salud) tienen también efecto "horizontal", es decir, contra los particulares[40] (al igual que en el caso de la Constitución argentina), y podrían haberse utilizado para enmarcar el reclamo hecho a las compañías.

La discusión en *TAC* se centra en las dudas y el escepticismo del Gobierno con respecto al conocimiento aceptado acerca del sida. Se ha criticado al presidente Thabo Mbeki por acercarse a posturas "negacionistas",[41] que rechazan la existencia del virus o su conexión causal con el sida, o incluso sostienen que los fármacos son nocivos en sí mismos. En el tiempo previo al fallo, Mbeki mostró su desconfianza frente a ciertas terapias contra el sida. En 1999, manifestó sus reparos sobre la salubridad del AZT[42] y el Ministerio de Salud anunció que no lo iba a proveer a las embarazadas, alegando problemas presupuestarios y dudas sobre su inocuidad.[43]

Como señalé, el Gobierno rechaza en particular el uso extensivo del medicamento para prevenir la TMH. Sostiene la necesidad de un "tratamiento completo", con asesoramiento y análisis

38 CC, *Caso TAC, cit.*, párr. 49.

39 Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 18.

40 Constitución de Sudáfrica, art. 8.2.

41 Heywood, Mark, *op. cit.*, p. 284. Véase también Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 7.

42 *Ibidem,* p. 282. Asimismo, Institute for Democracy in South Africa (IDASA), "Finally Catching Up: HIV, Aids, and governance in SA", *http://www.idasa.org.za/m_main.php?view=2&art_id=892, y Shisana y Zunºgu-Dirwayi,* pp. 175 y 176.

43 IDASA, "Finally Catching Up: HIV...", *cit.*

voluntarios sobre VIH, además de la provisión de alimento para lactantes, a fin de evitar que una madre infectada amamante a su hijo.[44] El programa completo se limita a ciertos centros de investigación.

A comienzos de 2002, el fabricante de Nevirapine, Boehringer Ingelheim, interrumpió los trámites en Estados Unidos para registrarlo como terapia contra la TMH. El Gobierno se apoyó en este dato para reiterar sus dudas sobre su eficacia, mientras que la OMS y el Programa sobre Sida de Naciones Unidas apoyaron públicamente ese uso.[45] Luego, el partido de gobierno moderó ligeramente su postura. En un documento[46] de marzo de 2002, el Congreso Nacional Africano (CNA) mantuvo sus dudas y exigió más investigaciones.[47] Aunque admitió claramente que el VIH causa el sida,[48] mostró preocupación sobre el costo de proveer acceso universal a Nevirapine.[49] También declaró que "las condiciones socioeconómicas, en particular la pobreza, juegan un rol decisivo tanto en la transmisión como en la expansión de la enfermedad" y destacó que los tribunales no tenían competencia en estas cuestiones.[50]

Ambas decisiones tratan el acceso a medicamentos; en *TAC,* para prevenir la TMH; en *Asociación Benghalensis*, en cambio, se destinan a quienes ya portan VIH o padecen sida.

La mayor diferencia aparece en la cuestión general en juego. El caso sudafricano abre un debate sobre el conocimiento y

---

44 CC, *Caso TAC, cit.,* párr. 41.

45 Véase Los comunicados de Boehringer-Ingelheim y de la OMS y el Programa de sida de las Naciones Unidas, *http://www.essentialdrugs.org/edrug/archive/200203/msg00062.php.* Asimismo, Heywood, Mark, *op. cit.*, pp. 307 y 308.

46 Véase Congreso Nacional Africano (CNA), Lend a Caring Hand of Hope. Statement of the National Executive Committee of the African National Congress, de 20 de marzo de 2002, *http://www.anc.org.za/ancdocs/pr/2002/pr0320a.html* (Declaración ANC 2002).

47 *Ibidem*, párr. 19-b.

48 *Ibidem*, párr. 4.

49 *Ibidem*, párrs. 19-c y 22. Esto se volverá irrelevante luego de la donación efectuada por el laboratorio.

50 *Ibidem*, párrs. 6 y 34.

su justificación sobre la razón aceptable. El Gobierno reclama su derecho a definir el conocimiento admisible (en este caso, sobre el sida) sin intervención judicial. En Argentina se debate el uso de recursos; el ejecutivo reafirma el carácter político de esas decisiones, excluyendo el control de los jueces. Ambos gobiernos sostienen que ciertas cuestiones políticas quedan fuera del control judicial de constitucionalidad. En un caso, las decisiones sobre la razón; en el otro, sobre los recursos. El ejecutivo sudafricano no se preocupa por los recursos, ya que recibe el fármaco por donación; y las autoridades argentinas no entran a un debate científico, porque no cuestionan la eficacia de los antirretrovirales, ni apoyan un conocimiento alternativo sobre la enfermedad. Finalmente, hay otra diferencia: el caso sudafricano motiva la intervención de organismos internacionales (ONU y OMS) para cuestionar los argumentos del Gobierno. No ocurre lo mismo con los incumplimientos de las autoridades argentinas. Cabe preguntarse si esto representa un permiso para negar el derecho a la salud por motivos económicos, siempre que no se ponga en duda el conocimiento científico aceptado. La OMS y la ONU parecen ejercer un control epistemológico sobre los gobiernos y no sobre el grado de vigencia efectiva del derecho a la salud.

IV. ¿Qué elementos del marco legal se utilizaron?

4.1. Argentina

El voto mayoritario de la CSJN basa primariamente su decisión en el artículo 19 de la Constitución y en la ley 23.798: la autonomía personal, prevista en el citado artículo, sirve de base para el derecho a la salud. Solo el voto concurrente de dos ministros invoca además el derecho a la salud previsto en ciertos tratados de derechos humanos dotados de jerarquía constitucional. Uno de ellos es el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuyo artículo 12 garantiza el derecho "al más alto nivel posible de salud física y mental" (párr. 1), y obliga a los Estados a "la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas [...] y de toda otra índole [...]", entre otras medidas (párr. 2 c).

Por su parte, la ley 23.798 reconoce el derecho al tratamiento y favorece la autonomía personal y la no discriminación.[51] Se ha criticado a esta ley por centrarse en la lucha contra el sida, en lugar de proveer instrumentos a favor de quienes viven con el virus;[52] sin embargo, fue un avance frente a la legislación anterior. Hasta 1989, varias leyes provinciales autoritarias solo enfatizaban la detección temprana y la protección de la salud pública, previendo incluso la posibilidad de tratamiento obligatorio.[53]

En *Asociación Benghalensis*, la CSJN toma la ley 23.798 como un argumento decisivo. Esta norma establece el derecho de los pacientes a "recibir asistencia adecuada" (art. 8), empero la escasez presupuestaria a menudo afecta el cumplimiento de la norma.[54] La misma ley declara la lucha contra el sida "de interés nacional". Leyes posteriores imponen la obligación de proveer tratamiento también a las obras sociales sindicales (ley 24.455, art. 1 inc. a; sancionada en 1995) y las empresas de medicina prepaga (ley 24.754, art. 1; sancionada en 1996). Así, la ley de 1990 soluciona el caso: la Corte no tiene que invalidar una norma, sino los actos administrativos que la contradicen por omisión. No necesita ejercer —ni justificar— la discreción judicial.

4.2. Sudáfrica

La decisión en *TAC* se basa principalmente en la Constitución de 1996. El artículo 27, en su apartado 1, garantiza el derecho "a tener acceso a servicios de salud, incluyendo la salud reproducti-

51 Tealdi, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 381 y ss.

52 Burgos, Mario, "Algunas consideraciones acerca de la construcción institucional del SIDA en la Argentina", *www.sida.bioetica.org/sidaburgos.htm*

53 A modo de ejemplo, la ley 7714 de la provincia de Córdoba (sancionada en octubre de 1988), regulaba el sida junto a otras enfermedades de transmisión sexual. Preveía (art. 7) la posibilidad de tratamientos obligatorios, que serían gratuitos solo si las autoridades lo solicitan. La misma norma encargaba al Ministerio de Salud: "[...] agota[r] los recursos educativos y persuasivos" con toda persona que en periodo de contagio "pueda constituir un peligro social", a fin de que acepte el tratamiento; en caso de rechazo, se debería "elevar los antecedentes del caso" (art. 8).

54 Tealdi, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 411.

va". El apartado 2 describe el alcance de la obligación estatal, en términos de razonabilidad[55] y progresividad dentro de los recursos disponibles.[56] Por último, el apartado 3 establece que "a nadie podrá denegarse tratamiento médico de emergencia". El artículo 7(2) requiere al Estado "respetar, proteger, promover y cumplir" los derechos declarados.[57]

La CC no se basa en el derecho internacional de los derechos humanos, pese a que los constituyentes emplearon un lenguaje coherente con el PIDESC.[58] Sudáfrica aún no ha ratificado este Pacto: así lo destacó la Corte al resolver en 2000 el caso *Grootboom*[59] (sobre derecho a la vivienda). La situación del PIDESC como instrumento firmado pero no ratificado amplió la discreción de la Corte,[60] que pudo decidir utilizarlo o no como fuente y hasta qué punto.

En particular, la CC no adopta el concepto de "núcleo mínimo" aconsejado por el Comité de las Naciones Unidas sobre

---

55 La razonabilidad como principio general para la limitación de derechos también se halla en el art. 38 de la Constitución sudafricana.

56 Constitución de Sudáfrica, art. 27 (2): "The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of these rights" ("El Estado debe tomar medidas razonables legislativas y de otra índole, dentro de sus recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de estos derechos"). El texto se diferencia del art. 2.1 del PIDESC en que el Pacto dice "apropiados", alude a "todos" los medios y se refiere al "máximo" de los recursos disponibles.

57 CC, *Caso TAC, cit*., párr. 100.

58 Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., *op. cit*., p. 675. Mientras que el PIDESC asegura en su art. 12 el derecho al más alto nivel posible de salud, la Constitución sudafricana solo garantiza "el acceso a servicios de salud" (art. 27). Véase Phillips, Roger, "South Africa's right to health care: international and constitutional duties in relation to the HIV/AIDS epidemic", *Human Rights Brief*, vol. 11, núm. 2, 2004, p. 10.

59 CC, *The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom, Irene and Others*, de 4 de octubre de 2000, 2001 (1) SA 46 (CC). Véase también Pisarello, Gerardo, *op. cit*., pp. 207 y 208.

60 Roux, Theunis, "Legitimating Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court", *Democratization*, Frank Cass, vol. 10, núm. 4, 2003, p. 96. La CC está obligada a tomar en cuenta el derecho internacional (art. 39.1.b de la Constitución) pero podría argüirse que el PIDESC no queda incluido, por falta de la ratificación.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales[61] (Comité DESC)[62]. Niega estar "institucionalmente dotada" para relevar la información necesaria a fin de precisarlo[63] y tampoco emplea el apartado 3 del artículo 27 (tratamiento médico de emergencia).[64] Podría haber alegado que los recién nacidos debían recibir Nevirapine como terapia de emergencia (para evitar la TMH en el momento del parto).

La CC prefiere basarse en el principio de razonabilidad, el mismo que empleó en el fallo *Grootboom*. En aquel caso, el Tribunal toma la noción de núcleo mínimo, pero solo como un elemento para determinar la razonabilidad del actuar estatal.[65] Declaró entonces irrazonable al programa gubernamental de vivienda, ya que no preveía específicamente las situaciones más desesperadas.

En *TAC*, la CC aprovecha las llamadas "brechas discrecionales",[66] la ausencia de previsiones detalladas. Justificando el ejercicio de su discreción, la Corte citó precedentes extranjeros como

---

61 Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., *op. cit*., p. 675; Phillips, Roger, *op. cit*., p. 11. En la Observación general 3, el Comité DESC afirma que "[...] corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos", *http://hei.unige.ch/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm*. El concepto de núcleo mínimo también merece objeciones. Corre el riesgo de anclar un derecho en tales niveles mínimos, o de adoptar pautas rígidas de incidencia nula (como ocurre a veces con la fijación del salario mínimo).

62 Una crítica a la negativa de la CC a adoptar un mínimo, en Bilchitz, David, "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-economic Rights Jurisprudence", *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand-Juta, vol. 19, parte 1, 2003, pp. 1-26.

63 CC, *Caso TAC, cit*., párr. 37, con cita de la decisión en CC, *Caso, Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal*, 1998 (1) SA 765 (CC).

64 Interpretado restrictivamente en *Caso Soobramoney vs. Minister of Health, cit*. Más adelante vuelvo sobre este caso.

65 El núcleo mínimo tampoco se empleó en el *Caso The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom, cit*. Véase Pieterse, Marius, "Possibilities and pitfalls in the domestic enforcement of social rights: contemplating the South African experience", *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 4, 2004, p. 897.

66 "[D]*iscretionary gaps*", según Roux, Theunis, *op. cit*., p. 96.

ejemplos de "órdenes de largo alcance"[67] contra el Estado. Sin embargo, la CC describió su rol como limitado: "requerir que el Estado tome medidas para cumplir sus obligaciones constitucionales y someter a evaluación la razonabilidad de estas medidas".[68]

También, para evitar que su decisión pareciera invadir las atribuciones del ejecutivo, la Corte destacó que este ya había establecido, por su propia voluntad, el programa de provisión limitado.[69] De esta forma, lo que quedó por discutir fue solo el alcance (y justificación) de los límites, basados en las dudas sobre la eficacia del fármaco. Y eso obligó al Gobierno a ofrecer las razones científicas que le dieran fundamento a sus dudas.

Ambas decisiones invocaron el derecho a la salud de maneras distintas. La mayoría de la Corte argentina eligió desprenderlo del principio de autonomía personal; los votos concurrentes agregaron como fundamento un tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional. El Tribunal sudafricano utilizó el derecho a la salud explicitado en la Constitución, aunque se centró en la exigencia de razonabilidad. La CC no cuenta con una norma específica sobre sida; la CSJN sí disponía de tal ley. Los magistrados sudafricanos tuvieron mayor margen para concretar en el caso el derecho a la salud a partir de un texto general, mientras que la CSJN no necesitó justificar interpretaciones propias: le bastó señalar el compromiso asumido en la ley. Los jueces argentinos quizá pudieron haber reclamado una mayor legitimidad para su decisión, que simplemente ejecutaba una norma existente. La CC se apoyó en el principio de razonabilidad (ausente en la decisión argentina); señaló el control de ese principio como su rol institucional.

V. ¿Quiénes dictaron las sentencias?

5.1. Argentina

La Corte Suprema argentina representa la instancia más alta en un sistema similar al estadounidense de control judicial y des-

67 CC, *Caso TAC*, *cit.*, párr. 108.

68 *Ibidem*, párr. 38.

69 Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit.*, p. 18.

centralizado de constitucionalidad. Ha ampliado su jurisdicción, incluyendo categorías abiertas como "arbitrariedad" o "gravedad institucional".[70] La Corte funciona desde 1863. En general, los cambios de Gobierno y las dictaduras militares han alterado su integración, contribuyendo a su inestabilidad.[71] Incluso bajo gobiernos constitucionales, en 1990 y 1993, el Tribunal fue objeto de la negociación o la apropiación políticas.[72] La Corte que decidió *Asociación Benghalensis* era el resultado de tales episodios y sufría de serias carencias de prestigio público.[73]

5.2. Sudáfrica

La CC ejerce un control de constitucionalidad centralizado y se halla aislada del resto de la judicatura; su competencia es muy acotada. Creada en 1994, ha tenido un rol fundacional en el orden *pos-apartheid*. Nombrada según la Constitución interina de 1993,[74] certificó la Constitución de 1996, incluso reenvió algunos artículos a la Asamblea para su revisión. Con una composición

---

70 Miller, Jonathan M., *op. cit*., p. 411.

71 Véase Molinelli, N. Guillermo *et al.* (coords.), *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, Buenos Aires, Temas, 1999, pp. 644 y 645.

72 Miller, Jonathan M., *op. cit*., p. 373.

73 *Ibidem*, pp. 372-374, describiendo la baja en la confianza pública hacia la Corte como institución. El deterioro llevaba ya varios años, marcado por hechos como la ampliación del número de miembros (en abril de 1990), los escasos avances en la investigación sobre el atentado a la embajada de Israel, o la acusación de que una sentencia había sido retirada del protocolo para modificar su sentido. A modo de ejemplo, el diario *La Nación*, a través de su editorial de 21 de septiembre de 1997, exigía la renuncia del ministro Adolfo Vázquez. El 8 de agosto de 1999, el mismo diario destacaba que la Corte tenía una imagen negativa de 57% en la población; la confianza en el poder judicial, según una nota publicada el 15 de junio de 2000, se limitaba al 18%, un tercio del que existía en 1983, al momento del retorno al orden constitucional.

74 En la salida del *apartheid*, Sudáfrica vivió un procedimiento constituyente en dos etapas: a partir del acuerdo en torno a 34 principios, se redactó una Constitución provisoria (1993) y se instauró una Corte Constitucional. Se celebraron elecciones libres, y las cámaras del Parlamento redactaron la Constitución definitiva. Ese texto fue revisado por la Corte a la luz de los 34 Principios; véase Christiansen, Eric, *op. cit.*, p. 377.

estable, la Corte usualmente habla con una sola voz, ya que sus miembros tienen impecables antecedentes en derechos humanos y, en algunos casos, han participado en la primera línea del movimiento contra el *apartheid*.[75]

Ambos tribunales ejercen un control judicial de constitucionalidad, descentralizado en Argentina y centralizado en Sudáfrica. Comparten el aislamiento institucional, aunque —por lo menos— en el caso argentino existen vínculos con el contexto político. Ninguno de los dos tribunales tiene carácter electivo, por lo que no pueden invocar representatividad. Al momento de dictar estas sentencias, la CC tenía un prestigio más sólido que el de su contraparte argentina. A su vez, la CSJN contaba con una tradición jurisprudencial más prolongada, lo que le permitía recurrir a precedentes para justificar sus decisiones; este elemento no estaba a disposición de la más reciente Corte sudafricana (quien recurrió, en su decisión, a precedentes de otros países).[76]

VI. ¿Cómo se argumentaron las decisiones?

6.1. Argentina

6.1.1. Un límite a la discreción política en el contexto de una crisis

Confirmando las resoluciones de instancias anteriores, la Corte determinó que el Estado es responsable de proveer tratamiento para el VIH/sida según la ley de 1990 y la Constitución. La Corte puso un límite a la discreción política del ejecutivo en el manejo de recursos. Ante un compromiso expresado en una ley y con derechos constitucionales en juego, el Tribunal haría cumplir ese compromiso. La crisis económica no serviría como defensa.

---

75 Roux, Theunis, *op. cit.*, pp. 94-96. Por ejemplo, el presidente de la CC, al momento del fallo, es Arthur Chaskalson, exabogado defensor de Nelson Mandela en el famoso juicio de Rivonia (1963), donde el Gobierno racista logró imponerle una pena de prisión perpetua.

76 La Corte cita precedentes de Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Canadá y la India. Véase *Caso TAC*, *cit.*,párrs. 107-111.

La decisión marcó una dirección distinta a la usual,[77] pues iba contra el deseo gubernamental el asignar libremente los recursos. Además, la Corte venía mostrándose bastante conservadora en lo moral,[78] y no se preveía una resolución favorable a los afectados de sida. También sorprendía que se pusiera en vigor uno de los derechos sociales,[79] que —en general— no se consideraban verdaderos derechos, sino objetivos o promesas de largo plazo, subordinados a reglamentación del Congreso.[80]

Pero *Asociación Benghalensis* también resulta explicable. Primero, porque incluso una Corte conservadora y sin necesidad de validarse en las urnas requiere también ganar cierta legitimidad, en particular cuando se halla en tan baja estima pública.[81] La CSJN atendía así las necesidades de un grupo vulnerable. Compensaba, quizá, su fallo[82] dictado al día siguiente (2 de junio de 2000), donde avaló un recorte salarial a los empleados estatales durante la presidencia de Carlos Menem, pero que resultaba idéntico al que acababa de implementar el presidente Fernando de la Rúa. Así, enviaba una señal tranquilizadora al ejecutivo: no se impulsarían todos los derechos sociales. Solo habría protección judicial para aquellos compatibles con la defensa de la autonomía personal (en el voto mayoritario) o del derecho a la vida

77 "Resulta paradójico y motivo de reflexión que una Corte Suprema que fue elemento activo de las políticas neoliberales [...] haya emitido una declaración como ésa", afirman Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit*.

78 Como en el *Caso Comunidad Homosexual Argentina*, *cit*.

79 Aunque el voto mayoritario lo desprenda del principio de autonomía.

80 El carácter programático de por lo menos ciertos derechos sociales aparece en Gelli, María Angélica (ed.), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 155 y 157; Dalla Vía, Alberto, *Derecho constitucional económico*, 2a ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 298 y 304; Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II, pp. 661 y 662; y Gordillo, Agustín *et al.* (coords.), *Derechos Humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997, pp. 34-36.

81 Véase Miller, Jonathan M., *op. cit*., p. 432, describiendo en general la necesidad de la Corte de recobrar aceptación pública.

82 CSJN, *Caso Guida Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional*, de 2 de junio de 2000, fallos 323:1566.

(como en el caso de un voto concurrente). Además, garantizar el tratamiento, como tal, no resultaba moralmente difícil para los ministros más conservadores.

En segundo término, el marco legal brindaba fundamentos suficientes para la decisión, sin riesgo de que pareciera una intrusión indebida en cuestiones políticas. Como señalé, el deber de tratamiento, explícito en la ley de 1990,[83] liberaba a la CSJN de tener que justificarlo como especificación o interpretación del más genérico derecho a la salud.[84]

En tercer lugar, algunos vocales católicos utilizaron sus votos concurrentes para afianzar la noción de derecho "natural". Boggiano y Moliné O'Connor enfatizaron el deber estatal de proteger el derecho a la salud, dado que integra "el derecho a la vida", al que definieron, citando precedentes, como "el primer derecho natural de la persona humana, previo a toda legislación positiva".[85] Así, anticipaban su postura para eventuales planteamientos futuros sobre anticoncepción, eutanasia o aborto, por ejemplo.[86] En esto se apartaban del voto de la mayoría (basado en el dictamen del procurador), que se centra en la autonomía del individuo.[87] Según el voto mayoritario, el derecho a la salud protege la vida, que es fundamental para "el ejercicio de la autonomía personal",[88] defendida en el artículo 19 de la Constitución.[89]

---

83 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit*., p. 142; Ariza Clerici, Rodolfo, *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm,* parág. IV-2.

84 Abramovich Víctor y Courtis, Christian, *op. cit*., p. 251.

85 CSJN, *Caso Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, de 1 de junio de 2000, voto de Moliné O'Connor y Boggiano, cdo. 9.

86 Moliné O'Connor y Boggiano (junto con Vázquez) reiteraron, dos años después, esta noción de la vida como derecho natural al integrar la mayoría en el fallo que prohibió producir y vender un anticonceptivo de emergencia en CSJN, *Caso Portal de Belén c/ Ministerio de Salud /ANMAT*, de 5 de marzo de 2002, fallo 325:292. Véase el voto mayoritario, cdo. 12.

87 Esta postura no necesita fundarse en un derecho natural ni en una moral heterónoma o revelada.

88 Dictamen del procurador, párrs. IX y X.

89 La disidencia, como señalé, confirma en los hechos los argumentos de la cámara, que incluyen el derecho a la salud de los tratados internacionales y

Esta noción de autonomía también prefigura respuestas (en un sentido diferente del que la mayoría parece anticipar) para posibles planteamientos sobre aborto, anticoncepción y eutanasia, entre otros.

Algunos críticos[90] de la decisión agregan otros factores que la hicieron posible. El sida, como enfermedad, ha alcanzado un perfil más alto que el de padecimientos tanto o más graves. Es una de las pocas cuestiones que no sufrió reducción de fondos (junto al programa materno-infantil, la atención del cáncer y la vacunación). En general, 12% del presupuesto se dedicó a medicamentos e insumos para esta enfermedad.

Por otra parte, se señala que el fallo favorece a los productores de medicamentos, ya que la sentencia nada dice sobre la "desmercantilización" del tratamiento (aunque tampoco la impide). Estos críticos señalan los vínculos entre los fabricantes de drogas y las ONG que exigen judicialmente su provisión.[91] Las organizaciones, por otra parte, se vieron beneficiadas por el reconocimiento que la Corte hizo de su legitimidad procesal para actuar en amparos colectivos, una cuestión que aún estaba definiéndose.[92]

6.2. Sudáfrica

En su decisión, la CC, por un lado, "declara" y, por otro, "ordena".[93] "Declara" que el derecho a la salud constitucional requiere que el Gobierno elabore e implemente un programa para asegurar, progresivamente y dentro de los recursos disponibles, el derecho de

---

la ley 23.798, aunque no el concepto de autononomía. Véase dictamen del Procurador, párr. V.

90 Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit*. p. 316.

91 "Los laboratorios 'empoderan' grupos de pacientes cuyas demandas pueden aumentar las de los productos que ellos venden". Véase Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit*.

92 Bergallo, Paola, *op. cit*., p. 1630. La jueza de primera instancia había señalado que las organizaciones hallaban su legitimidad también en la necesidad de las personas afectadas de preservar su intimidad al reclamar el tratamiento. Véase CELS, Informe 2001, Buenos Aires, 2001, cap. XI, p. 7.

93 CC, *Caso TAC*, *cit.,* párr. 135.

las embarazadas y los recién nacidos a acceder a servicios de salud para combatir la TMH; este programa debe incluir "medidas razonables" para asesorar y hacer análisis de VIH a las embarazadas, informar a las madres portadoras sobre sus opciones para reducir el riesgo de la TMH y "hacer disponible el tratamiento apropiado" para ello. Además, "declara" que la acción gubernamental en torno a la TMH no cumple con las pautas recién descritas.

Posteriormente, la CC "ordena" al Gobierno que "sin demora" elimine las restricciones al uso de Nevirapine contra la TMH según el criterio médico en cada caso. Asimismo, "ordena" capacitar —de ser necesario— al personal en los hospitales para asesorar en el tema, y tomar "medidas razonables para extender las instalaciones [destinadas a] tomar análisis y asesorar" para "facilitar y agilizar el uso del medicamento con el propósito de reducir el riesgo" de la TMH. En general, la CC confirma la decisión del Tribunal de Pretoria, pero elimina del mandato la provisión de alimento para bebés, que se incluyó porque el virus también se transmite a través de la leche materna.[94] Además, la Corte permite al Gobierno adoptar otras medidas compatibles con la Constitución e "igualmente apropiadas" para prevenir la TMH.

Describo la sentencia en *TAC* como un acto judicial valiente, flexible y razonable[95] a favor de los derechos sociales. Como señalé, considero que la decisión trata más bien uno de los llamados derechos políticos: a tener un Gobierno que justifique sus acciones a través de argumentos razonables (en este caso, sobre el tratamiento de una enfermedad). A partir de un concepto político (un Gobierno debe justificarse), la Corte ejerce el control epistemológico (analiza las justificaciones).

Según el Tribunal, las autoridades no articularon sus objeciones en los términos pertinentes en una disputa judicial sobre bases científicas. La CC destaca que "[e]stá claro, a partir de las pruebas, que la administración de nevirapine salvará las vidas de un número significativo de infantes, incluso si es provista sin el

94 *Ibidem*, párr. 41.

95 Por ejemplo, en Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., *op. cit.*, p. 680.

tratamiento integral [que el Gobierno quiere incluir]".[96] Añade que no existe "daño conocido para la madre o el niño" causado por la droga, y que algunos reparos del Gobierno "no están apoyados por los datos".[97]

La decisión de la CC no se concentra en el contenido del derecho a la salud, sino en el principio de razonabilidad. Según algunos autores, queda reducido a un "mero requerimiento de que los órganos estatales actúen razonablemente".[98] Los derechos sociales se reformulan como parte del derecho político a tener un Gobierno argumentativo. Algunos críticos consideran que la decisión está incompleta: la razonabilidad no puede juzgarse sin conocer el contenido del derecho, sin pautas de apreciación.[99] Esta insuficiencia no es casual, deriva del alcance estipulado para la sentencia, y no determina la extensión de los derechos sociales, sino cómo deben justificarse las decisiones democráticas, y también qué conocimiento es legítimo, qué ciencia resulta atendible.

La CC impuso al Gobierno obligaciones de no hacer (más allá de "declarar" cómo debe ser la acción estatal en la materia). La orden principal consiste en "[r]emover las restricciones" al uso de nevirapine, y "[p]ermitir y facilitar" su uso.[100] Hay también, como señalé, algunas obligaciones de hacer, pero condicionadas a que sean "necesarias". La Corte incluso eliminó un deber positivo contenido en la sentencia apelada (entregar gratuitamente alimento para lactantes).[101] Tampoco fijó un mecanismo de se-

96 CC, *Caso TAC*, *cit*., párr. 57.

97 *Ibidem*, párrs. 58 y 80.

98 Newman, Dwight G., "Institutional Monitoring of Social and Economic Rights: A South African Case Study and a New Research Agenda", *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand–Juta, vol. 19, parte 2, 2003, p. 196.

99 Bilchitz, David, *op. cit*., pp. 6 y 8-10; Pieterse, Marius, *op. cit*., p. 897.

100 CC, *Caso TAC, cit*., párr. 135.

101 Aludo aquí a obligaciones *predominantemente* negativas o positivas. Véase Abramovich, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en González Volio, Lorena (ed.), *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998, p. 143. Una acertada crítica a la falsa dicotomía entre derechos "positivos" y "ne-

guimiento o control como el de *Grootboom*,[102] implícitamente dejó la tarea a cargo de TAC.[103]

6.2.1. El cambio en Sudáfrica: dos tradiciones

Al exigir razonabilidad, se enfatiza solo uno de los aspectos de la transformación impulsada en la Constitución sudafricana: la creación de un Gobierno democrático responsable. En cambio, la transformación socioeconómica no recibe un impulso semejante. Esto se origina en las dos corrientes del movimiento que combatió y venció al *apartheid*. La primera, denominada "liberal" o "neoclásica" se apoyaba en los principios de igualdad política y racial. La otra, llamada "socialista" o "neomarxista",[104] definía al *apartheid* como una expresión y, a la vez, un escudo protector de la profunda y sistemática desigualdad económica, que debía ser combatida.

Al comienzo, ambas corrientes sostenían la Carta de Libertad adoptada por el CNA en 1955, que impulsaba una Sudáfrica multirracial donde los recursos y la riqueza pertenecieran al pueblo.[105] El ala "neoclásica" se impuso a fines de los años ochenta,[106] privilegiando el costado estrictamente antirracista de la Constitución. Hoy, algunos reducen los derechos sociales a instrumen-

---

gativos", en Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes,* Nueva York, W. W. Norton & Co., 2000, pp. 35-48.

102 Véase Pisarello, Gerardo, *op. cit*., p. 209.

103 Véase Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit*., p. 4.

104 Davis, Dennis, "From the Freedom Charter to the Washington Consensus", en Everatt, David y Maphai, Vincent (eds.), *The Real State of the Nation. South Africa after 1990*, (Special Edition of *Development Update*), Johannesburgo, Interfund, 2003, p. 44.

105 "La riqueza nacional de nuestro país, el patrimonio de los sudafricanos, será restituido al pueblo; la riqueza mineral bajo nuestro suelo, los bancos e industrias monopólicas serán transferidas a la propiedad del pueblo en conjunto; [...] la tierra [será] redistribuida entre aquellos que la trabajan, para terminar con el hambre [...]", *Carta de Libertad del CNA*, 1955, *http://www.anc.org.za/ancdocs/history/charter.html*

106 Davis, Dennis, *op. cit*., p. 45.

tos contra la segregación racial y su legado:[107] compensarían, en materia de salud o educación, las consecuencias de las antiguas instituciones racistas, pero no irían más allá. El énfasis de la Corte en la "razonabilidad" (y no en la provisión de salud, por ejemplo) fortalece al sector neoclásico, hoy dominante en el Gobierno liderado por el CNA y en su política económica.[108]

La Corte, en síntesis, refuerza la democratización política, pero no la económica. El Tribunal impulsa la conversión del Gobierno en un proveedor de argumentos, pero no de prestaciones. Ordena eliminar restricciones al uso de un medicamento, pero no llevar a cabo una auténtica redistribución para asegurar el acceso a todo tratamiento. No se enfatiza el derecho a la salud, incluido en la transformación socioeconómica exigida por la Constitución de 1996.[109] La CC ayuda a desmontar una expresión del *apartheid*: la dictadura como poder arbitrario, es decir, no argumentativo. Convierte a la Corte en un "foro de la razón",[110] pero

---

107 Sunstein, Cass R., "Social and Economic Rights: Lessons from South Africa", *Forum Constitutionnel*, núm. 11:4, 2000/2001, p. 125.

108 El programa GEAR (Growth, Employment And Redistribution, o Crecimiento, Empleo y Redistribución) apunta a una "[...] transformación hacia una economía competitiva, orientada hacia el exterior", en un claro planteamiento neoliberal; véase Davis, Dennis, *op. cit.*, pp. 37 y 38. Para una descripción detallada del modelo sudafricano (disciplina fiscal estricta, límites a la redistribución del ingreso, reducción de impuestos a las ganancias, flexibilidad laboral). Véase Nowak, Michael y Ricci, Luca Antonio (eds.), *op. cit.*, una publicación del Fondo Monetario Internacional.

109 El preámbulo de la Constitución sudafricana explicita los objetivos de "establecer una sociedad basada en valores democráticos, la justicia social y los derechos humanos fundamentales", y de "mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos", entre otros.

110 Esta expresión define el rol de la CC en la visión de Kate O' Regan, exjueza de la Corte entre 1994 y 2009. El 23 de noviembre de 2011, O'Regan dicta en Johannesburgo una conferencia titulada "A Forum for reason: Reflections on the role and work of the Constitutional Court" (Un foro para la razón: reflexiones sobre el rol y la obra de la Corte Constitucional). La conferencia fue reiterada el 13 de septiembre de 2012 en la Escuela de Derecho de Yale, Estados Unidos. Kate O' Regan es hoy presidente del Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional. El texto de la conferencia está disponible en *http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71656?oid=268409&sn=Detail&pid=71616*

deja intacto el *apartheid* socioeconómico, la segregación entre los que tienen y los que no.

No se trata, como a veces se señala, de una decisión judicial respetuosa de las "mayorías" en sí.[111] Por el contrario: exige al ejecutivo (legitimado electoralmente) fundar sus opciones a la luz de un paradigma científico particular (de la ciencia médica, en este caso). La decisión parece, más bien, fortalecer un modelo deliberativo de democracia, donde todo poder —mayoritario o no— necesita justificarse públicamente, incluso por requisitoria judicial.

Ciertamente, esta decisión judicial permite el acceso a un medicamento, pero el alcance de este derecho puede estrecharse cada vez más.[112] La CC basa la provisión en la filantropía y su rol de control se limita a la razonabilidad. El acceso no se otorga a toda la población, sino a un grupo específico: recién nacidos en el momento del parto. Se trata de una política "focalizada",[113] que no abarca a todos los niños, ni a todos los niños portadores de VIH, ni a todas las personas (de cualquier edad) infectadas. En el marco de esta decisión, los ciudadanos no fundan su acceso a

111 Christiansen, por ejemplo, afirma que los fallos de la CC sobre derechos sociales se hallan en un "cauteloso punto medio", basado en la deferencia hacia el legislativo, la pauta de razonabilidad y la negativa a hacer valer los derechos sin restricciones; véase Christiansen, Eric, *op. cit*., p. 386.

112 Vale la pena recordar el citado fallo *Soobramoney vs. Minister of Health, KwaZulu-Natal*, *cit*., dictado en 1997. La CC rechazó la pretensión de un paciente que reclamaba diálisis en un hospital público. El derecho a un tratamiento médico de emergencia, asegurado en el art. 27.3 de la Constitución, no resultaba aplicable al caso, según la Corte, por tratarse de un paciente crónico sin posibilidad de cura. El criterio de las autoridades del hospital era "razonable", al priorizar a personas que podían curarse. También se rechazó el reclamo basado en el derecho a la vida. Véase Pieterse, Marius, *op. cit*., p. 891. El demandante Soobramoney falleció tiempo después. Aquí también el saber médico (el de las autoridades del hospital) constituía el criterio decisivo en la "razonabilidad" del acceso (o falta de acceso) a la salud.

113 También parece focalizada la decisión en el *Caso The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom, cit*. La irrazonabilidad del plan de viviendas del Gobierno deriva de la falta de previsiones para las situaciones más desesperantes. Véase Pieterse, Marius, *op. cit*., pp. 892 y 893.

los fármacos en los derechos sociales, más bien, aspiran a recibir donaciones sin obstáculos "irrazonables" del Estado.

En ambas sentencias, como indiqué, los jueces limitan la discreción (en razón o en recursos) del ejecutivo mayoritario, y dejan ver conflictos políticos profundos. En *TAC* asoma el debate entre diversas formas de conocimiento y sus propuestas terapéuticas sobre sida. *Asociación Benghalensis* muestra la tensión entre cumplir con el ajuste o garantizar los derechos, y también el conflicto sobre visiones del derecho; unas favorecen la autonomía, entendida como el principio expresado en el sistema de derechos consagrado en el texto de la ley suprema, y otras buscan poner por escrito leyes naturales anteriores a la Constitución. Esta dicotomía se presentaba claramente en la integración que la Corte mostraba en 2000.

Tanto en el caso sudafricano como en el argentino, los jueces intervienen para dar la razón a alguna de las posturas. En *TAC*, apelando al principio de razonabilidad, se invita a las partes a justificarse públicamente y luego el Tribunal resuelve (a partir de ciertos supuestos sobre la ciencia, por ejemplo) cuál presentó los mejores argumentos. La CC rechaza el conocimiento alternativo o las tesis "negacionistas". La Corte argentina, en cambio, se apoya en los compromisos estatales explícitos en la legislación, o bien, invoca (en el voto concurrente) un orden anterior a la ley positiva, para priorizar los derechos frente al ajuste.

Como resultado, Sudáfrica afianza un modelo deliberativo de democracia, donde el rol del Estado se va argumentando. No se profundiza, en cambio, el análisis de los derechos sociales, ni se discuten problemas clásicos como los costos y los deberes positivos del Estado. Lo primero, porque el medicamento es donado, lo segundo, porque la sentencia se centra en obligaciones de no hacer. Por ello, resulta difícil tomar a *TAC* como un modelo para resolver planteamientos sobre derechos sociales.[114] La decisión

[114] Christiansen, por ejemplo, señala que la contribución principal del fallo sudafricano se da en el plano simbólico, admitiendo que el éxito práctico es limitado. Véase Christiansen, Eric, *op. cit*., pp. 398 y 399. En 2009, siete años después del fallo, se estima que solo 30% de las mujeres que necesitan esta medicación la reciben. Véase Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., *op. cit*., p. 4.

fortalece la transformación política, antes que la socioeconómica, y no opone ningún obstáculo al programa neoliberal en marcha.

En el caso argentino, la CSJN fija límites al incumplimiento del ejecutivo, pero la decisión parece subordinada a otro debate entre partidarios de un derecho fundado en la autonomía y los de un derecho natural (previendo argumentos sobre el aborto o la eutanasia), o a la necesidad de la Corte de legitimarse ante la opinión pública y posicionarse frente al ejecutivo, que llevaba seis meses en el poder. Por otra parte, el rol del Estado no se va discutiendo, sino que se da por sentado en la Constitución y leyes específicas. Con limitaciones, *Asociación Benghalensis* contribuye a una transformación económica[115] también exigida por la Constitución. Establece pautas para el uso del dinero público, aunque podrían subsistir objeciones a la legitimidad de la magistratura en estos asuntos.[116] Este caso ofrece criterios para leer fallos posteriores en materia de derecho a la salud, tales como el referido a la provisión de medicamentos para un niño afectado por una grave enfermedad,[117] o la cobertura de tratamientos experimentales.[118] La estrategia de las ONG que iniciaron el caso, a su vez, se centró en un reclamo sectorizado, aprovechando los rasgos específicos

[115] Aunque, a la vez, ello signifique ganancias para las empresas de medicamentos. Aquí se observa que la discusión sobre los derechos sociales aún no logra pasar de la esfera de la distribución a la de la producción. En efecto: la desmercantilización de la vivienda, la salud o la educación no se limita necesariamente a que no se las distribuya a través del mercado. Lema Añón, por ejemplo, destaca que los derechos sociales también abren la posibilidad de que estos bienes se produzcan de modos alternativos, que no incentiven su conversión en mercaderías. Véase Lema Añón, Carlos, "Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, núm. 22, 2010, parág. IV.

[116] He trabajado este problema en Etchichury, Horacio Javier, "Poder Judicial, democracia y derechos sociales", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Lucas Gioja"*, año V, núm. 7, 2011, *http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulo_esp_old.php?ided=7&idsec=1&art=152*

[117] CSJN, *Caso Campodónico de Beviaqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas,* de 24 de octubre de 2000, fallos 323:3229.

[118] CSJN, *Caso Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro*, de 19 de mayo de 2010, fallos 333:690.

del VIH/sida como problemática social;[119] sin embargo, esto no impidió tomar los argumentos judiciales en *Asociación Benghalensis* y analizar cómo se emplearon, modificaron o dejaron de lado al resolver no solo otros casos sobre salud, sino también sobre otros derechos sociales de igual jerarquía y de formulación universal, tales como la alimentación,[120] la vivienda,[121] la participación obrera en las ganancias de las empresas,[122] la movilidad jubilatoria[123] o el salario[124] en contextos políticos diferentes.

VII. Anexo. Una nota al pie actual: a veinte años de *Asociación Benghalensis* (2000)[125]

En estas líneas simplemente aporto algunos elementos para describir la línea seguida por la Corte argentina luego de *Asociación Benghalensis*. Pueden distinguirse dos periodos: en el primero, que duró aproximadamente 14 años, la Corte consolidó un criterio amplio y protector del derecho a la salud, como un derecho operativo y exigible, e incluyendo asimismo aspectos de salud sexual y reproductiva. A partir de 2014, se afianza un lento giro interpretativo: prevalece un entendimiento más estricto, toman-

119 Biagini, Graciela *et al.* (coords.), "Comentarios...", *cit*., pp. 330-332.

120 CSJN, *Caso Ramos, Marta R. y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros*, de 12 de marzo de 2002, fallos 325:396. Véase también *Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo*, de 7 de marzo de 2006, fallos 329:553.

121 CSJN, *Caso Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*. Exp. Q. 64. XLVI, de 24 de abril de 2012.

122 CSJN, *Caso Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/ part. accionariado obrero*, de 12 de agosto de 2008, fallos 331:1815.

123 CSJN, *Caso Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios,* de 8 de agosto de 2006, fallos 329:3089. Véase también la decisión posterior dictada en el mismo expediente el 26 de noviembre de 2007 y publicada en fallos 330:4866.

124 CSJN, *Caso Tobar, Leónidas c/ E.N. Mro. Defensa Contaduría General del Ejército- Ley 25.453 s/ amparo - Ley 16.986,* de 22 de agosto de 2002, fallos 325:2059.

125 Este anexo fue escrito en 2019.

do como eje las normas infraconstitucionales y contractuales en juego. La Corte prescinde incluso de tratados aplicables y pautas de origen internacional, tales como las observaciones generales (OG) del Comité DESC. Esta visión continúa hasta hoy, especialmente tras el ingreso de dos nuevos jueces en 2016.

7.1. Primera etapa: la consolidación de un enfoque amplio (2000-2014)

En *Campodónico*,[126] la CSJN responsabilizó al Gobierno federal por la vida y la buena salud de un niño despojado de su cobertura médica, sin que ello eximiera a los gobiernos locales y las prestadoras de salud sindicales o privadas del cumplimiento de sus deberes en materia de salud. La sentencia en *Martín*[127] obligó a la oficina de asistencia social de la Fuerza Aérea a brindar cobertura completa para las patologías que sufría una niña con discapacidad afiliada a la institución. Señaló que la protección integral de las personas en esa condición constituía una "política pública" argentina, encarnada en legislación y reconocida en fallos de la misma Corte, además de una obligación asumida ante la comunidad internacional. *Orlando*[128] destacó este aspecto, por lo que el Estado nacional debe garantizar —incluso mediante acciones positivas— el derecho a la salud, más allá de los deberes de las provincias, las obras sociales y los prestadores privados. En *Cambiasso Perés*,[129] el Tribunal sostuvo que estas empresas debían prestaciones médicas integrales para personas con discapacidad, pese a no estar incluidas en la norma específica.

---

126 CSJN, *Caso Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud..., cit.*

127 CSJN, *Caso Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina- Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo,* de 8 de junio de 2004, fallos 327:2127.

128 CSJN, *Caso Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo*, de 24 de mayo de 2005, fallos 328:1708.

129 CSJN, *Caso Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas,* de 28 de agosto de 2007, fallos 330:3725.

Un fallo de enorme repercusión pública fue *F.,A.L.*,[130] donde se delimitaron los casos en los que el aborto resulta no punible. Aclarando un debate de largo tiempo sobre la interpretación de un artículo del Código Penal (aprobado en 1921), la Corte determinó que el aborto no es punible cuando se practica en caso de un embarazo producto de una violación. No invalidó ninguna norma, sino que fijó una forma de entenderla que tomaba partido en una discusión de alto voltaje político. El Tribunal destacó dos deberes estatales, por una parte, no obstaculizar (p. ej., exigiendo denuncia del delito) las interrupciones del embarazo en esos casos y, por otra, garantizar las condiciones y prestaciones para llevarlas a cabo. También debe asegurarse el derecho del personal de la salud a la objeción de conciencia. Pese a este fallo, aún hoy persisten regulaciones locales que dificultan el acceso, o que definen ampliamente la objeción de conciencia profesional.

En síntesis, los primeros 14 años desde *Asociación Benghalensis* se caracterizaron por un reconocimiento amplio del derecho a la salud, como parte del derecho a la vida, conectado con la autonomía personal y consagrado en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. La CSJN subrayó la responsabilidad del Estado nacional, así como de las provincias y entidades prestadoras de salud, públicas, sindicales o con fines de lucro. El derecho a la salud exige acciones estatales positivas e inversión, no solo abstención u omisiones.

7.2. Segunda etapa: un lento pero firme giro interpretativo (2014 - en adelante)

Un primer límite a aquella concepción amplia apareció en *Sureda*[131] y en *Buñes*:[132] ambas sentencias rechazaron el pedido de cobertura para tratamientos experimentales. Más adelante,

130 CSJN, *Caso F.,A.L. s/ medida autosatisfactiva,* de 12 de marzo de 2012, fallos 335:197.

131 CSJN, *Caso Sureda, Lucas Mariano c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo*, de 26 de marzo de 2009, fallos 332:627.

132 CSJN, *Caso Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro,* de 9 de mayo de 2010, fallos 333:690.

L.,E.S.[133] marcó una nueva frontera, pues la Corte revirtió un fallo que obligaba a una entidad de medicina prepaga a proveer un fármaco para ser aplicado en una patología diferente de aquella para la que había sido autorizado. Por unanimidad, la Corte sostuvo que la decisión no estaba debida y racionalmente fundada, ya que no citaba ninguna norma legal o contractual de donde surgiera ese deber de provisión. La falta de fundamento violaba el derecho a la tutela judicial efectiva, según explicó el Tribunal con citas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aquí queda a la vista un nuevo análisis: el contrato con cada paciente y las normas reglamentarias que fijan las prestaciones mínimas (Plan Médico Obligatorio) marcan, en una lectura estricta, el límite de las exigencias admisibles.

Poco después llegó la sentencia en *P.,A.*,[134] donde se profundizó el giro. En este caso, una persona con discapacidad exigió cobertura médica completa para aliviar su condición. Dejando de lado el criterio de *Campodónico*, el Tribunal concluyó que la sola afectación del derecho a la salud no genera por sí misma la responsabilidad del Gobierno federal. La Corte sostuvo que la persona debía probar que carecía de cobertura de salud y de medios económicos para pagar el tratamiento. Solo pueden exigir atención del Estado quienes demuestran ambas condiciones, requeridas por la ley infraconstitucional que regula las prestaciones por discapacidad (ley 24.901).

La atención pública —según esta sentencia— corresponde a quienes no pueden pagar por ella en el ámbito privado. Resulta difícil armonizar esta interpretación con el texto del PIDESC, que en su artículo 12 garantiza el derecho de "toda persona" al "máximo nivel posible de salud", sin fijar restricciones por ingresos o cobertura. Y, a la vez, se aparta de la línea conceptual iniciada en los fallos de 2000. La Corte no examinó la constitucionalidad de la ley 24.901, no la evaluó —por ejemplo— a la luz de las exigencias fijadas por la Convención sobre los Derechos de las Personas

133 CSJN, *Caso L.,E.S. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo,* de 20 de mayo de 2014, fallos 337:580.

134 CSJN, *Caso P.,A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo,* de 16 de junio de 2015, fallos 338:488.

con Discapacidad (CDPD), un tratado que tiene jerarquía constitucional desde 2014. Tampoco consideró la OG 14 del Comité DESC sobre el derecho a la salud. Reforzando la importancia de la ley infraconstitucional como fundamento de su decisión, la Corte destacó que la creación de esa norma corresponde a los órganos competentes, mientras que la labor judicial de interpretación no puede significar la institución de una ley diferente. En *S.,D.*,[135] la Corte reafirmó esta línea, señalando que las entidades privadas no están obligadas a cubrir tratamientos indicados por profesionales no incluidos en su listado de prestadores.

Un criterio estricto también apareció en *L.,H.E.*[136] en donde se determinó que no puede obligarse a una entidad de medicina prepaga a financiar un tratamiento de fertilidad no incluido en las reglamentaciones. El derecho a la salud —reconoció el Tribunal— incluye la salud reproductiva, pero no es absoluto, sino que se ejerce de acuerdo con su reglamentación (que no debe alterar la sustancia del derecho). Como la ley aplicable y su decreto reglamentario no contenían la técnica reclamada, la justicia no podía arrogarse el papel de legislador.

Ciertas cuestiones formales pasaron a primer plano. En *A.,M.G.*,[137] la Corte resolvió que era imprescindible presentar ante la obra social un certificado de discapacidad del niño afiliado para obtener reintegros por gastos de asistencia médica relativos a esa condición. En el caso, la entidad prestadora tenía conocimiento de la discapacidad a través de la historia clínica, pero el requisito formal estaba contenido en la legislación infraconstitucional. Más aún, la Corte destacó que, por tratarse de un reclamo de contenido patrimonial, en el caso no estaba realmente en juego el derecho a la salud del niño.

También hizo una lectura amplia de las atribuciones de las obras sociales para modificar las reglas, limitar sus prestaciones

135 CSJN, *Caso S.,D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/sumarísimo,* de 15 de marzo de 2016, fallos 339:290.

136 CSJN, *Caso L.,H.E. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo*, de 1 de septiembre de 2015, fallos 338:779.

137 CSJN, *Caso A.,M.G. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ cobro de pesos/sumas de dinero*, de 5 de septiembre de 2017, fallos 340:1149.

o rechazar el ingreso de socios, sobre la base de argumentos centrados en un enfoque contractual. En *P.,V.E.*[138] se convalidaron los topes que las obras sociales pueden fijar por reglamentación interna a las prestaciones domiciliarias para personas con discapacidad. *B.,V.P.*,[139] un caso referido a la propia obra social del poder judicial, confirmó la negativa a incorporar a una persona con discapacidad, hermana de una afiliada, porque el estatuto de la obra social fija como requisito de admisión la carencia de otra cobertura.

Recapitulando, a partir de 2014 (o algunos años antes), el Tribunal adoptó un enfoque más restrictivo en sus lecturas sobre el derecho a la salud. Sin rechazar expresamente las líneas seguidas desde *Asociación Benghalensis,* la Corte modificó su posición al dar preeminencia a las normas contractuales y a la legislación infraconstitucional al momento de definir los sujetos obligados a brindar prestaciones y el alcance de estas. El eje pasó de las necesidades de los pacientes a la aplicación precisa de aquellos preceptos, sin cotejarlos con normas de jerarquía superior (como el art. 12 del PIDESC, las OG del Comité DESC o la CDPD). Los requisitos formales se utilizaron como una forma de limitar tanto el alcance del derecho a la salud en los casos concretos como la profundidad de la intervención del Tribunal. Esta modalidad interpretativa apuntó, probablemente, a preservar a la Corte del desgaste asociado a gestionar de modo amplio la provisión de salud en un sistema como el argentino, fragmentado en subsectores guiados por lógicas diversas (comercial, social, administrativa).

VIII. A modo de conclusión

Asociación Benghalensis puede leerse como un intento de la Corte de revertir —a través del control de constitucionalidad— su desprestigio político y técnico en el contexto de una crisis eco-

[138] CSJN, *Caso P.,V.E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud*, de 9 de noviembre de 2017, fallos 340:1600.

[139] CSJN, *Caso B.,V.P. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación*, de 24 de mayo de 2016, fallos 339:683.

nómica que estalló poco después. El derecho a la salud ofreció al Tribunal —especialmente tras la renovación parcial de su integración, entre 2004 y 2006— una vía para reconstruir su vínculo con la sociedad y su prestigio técnico, apoyándose en fuentes internacionales, aunque siempre se halló expuesta a enemistarse con los otros dos poderes o a quedar atrapada en la gestión cotidiana de problemáticas de alto contenido político.

En los últimos años, los derechos de cada paciente cedieron su lugar central a la preservación política del Tribunal (o quizá a una nueva visión sobre los derechos sociales). La Corte redujo su área de posibles intervenciones, mediante lecturas estrictas de normas infraconstitucionales y la toma de distancia con fuentes internacionales. Parece eludir el ejercicio del control de constitucionalidad, pese a contar con normas de la máxima jerarquía, enriquecidas por aportes internacionales. Así, puede no abandonar explícitamente las pautas de *Asociación Benghalensis*, aunque sí emplearlas de manera esporádica y bajo interpretaciones estrictas.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en González Volio, Lorena (ed.), *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, IIDH, 1998.

—— y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Ariza Clerici, Rodolfo, *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm*

Bergallo, Paola, "Courts and social change: Lessons from the struggle to universalize access to HIV/AIDS treatment in Argentina", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011.

Biagini, Graciela, *Sociedad civil y VIH-sida: ¿de la acción colectiva a la fragmentación de intereses?*, Buenos Aires, Paidós, 2009.

—— *et al.* (coords.), "Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la obligación del Estado Nacional de suministrar tratamiento antirretroviral a las PVVS", *Jurisprudencia Argentina,* 2005, pp. IV-1033.

Bilchitz, David, "Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-economic Rights Jurisprudence", *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand-Juta, vol. 19, parte 1, 2003.

Burgos, Mario, "Algunas consideraciones acerca de la construcción institucional del SIDA en la Argentina", *www.sida.bioetica.org/sidaburgos.htm*

Christiansen, Eric, "Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: comparative lessons from South Africa", *Journal of International Law and Foreign Affairs*, UCLA, vol. 13, 2008.

Dalla Vía, Alberto, *Derecho constitucional económico*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

Davis, Dennis, "From the Freedom Charter to the Washington Consensus", en Everatt, David y Maphai, Vincent (eds.) *The Real State of the Nation. South Africa after 1990, (Special Edition of Development Update)*, Johannesburgo, Interfund, 2003.

Etchichury, Horacio Javier, "Poder Judicial, democracia y derechos sociales", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Lucas Gioja"*, año V, núm. 7, 2011, *http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulo_esp_old.php?ided=7&idsec=1&art=152*

Everatt, David y Maphai, Vincent, *The Real State of the Nation. South Africa after 1990*, (Special Edition of *Development Update*), Johannesburgo, Interfund, 2003.

Ferreira, Lissett, "Access to Affordable HIV/AIDS drugs: The Human Rights Obligations of Multinacional Pharmaceutical Corporations", *Fordham Law Review*, núm. 71, diciembre de 2002.

Fitzpatrick, Joan y Slye, Ron C., "*Republic of South Africa* v. *Grootboom*. Case No. CCT 11/00. *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*. Case No. CCT 8/02", *American Journal of International Law*, núm. 97, julio de 2003.

Gargarella, Roberto, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Gelli, María Angélica (ed.), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2005.

Gordillo, Agustín *et al.* (coords.), *Derechos Humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997.

Horton, Mark, "HIV/AIDS in South Africa", en Nowak, Michael y Ricci, Luca Antonio (eds.), *Post-Apartheid South Africa. The first ten years*, Washington, Fondo Monetario Internacional, 2005.

Heywood, Mark, "Preventing Mother-to-Child Transmission in South Africa: Background, Strategies and Outcomes of the Treatment Action Campaign Case against the Minister of Health", *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand–Juta, vol. 19, parte 2, 2003.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes,* Nueva York, W. W. Norton & Co., 2000.

Kapczynski, Amy y Berger, Jonathan M., "The story of the *TAC* case: the potential and limits of socio-economic rights litigation in South Africa", en Hurwitz, Deena *et al.* (coords.), *Human Rights Advocacy Stories,* Nueva York, Foundation Press, 2009, *http://ssrn.com/abstract=1323522*

Kornblit, Ana Lía *et al.*, "Las ONGs que trabajan en VIH/sida: acciones y escenario público", *Jornadas Gino Germani*, Buenos Aires, IIFCS-Instituto de Investigaciones Gino Germani, 2002.

Lema Añón, Carlos, "Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, núm. 22, 2010.

Lucas Garín, Andrea, "Derecho a la vida y derecho a la salud (I). El caso '*Asociación Benghalensis*'", en Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena I., *Derecho a la vida. Un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2005.

Miller, Jonathan M., "Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, núm. 7, 2000.

Molinelli, N. Guillermo *et al.* (coords.), *Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina*, Buenos Aires, Temas, 1999.

Newman, Dwight G., "Institutional Monitoring of Social and Economic Rights: A South African Case Study and a New Research Agenda", *South African Journal on Human Rights*, Johannesburgo, Universidad de Witwatersrand–Juta, vol. 19, parte 2, 2003.

Pecheny, Mario, "Sexual Orientation, AIDS, and Human Rights in Argentina: The Paradox of Social Advance amid Health Crisis", en Eckstein, Susan Eva y Wickham-Crowley, Timothy P., *Struggles for Social Rights in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2002.

Phillips, Roger, "South Africa's right to health care: international and constitutional duties in relation to the HIV/AIDS epidemic", *Human Rights Brief*, vol. 11, núm. 2, invierno de 2004.

Pieterse, Marius, "Possibilities and pitfalls in the domestic enforcement of social rights: contemplating the South African experience", *Human Rights Quarterly*, vol. 26, núm. 4, 2004.

Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.

Poder Ciudadano, "Quién es quién en la justicia", Buenos Aires, Perfil, 1997.

Reitz, John C., "How to do comparative law", *American Journal of Comparative Law*, núm. 46, otoño de 1998.

Roux, Theunis, "Legitimating Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court", *Democratization*, Frank Cass, vol. 10, núm. 4, 2003.

Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II.

Schlesinger, Rudolf B. *et al.*, *Comparative Law. Cases, texts, materials*, 6a. ed., Nueva York, Foundation Press, University Casebook Series, 1998.

Sunstein, Cass R., "Social and Economic Rights: Lessons from South Africa", *Forum Constitutionnel*, 2000/2001, núm.11:4.

Shisana, Olive y Zungu-Dirwayi, Nompumelelo, "Government's changing responses to HIV/AIDS", en Everatt, David y Maphai, Vincent (eds.), *The Real State of the Nation. South Africa after 1990*, (*Special Edition of Development Update*), Johannesburgo, Interfund, 2003.

Tealdi, Juan Carlos, "Responses to AIDS in Argentina: Law and Politics", en Frankowski, Stanislaw (ed.), *Legal Responses to AIDS in Comparative Perspective*, La Haya, Kluwer, 1998.

Verbitsky, Horacio, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

*Mary Beloff**
*Virginia Deymonnaz***

I. Introducción

Prácticamente todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos —convencionales y no convencionales, regionales y universales— reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental;[1]

* Abogada graduada con honores por la Universidad de Buenos Aires (UBA). *Magister Legum* por la Universidad de Harvard y doctora en Derecho Penal por la UBA. Actualmente es profesora titular de la Facultad de Derecho de la misma Universidad y directora del proyecto de investigación UBACyT.

** Abogada y maestranda en Derecho Penal por la UBA. Auxiliar docente de Derecho Penal y Procesal Penal e investigadora en la UBA.

1 El Estatuto (*Constitution*) de la Organización Mundial de la Salud (OMS, art. 1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 12); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, art. 24); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, art. 10), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, art. 25) reconocen el derecho de toda persona *al disfrute del más alto nivel posible de* salud. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, art. XI) reconoce el derecho a la preservación

sin embargo, a excepción del documento constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS),[2] ninguno de ellos proporciona una definición precisa de un concepto —a la vez tan accesible a la comprensión generalizada y tan difícil de describir normativamente—[3] como "la salud".

---

de la salud y el bienestar; la Declaración de los Derechos del Niño reconoce el derecho de todo niño a una atención médica adecuada (principio 4), así como a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física (principio 5); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) protege el derecho a la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo (art. 11), y establece que los Estados deben asegurar el acceso a la atención médica en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (art. 12), y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial reconoce el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico (art. 5).

2 La OMS define a la salud como "[...] un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades", (art. 1 de la Carta Constitutiva del organismo). Una definición tan abarcativa ha sido criticada como un estándar irrazonable: "An attempt to capture the ordinary meaning of the term 'health' will inevitably prove contentious given the range of possible meanings attributable to this term [...] this definition was not adopted in article 24 of the CRC or article 12 of the ICESCR. Moreover, despite the face the neither instrument contains a definition of health, it is questionable whether the WHO approach is the appropriate definition for health for the purposes of the CRC or ICESCR. Indeed, commentators have expressed concern that its focus on 'well-being' is so broad as to constitute an unreasonable standard for human rights, policy and law". *Cfr.* Tobin, John, "Article 24. The right to health", en Tobin, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 908.

3 "However, the transformation of such a moral and political aspiration into an international legal standard has not guaranteed its legitimacy nor has it provided international consensus with respect to its substantive content. Thus, it has been alleged that 'one would be hard pressed to find a more controversial or nebulous human right than the 'the right to health' which 'is characterized by conceptual confusion' as well as a lack of effective implementation. If accurate, this characterization presents a significant problem for projects which seek to deploy the right to health as a strategy to influence health outcomes and indeed for states seeking to implement their obligations under article 24 of the Convention. In more recent years however, significant work has been done to 'unpack' various aspects of the right to health by bodies". *Cfr.* Tobin, John, *op. cit.*, p. 904.

Ello demuestra el consenso mundial que existe respecto del carácter fundamental de este derecho, con independencia de las dificultades que se plantean a la hora de lograr un acuerdo generalizado en relación con su contenido y alcances específicos (sobre todo en temas que presentan enfoques claramente diferentes en función de las particularidades culturales y religiosas).

Esta amplitud explica y justifica también los esfuerzos de los diversos organismos internacionales por determinar su contenido junto con los deberes estatales que son su contracara.[4]

Entre ellos se destaca, en nuestro ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Si bien en algún voto concurrente había sido alegada una vulneración directa y autónoma al derecho a la salud,[5] solo recientemente, en

[4] Entre otros: i) Comité de los Derechos del Niño: Observación general 3 (2003), El VIH/SIDA y los derechos del niño; Observación general 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la CDN; Observación general 9 (2007), Los derechos de los niños con discapacidad; Observación general 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1); Observación general 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24); Observación general 20 (2016) sobre la aplicación de los derechos del niño durante la adolescencia; Observación general 21 (2017) sobre los niños de la calle; ii) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Observación general 3 (2016), Artículo 6: Mujeres y las niñas con discapacidad y Observación general 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad; iii) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación general 5 (1995), Personas con discapacidad; Observación general 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12); Observación general 22 (2016) relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12), y iv) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Recomendación general 14 (1990), Circuncisión femenina; Recomendación general 15 (1990), Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida); Recomendación general 19 (1992), La violencia contra la mujer; Recomendación general 24 (1999), Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-La mujer y la salud.

[5] Puede consultarse el voto concurrente de la jueza Macaulay en Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Re-

el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* por primera vez el Tribunal determinó la responsabilidad de un Estado por la vulneración autónoma del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).[6]

En línea con la definición de la OMS, este Tribunal ha sostenido 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 solo 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". Para lograrlo, encomienda a los Estados, que tienen el deber de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales, garantizar una prestación médica de calidad y eficaz, así como impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud.[7]

Ese deber parece intensificarse en las etapas más tempranas de la vida. Ello así, puesto que también existe consenso respecto de que toda persona menor de 18 años (niño, de acuerdo con el derecho internacional)[8] es esencialmente vulnerable[9] dada su

---

paraciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, así como el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260, y *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298. En estos, los mencionados jueces se pronunciaron a favor de evaluar las violaciones al derecho a la salud en forma automática y directa a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

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

7 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349, párr. 118, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 105.

8 *Cfr.* CDN, art. 1.

9 *Cfr.* Beloff, Mary, *Derecho de los niños. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018. Garzón Valdés ha deno-

condición fenomenológica,[10] vulnerabilidad esencial que justifica la existencia de deberes particulares por parte de la familia, la sociedad y del Estado orientados a compensarla con medidas especiales de protección que incluyen la garantía del derecho a la salud de niñas y niños.[11]

Este comentario tiene pues como propósito el analizar la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH relacionada con el derecho a la salud, en particular cuando se trata de un grupo especialmente vulnerable como el de niñas y niños.

II. El derecho de los niños a su protección especial en el Sistema Interamericano

Desde el punto de vista normativo, el derecho de los niños a su protección especial surge, por todos, del artículo 19 de la CADH, que establece que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".[12]

---

minado a esta vulnerabilidad esencial como absoluta o radical. *Cfr.* Garzón Valdés, Ernesto, "Desde la modesta propuesta de 'Swift' hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Universidad de Alicante, vol. II, núms. 15 y 16, 1994, pp. 731 y 743.

10 Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que: "[...] a nivel universal, se consideran vulnerables todos los niños hasta los 18 años de edad, porque no han concluido aún su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico [...]", Observación general 13 (2011), El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 72 f.

11 *Cfr.* CADH, art. 19 (Derechos del niño). Asimismo, Beloff, Mary, *op. cit*.

12 Este derecho ha sido reconocido tanto en el ámbito universal como regional. Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse: *A)* Ámbito universal: *i*) Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales; Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria); Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto; Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo); Convenio sobre las prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, entre otros. *ii*) Organización de las Nacio-

En la primera oportunidad en la que interpretó este artículo, la Corte IDH entendió que:

> Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.[13]

De esa forma, conectó al sistema regional con el universal de un modo desconocido con anterioridad.

---

nes Unidas (ONU): *a)* Declaraciones: DUDH (art. 25.2); Declaración de los Derechos del Niño; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado; Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; *b)* Convenciones y pactos: Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV, arts. 14, 17, 23, 24, 38, 50, 89, 94 y 132); PIDESC (arts. 10.3 y 12.2.a); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, arts. 6.5., 10, 14.4, y 24); CEDAW (arts. 5, 9, 11, 12 y 16); CDN y sus Protocolos Facultativos; Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción, entre otros. *B)* Organización de los Estados Americanos (OEA): *a)* Declaraciones: DADDH (arts. VII y XXX); *b)* Convenciones: CADH (arts. 4.5., 5.5., 13.4, 17, y 27); Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de Menores; Protocolo de San Salvador (art. 16); Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará, art. 9), entre otros.

13 Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros ("Niños de la Calle") vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párr. 194. En este sentido, sostuvo que: "El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)"; Corte IDH. OC-16/99. El derecho a la información sobre la asistencia consultar en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva de 1 de octubre de 1999. Serie A, núm. 16, párr. 115. De esta forma, la expresión *corpus iuris* se utiliza para aludir no solo a las normas, a los tratados y declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas.

El Tribunal sostuvo que el derecho de los niños a su protección especial se basa en el reconocimiento que los Estados deben tomar, de acuerdo con la particular circunstancia vital que determina su mayor vulnerabilidad,[14] medidas especiales adicionales a las que, en un caso equivalente, correspondería adoptar respecto de un adulto.[15]

Las decisiones plantean que estas medidas especiales deben ser ponderadas en relación con la situación particular en la que se encuentre la niña o el niño.[16] En otras palabras, si a la vulnerabilidad propia de la condición existencial de la niñez se le agregan otros factores críticos producto, entre otros, del contexto familiar o social, la extrema exclusión social,[17] el origen

---

14 Corte IDH. OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva de 28 de agosto de 2002. Serie A, núm. 17. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 8: "[...] vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos [...]".

15 *Cfr.* Corte IDH. OC-17/02, *cit.,* párrs. 53, 54, 60 y 62; *Caso Niños de la Calle, cit.,* párr. 146; *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, núm. 110, párr. 164; *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112, párr. 147; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 408; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C, núm. 277, párr. 133, entre muchos otros.

16 *Cfr.* Corte IDH. OC-17/02*, cit.,* párr. 61.

17 Por mencionar algunos ejemplos: Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, *cit.,* párr. 262*,* en el que, al momento de determinar las reparaciones, la Corte consideró que había niños que se encontraban en "[...] un estado manifiesto de pobreza y que han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos". *Caso Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 154, en el cual, la Corte sostuvo que de las obligaciones generales (*cfr.* arts. 1.1. y 2 CADH) derivan deberes especia-

étnico,[18] la condición de género,[19] encontrarse bajo la custodia del Estado[20] o alguna necesidad especial (p. ej., derivada de alguna discapacidad),[21] los deberes estatales hacia la niña o el niño

les, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez. En *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.*, párrs. 201 y 243, la Corte relacionó la discapacidad con la pobreza y exclusión social.

18 En *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, y *Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282, se constató que muchas de las personas haitianas sufren condiciones de pobreza y marginalidad derivada de su estatus legal y de la falta de oportunidades.

19 Pueden consultarse, entre otros, Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otras vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216; *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, cit.*, y *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, cit.*

20 Pueden consultarse, entre otros, Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, cit.*; *Caso Mendoza y otros vs. Argentina.* Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C, núm. 260; y las Resoluciones sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" de la Fundação CASA.

21 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.*, párrs. 124 y 134, en el cual, la Corte sostuvo que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que resulta imperativo adoptar medidas positivas determinadas en función de las necesidades particulares de protección de la persona de que se trate, ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre, en el mencionado caso, por su discapacidad. Sostuvo que las violaciones de derechos consagrados en la CADH debían enmarcarse dentro del hecho de que Sebastián Furlan era un niño al momento del accidente y de que, posteriormente, dicho accidente había desencadenado que deviniera un adulto con discapacidad. En este sentido, consideró que las presuntas violaciones debían ser analizadas a la luz: *i)* del *corpus iuris* internacional de protección de los niños y las niñas, y *ii)* de los estándares internacionales sobre la protección y garantía de los derechos de personas con discapacidad. En *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.*, párrs. 193, 290, 291, entre otros, la Corte consideró que habían confluido de forma intersectorial múltiples factores de vulnerabilidad y de riesgo de discriminación asociados con la condición de mujer, de niña, la extrema pobreza y la condición de niña con VIH de Talía.

que se encuentre en tales situaciones como resultado de las diferentes *capas* de vulnerabilidades que influyen sobre su condición se intensifican.

III. El derecho a la salud de niñas y niños

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce su derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud",[22] así como "a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud", y dispone que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social (arts. 24 y 25).[23]

---

[22] Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.,* párr. 23: "La noción de 'más alto nivel posible de salud' tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas, sociales, culturales y económicas previas del niño como los recursos de que dispone el Estado, complementados con recursos aportados por otras fuentes, entre ellas organizaciones no gubernamentales, la comunidad internacional y el sector privado [...]". En sentido similar, puede consultarse Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit*., párr. 9. Este principio ha sido objeto de crítica: "Such an approach is practical given that no State is capable of guaranteeing the health of any individual. Thus, the entitlement of children under article 24 is not a right to be guaranteed health by the state but rather an entitlement to enjoy conditions that will maximize the potential for a child to enjoy his or her health in light of his or her personal circumstances and the resources available to a state". *Cfr.* Tobin, John, *op. cit*., p. 908.

[23] CDN, art. 24: "2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), los servicios y programas de salud deben cumplir con los siguientes requisitos: *i)* disponibilidad;[24] *ii)* accesibilidad;[25] *iii)* aceptabilidad,[26] y *iv)* calidad.[27]

---

la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo". La protección del derecho a la salud de los niños ha sido reconocida también por la Declaración de los Derechos del Niño, Principios 2, 4, y 5; la DUDH, art. 25; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en especial, arts. 7, 18.2, 23, 24, 25, 28.2.b y 30.5.d.

24 Ello implica contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos, centros de atención y programas de salud (*Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit*., párr. 113; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit*., párr. 12.a.

25 Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. El elemento de accesibilidad presenta cuatro dimensiones: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica/asequibilidad, y accesibilidad de la información (*Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit*., párr. 114, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit*., párr. 12.b.

26 Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de "[...] la ética médica y culturalmente apropiados", de la confidencialidad, sensibles a una perspectiva de género, y deben mejorar el estado de salud de las personas (*Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit*., párr. 115, y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit*., párr. 12.c.

27 Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista cultural, científico y médico y de buena calidad —personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas—. (*Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit*., párr. 116; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit*., párr. 12.d)

El derecho a la salud comprende derechos y libertades que, en el caso de los niños, adquieren un matiz especial[28] (entre otros, el derecho a controlar el cuerpo y la salud, a la libertad sexual y reproductiva,[29] a la intimidad,[30] a no padecer injerencias, a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales, a recibir información adecuada[31]

---

28 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit*., párr. 24: "El derecho del niño a la salud consta de una serie de libertades y derechos. Entre las libertades, de importancia creciente a medida que aumentan la capacidad y la madurez, cabe mencionar el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva para adoptar decisiones responsables. Los derechos se refieren al acceso a una amplia gama de instalaciones, bienes, servicios y condiciones que ofrezcan a cada niño igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud".

29 Comité DESC, Observación general 22, *cit.,* párr. 44: "Los Estados tienen la obligación de velar por que los adolescentes tengan pleno acceso a información adecuada sobre la salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar y los anticonceptivos, los riesgos del embarazo precoz y la prevención y el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, como el VIH/SIDA, independientemente de su estado civil y del consentimiento de sus padres o tutores, con respeto de su privacidad y confidencialidad". Puede consultarse también, entre otros, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.,* párrs. 58 y 61, así como Observación general 20, *cit.,* párrs. 59 y 61, entre otras.

30 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 4, *cit*., párr. 11: "Al objeto de promover la salud y el desarrollo de las adolescentes, se alienta asimismo a los Estados Partes a respetar estrictamente el derecho a la intimidad y la confidencialidad incluso en lo que hace al asesoramiento y las consultas sobre cuestiones de salud (art. 16). Los trabajadores de la salud tienen obligación de asegurar la confidencialidad de la información médica relativa a las adolescentes, teniendo en cuenta principios básicos de la Convención. Esa información solo puede divulgarse con consentimiento del adolescente o sujeta a los mismos requisitos que se aplican en el caso de la confidencialidad de los adultos. Los adolescentes a quienes se considere suficientemente maduros para recibir asesoramiento fuera de la presencia de los padres o de otras personas, tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales, e incluso tratamiento confidencial".

31 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 4, *cit*., párr. 10: "[…] el derecho de los adolescentes a tener acceso a información adecuada es fundamental si los Estados Partes han de promover medidas económicamente racionales, incluso a través de leyes, políticas y programas, con respecto a numerosas situaciones relacionadas con la salud, como las incluidas

y a recibir educación sexual acorde con su edad, género y capacidades).[32]

Este matiz especial requiere considerar, entre otros factores, la edad del niño[33] (puesto que los derechos durante la primera infancia no pueden ser ejercidos ni pueden tener idéntico contenido respecto de un adolescente de 15 o 16 años);[34] la condición de género,[35] ya que esta influye críticamente en la forma en que se

---

en los artículos 24 y 33 relativas a la planificación familiar, la prevención de accidentes, la protección contra prácticas tradicionales peligrosas, con inclusión de los matrimonios precoces, la mutilación genital de la mujer, y el abuso de alcohol, tabaco y otras sustancias perjudiciales".

32 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 20, *cit.*, párrs. 59-61.

33 Entre otros, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 27.

34 El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general 7 (2005), *cit.*, párr. 36, sostuvo que: "[...] los niños pequeños necesitan una consideración particular debido al rápido desarrollo que experimentan; son más vulnerables a la enfermedad, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo, y se encuentran relativamente impotentes para evitar o resistir las dificultades, dependiendo de otros para que les ofrezcan protección y promuevan su interés superior". Por otro lado, en la Observación general 4, *cit.*, párr. 2, indicó que: "La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre estos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad [...]". Asimismo, en la Observación general 20, *cit.*, párr. 13, agregó que: "Si bien la adolescencia se caracteriza en general por una mortalidad relativamente baja en comparación con otras franjas etarias, el riesgo de muerte y enfermedad durante la adolescencia es real, entre otras razones por causas evitables, como partos, abortos peligrosos, accidentes de tránsito, infecciones de transmisión sexual, como el VIH, violencia interpersonal, enfermedades mentales y suicidios, todas las cuales están asociadas con determinados comportamientos y requieren una colaboración intersectorial".

35 El Comité de los Derechos del Niño instó a los Estados "[...] a que adopten políticas de salud sexual y reproductiva para los adolescentes que sean

garantizará (la Corte IDH ha reconocido que las niñas son un grupo especialmente vulnerable),[36] así como otras particularidades, como el contexto económico-social, por nombrar alguna.

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, el derecho del niño a la salud "no solo es importante en sí mismo", sino que "es indispensable para el disfrute de todos los demás derechos contemplados en la Convención [sobre los Derechos del Niño]". Además, "el logro del derecho del niño a la salud depende de la realización de otros muchos derechos enunciados en la Convención".[37]

De esta forma, el derecho a la salud se relaciona, entre otros, con la prohibición de discriminación (art. 2);[38] con el interés superior del niño (art. 3);[39] con los derechos a la supervivencia y al

---

amplias, incluyan una perspectiva de género, sean receptivas a las cuestiones relativas a la sexualidad, y subraya que el acceso desigual de los adolescentes a la información, los productos básicos y los servicios equivale a discriminación. La falta de acceso a esos servicios contribuye a que las adolescentes sean el colectivo de mujeres con mayor riesgo de morir o de sufrir lesiones graves o permanentes durante el embarazo y el parto [...]". (Observación general 20, *cit.,* párr. 59).

36 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 13, párr. 134. La Corte señaló: "[...] el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable."

37 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15 , *cit.,* párrs. 2 y 7. El mencionado Comité interpretó al derecho a la salud "[...] como derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud. El enfoque integral en materia de salud sitúa la realización del derecho del niño a la salud en el contexto más amplio de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos."

38 Entre otros, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.,* párrs. 8 y 11.

39 *Ibidem,* párrs. 12 y 15; Observación general 14, *cit.,* párrs. 77 y 78.

desarrollo (art. 6);[40] a ser escuchado (art. 12);[41] a un nivel de vida adecuado (art. 27), y a la protección del niño contra todo tipo de violencia (arts. 19, 34 y 39).[42]

La protección de los derechos humanos, incluido el derecho a la salud del niño, impone a los Estados tres tipos o niveles de obligaciones: *i)* la de respetar los derechos y las libertades (abstenerse de injerir directa o indirectamente en el disfrute de la salud); *ii)* la de protegerlos "de terceros o de amenazas sociales o ambientales" (adoptar medidas positivas) y, finalmente, *iii)* la de "hacer efectivos los derechos mediante facilitación o concesión directa"[43]

40 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párrs. 16 y 18.

41 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 12, *cit*., párrs. 98 y 104, y Observación general 15, *cit.*, párr. 19.

42 *Cfr.* Tobin, John, *op. cit.*, p. 906: "Implementation of the obligation to protect children against all forms of violence under article 19 and the various forms of exploitation and harm against which children are to be protected under articles 32-37, is critical if threats to a child's health are to be averted. The obligation under 39 to provide reintegration and rehabilitation for children who are victims of abuse and violence is also deeply interconnected with the right co health [...] Moreover, civil and political rights such as the right to information under article 15 and the right to respect for private life under article 16, which extends to physical and bodily integrity, are also linked to article 24 insofar as they relate to issues about children's right to free and informed consent to medical treatment. Thus, an understanding of the meaning of article 24 must not take place in isolation from and must be informed by the other provisions of the Convention. At the same time, given the potential scope of the right to health is it important to guard against the inflation of this right in a way that fails to recognize the independent role and importance of these other rights that overlap with the right to health".

43 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.*, párrs. 71 y 73. Puntualmente, el Comité indicó que dentro de las obligaciones generales se encuentran las siguientes: "a) Revisar el entorno jurídico y normativo nacional y subnacional y, cuando proceda, enmendar las leyes y políticas; b) Garantizar la cobertura universal de servicios de calidad de atención primaria de salud, en particular en la esfera de la prevención, la promoción de la salud, los servicios de atención y tratamiento y los medicamentos básicos; c) Dar respuesta adecuada a los factores subyacentes que determinan la salud del niño, y d) Elaborar, ejecutar, supervisar y evaluar políticas y planes de acción presupuestados que conformen un enfoque basado en los derechos humanos para hacer efectivo el derecho del niño a la salud". Sobre las responsabilidades de los agentes no estatales, pueden consultarse los párrs. 75 y 85.

(adoptar medidas de carácter legislativo,[44] administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud).[45]

IV. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH, en ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva, ha relacionado el derecho a la salud con otros derechos, al resolver casos que involucraron a niñas y niños con alguna discapacidad,[46] portadores de VIH,[47] privados de su libertad,[48] pertenecientes a comunidades indígenas[49] y/o migrantes.[50]

---

44 *Ibidem,* párrs. 94 y 95.

45 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit*., párr. 33. Véanse Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit*., párr. 73 y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, *cit*., párrs. 43 y 47. El Comité DESC distinguió entre la incapacidad y la renuencia por parte del Estado a cumplir con sus obligaciones: "Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas *supra*. Cabe señalar sin embargo que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas [...], que son inderogables".

46 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.*

47 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.*

48 Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, *cit*., y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.*

49 Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, cit.; Comunidad indígena Xáxmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *cit*., entre otros.

50 Corte IDH. OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

4.1. El derecho a la vida (vida digna)

De acuerdo con la Corte IDH, el derecho a la vida (art. 4 CADH)[51] es el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos.[52]

Desde la primera decisión en la que interpretó el artículo 19 de la Convención Americana, en el caso *de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala,* la Corte IDH comenzó a desarrollar el contenido del derecho a una "vida digna" como el derecho a que se generen las condiciones materiales necesarias que permitan desarrollar una existencia digna.[53] El Tribunal

---

Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párrs. 256 y 261. En relación con niños solicitantes de asilo, la Corte determinó que el Estado es responsable de brindarles protección y cuidado de manera especial durante el tiempo que dure la toma de decisión. Estas obligaciones implican asegurarle vivienda y comida, así como *acceso a la salud*, atención psicosocial y educación. Para ello, los Estados deben adecuar los procedimientos de asilo o de determinación de la condición de refugiado para brindar a los niños un acceso efectivo a ellos que permita considerar su situación específica.

51 La CADH (art. 4) garantiza no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino además "el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida". Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit*., párr. 169, entre otros.

52 Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle", cit*., párr. 144, entre muchos otros.

53 *Idem*. "El *derecho a la vida es un derecho humano fundamental*, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida *comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna*. Los *estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones* que se requieran para que no se produzcan violaciones de aquel y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él" (cursivas añadidas). Asimismo, voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 1: "El párrafo 144 de la presente Sentencia, a nuestro juicio, refleja con fidelidad el estado actual de evolución del derecho a la vida en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y bajo la Convención Americana sobre De-

fijó una regla fundamental al señalar que el derecho a la vida no solo debe ser interpretado en la forma clásica (como derecho de defensa), en el sentido de que los Estados deben abstenerse de interferir y de privar a sus habitantes arbitrariamente de la vida, sino que, además, debe abarcar la obligación estatal (como deber de prestación positiva) de garantizar a los niños mínimos existenciales que les aseguren condiciones dignas y oportunidades para realizar sus proyectos de vida.[54]

Si bien no determinó cómo el Estado debe garantizar esos derechos, sostuvo que la educación y *el cuidado de la salud de los niños* "[…] suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos".[55]

Por ejemplo, al decidir un caso que involucraba a una niña con VIH, el Tribunal sostuvo que el daño a la salud provocado por la gravedad de la enfermedad, así como el riesgo de mayores afectaciones a lo largo de la vida de la menor, constituía una vulneración del derecho a la vida, debido al peligro de muerte que había enfrentado o podía llegar a enfrentar la víctima.[56] Por ello, determinó que el Estado había incumplido la obligación negativa

---

rechos Humanos (art. 4) en particular. Afirma el carácter fundamental del derecho a la vida, que, además de inderogable, requiere medidas positivas de protección por parte del Estado (art. 1.1 de la CADH)". Sobre el tema, puede consultarse Beloff, Mary y Clérico, Laura, "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana", *Revista Estudios Constitucionales,* Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año XIV, núm. 1, 2016, pp. 139-178.

54 Corte IDH. *Caso de los Niños de la Calle, cit*. Voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 8: "Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana […]".

55 Corte IDH. OC-17/02, *cit.,* párr. 86, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párr. 258, entre otros.

56 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.,* párr. 190.

de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de la niña en una entidad privada.[57]

En relación con los niños privados de su libertad, sostuvo que el deber estatal de asegurar condiciones de vida digna se refiere a aquellas mientras los menores de edad se encuentran privados de libertad bajo la custodia del Estado.[58] Entre esos deberes, dio prevalencia al de proveerlos de *salud* y educación, para asegurarse de que la detención no destruirá sus proyectos de vida.[59]

---

57 *Ibedem,* párr. 191, así como el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 3: "En el presente caso la declaración de la violación del 'derecho a la vida' tuvo la particularidad de involucrar una argumentación que va mucho más allá del concepto de 'vida digna' y que involucra un análisis de circunstancias extremas como las del presente caso, donde los hechos generadores de responsabilidad internacional están asociados a un riesgo grave para la vida de Talía Gonzales Lluy, riesgo con el que tendrá que vivir durante toda su vida. La declaración de la responsabilidad estatal tuvo en cuenta el contexto particular de vulnerabilidad enfrentado por la familia Lluy y las condiciones particulares de Talía en tanto mujer, niña, pobre y persona con VIH".

58 Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, cit.,* párr. 160.

59 *Ibidem,* párrs. 161, 176 y 177. Véanse, además, párrs. 167-175: "El Estado no cumplió efectivamente con su labor de garante en esta relación especial de sujeción Estado-adulto/niño privado de libertad, al no haber tomado las *medidas positivas necesarias y suficientes para garantizarles condiciones de vida digna* a todos los internos y tomar las *medidas especiales que se requerían para los niños*. Más aún, fue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos del Instituto a un trato cruel, inhumano y degradante, así como a *condiciones de vida indigna que afectaron su derecho a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida* [...]" (cursivas añadidas). De forma complementaria, sostuvo que: "El Estado, además de no crear las condiciones y tomar las medidas necesarias para que los internos del Instituto tuvieran y desarrollaran una vida digna mientras se encontraban privados de libertad y además de no cumplir con sus obligaciones complementarias respecto de los niños, mantuvo al Instituto en condiciones tales que posibilitó que se produjeran los incendios y que estos tuvieran terribles consecuencias para los internos, a pesar de las diversas advertencias y recomendaciones dadas por organismos internacionales y no gubernamentales respecto del peligro que esas condiciones entrañaban [...]".

Por otro lado, relacionó las condiciones de extrema vulnerabilidad de comunidades indígenas con la afectación al desarrollo de sus niños, e indicó que la falta de una alimentación adecuada había alterado su desarrollo, aumentado los índices normales de atrofia en su crecimiento y ocasionado altos índices de desnutrición.[60]

Asimismo, sostuvo que las mujeres en estado de gravidez requerían medidas de especial protección, que la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres embarazadas o posparto "son causas de alta mortalidad y morbilidad materna", razón por la cual los Estados deben: *i)* adoptar políticas de salud adecuadas, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y posparto adecuados, y *ii)* contar con personal capacitado para la atención de los nacimientos, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna.[61]

Por último, en relación con el deber de prevención del Estado,[62] sostuvo que las causas de la muerte de los niños se

---

60 Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit*., párr. 259: "[…] de la prueba aportada se desprende que para el 2007 los niños y niñas de la Comunidad 'o no recibieron todas las vacunas, o no fueron vacunados según el estándar internacional, o no poseían certificación alguna referent[e] a las vacunas recibidas' […]".

61 *Ibidem*, párr. 233: "Respecto del derecho a la vida digna, la Corte IDH avanzó identificando las variables con las cuales mediría si el Estado cumplió con la obligación de generar condiciones de existencia digna y de respetar el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales. Estas variables se leen expresamente en clave de los DESC: *derecho de acceso al agua, a la alimentación, a la salud y a la educación*. En todos estos aspectos relevantes, las medidas estatales no fueron suficientes ni adecuadas. Este examen no ocurre en abstracto, sino teniendo en cuenta la acción estatal junto con sus efectos para revertir la situación de extrema vulnerabilidad de la comunidad y sus integrantes." *Cfr.* Beloff, Mary y Clérico, Laura, *op. cit.*, p. 157 (cursivas añadidas).

62 En el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay,* el juez Ventura Robles, en su voto razonado, sostuvo: "He concurrido con mucha satisfacción con mi voto a la aprobación de la presente sentencia, por unanimidad, en el caso relativo a la Comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, porque se produjo un cambio sustancial de criterio en la mayoría de la Corte, que en un caso idéntico, el de la Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Pa-

hubieran podido prevenir con una adecuada atención médica o asistencia por parte de la autoridad, dado que eran "todas enfermedades prevenibles, evitables y tratables a bajo costo".[63]

raguay, no declararon violado el artículo 4.1 de la Convención en perjuicio de los miembros de dicha Comunidad que fallecieron como consecuencia de las condiciones de vida a las que estaban sometidos, lo que sí hicieron en el presente caso al declararse violado el artículo 4.1 (Derecho a la vida), en relación con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 19 (Derechos del niño), todos ellos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de las víctimas fallecidas [...]. Es significativo este cambio de criterio de la Corte ya que se trata de dos casos idénticos. Lo único que diferencia el caso de la Comunidad Yakye Axa al de la Comunidad Sawhoyamaxa es el nombre de las víctimas, ya que todo lo demás es igual". (párrs. 1 y 2). Asimismo, el juez García Ramírez, en su voto razonado (párr. 22), sostuvo que: "En el *Caso Yakye Axa,* la Corte se refirió a la violación del derecho reconocido en el artículo 4 de la Convención. Por mayoría de votos consideró, sin embargo, que carecía de elementos probatorios para atribuir al Estado responsabilidad por la muerte de diversas personas. Respetable decisión —tan respetable como la opinión discrepante— que no absolvía, sino se detenía ante el lindero que cada caso propone a la honrada reflexión del juzgador: la prueba. En el presente caso, en cambio, la Corte ha considerado unánimemente que existe la prueba necesaria y suficiente para establecer, una vez formada la convicción personal del juzgador, que las circunstancias en que se encontraban las víctimas determinaron la muerte de estas; *que en todos y cada uno de los supuestos mencionados por la sentencia hay elementos suficientemente convincentes —por encima de la duda que un juzgador de buena fe puede enfrentar— para considerar que la salud de las víctimas se quebrantó por la situación que padecían, que esta fue el producto directo de las condiciones de vida impuestas por los problemas de asentamiento y marginación en que se hallaban, y que finalmente trajeron como consecuencia inequívoca y directa el fallecimiento de aquellas; que esas circunstancias resultaron particularmente graves en el caso de menores de edad, que estaban —o debieron estar— bajo una tutela especial, más diligente; que el resultado de muerte es atribuible al Estado, no ya por la acción de sus agentes como ha ocurrido en otros casos, sino por la omisión* —igualmente reprobable, porque implica incumplimiento de deberes estrictos— en prever ese resultado, perfectamente previsible, y en proveer lo necesario para impedirlo —provisión que se hallaba al alcance del mismo Estado; y que no es razonable desplazar hacia las víctimas la culpa por el resultado, en virtud de que el Estado contaba con los medios, como se ha dicho, para preverlo y evitarlo y tenía la obligación de hacerlo" (cursivas añadidas).

63 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, *cit*., párr. 171: "[...] la mayoría de los fallecidos en la Comunidad corresponde a ni-

4.2. El derecho a la integridad personal

La CADH reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica. Su vulneración "es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado", y sus "secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta".[64]

La Corte afirmó que este derecho está directa e inmediatamente vinculado con la atención de la salud, por lo que la falta de atención médica adecuada puede traer aparejada una vulneración del artículo 5.1 de la CADH.[65] Sostuvo también que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno y la implementación de una serie de mecanismos tendentes a tutelar la efectividad de la regulación.[66]

Particularmente respecto de niños privados de su libertad, concluyó que el Estado debe asegurar la integridad personal de todo individuo que se encuentre bajo su custodia y que, como responsable de los establecimientos de detención y reclusión, tiene el deber de salvaguardar su salud y su bienestar, así como

ños y niñas menores de tres años de edad, cuyas causas de muerte varían entre enterocolitis, deshidratación, caquexia, tétanos, sarampión y enfermedades respiratorias como neumonía y bronquitis [...]". En similar sentido, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit*., párrs. 178 y 260. En el *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, de los 13 miembros cuya muerte fue imputable al Estado, 11 eran niños; mientras que en el *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* se le responsabilizó por el fallecimiento de 18 niños.

64 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 161, y *Caso Mendoza y otros vs. Argentina, cit.,* párr. 201, entre otros.

65 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.,* párrs. 171, 197 y 198, y *Caso Suarez Peralta vs. Ecuador, cit.,* párr. 130. La Corte insistió, entre otros, en la importancia del acceso a la información, a los fármacos antirretrovíricos, así como en un enfoque integral que comprenda "[...] una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo". Pueden consultarse también Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración política sobre el VIH y el SIDA: intensificación de nuestro esfuerzo para eliminar el VIH y el SIDA, (2011), A/RES/65/277.

66 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.,* párr. 171, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit.,* párr. 130, entre otros.

de garantizar "que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención".[67] En este sentido, la falta de atención médica adecuada a una persona bajo custodia del Estado puede vulnerar el derecho a la integridad personal,[68] consideradas las circunstancias concretas de la persona en particular, tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y/o su edad, entre otros.[69] Por eso, estos deberes se acentúan cuando se trata de un niño, quien debe disfrutar de mayores protecciones (aquellas que corresponden por su condición de menor de edad privado de la libertad).[70]

En este sentido, corresponde al Estado, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, proporcionar a los detenidos tanto revisión médica regular como atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se los requiera,[71] "toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia, más aún si se trata de niños".[72]

---

67 Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C, núm. 287, párr. 198. En sentido similar, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit*., párr. 203.

68 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina, cit.,* párr. 193. Asimismo, *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100, párr. 138: "La condición de garante del Estado con respecto al derecho a la integridad personal le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquel [...]".

69 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina, cit.,* párr. 190. En similar sentido, *Caso de los "Niños de la Calle", cit.,* párr. 74.

70 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.,* párr. 192.

71 *Cfr. Ibidem*, párr. 189. También pueden consultarse Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, reglas 49-54 (Atención médica), y Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Reglas 22-26 (Servicios médicos), entre otras.

72 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit.,* párr. 188: "De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por

De ahí que el Estado tenga la obligación de prevenir situaciones que puedan afectar el derecho a la salud de las personas bajo su custodia y le corresponda la carga de la prueba.[73]

Asimismo, el Tribunal ha determinado la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho a la integridad por la afectación a la salud psíquica/mental de los niños.[74]

---

las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna". En similar sentido, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, cit*., párrs. 152 y 173. La Corte determinó que: "[…] los niños internos en el Instituto no tuvieron siquiera la atención de salud adecuada que se exige para toda persona privada de libertad y, por lo tanto, tampoco la supervisión médica regular que asegure a los niños un desarrollo normal, esencial para su futuro".

73 Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, *cit*., párrs. 202 y 203: "[…] siempre que una persona es privada de la libertad en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación satisfactoria y convincente de esa situación y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados. En circunstancias como las del presente caso, la falta de tal explicación lleva a la presunción de responsabilidad estatal por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales". En sentido similar, *Caso de los "Niños de la calle", cit*., párr. 170 y *Caso Bulacio vs. Argentina*, *cit*., párr. 138: "El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción […]. *Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad*, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquel […] si Walter David Bulacio fue detenido en buen estado de salud y posteriormente, murió, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos. Efectivamente, en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido" (cursivas añadidas).

74 Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, cit*., párr. 168: "[…] las condiciones de detención infrahumanas y degradantes a que se vieron expuestos todos los internos del Instituto, conlleva necesariamente una afectación en su salud mental, repercutiendo desfavorablemen-

4.3. El derecho a la protección judicial y las garantías judiciales (plazo razonable)

Ya no en un orden sustantivo, sino procesal, la Corte IDH sostuvo que los procedimientos administrativos y judiciales que involucran derechos de los niños "deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades",[75] puesto que una prolongación excesiva del proceso puede acarrear efectos de carácter irreversible en la situación del menor.[76]

En este punto, determinó que se requería adoptar medidas eficaces, como la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantizara su pronta resolución y ejecución,[77] sobre la base

te en el desarrollo psíquico de su vida e integridad personal". También, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina, cit.*, párr. 183, entre otros.

75 Corte IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, núm. 242, párrs. 66 y 69: "El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales [...]."

76 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.*, párrs. 203, 219, 222 y 312, en el que se determinó que la prolongación del proceso incidió de forma relevante en la situación jurídica de la víctima, con efectos de carácter irreversibles y, concretamente, que el retraso en el cobro de la indemnización que necesitaba le impidió recibir los tratamientos que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida. El Tribunal estableció que en este caso existía una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad, dado que la ejecución de la sentencia que otorgó la indemnización no fue efectiva y generó la desprotección judicial a Sebastián, al no cumplir con la finalidad de proteger y resarcir los derechos que habían sido vulnerados y que fueron reconocidos mediante la sentencia judicial. Así, debido al retraso en el pago de la indemnización por las demoras procesales, su familia no pudo pagar los tratamientos médicos necesarios que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida cuando era niño. También, Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.*, párrs. 311 y 312.

77 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, *cit.*, párrs. 194 y 196: "[...] si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con

de las condiciones concretas del niño, tales como su situación económica,[78] entorno familiar, el hecho de encontrarse bajo la custodia del Estado,[79] las necesidades especiales,[80] etcétera.

---

mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve". En sentido similar, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit.,* párr. 136, entre otros.

78 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.,* párr. 197. En el caso se había probado la grave afectación a la salud física y psíquica del niño provocada por el accidente que sufriera, así como sus posteriores necesidades de atención médica y psicológica. La sentencia estableció que era *imprescindible* que las autoridades judiciales tuvieran en cuenta las particularidades relacionadas con la condición de vulnerabilidad en la que él se encontraba, "[…] pues, además de ser un menor de edad y posteriormente un adulto con discapacidad, contaba con pocos recursos económicos para llevar a cabo una rehabilitación apropiada. Al respecto, la Corte recuerda que 'es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro'." (párrs. 201 y 202). En la misma línea, en el *Caso Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador, cit.,* párr. 310, precisó que: "[…] si bien no existía una afectación en la situación jurídica de Talía, sí existía una afectación en su situación personal relativa a su salud, a su condición de niña y a la atención médica que requería, tomando en consideración las condiciones económicas en que vivía su familia y las dificultades derivadas de esto. Sin la sentencia penal que determinara responsabilidades por el contagio de Talía, no era posible establecer responsables para el pago de daños y perjuicios, situación que impactaba en la vida de Talía y mantenía la compleja situación económica de su familia."

79 Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, cit.,* párr. 250, la Corte analizó la falta de diligencia y sostuvo que, si bien los puntos resolutivos del recurso establecían que "[…] debían adoptarse 'de inmediato', por parte de las autoridades pertinentes, todas aquellas medidas necesarias para 'lograr la rectificación de las circunstancias ilegítimas' en el Instituto a favor de los que estaban internos en ese momento, [probablemente al resolverse] ya no eran los mismos internos de la fecha en que el recurso se había interpuesto" y, además, con posterioridad a la referida sentencia "[…] los internos amparados por el recurso siguieron sufriendo las mismas condiciones insalubres y de hacinamiento, sin atención adecuada de salud, mal alimentados, bajo la amenaza de ser castigados, en un clima de tensión, violencia, vulneración, y sin el goce efectivo de varios de sus derechos humanos. Tanto es así que con posterioridad a haber sido resuelto el *habeas corpus* genérico se produjeron los tres incendios […]".

80 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.,* párr. 269. Sostuvo que, debido a la situación agravada de vulnerabilidad del niño, "[…] por ser menor de edad con discapacidad viviendo en una familia de bajos recursos

En definitiva, cuando se trata de niños, de la jurisprudencia analizada surge claramente que es esencial considerar el factor tiempo: los niños precisan decisiones rápidas porque sus tiempos son urgentes.[81] Las razones legales suelen no coincidir con sus necesidades, tal como se evidenció en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina,* donde el impacto de la sentencia recayó sobre una persona adulta, con consecuencias negativas irremediables.[82]

4.4. El derecho del niño a ser escuchado y el derecho a la salud

En relación con el derecho del niño a ser escuchado, la Corte IDH sostuvo que el artículo 8.1 de la CADH debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN,[83] "[...] el cual contiene

económicos", correspondía al Estado el deber de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para enfrentar dicha situación; precisó el deber de celeridad en los procesos civiles "de los cuales dependía una mayor oportunidad de rehabilitación" y determinó que era necesaria "[...] la debida intervención del asesor de menores e incapaces o una aplicación diferenciada de la ley que reguló las condiciones de ejecución de la sentencia, como medidas que permitieran remediar de algún modo las situaciones de desventaja en las que se encontraba Sebastián Furlan".

81 Resta, Eligio, *La infancia herida,* Buenos Aires, Ad Hoc, 2008.

82 Sobre los tiempos del sistema y el de los niños, puede consultarse Beloff, Mary, *op. cit.,* cap. VI, p. 21.

83 Comité de los Derechos del Niño, Observación general 15, *cit.,* párr. 19: "En el artículo 12 se pone de relieve la importancia de la participación de los niños, al disponerse que expresen sus opiniones y que dichas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Ello incluye sus opiniones sobre todos los aspectos relativos a la salud, entre ellos, por ejemplo, los servicios que se necesitan, la manera y el lugar más indicados para su prestación, los obstáculos al acceso a los servicios o el uso de ellos, la calidad de los servicios y la actitudes de los profesionales de la salud, la manera de incrementar la capacidad de los niños de asumir un nivel de responsabilidad cada vez mayor en relación con su salud y su desarrollo y la manera de implicarlos de forma más eficaz en la prestación de servicios encargándoles la instrucción de sus propios compañeros. Se alienta a los Estados a que organicen consultas participativas periódicas adaptadas a la edad y la madurez del niño, así como investigaciones con los niños, y a que hagan lo mismo con los padres, por separado, a fin de conocer las dificultades que encuentran en el ámbito

adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de este y no redunde en perjuicio de su interés genuino".[84]

Específicamente, en relación con niños con algún tipo de discapacidad, indicó que es fundamental que "sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución".[85]

---

de la salud, sus necesidades en materia de desarrollo y sus expectativas con miras a la elaboración de intervenciones y programas eficaces sobre salud."

84 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit.,* párr. 228. En similar sentido, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239, párr. 196.

85 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina. cit.,* párrs. 229 y 232. En el caso se comprobó que Sebastián Furlan no había sido escuchado directamente por el juez a cargo del proceso civil por daños y perjuicios, a pesar de haber comparecido personalmente dos veces. Ello impidió que juez valorara sus opiniones sobre el asunto y que constatara su condición como persona con discapacidad. La Convención sobre Personas con Discapacidad establece, en el art. 7.3, que "[...] los niños y las niñas con discapacidad t[ienen] derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho"; y en el art. 13 establece que se debe "[...] facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales [...]." En similar sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en la mencionada Observación general 9, *cit*., párr. 32, sostuvo que: "Es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución. Para respetar este principio, los niños deberían estar representados en diversos órganos, tales como el parlamento, los comités u otros foros donde puedan expresar sus opiniones y participar en la adopción de decisiones que los afectan en tanto que niños en general y niños con discapacidad en particular. Involucrar a los niños en un proceso de esta índole no solo garantiza que las políticas estén dirigidas a sus necesidades y deseos, sino que además funciona como un instrumento valioso para la inclusión, ya que asegura que el proceso de adopción de decisiones es participatorio. Hay que proporcionar a los niños el modo de comunicación que necesiten

4.5. El derecho a la salud de los niños con necesidades especiales

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23),[86] establece que las medidas especiales de protección en materia de salud y

para facilitar la expresión de sus opiniones. Además, los Estados partes deben apoyar la formación para las familias y los profesionales en cuanto a la promoción y el respeto de las capacidades en evolución de los niños para asumir responsabilidades crecientes por la adopción de decisiones en sus propias vidas".

86 Este artículo era el único estándar normativo internacional respecto de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad (sean niños o adultos), hasta la sanción de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Cfr.* Byrne, Bronagh, "Article 23. Children with disabilities", en Tobin, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child..., cit.*, pp. 858 y 859: "The inclusión of article 23 recognizes the reality that the principle of equality, in the absence of substantive measures to accommodate difference, is a weak mechanism to secure the rights of persons with disabilities. The length and reach of article 23 are testament to the drafters calculated intention to challenge pervasive social and cultural prejudices beyond the mere prohibition of discrimination under article 2. Article 23 therefore attempts to render visible children who would otherwise remain invisible, by mapping out the broad principles that must guide States in their treatment of and support for children with disabilities. Its structure is simple yet comprehensive. Paragraph 1 set out the overarching principles and objectives that apply when considering the interests of children with disabilities. It requires states to recognize that disabled children 'should enjoy a full and decent life' with dignity, self-reliance', and active participation in the community. Paragraph 2 derails more special rights and obligations, namely, the right to 'special care' in recognition of the need to counter the physical, structural, social, and cultural factors that otherwise prevent children with disabilities from enjoying their Convention rights. It also obliges states to extend appropriate assistance to the child and those responsible for his or her care. This extension to persons other than children further exemplifies how the Convention remains sensitive to the relationship between children and their parents, and the need for states to support the family structure, in contrast to common allegations that the Convention does the opposite. The obligation to provide assistance is not unfettered and remains subject to a states available resources. At the same time, paragraph 3 creates a presumption that assistance must be provided 'free of charge whenever possible, there by imposing a significant burden on states, which can only justify a failure to secure article 23 rights by reference to the totality of rights which are owed to all persons".

seguridad social deben ser más amplias en casos de niños con discapacidad.[87]

Puntualmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que: *i)* deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños;[88] *ii)* el interés superior del niño debe ser una consideración primordial; *iii)* pueden expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que

[87] CDN, art. 23. Asimismo, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 9, *cit*., párr. 11: "El párrafo 1 del artículo 23 debe considerarse el principio rector para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad: el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. Las medidas que adopten los Estados Partes en cuanto a la realización de los derechos de los niños con discapacidad deben estar dirigidas a este objetivo. El mensaje principal de este párrafo es que los niños con discapacidad deben ser incluidos en la sociedad. Las medidas adoptadas para la aplicación de los derechos contenidos en la Convención con respecto a los niños con discapacidad, por ejemplo en los ámbitos de la educación y de la salud, deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad". Del mismo modo, el Comité establece que: "Si bien no está planteado explícitamente de ese modo en ella, este párrafo muestra una coincidencia entre la interpretación de la Corte IDH de que los Estados tienen respecto de la infancia vulnerable una obligación de generar "condiciones de vida digna", con la posición del organismo internacional en relación con los deberes estatales respecto de los niños discapacitados. *Cfr.* Beloff, Mary, *op. cit*.

[88] Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general 9, Los derechos de los niños con discapacidad, párr. 51, resaltó la situación de exclusión que sobrellevan estos niños: "El logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de la salud. Otro factor es la ausencia de programas de atención de la salud dirigidos a las necesidades específicas de los niños con discapacidad. Las políticas sanitarias deben ser amplias y ocuparse de la detección precoz de la discapacidad, la intervención temprana, en particular el tratamiento psicológico y físico, la rehabilitación, incluidos aparatos físicos, por ejemplo prótesis de miembros, artículos para la movilidad, aparatos para oír y ver".

los afecten; *iv)* su opinión debe recibir la debida consideración de acuerdo con la edad y madurez en igualdad de condiciones con los demás niños, y *v)* deben recibir asistencia apropiada "con arreglo a su discapacidad y edad", a fin de poder ejercer ese derecho.[89]

Los niños con discapacidad son vulnerables en varios sentidos: como niños (por edad, vulnerables esenciales como indicamos), por su discapacidad/necesidades especiales, o por otros motivos, lo cual los puede exponer a situaciones de discriminación interseccional[90] que los coloca en un supuesto de desventaja respecto de otros niños y aun respecto de adultos con discapacidad.

La Corte IDH sostuvo que era obligación de los Estados propender a la inclusión de los niños con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todos los ámbitos de la sociedad sin limitaciones, y promover prácticas de inclusión.[91]

---

89 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 7. También, Protocolo de San Salvador, art. 18 (Protección de los minusválidos), y Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVI (Derechos a la seguridad social), entre otros.

90 Corte IDH. *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit*. En su voto concurrente, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor (párr. 12) señaló que, en el caso, por primera vez, la Corte utilizó el concepto de "interseccionalidad" de la discriminación "[...] la interseccionalidad en el presente caso es fundamental para entender la injusticia específica de lo ocurrido a Talía y a la familia Lluy, la cual solo puede entenderse en el marco de la convergencia de las diversas discriminaciones ocurridas. La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos".

91 Corte IDH. Caso *Furlan y familiares vs. Argentina, cit.,* párrs. 134 y 135. La Corte puntualizó que "[...] las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración

4.6. Niños con necesidades especiales (niños con VIH): el derecho a la educación y su interés superior

El Tribunal ha destacado la importancia que tiene la educación en el objetivo de reducir la vulnerabilidad de los niños con VIH.[92]

Las Directrices internacionales sobre el VIH/sida y los derechos humanos de las Naciones Unidas[93] establecen tres obligaciones inherentes al derecho a la educación:[94]

---

de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación". El Comité DESC, en la Observación general 5, *cit.*, párr. 32, indicó que: "Los niños con discapacidad son especialmente vulnerables a la explotación, los malos tratos y la falta de cuidado y tienen derecho a una protección especial [...]".

92 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.*, párrs. 238 y 278: "[...] el convivir con el VIH no es per se una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales. Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas viviendo con VIH/SIDA pueden ser consideradas personas con discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad." Asimismo, "[...] a través de la facilitación de información pertinente y apropiada que contribuya a mejorar el conocimiento y comprensión del VIH/SIDA, así como impedir la manifestación de actitudes negativas respecto a las personas con VIH/SIDA y a eliminar las prácticas discriminatorias. En el caso de las niñas y los niños con VIH/SIDA, es necesario que los Estados tomen medidas para que estos tengan acceso a la educación sin limitaciones". Véase, además, Comité de los Derechos del Niño, Observación general 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño, *cit*.

93 Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, Versión consolidada de 2006.

94 Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos de Naciones Unidas, *cit*., párrs. 136 y 137.

> [...] i) el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA; ii) la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA; y iii) el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social.[95]

En la sentencia *Gonzales Lluy vs. Ecuador,* el Tribunal determinó que las autoridades del colegio, en lugar de brindarle una atención especializada a la niña —quien contrajera VIH por una transfusión no controlada—, dada su condición de vulnerabilidad, "asumieron el caso como un riesgo para los otros niños y la suspendieron para luego expulsarla [...]";[96] en este sentido, sostuvo que "[...] el interés superior de los niños y niñas, tanto de Talía como de sus compañeros de clase, exigía adaptabilidad del entorno educativo a su condición de niña con VIH".[97]

---

95 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.,* párr. 241.

96 *Ibidem,* párr. 264: "[...] la protección de intereses imperiosos o importantes como la integridad personal de personas por supuestos riesgos por la situación de salud de otras personas, se debe hacer a partir de la evaluación específica y concreta de dicha situación de salud y los riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios que podrían generar [...] no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades, particularmente cuando reproducen el estigma en torno a las mismas".

97 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.,* párr. 262. Asimismo, El Comité DESC, en la Observación general 13, El derecho a la educación, párr. 6.d, (art. 13 del Pacto), señaló que "[...] la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados". Además, en la Observación general 1, Propósitos de la Educación, párr. 9, indicó que "[...] los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños"; de esta forma, "el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias [...] también debe tener por objeto velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y porque ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino." En este sentido, véase Comité DESC, Observación general 5, *cit.,* párr. 35: "[...] los Estados deben velar por que los profesores estén

Agregó que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas[98] y determinó que, en el caso, "la medida adoptada estuvo relacionada con prejuicios y con el estigma del que son objeto quienes viven con VIH".[99]

---

adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas. Por ejemplo, en el caso de los niños sordos debería reconocerse al lenguaje de gestos como lenguaje al que los niños deberían tener acceso y cuya importancia debería reconocerse debidamente en su entorno social general".

98 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.,* párr. 257: "[...] tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia Talía estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de retirar a Talía no tenía una finalidad o efecto discriminatorio [...]".

99 *Ibidem,* párrs. 266, 274 y 284. En la sentencia concluyó que un riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de los compañeros de Talía era sumamente reducido, por lo que el medio escogido para prevenirlo constituyó la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Sostuvo que en el caso se utilizaron argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria, por lo que dichas decisiones constituyeron un trato discriminatorio en contra de la niña, el que evidenció además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a sus necesidades, a través de medidas de bioseguridad o similares, las que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades. Agregó que en diversos escenarios del ámbito educativo, tanto la niña como su familia fueron objeto de un entorno hostil a la enfermedad: "[...] ocultar el hecho de que Talía vivía con VIH o esconderse para poder acceder y permanecer en el sistema educativo constituyó un desconocimiento al valor de la diversidad humana. El sistema educativo estaba llamado a contribuir a que Talía y su familia pudieran hablar del

Merece destacarse la consideración formulada sobre el interés superior del niño:

> [...] al ser, en abstracto, el 'interés colectivo' y la 'integridad y vida' de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica. *El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud*.[100] (Cursivas añadidas)

Finalmente, el Tribunal sostuvo que "la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados".[101]

VIH sin necesidad de ocultarlo, procurando que ella mantuviera la mayor autoestima posible gracias a su entorno y en gran medida a partir de una educación de los demás estudiantes y profesores a la luz de lo que implica la riqueza de la diversidad y la necesidad de salvaguardar el principio de no discriminación en todo ámbito."

100 *Ibidem*, párr. 265. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general 14, sobre que el interés superior del niño sea una consideración primordial, afirmó que, en la medida en que sean pertinentes en la situación concreta, los elementos que deben tenerse en cuenta para evaluarlo y determinarlo son: *i)* la opinión del niño (párrs. 53 y 54); *ii)* la identidad del niño (párrs. 55-57); *iii)* la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones (párrs. 58-70); *iv)* el cuidado, protección y seguridad del niño (párrs 71-74); *v)* la situación de vulnerabilidad (tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en situación de calle, entre otros —párr. 75—); *vi)* el derecho del niño a la salud (párrs. 77 y 78), y *vii)* el derecho del niño a la educación (párr. 79). Para un análisis del interés superior del niño, véase Beloff, Mary, *op. cit.*, cap. III.

101 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.*, párr. 290. En la sentencia, la Corte IDH sostuvo que, en forma interseccional, confluyeron respecto de la niña múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, de mujer, de persona en situación de pobreza y de persona con VIH: "[l]a discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una

V. El deber del Estado de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centros de salud públicos y privados

Sea en casos en los que los servicios de salud son públicos (cuando el Estado "presta el servicio directamente a la población", razón por la cual "[e]l servicio de salud público [...] es primariamente ofrecido por los hospitales públicos.");[102] o cuando "de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos"[103] la iniciativa privada también provee servicios de salud "bajo los auspicios del [Estado]",[104] de acuerdo con la Corte IDH "la persona se encuentra bajo cuidado del [...] Estado", ra-

forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente [...]". En este sentido, determinó que: *i)* la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por lo contrario, generó el contagio con VIH/SIDA; *ii)* la situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna; *iii)* al ser una niña con VIH, los obstáculos que sufrió en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo en su desarrollo integral, "que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género"; *iv)* como niña con VIH necesitaba un mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida, y *v)* como mujer, la niña manifestó los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja.

102 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *cit.*, párr. 184; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 95 y *Caso Suarez Peralta vs. Ecuador*, *cit.*, párr. 144, entre otros.

103 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, cit.*, párr. 96: "La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible."

104 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.*, párr. 184.

zón por la cual "la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares [...]".

En este sentido, agregó que:

> Cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.[105]

En cuanto a la responsabilidad por hechos que se derivan de la conducta de prestadores privados de salud, la Corte IDH sostuvo que:

> [...] En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, estos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud [...] *los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado* [...]

[105] *Ibidem*, párr. 184. La Corte también determinó que el Estado delegó en la Secretaría Nacional de Sangre, órgano auxiliar de la Cruz Roja, la aplicación de sanciones por el incumplimiento de las normas del reglamento sobre el manejo de la sangre, lo que implicó una delegación de funciones de monitoreo y supervisión a la propia entidad privada a la que se le había delegado la tarea de manejar los bancos de sangre. (párr. 186). Consideró que la precariedad y las irregularidades en las que funcionaba el Banco de Sangre del cual provino la sangre para la niña reflejaban las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las obligaciones de supervisar y fiscalizar por parte de los Estados: "[...] esta grave omisión del Estado permitió que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH, fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño permanente a su salud" (párr. 189). En sentido similar, Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.,* párr. 106, entre otros.

> La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.[106] (Cursivas añadidas)

El Tribunal consideró que existen ciertas actividades, como el funcionamiento de los bancos de sangre, que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas, por lo cual, los Estados tienen la obligación de regularlas de manera específica.[107] En este sentido, determinó que el deber de supervisión y fiscalización es del Estado, aun cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada.

VI. Consideraciones finales

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha reconocido la vulnerabilidad como condición existencial de la niñez y, en con-

---

106 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.*, párr. 175. En similar sentido, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, cit.*, párrs. 89 y 90.

107 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.*, párr. 178: "[…] dado que la Cruz Roja, entidad de carácter privado, era la única entidad con la responsabilidad del manejo de bancos de sangre al momento de producirse los hechos, el nivel de supervisión y fiscalización sobre dicha institución tenía que ser el más alto posible teniendo en cuenta el debido cuidado que se debe tener en actividades asociadas a transfusiones de sangre y dado que existían menos controles que aquellos a los que se someten los funcionarios estatales por la prestación de servicios públicos." En este sentido, agregó que: "Si bien la normativa vigente en Ecuador al momento de los hechos (1998) no especificaba 'la manera concreta y la periodicidad en la que se llevaría a cabo el monitoreo o la supervisión' así como tampoco los aspectos concretos que serían monitoreados o supervisados, la Corte consideró que "existía una regulación en la materia que tenía como objetivo controlar la calidad del servicio de tal forma que a través de transfusiones de sangre no se contagiaran enfermedades como el VIH" (párr. 183).

secuencia, a los niños como titulares del derecho a su protección especial, el cual se expresa mediante el aseguramiento de medidas especiales de protección (art. 19 CADH).

Entre estas medidas se encuentran aquellas relacionadas con la protección del derecho a la salud, el cual no admite limitación o restricción alguna y podría ser asimilado a lo que Garzón Valdés denomina el "coto vedado".[108] Como se indicó, estas medidas se intensifican de acuerdo con las diferentes "capas" de vulnerabilidad de niñas y niños (necesidades especiales, contexto socioeconómico, género, encontrarse bajo la custodia del Estado, pertenencia a un pueblo originario, entre otras).

Hoy, la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia no deja lugar a dudas, queda a los Estados implementar la ingeniería institucional necesaria y eficiente para pasar de la retórica de los derechos de los niños, tan en boga en el continente desde hace un cuarto de siglo, a su vigencia efectiva.

Bibliografía

Beloff, Mary, *Derecho de los niños. Su protección especial en el Sistema Interamericano,* Buenos Aires, Hammurabi, 2018.

[108] Los derechos de protección, como los derechos a vida (art. 6.1 CDN), a la nacionalidad y a la identidad (arts. 7 y 8), a la salud (arts. 24 y 25), a un nivel de vida adecuado (art. 27.1), a realizar las actividades propias de su edad recreativas, culturales, entre otras (art. 31), a la protección especial (arts. 19 y 20) y a las garantías del derecho penal y procesal penal (arts. 37 y 40), no se hallan supeditados a otros derechos, posibilidades o interés individuales o colectivos; en cambio, algunos derechos de libertad, como el derecho de salir de cualquier país (art. 10.2), el derecho del niño a la libertad de expresión (art. 13.2), la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias (art. 14.3), el derecho del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas (art. 15.2) y aun el derecho a la educación (arts. 28 y 29), son supeditados a diferentes restricciones, tales como las "estipuladas por ley", las que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y hasta a otros derechos del mismo tratado "que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos". *Cfr.* Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit*., pp. 731-743.

—— y Clérico, Laura, "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la argumentación de la Corte Interamericana", *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año XIV, núm. 1, 2016.

Byrne, Bronagh, "Article 23. Children with disabilities", en Tobin, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2019.

Garzón Valdés, Ernesto, "Desde la modesta propuesta de 'Swift' hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Universidad de Alicante, vol. II, núms. 15 y 16, 1994.

Resta, Eligio, *La infancia herida,* Buenos Aires, Ad Hoc, 2008.

Tobin, John, "Article 24. The right to health", en Tobin, John (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child. A commentary,* Oxford, Oxford University Press, 2019.

Parte IV
Otros sistemas de protección regional de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*María Dalli***

I. Introducción

Este capítulo tiene como objetivo analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en materia de protección de derechos sociales, a la luz de la sentencia *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* de 23 de agosto de 2018, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).[1] Como es sabido, ambas cortes se encargan de tutelar el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[2] como en la Convención Ameri-

* Este trabajo se enmarca en el proyecto "Transformaciones de la justicia: autonomía, inequidad y ejercicio de derechos", *DER2016-78356-P,* financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Investigadora posdoctoral en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia, con fondos de la Generalitat Valenciana y del Fondo Social Europeo.

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

2 Consejo de Europa, Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), 1950.

cana sobre Derechos Humanos (CADH),[3] respectivamente. En ambos casos, la protección que principalmente se ha dado a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) ha sido por vía de la interrelación de estos con los derechos de tipo civil y político, directamente alegables ante estas cortes y a los que se les reconoce una clara justiciabilidad.

En el ámbito interamericano, se reconocen de forma específica los derechos sociales en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador).[4] Sin embargo, hasta muy recientemente, no todos los derechos de este tipo podían alegarse directamente ante la Corte IDH a través de denuncias individuales, sino únicamente los derechos a la educación y a la libertad sindical. De forma parecida, el CEDH únicamente reconoce de forma expresa estos dos derechos. La protección específica de los derechos sociales en el Consejo de Europa viene dada, pues, por virtud de la Carta Social Europea,[5] cuyo órgano de supervisión no es el TEDH sino el Comité Europeo de Derechos Sociales.[6]

En el plano internacional, la entrada en vigor, en 2013, del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),[7] habilitando el mecanismo de denuncias individuales ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), fue un avance

3 OEA, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 1969.

4 OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 18º periodo ordinario de sesiones, 1988.

5 Consejo de Europa, Carta Social Europea (revisada), 1996.

6 Sobre esta protección de carácter específico a nivel europeo, véase Búrca, Gráinne de; Witte, Bruno de y Ogertschnig, Larissa, *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Jimena Quesada, Luis, "Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: tributo a Jean-Michel Belorgey", *Lex social: revista de los derechos sociales*, núm. 1, 2017, pp. 1-25.

7 ONU, Protocolo Facultativo al PIDESC, Resolución A/RES/63/117, 2008.

importante hacia la consideración de todos los derechos como derechos de igual peso y exigibilidad.[8]

Sin embargo, el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* reafirma la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el ámbito interamericano, por primera vez reconocida en 2018, en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, de 8 de marzo.[9] Este reconocimiento supuso un cambio de paradigma en el ámbito interamericano de protección judicial de los derechos. En estos pronunciamientos, la Corte IDH ha declarado violaciones del derecho a la salud, reconociéndolo finalmente como derecho directamente alegable ante la Corte y, asimismo, ha exigido la realización de la obligación de progresividad para el cumplimiento de los derechos derivados de las normas sociales, de acuerdo con el artículo 26 de la Convención. El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* tiene lugar a raíz de distintas omisiones del Estado en el deber de proveer tratamiento médico a 49 personas afectadas por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Además de las violaciones al derecho a la salud y al principio de progresividad, el Estado fue considerado responsable por violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal, a la prohibición de discriminación, y al derecho a las garantías judiciales y la protección judicial.

La pregunta que de forma inmediata se plantea a raíz del caso *Cuscul Pivaral* es si sería posible, del mismo modo, la justiciabilidad directa de los derechos sociales en el seno del TEDH. Tras perfilar algunas notas a este respecto, el trabajo pasa a analizar la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de tales derechos. El análisis tiene lugar de forma que se diferencia entre los derechos civiles que han servido para la protección indirecta de los derechos sociales; sin embargo, no solo se estudian los casos en los que efectivamente se ha otorgado la protección, pues,

---

8 Sobre la exigibilidad de los derechos sociales, véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

9 Al respecto, véase Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

con la finalidad de identificar hasta dónde llega dicha protección, también se analizan los casos en los que el TEDH ha inadmitido o desestimado recursos que planteaban reclamaciones de claro contenido social. Así, el trabajo finalmente centra la atención en algunos de los casos planteados ante el TEDH en materia de protección de los derechos de las personas con VIH.

II. Consideraciones preliminares: el anclaje del TEDH en la protección indirecta de derechos sociales

¿Podría haberse dado un caso *Cuscul Pivaral* si el tribunal enjuiciador no hubiera sido la Corte IDH, sino el TEDH? A este respecto, cabe considerar que la protección de los derechos de las personas con VIH en relación con la provisión del tratamiento médico adecuado, como en el caso planteado, se podría derivar de una interpretación del derecho a la vida y/o del derecho a la vida privada y familiar, reconocidos en el CEDH. En relación con ello, en los siguientes apartados se estudia la interpretación de, entre otros, estos derechos por parte el TEDH, en conexión con la protección indirecta de los derechos sociales, y se finaliza con una sección específica sobre la protección de las personas con VIH. No obstante, es posible considerar que no cabría, de momento, la posibilidad de que esta protección por parte del TEDH llegara a través de la justiciabilidad directa de derechos como el de la salud, como ha tenido lugar en la Corte IDH.

Así, el artículo 26 de la CADH es determinante para la conclusión de la Corte en el caso *Cuscul Pivaral*. Se trata de una obligación de avanzar hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de las normas en la materia contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA).[10] Esta obligación de progresividad es similar a la reconocida en el artículo 2.1 del PIDESC.[11] Dicho artículo

[10] CADH, art. 26.

[11] Sobre las implicaciones de la obligación de progresividad y de su correlativa prohibición de regresividad, véase Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos

es determinante en la sentencia *Cuscul Pivaral*, ya que la Corte acaba estimando una violación al derecho a la salud, entendido de forma autónoma, a raíz de la interpretación literal, sistemática y teleológica del mismo, en conexión con los artículos 1.1, 2, 62 y 63, siendo posible afirmar que se deben proteger los derechos que se derivan de las normas de carácter social, económico y cultural. Además, del principio de progresividad del artículo 26 se derivan obligaciones de exigibilidad inmediata y de realización progresiva. Así, la sentencia responde de forma positiva a las reclamaciones de protección directa de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a través del referido artículo 26 de la CADH.[12] No obstante, la justiciabilidad de este derecho a nivel nacional, en países como Brasil, Argentina o Colombia, ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina.[13]

El CEDH, en cambio, no incluye una disposición de contenido similar al artículo 26 de la CADH. Únicamente reconoce los derechos sociales a la educación, en el artículo 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, y el derecho a la libertad sindical, incluido en el derecho de asociación del artículo 11 del CEDH. Por este motivo, la justiciabilidad directa de los derechos sociales por parte del TEDH, más allá de la protección de los derechos a la educación y a la libertad sindical, expresamente reconocidos en el CEDH, parece más difícil que en el caso interamericano. En este sentido, cabe esperar pocos avances más allá de la protección de carácter

---

Aires, Editores del Puerto, 2006; Añón Roig, Maria José, "¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, Época II, núm. 34, 2016, pp. 57-90.

12 En este sentido destaca la actividad del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Robles, Magda Yadira, "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, 2016, p. 203. Ventura Robles, Manuel, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, núm. 40, 2004, pp. 203 y 210.

13 Destaca, en este sentido, Ferraz, Octavio, "The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?", *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 2, 2009, pp. 33-45. Clérico y Vita ofrecen respuestas a estas críticas, véase Clérico, Laura y Vita, Leticia, "Efectos del litigio en salud y equidad: el caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina", *Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 18, 2018, pp. 219-233.

social que venga de la vía indirecta, por conexión con los derechos reconocidos en el Convenio.

Aun así, es cierto que la doctrina del TEDH en relación con las obligaciones jurídicas positivas del Estado es relevante en materia de protección de los derechos de carácter social. La doctrina de obligaciones positivas del Estado se entiende como el proceso interpretativo del que pueden deducirse, de una disposición del Convenio, obligaciones de acción que no están expresamente reconocidas.[14] Como explica Carmona, la doctrina se ha aplicado especialmente en el ámbito de los derechos civiles y políticos expresamente reconocidos en el CEDH, pero también a la protección de los derechos sociales.[15] De hecho, como señala la autora, el origen de la aplicación de esta doctrina se sitúa en un caso del derecho a la educación contenido en el artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH, el caso *Lingüístico Belga*,[16] consolidándose en casos como *Airey vs. Irlanda*,[17] relativo al derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH. Ahora bien, cuando la aplicación de la doctrina de obligaciones positivas ha sido relevante para la protección de derechos sociales no reconocidos en el CEDH, esta no ha prescindido del recurso a la protección indirecta, es decir, se sigue dando a través de la protección a otro derecho reconocido en el CEDH.

De forma parecida, la prohibición de discriminación reconocida en el artículo 14 del CEDH únicamente puede alegarse si se estima que se ha producido la violación de otro derecho reconocido. Es cierto que las posibilidades de aplicación de la prohibición de discriminación se vieron aumentadas a raíz del Protocolo núm. 12 al Convenio, al extender la protección contra situaciones

14 Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Dalloz, 2014, vol. 136, p. 24.

15 Carmona Cuenca, Encarna, "Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, 2017, pp. 1209-1238.

16 TEDH. *Caso Lingüístico Belga vs. Bélgica*. Sentencia de enero de 1968.

17 TEDH. *Caso Airey vs. Irlanda*. Sentencia 9 de octubre de 1979 (Req. núm. 6289/73).

de discriminación producidas en relación no solo con un derecho del CEDH, sino con cualquier otro reconocido por ley. Ello significa que cuando un Estado ha reconocido derechos adicionales al Convenio, si pueden considerarse dentro del "ámbito general" de uno de los artículos (aunque no puedan deducirse directamente de los mismos), se debe cumplir con la prohibición de discriminación en su reconocimiento.[18] Esta protección a través de la cláusula de no discriminación también incluye la protección de derechos sociales reconocidos por el Estado, como las prestaciones de seguridad social, las cuales pueden entenderse en el marco del derecho a la protección de los bienes del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH, como se analizará en el apartado sexto. Sin embargo, como apunta Mestre en relación con el ámbito de aplicación de la prohibición de la discriminación, el Protocolo núm. 12 no ha obtenido los resultados esperados, en parte debido a las pocas adhesiones al mismo, y sigue sin poder considerarse a la prohibición de discriminación ni como derecho autónomo ni como cláusula general.[19]

El TEDH es consciente de las limitaciones del texto del Convenio en materia de protección de los derechos sociales. La opinión disidente del juez Vilhjalmsson en el caso *Airey vs. Irlanda* es ilustrativa de esta posición: "[...] *the war on poverty cannot be won through a broad interpretation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*".[20] Otros casos en los que pareciera existir una clara violación de los derechos sociales han resultado desestimados por el TEDH, debido a las limitaciones que el texto del CEDH presenta para la protección de este tipo de derechos. El caso *Pentiacova y otros vs. Moldavia*[21] planteaba una violación del derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8 del CEDH, además de violaciones

---

18 Leijten, Ingrid, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights,* Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 44 y 45.

19 Mestre i Mestre, Ruth, "La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, pp. 113-132.

20 TEDH. *Caso Airey vs. Irlanda, cit*.

21 TEDH. *Caso Pentiacova y otros vs. Moldavia*. Sentencia de 2005 (Req. núm. 14462/03).

de los derechos a la vida, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, y la prohibición de discriminación. El recurso, resultado de una insuficiente financiación para el tratamiento de hemodiálisis, fue desechado. El TEDH entendió que el derecho a la vida privada y familiar es relevante en los casos de falta de financiación pública para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad; sin embargo, consideró que el derecho no garantiza una asistencia gratuita en todo caso. El TEDH desechó el recurso, aun consciente de la insuficiente financiación pública alegada, sobre la base de que otras circunstancias han de tomarse en consideración. Por ejemplo, que el Estado ofreció con carácter general un tratamiento médico que mejoró la calidad de vida de los recurrentes, a pesar de que fuera insuficiente para la consecución del nivel más alto posible de salud. Asimismo, en situaciones de escasos recursos, son los Estados los que deben decidir sobre la asignación de recursos, las prioridades y las limitaciones del gasto público. En estos casos, estima el TEDH, el margen de apreciación que se otorga a los Estados es incluso mayor.[22]

Cierto es que, a pesar de las limitaciones del texto del CEDH relacionadas con el reconocimiento de derechos sociales, el TEDH ha reconocido vulneraciones a un derecho contemplado en el Convenio, lo cual, en la práctica, supone la protección de un derecho social no expresamente reconocido. En los siguientes apartados se analizan algunos de estos casos. En todos ellos, la protección otorgada a los derechos sociales es de tipo indirecto, a través del recurso a la interrelación entre los derechos. En el mencionado caso *Airey vs. Irlanda,* el TEDH estimó que existe una interrelación entre los derechos civiles y los derechos sociales. Asimismo, consideró que los derechos reconocidos en el CEDH han de interpretarse de forma práctica y efectiva. En palabras de Mowbray, ello supone una aplicación de la doctrina de interpretación del CEDH como un instrumento vivo.[23] Así, el TEDH estableció que los Estados han de asumir obligaciones positivas, consolidándose la doctrina de sus obligaciones jurídicas positivas. En este caso, el Estado violó el derecho de acceso a la

22 *Idem*.

23 Mowbray, Alastair, "The creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2005.

justicia, así como el de protección a la vida privada y familiar, al no haber actuado para asegurar un acceso efectivo a los tribunales que defendieran a una mujer y a sus hijos de los malos tratos por parte del marido. La provisión de asistencia legal cuando no se tienen recursos supone, así, una obligación positiva necesaria para la realización del derecho de acceso a la justicia. Asimismo, el acceso a mecanismos de protección en el ámbito familiar, como poder efectivamente realizar una petición de separación judicial, forma parte de las obligaciones en el marco del derecho a la vida privada y familiar. En este sentido, un sector de la doctrina se ha mostrado a favor de una mayor protección para los derechos sociales por parte del TEDH.[24] Carmona defiende especialmente una mayor justiciabilidad cuando se trata de salvaguardar unos mínimos exigibles.[25] Thornton aboga por una protección de los derechos sociales por parte del TEDH como una forma de defender y sostener el Estado de derecho.[26]

La protección indirecta de los derechos sociales es una muestra del principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en la Proclamación de Teherán de 1968, resultado de la primera conferencia internacional, se establecía que "los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles".[27] Más tarde, en la Segunda Conferencia mundial celebrada en Viena, en 1993, se reconocía que "todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí".[28] Asimismo, una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas

---

24 Sudre, Frédéric, "La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l'Homme: un exercice de 'jurisprudente fiction'?", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 55, 2003.

25 Carmona Cuenca, Encarna, *op. cit.*

26 Thornton, Liam, "The European Convention on Human Rights: A SocioEconomic Rights Charter?" en Egan, Suzanne; Thornton, Liam y Walsh, Judy (eds.), *Ireland and the European Convention on Human Rights: 60 Years and Beyond*, Londres, Bloomsbury Professional, 2014.

27 ONU, Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos, A/CONF./32/4, Teherán, 1968, párr. 13.

28 Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, A/CONF.157/23, Viena, 1993, párr. 5.

de 2006 confirmaba estos pronunciamientos y añadía que todos los derechos humanos "deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso".[29] El principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos ha sido asimismo interpretado por la doctrina. De acuerdo con Añón, el principio hace referencia a diferentes formas de relación entre los derechos. Mientras que la indivisibilidad sería la forma más fuerte de relación y además bidireccional, según la cual un derecho sería indispensable para otro y viceversa, la interdependencia reflejaría las relaciones de apoyo entre dos derechos, en el sentido de que el avance en uno de ellos refuerza el funcionamiento del otro.[30] Por su parte, Noguera ha defendido que los derechos fundamentales son inseparables y exigen un igual trato.[31]

A continuación se analiza la protección de los derechos sociales por el TEDH, a través del estudio de diferentes casos judiciales. El estudio tiene lugar según los derechos a los cuales esta protección ha quedado vinculada. Estos han sido, mayoritariamente, el derecho a la vida (art. 2); la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3); el derecho a la vida privada y familiar (art. 8), y el derecho a la protección de la propiedad (art. 1 Protocolo 1 al CEDH).

III. La protección de los derechos sociales a través del derecho a la vida (art. 2 CEDH)

El TEDH ha explicado que del derecho a la vida reconocido en el CEDH se derivan obligaciones positivas para el Estado. Por

[29] Resolución aprobada por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006, A/Res/60/251, 2006, preámbulo, párr. 3.

[30] Añón, Maria José, "Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas", en Revenga Sánchez, Miguel y Cuenca Gómez, Patricia (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 191-218.

[31] Noguera, Albert, "¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo", *Derechos y libertades*, Época II, núm. 21, 2009, pp. 117-147.

ejemplo, en *Calvelli y Ciglio vs. Italia*,[32] el Tribunal consideró que el derecho a la vida incluye las obligaciones positivas de supervisar la provisión de servicios médicos y de asegurar el acceso a la justicia a fin de investigar las causas de un fallecimiento bajo una actuación médica, así como de determinar las posibles responsabilidades del facultativo médico a cargo. Cavelli y Ciglio recurrieron a los tribunales nacionales tras el fallecimiento de su recién nacido. En este caso particular, el TEDH estimó que la responsabilidad civil declarada en contra del facultativo médico cumplía con las mencionadas obligaciones positivas, además, consideró que el derecho a un juicio justo no había sido vulnerado, dado que la mayoría de retrasos en el proceso judicial no fueron responsabilidad de las autoridades.

En *Nencheva y otros vs. Bulgaria*,[33] se llevó ante el TEDH el caso de una institución estatal en la que vivían niños y jóvenes con discapacidad a los que no se les dio ni comida, ni cuidados, ni abrigo, ni atención médica adecuados, derivando en el fallecimiento de 15 de ellos. El TEDH consideró que el Estado había violado el derecho a la vida al no haber protegido la vida de niños vulnerables que estaban bajo su custodia, lo cual les había puesto en una grave situación de riesgo. Además, no se había puesto en marcha una investigación judicial esclareciendo responsabilidades en el caso hasta dos años después de que sucedieran los hechos.

Otro de los pronunciamientos relevantes referido a las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida es *Chipre vs. Turquía*.[34] El caso se planteó como consecuencia de las desapariciones, desplazamientos y condiciones de vida sufridas por chipriotas griegos tras la ocupación turca del norte de Chipre en 1974. Entre el número de cuestiones sometidas al TEDH y entre los derechos humanos que se alegaron vulnerados, se planteó

[32] TEDH. *Caso Calvelli y Ciglio vs. Italia*. Sentencia de 2002 (Req. núm. 32967/96).

[33] TEDH. *Caso Nencheva y otros vs. Bulgaria*. Sentencia de 18 de junio de 2013 (Req. núm. 48609/06).

[34] TEDH. *Caso Chipre vs. Turquía*. Sentencia de 2001 (Req. núm. 25781/94, 2001).

la responsabilidad turca por la denegación de la asistencia sanitaria a chipriotas griegos y maronitas que viven en el norte de Chipre y, con ello, la posible vulneración del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del CEDH. El TEDH observó que el artículo 2 incluye obligaciones positivas para el Estado de salvaguardar la vida de las personas que viven en su territorio. Asimismo, el artículo puede verse afectado cuando queda probado que las autoridades de un Estado ponen en riesgo la vida de las personas a través de la denegación de asistencia sanitaria, la cual se reconoce con carácter general al resto de la población.[35] Sin embargo, en el caso planteado, el TEDH consideró que las denegaciones de asistencia sanitaria y los retrasos alegados no habían sido suficientemente probados, y que tampoco se había probado que la vida de las personas, afectadas en lo individual, hubiera estado en riesgo. Además, consideró que la población sí tenía, con carácter general, acceso a la asistencia sanitaria en el territorio.

El TEDH ha sostenido en algunas ocasiones que el derecho a la vida puede ser vulnerado debido a actuaciones u omisiones del Estado, como la denegación de un tratamiento médico cuando se encuentra disponible para la población o la ausencia en ciertos establecimientos de condiciones adecuadas para vivir. Especialmente se trata de casos de personas pertenecientes a colectivos vulnerables, o bien, personas sujetas a la actuación del Estado, como los internos en establecimientos penitenciarios o menores sujetos a la tutela del Estado. En cualquier caso, la garantía del derecho a la vida no alcanza para proteger respecto de situaciones frente a las cuales el derecho a la salud sí permitiría una adecuada protección. El caso *Pentiacova y otros vs. Moldavia,* ya comentado, es prueba de ello.

Asimismo, en *Nitecki vs. Polonia,*[36] el TEDH no encontró violación del artículo 2 del Convenio ante el hecho de que los recurrentes no podían hacer frente al coste de un tratamiento médico, al considerar que la cobertura de 70% de los gastos era adecuada. Ello a pesar de que el concepto de asequibilidad del

35 *Ibidem*, párr. 219.

36 TEDH. *Caso Nitecki vs. Polonia*. Sentencia de 2002 (Req. núm. 65653/01).

tratamiento fue cuestionada. Al fin y al cabo, pues, el derecho a la vida puede proteger cuando efectivamente existe un riesgo para la vida, pero no puede proteger respecto de todas las actividades de prevención y tratamiento que se incluyen en el campo de protección del derecho a la salud.

IV. La protección de los derechos sociales a través de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH)

La prohibición de tratos inhumanos y degradantes, prevista en el artículo 3 del CEDH, es asimismo relevante para la protección de derechos sociales, como el acceso a una asistencia sanitaria adecuada o las condiciones materiales de vida. Del mismo modo, se han producido pronunciamientos interesantes en materia de salud sexual y reproductiva. El TEDH consideró en *R.R. vs. Polonia*[37] que los profesionales sanitarios habían violado el derecho a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes de una mujer al no haberle realizado las pruebas genéticas necesarias durante el embarazo, que le habrían permitido acceder a un aborto legal. En especial, la aplicación del artículo 3 se ha dado en casos de personas detenidas o internas en establecimientos penitenciarios, así como de órdenes de expulsión contra extranjeros afectados por enfermedades graves.

En *Rivière vs. Francia,*[38] el TEDH estimó que el continuo internamiento en un centro penitenciario ordinario de una persona que padece una enfermedad mental es un trato inhumano y degradante de acuerdo con el artículo 3 del CEDH. En este caso, aunque el recurrente había estado ingresado en un hospital durante un mes, la mayor parte del tiempo de internamiento se produjo en un centro penitenciario ordinario, sin recibir una atención médica adecuada. En *Dougoz vs. Grecia*[39] se planteó un asunto relacionado con las condiciones existentes en un centro

[37] TEDH. *Caso R. R. vs. Polonia.* Sentencia de 2011 (Req. núm. 27617/04).

[38] TEDH. *Caso Rivière vs. Francia.* Sentencia de 11 de julio de 2006 (Req. núm. 33834/03).

[39] TEDH. *Caso Dougoz vs. Grecia.* Sentencia de 2001 (Req. núm. 40907/98).

de detención. El caso se trataba de un extranjero interno en un centro de detención a la espera de su expulsión. Las condiciones del internamiento, padecidas por el recurrente durante 18 meses, fueron calificadas de inhumanas y degradantes debido al hacinamiento y a la ausencia de agua caliente y de camas, así como a la falta de aire fresco, de luz natural o de un espacio para hacer ejercicio. Al valorar las circunstancias de la detención, el TEDH tiene en cuenta los efectos acumulativos de la misma, así como las circunstancias particulares del caso.[40]

Además, el TEDH ha valorado en varias ocasiones la situación de extranjeros que están padeciendo alguna enfermedad y se encuentran a la espera de expulsión. En estos casos, el Tribunal valora, en especial, si la expulsión va a suponer un empeoramiento del estado de salud, así como las posibilidades de que la enfermedad sea tratada en el país de destino. En *D. vs. Reino Unido*,[41] el TEDH vinculó el derecho a la salud con la prohibición de tortura o tratos inhumanos y degradantes en el caso de un extranjero con VIH y con pronóstico grave, afectado por una orden de expulsión a su país. El TEDH estimó que, dado el estado de salud que padecía y las posibilidades de que no fuera adecuadamente tratado en el país de destino, la ejecución de la orden de expulsión agravaría su pronóstico y supondría un trato inhumano y degradante. Sin embargo, en otros casos no se ha considerado así a la expulsión de una persona enferma a países donde la asistencia sanitaria está disponible, aunque no sea accesible económicamente.[42] Mayor atención a estos supuestos se prestará en el apartado séptimo sobre la protección de los derechos de las personas afectadas por el VIH.

Ahora bien, el TEDH ha reconocido que determinadas condiciones de pobreza extrema vulneran la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Por ejemplo, una cantidad insuficiente de beneficios sociales puede dar lugar a que la cuestión sea examinada a la luz del artículo 3 del CEDH, siempre y cuando el

40 *Idem*, párr. 46.

41 TEDH. *Caso D. vs. Reino Unido*. Sentencia de 1997 (Req. núm. 30240/96).

42 Aunque otros casos serán estudiados en el apartado séptimo, específicamente sobre la protección de las personas con VIH, cabe mencionar, por ejemplo, TEDH. *Caso N. vs. Reino Unido*. Sentencia de 2008 (Req. núm. 26565/05).

daño causado sea de severidad suficiente como para poder ser considerado inhumano o degradante, según el criterio sostenido en *Larioshina vs. Rusia*.[43]

En *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*,[44] el recurrente era un solicitante de asilo que alegó la vulneración de sus derechos reconocidos en virtud del Convenio, entre ellos, la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes, dadas las condiciones de su detención en Grecia y las dificultades que enfrentó cuando finalizó la detención: a la espera de la resolución de su solicitud de asilo, se encontró en la calle, sin recursos ni trabajo, no tenía vivienda ni acceso a servicios de aseo. Grecia fue condenada —así como Bélgica— por haber forzado al solicitante de asilo a volver a Grecia, aun conociendo el mal funcionamiento del sistema de asilo griego. El caso podría abrir la puerta a otras reclamaciones relacionadas con la situación de personas sin hogar.[45] A pesar de ello, el TEDH también ha sostenido que del articulo 3 no puede derivarse la obligación de proveer vivienda a todas las personas.[46] En este caso, el estatus del recurrente como solicitante de asilo fue determinante para la conclusión del TEDH en *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia*.[47]

V. La protección de los derechos sociales a través del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)

Una de las cuestiones sobre las que el TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones es la de los derechos de las personas con discapacidad. Aun reconociendo la existencia de obligaciones positivas en este ámbito, el TEDH también ha dado una gran importancia al margen de apreciación de los Estados, así como a los intereses colectivos en contraposición con los

43 TEDH. *Caso Larioshina vs. Rusia*. Sentencia de 2002 (Req. núm. 56869/00).

44 TEDH. *Caso M.S.S vs. Bélgica y Grecia*. Sentencia de 2011 (Req. núm. 30696/09).

45 *Ibidem*, párr. 253.

46 *Ibidem*, párr. 249.

47 *Ibidem*, párr. 263.

intereses individuales de los afectados, cuando se trata de dirimir cuestiones de financiación pública. Ello ha resultado muchas veces en la desestimación de los recursos. Esta interpretación podría ser una muestra de los límites del CEDH para la protección de los derechos sociales. Sin embargo, en estos casos también podríamos pensar que los derechos efectivamente reconocidos, como la protección de la vida privada y familiar, junto con la consideración de los afectados como grupo vulnerable, deberían ser suficientes para otorgar la protección.

En *Pentiacova y otros vs. Moldavia*, ya comentado, así como en *Sentges vs. Paises Bajos*,[48] se planteó al TEDH si el Estado debía asumir los costes de un tratamiento médico y de un dispositivo para facilitar la movilidad, tomando en cuenta las necesidades de los recurrentes derivadas de su discapacidad. El Tribunal inadmitió los recursos en ambos casos. Aun reconociendo la existencia de obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida privada y familiar, el TEDH se basó en el balance entre los intereses individuales y comunitarios y en el alto margen de apreciación de los Estados a la hora de adoptar medidas para cumplir con las disposiciones del Convenio.

Los casos *Botta vs. Italia*[49] y *Zehnalová y Zehnal vs. República Checa*[50] tratan específicamente la cuestión del acceso y la utilización de sitios públicos y la necesaria adaptación de los mismos para facilitar el acceso físico a todas las personas sin discriminación. Aun reconociendo, de nuevo, la existencia de obligaciones positivas del Estado a fin de garantizar el respeto a la vida privada y familiar de todas las personas, el TEDH resalta la necesaria e inmediata vinculación que debe existir entre las medidas solicitadas por el recurrente y su vida privada y familiar. En ambos casos, el TEDH consideró que las medidas a implementar serían de alcance tan amplio e indeterminado que no se daría la vinculación requerida.

48 TEDH. *Caso Sentges vs. Países Bajos*. Sentencia de 2003 (Req. núm. 27677/02).

49 TEDH. *Caso Botta vs. Italia*. Sentencia de 24 de febrero de 1998 (Req. núm. 21439/93).

50 TEDH. *Caso Zehnalová y Zehnal vs. República Checa*. Sentencia de 2002 (Req. núm. 38621/97).

Por otra parte, el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del CEDH ha sido relevante en casos de operaciones de cambio de sexo, ante la negativa del Estado de proceder de forma efectiva para facilitar dicho tratamiento. En *L. vs. Lituania*,[51] el recurrente demandó al Estado por los retrasos en implementar la legislación que reconocía a las personas el derecho de acceder a la operación de reasignación de sexo. En este caso, el recurrente ya había accedido a parte de los tratamientos y operaciones necesarios, por lo que el proceso se llevó a cabo parcialmente y había quedado interrumpido. Ello le provocó estrés, frustración e incapacidad para aceptarse a sí mismo, lo cual no fue considerado por el TEDH con la intensidad necesaria para valorar una violación de la prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes, pero sí reconoció que se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar contemplado en el artículo 8 del CEDH.

Del mismo modo, el TEDH reconoció una vulneración de este derecho en *Schlumpf vs. Suiza*.[52] La recurrente acudió ante el TEDH tras la negativa del seguro médico de cubrir los costes de la operación para la reasignación de cambio de sexo. La compañía de seguros alegó que no había transcurrido el tiempo de espera de dos años necesario para la consideración de la cobertura del tratamiento; sin embargo, el TEDH estimó que al tomar tal decisión se debió tomar en cuenta su edad (67 años), pues podía influenciar su decisión para someterse al tratamiento. Reiteró que el derecho a la vida privada y familiar incluye aspectos de identidad personal y que, en este caso, no se había dado un equilibrio justo entre los intereses de la compañía de seguros y los intereses de la recurrente, reconociendo una vulneración del derecho contemplado en el artículo 8.

Respecto a la relevancia del derecho a la vida privada y familiar para garantizar el derecho a la vivienda, en *Winsterstein y otros vs. Francia*,[53] 25 recurrentes y sus familias acudieron al TEDH tras ser desalojados del terreno donde habían estado viviendo en caravanas durante muchos años. El TEDH consideró

[51] TEDH. *Caso L. vs. Lituania.* Sentencia de 2007 (Req. núm. 27527/2003).

[52] TEDH. *Caso Schlumpf vs. Suiza.* Sentencia de 2009 (Req. núm. 29002/06).

[53] TEDH. *Caso Winsterstein y otros vs. Francia.* Sentencia de 2013 (Req. núm. 27013/07).

que el lugar donde vivían las personas era su "hogar" y que no se había facilitado un realojo para todas ellas. Asimismo, reiteró la interpretación de que aquello que se considera como "hogar" no está limitado a las formas legales de vivienda. La sentencia examina, pues, si el desalojo fue legal, si tuvo un fin legítimo y si fue necesario. Atendiendo a las circunstancias particulares del caso, se subraya que, en el proceso de ejecución del desalojo, los recurrentes no se beneficiaron de un examen de la proporcionalidad de la medida en atención a la interferencia en su vida privada y familiar, razón por la cual el TEDH acaba apreciando una vulneración de este derecho.

De forma parecida, en casos como *Stolyarova vs. Rusia* o *Gladysheva vs. Rusia,*[54] el TEDH consideró que no se respetó el derecho a la vida privada y familiar en varios desalojos ordenados por el gobierno de la ciudad de Moscú contra ocupantes que habían adquirido la propiedad de la vivienda de buena fe. Se trata de una serie de casos que tuvieron origen en la transición a un sistema de libre mercado en Rusia, y en los procesos de privatización que se llevaron a cabo muchas veces de forma fraudulenta por parte de previos ocupantes de los pisos. El Estado ruso quiso readquirir la propiedad de las viviendas; sin embargo, según el Tribunal, los desalojos ordenados contra ocupantes que de buena fe habían adquirido la propiedad de los pisos vulneraban el derecho a la vida privada y familiar.

VI. La protección de los derechos sociales a través del derecho a la protección de la propiedad (art. 1 Protocolo 1 al CEDH)

La jurisprudencia del TEDH ha establecido que las prestaciones económicas de carácter social que han sido definidas y reconocidas por el Estado quedan incluidas en el ámbito de protección del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo

[54] TEDH. *Caso Stolyarova vs. Rusia*. Sentencia de 29 de enero de 2015 (Req. núm. 15711/13), y *Caso Gladysheva vs. Rusia*. Sentencia de 6 de diciembre de 2011 (Req. núm. 7097/10).

1 al CEDH. Ello ha tenido lugar principalmente en casos en que se alegaba, asimismo, la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 del CEDH. En este sentido, pueden plantearse cuestiones de tratamiento discriminatorio encaminadas al reconocimiento de un derecho que forma parte del sistema de prestaciones de la seguridad social del Estado.

Por ejemplo, en *Gaygusuz vs. Austria*[55] se planteó el caso de una prestación económica de asistencia urgente y la denegación de la misma al recurrente por razón de nacionalidad, aun cumpliendo con el resto de requisitos para acceder a la misma. El TEDH consideró una vulneración del derecho a la propiedad, dado que "*the right to emergency assistance […] is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)*",[56] así como la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 del Convenio.

En *Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*,[57] la recurrente alegó violaciones del derecho a la propiedad, así como a la prohibición de discriminación por razón de género. En este caso, la prestación económica era una pensión, cuya cuantía se redujo únicamente por el motivo de ser una mujer que había estado casada con un hombre que no estaba asegurado. El TEDH consideró que ambos derechos habían quedado vulnerados. De forma parecida, *Willis vs. Reino Unido*[58] trató el caso de un hombre que alegaba discriminación por razón de sexo para acceder a una pensión por viudez, lo cual el TEDH estimó contrario al artículo 1 del Protocolo 1 al CEDH en relación con el artículo 14 del CEDH.

En *Koua Poirrez vs. Francia*,[59] el TEDH volvió a reconocer que una prestación económica, en este caso una prestación por in-

55 TEDH. *Caso Gaygusuz vs. Austria*. Sentencia de 16 de septiembre de 1996 (Req. 39/1995/545/631).

56 *Ibidem*, párr. 41.

57 TEDH. *Caso Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*. Sentencia de 2002 (Req. núm. 34462/97).

58 TEDH. *Caso Willis vs. Reino Unido*. Sentencia de 2002 (Req. núm. 36042/97).

59 TEDH. *Caso Koua Poirrez vs. Francia*. Sentencia de 2003 (Req. núm. 40892/98).

capacidad, puede considerarse como un derecho patrimonial o pecuniario protegido por el derecho a la propiedad. Ello sin que sea necesario que el beneficiario haya contribuido a la seguridad social, por lo que reiteraría que la protección incluye también las prestaciones sociales de naturaleza no contributiva:[60] *"the fact that, in that case, the applicant had paid contributions and was thus entitled to emergency assistance (ibidem, pp. 1141-42, § 39) does not mean, by converse implication, that a noncontributory social benefit such as the AAH does not also give rise to a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1"*. En este caso también existió discriminación por razón de nacionalidad.

Así, los bienes protegidos por el derecho a la propiedad pueden incluir derechos a ciertas prestaciones bien definidas, de acuerdo con el TEDH en *M. C. y otros vs. Italia*.[61] Además, debe tratarse de un derecho patrimonial que esté reconocido de forma consolidada en el ámbito interno. Se tienen en cuenta, asimismo, las expectativas legítimas de los afectados. Ello con independencia del carácter contributivo o no de la prestación. La protección puede tener lugar incluso cuando no se alegue la prohibición de discriminación, lo que puede dar lugar a un amplio desarrollo jurisprudencial de carácter social por parte del TEDH.[62] En *M. C. y otros vs. Italia* se reclamaba la actualización de la cuantía de una prestación por incapacidad, alegando la vulneración del derecho a la propiedad, así como de la prohibición de discriminación.

A la vista de estos casos, cabe preguntarse cuándo una reducción de la cuantía de las prestaciones sociales puede dar lugar a una vulneración del derecho a la protección de los bienes. Además de tratarse de derechos a prestaciones bien definidas, reconocidos en el ámbito interno, y de la consideración de las expectativas de los afectados, el TEDH aplica el juicio de proporcionalidad para evaluar la justificación de la medida adoptada por el Estado. En *M. C. y otros vs. Italia*, las circunstancias particulares del caso tuvieron un gran peso, pues consideró que la medida

60 *Ibidem*, párr. 37.

61 TEDH. *Caso M. C. y otros vs. Italia*. Sentencia de 2013 (Req. núm. 5376/11).

62 Leijten, Ingrid, "From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, núm. 13, 2013, 309-349.

implementada por el Gobierno italiano afectaba de forma desproporcionada a los recurrentes, teniendo en cuenta su estado de salud y la importancia que la prestación tenía en proporción con los ingresos totales que recibían por causa de su invalidez.[63]

VII. La protección de los derechos de las personas con VIH

El TEDH ha reconocido, en algunos casos, una protección efectiva a personas afectadas por el VIH, a través de derechos como los analizados en apartados anteriores, en especial el derecho a la vida o la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, pero también el derecho a la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación.[64] En *Oyal vs. Turquía*[65] se reconoció que el Estado está obligado a la realización de obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida contemplado en el artículo 2 del CEDH. En concreto, se planteó el caso a raíz de un contagio del virus al momento del nacimiento de uno de los recurrentes en un hospital público, debido a transfusiones de sangre. Los recurrentes alegaron violaciones del derecho a la vida, así como del derecho a ser escuchados en el curso de un proceso judicial y del derecho a remedios efectivos, reconocidos en los artículos 6 y 13 del CEDH. El TEDH concluyó que la vulneración al derecho a la vida se había producido debido a los retrasos en la investigación judicial administrativa de los hechos y a que los remedios ofrecidos eran insuficientes, pues solo incluyeron la cobertura del tratamiento por un año, y la familia tuvo que afrontar dificultades económicas para poder cubrir el coste del mismo.

Asimismo, referente a la prohibición de discriminación, el caso *Kiyutin vs. Rusia*[66] supuso un reconocimiento de los derechos

63 TEDH. *Caso M. C. y otros vs. Italia, cit*.

64 Danisi, Carmelo, "Protecting the Human Rights of people living with HIV/AIDS: A European approach?", *Groningen Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2, pp. 47-79.

65 TEDH. *Caso Oyal vs. Turquía*. Sentencia de 23 de marzo de 2010 (Req. núm. 4864/05).

66 TEDH. *Caso Kiyutin vs. Rusia*. Sentencia de 2011 (Req. núm. 2700/10).

de las personas con VIH relacionados con las reclamaciones de no ser discriminados y estigmatizados en razón de su enfermedad. El recurrente, portador de VIH, demandó al Estado ruso por no haberle concedido un permiso de residencia debido únicamente a dicha circunstancia. El TEDH examinó los hechos con base en los artículos 8 y 14 del CEDH, esto es, en el derecho a la vida privada y familiar en relación con la prohibición de discriminación. El Tribunal refirió que las personas con VIH pertenecen a un grupo vulnerable debido a una historia de prejuicios y estigmas, por lo que el margen de apreciación del Estado al adoptar medidas que pueden restringir los derechos fundamentales de estas personas debe ser menor. También declaró la violación de la prohibición de discriminación sobre la base del derecho a la vida privada y familiar, tras aplicar el juicio de proporcionalidad en el examen de la medida estatal que denegaba la residencia a personas con VIH, concluyendo que la misma no era objetiva ni razonable. Además, según el TEDH, la medida estaba basada en el prejuicio de que las personas con VIH crean situaciones de inseguridad.[67]

Por otro lado, como se mencionó brevemente, en los casos de órdenes de expulsión contra personas extranjeras enfermas, por ejemplo, de VIH, varios derechos humanos pueden encontrarse vulnerados. Especialmente se han analizado estas situaciones en el marco de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Como se comentó, el TEDH considera que la ejecución de una orden de expulsión contra una persona que está gravemente enferma, cuando la atención médica necesaria no está disponible en los países de origen, vulnera la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. En *D. vs. Reino Unido*,[68] se estudió el caso de una persona con VIH, estimando el Tribunal que, atendiendo a la gravedad del estado de salud, cercano al fallecimiento, y a las escasas posibilidades de tratamiento médico adecuado en St. Kitts, la orden de expulsión supondría un trato inhumano y degradante.

Ahora bien, otros casos sobre órdenes de expulsión contra personas con VIH se han planteado ante el TEDH y han resulta-

67 *Ibidem*, párr. 68.

68 TEDH. *Caso D. vs. Reino Unido, cit*.

do inadmitidos o desestimados. En este punto, cabe considerar que para que se determine efectivamente una vulneración de los derechos del Convenio, las condiciones exigidas por el TEDH son estrictas. Por ejemplo, en *Karara vs. Finlandia*,[69] la Comisión consideró que había diferencias de peso respecto *D. vs. Reino Unido*, pues en el primer caso el estado de salud de la recurrente no era de tal gravedad como para considerar la prohibición de tortura y de tratos inhumanos y degradantes.

En *S.C.C. vs. Suecia*,[70] el TEDH también declaró la inadmisibilidad del recurso, tomando en cuenta el estado de salud de la recurrente y que el tratamiento médico adecuado para el VIH estaba disponible en Zambia, aun siendo consciente de su alto coste. Asimismo, se tuvo en cuenta la presencia de redes familiares en el país de origen. En *Ndangoya vs. Suecia*,[71] el recurrente, portador de VIH, había estado recibiendo tratamiento en Suecia de forma tan satisfactoria que los niveles del virus eran apenas detectables. Según el Tribunal, la orden de expulsión no supondría un trato inhumano y degradante, a pesar de que, al volver a Tanzania, el seguimiento del tratamiento tendría un alto coste y, además, había poca disponibilidad del mismo en la zona rural de donde el recurrente provenía.

En *N. vs. Reino Unido*,[72] el TEDH repasó esta jurisprudencia en el caso de personas extranjeras con VIH y la ejecución de órdenes de expulsión a sus países de origen, subrayando que, desde la sentencia *D. vs. Reino Unido*, no había vuelto a estimar una violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes en los recursos contra órdenes de expulsión por razones de salud. El recurrente del primer caso era una persona gravemente afectada en su estado de salud a causa del VIH y con pronóstico de un año más de vida. Sin embargo, el TEDH consideró que el tratamiento que necesitaba estaba disponible en Uganda, por lo que no declaró la vulneración de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, a pesar de que el tratamiento tenía un alto coste y era de

69 TEDH. *Caso Karara vs. Finlandia*. Sentencia de 1998 (Req. núm. 40900/98).

70 TEDH. *Caso S.C.C. vs. Suecia*. Sentencia de 2000 (Req. núm. 46553/99).

71 TEDH. *Caso Ndangoya vs. Suecia*. Sentencia de 2004 (Req. núm. 17868/03).

72 TEDH. *Caso N. vs. Reino Unido*. Sentencia de 2008 (Req. núm. 26565/05).

difícil accesibilidad. Un voto particular a esta sentencia subrayaba las similitudes de este caso con *D. vs. Reino Unido*, estimando que, de la misma forma, debió haberse otorgado la protección.

En definitiva, para que el TEDH considere que la ejecución de una orden de expulsión contra personas extranjeras enfermas —por ejemplo, como consecuencia del VIH— supone un trato inhumano y degradante contrario al artículo 3 del CEDH, se ha de tener en cuenta el estado de salud del recurrente, que en general debe ser de una gravedad extrema, así como la disponibilidad del tratamiento médico en el país de origen. En relación con este último punto, el concepto de disponibilidad entendido en sentido estricto es considerado por el TEDH. Sin embargo, no suele dar igual importancia a la accesibilidad del tratamiento. Tanto la disponibilidad como la accesibilidad, así como la calidad y aceptabilidad de los bienes y servicios de salud se consideran relevantes y necesarios para definir el derecho a la salud de acuerdo con el marco internacional de derechos humanos, en concreto con la Observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,[73] y así se ha reconocido en la sentencia *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* de la Corte IDH.

Mientras que la *disponibilidad* supone la existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, la *accesibilidad* hace referencia a que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos sin discriminación Así, aunque el elemento de la disponibilidad es importante, no es suficiente, pues la garantía del alcance de bienes y servicios de salud para todos los individuos reviste particular relevancia.[74] Así se ha entendido en el marco internacional de protección del derecho a la salud, en el sentido de que "el concepto de accesibilidad frente al de la mera disponibilidad reviste particular importancia en el marco de vigilancia de los derechos humanos".[75]

---

73 Comité DESC, Observación general 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 2000, párr. 12.

74 Dalli, María, *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2019, p. 74.

75 ONU, Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación, HR/PUB/12/5, 2012, p. 147. Asimismo, véase Toebes, Brigit, *The*

VIII. Conclusión

Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, los pronunciamientos del TEDH a veces han protegido derechos sociales a través de su interrelación con derechos civiles como los que se han analizado en este trabajo: el derecho a la vida, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la protección de los bienes, por ejemplo, como consecuencia de la falta de condiciones básicas para vivir, o de condiciones para una vida digna en el contexto de personas internas en establecimientos penitenciarios. También se ha reconocido que los derechos contemplados en el CEDH están en juego en determinados casos de desahucios, en conexión con el derecho a la vivienda. Asimismo, el TEDH ha defendido la cobertura de las operaciones de reasignación de sexo y la realización de pruebas genéticas durante el embarazo. También se han paralizado órdenes de expulsión a extranjeros debido a su estado de salud y se ha reconocido que las prestaciones económicas de carácter social, como pueden ser las pensiones o las prestaciones por incapacidad, incluso la prestación económica de urgencia, se consideran bienes a proteger a la luz del derecho a la propiedad.

Referente al asunto *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, planteado ante la Corte IDH, sería posible considerar que la provisión de tratamiento médico a personas con VIH, de acuerdo con la interpretación del TEDH, formaría parte del derecho a la vida, así como del derecho a la vida privada y familiar. Se ha estudiado cómo el TEDH ha sostenido que el derecho a la vida puede ser vulnerado debido a actuaciones u omisiones del Estado como la denegación de un tratamiento médico cuando se encuentra disponible para la población. En *Oyal vs. Turquía* reconoció una vulneración del derecho a la vida, considerando que los remedios ofrecidos por el Estado frente al contagio del VIH derivado de una transfusión de sangre eran insuficientes, pues solo incluyeron la cobertura del tratamiento por un año. Asimismo, ha admitido la existencia de obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida privada y familiar, aun basándose en el balance entre

Right to Health as a Human Right in Internationa Law, Nueva York, Intersentia, 1999.

los intereses individuales y comunitarios y en el alto margen de apreciación de los Estados al decidir sobre cuestiones de prioridades y de financiación pública (*Pentiacova y otros vs. Moldavia*, *Sentges vs. Países Bajos)*.

Sin embargo, cabe reconocer que el CEDH tiene una serie de limitaciones en el tema de protección de los derechos sociales, como la ausencia de una disposición similar al artículo 26 de la Convención Americana. Además, algunos casos planteados ante el TEDH muestran los límites para la protección de los derechos sociales en este ámbito. La falta de atención al concepto de asequibilidad del tratamiento médico es un ejemplo claro, no solo en el contexto de las órdenes de expulsión de personas enfermas a países donde el tratamiento es poco accesible. Asimismo, en casos como *Pentiacova y otros vs. Moldavia* o en *Nitecki vs. Polonia,* el TEDH no consideró que la falta de asequibilidad del tratamiento médico para personas con discapacidad —cuando el Estado ya financiaba un alto porcentaje del coste, aun teniendo en cuenta las dificultades de los recurrentes para pagar el porcentaje restante— vulneraba los derechos del Convenio.

En conclusión, por medio del estudio de casos es posible visualizar la línea que separa aquello que protege el TEDH por vía de la interrelación entre los derechos reconocidos en el Convenio y los derechos sociales, y aquello que no protege. Aun ofreciendo, en determinados casos, protección de ciertos elementos que integran el contenido de algunos derechos sociales, la protección actual de estos derechos por el TEDH no es total, sino que quedan muchos avances por lograr. Aunque podamos considerar que se puede seguir avanzando hacia un mayor nivel de protección, los límites que presenta el texto del CEDH para lograr el reconocimiento de estos derechos supondrán claros desafíos.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.

Añón Roig, María José, "¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, Época II, núm. 34, 2016.

——, "Derechos humanos y principio de efectividad: claves interpretativas", en Revenga Sánchez, Miguel y Cuenca Gómez, Patricia (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2015.

Búrca, Gráinne de; Witte, Bruno de y Ogertschnig, Larissa, *Social Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Carmona Cuenca, Encarna, "Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, 2017.

Clérico, Laura y Vita, Leticia, "Efectos del litigio en salud y equidad: el caso de la Provincia de Buenos Aires, Argentina", *Derecho y Ciencias Sociale*s, núm. 18, 2018.

Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

Dalli, María, *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2019.

Danisi, Carmelo, "Protecting the Human Rights of people living with HIV/AIDS: A European approach?", *Groningen Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2, 2015.

Ferraz, Octavio, "The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?", *Health and Human Rights*, vol. 11, núm. 2, 2009.

Jimena Quesada, Luis, "Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: tributo a Jean-Michel Belorgey", *Lex social: revista de los derechos sociales*, núm. 1, 2017.

Leijten, Ingrid, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights,* Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

——, "From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, núm. 13, 2013.

Madelaine, Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme,* París, Dalloz, 2014, vol. 136.

Mestre i Mestre, Ruth, "La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016.

Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso* Poblete *de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Mowbray, Alastair, "The creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2005.

Noguera, Albert, "¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo", *Derechos y libertades*, Época II, núm. 21, 2009.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

Robles, Magda Yadira "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 35, 2016.

Sudre, Frédéric, "La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l'Homme: un exorcice de 'jurisprudente fiction'?", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 55, 2003.

Thornton, Liam, "The European Convention on Human Rights: A SocioEconomic Rights Charter?", en Egan, Suzanne; Thornton, Liam y Walsh, Judy (eds.), *Ireland and the European Convention on Human Rights: 60 Years and Beyond*, Londres, Bloomsbury Professional, 2014.

Toebes, Brigit, *The Right to Health as a Human Right in Internationa Law*, Nueva York, Intersentia, 1999.

Ventura Robles, Manuel, "Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, núm. 40, 2004.

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia del Sistema Africano de Derechos Humanos*

*Juan Jesús Góngora Maas***

I. Introducción

No han faltado voces que catalogan a los derechos económicos, sociales, culturales, y también ahora ambientales,[1] (DESCA, derechos sociales)[2] como expectativas, promesas o postulados de

---

* Las opiniones presentadas son exclusivas del autor.

** Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cursó el Máster en La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Universidad Complutense de Madrid.

1 En la actualidad existe una tendencia a incluir a los derechos ambientales de manera autónoma, por lo que también es común encontrar la referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Véase Gutiérrez, 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 *et al.* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2014, pp. 91-106.

2 En la tradición constitucional se habla de los "derechos sociales" y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión "derechos económicos, sociales y culturales", e inclusive "ambientales". Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas

buena fe por parte de los Estados. Después de la Segunda Guerra Mundial, y con la aparición de los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales no existía tensión aparente en cuanto a su jerarquización.

La primera gran ruptura se dio en 1966, cuando se emitieron, en dos instrumentos distintos, agrupaciones de derechos. Por un lado se concibió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y, por el otro, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).[3]

Muchos entendieron esta separación abrupta como una forma de esquematizar las prioridades de los Estados, concibiendo que, en primer lugar, a los seres humanos se les debería de asegurar su libertad y luego se verían las condiciones en las que esa libertad pudiera desarrollarse plenamente. Como señalara Textier: "[...] en definitiva, [al adoptar] dos Pactos, [...] se les otorgó a los derechos económicos, sociales y culturales un estatus mucho menos protector que a los derechos civiles y políticos".[4] Esta misma ruptura entre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales también permeó en los sistemas regionales de derechos humanos, en especial, en América y Europa.

Cuando se aborda la justiciabilidad directa de los DESCA en el derecho internacional de los derechos humanos, un referente obligado es el Sistema Africano de Derechos Humanos (SADH, Sistema Africano); si bien este es el más joven de todos los existentes, ha sido el que ha abordado a los derechos sociales como derechos justiciables ante instancias supranacionales.

---

expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64.

3 Véase, en este sentido, Mayorca Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales,* 2a. ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 39 y Mejía Rivera, Joaquín, "Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, núm. 51, enero-junio de 2010, p. 60.

4 *Cfr.* Textier, Philippe, "La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Universal", *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, CEJIL, núm. 14, 2004, pp. 13 y 14.

Tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP, Comisión) como la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana) se han pronunciado sobre violaciones directas y autónomas en materia de derechos sociales.[5] En el caso del Sistema Africano, tanto la Comisión como la Corte han tenido una importante forma de comprender los DESCA y los derechos civiles y políticos (DCP) de manera integral e indivisible. Lo anterior, sin duda, ha sido debido a que, a diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, Carta Africana) contempla una amplia gama de derechos sociales de "manera expresa" sobre los cuales los órganos del SADH tienen competencia y pueden encontrar responsabilidad internacional de los Estados parte de dicho instrumento —tal como ha sucedido—.

Cabe precisar que la CADHP no es ajena a la realidad que se vive en el continente, pues ha expresado que "[...] la singularidad de la situación africana y las cualidades especiales de la Carta Africana impone a la Comisión Africana una tarea importante pues el derecho internacional y los derechos humanos deben ser sensibles a las circunstancias africanas; claramente los derechos colectivos, los derechos ambientales y los derechos económicos y sociales son elementos esenciales de los derechos humanos en África".[6]

II. Los DESCA en la Carta de Banjul y otros instrumentos del Sistema Africano

La Carta de Banjul, dentro del derecho internacional de los derechos humanos, constituye un instrumento único en su tipo, pues

[5] *Cfr.* Mzikenge Chirwa, Danwood y Chenwi, Lilian, *The protection of economic, social and cultural rights in Africa. International, Regional and National Perspectives,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

[6] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria,* Comunicación 155/96, párr. 68.

desde el momento de su adopción agrupó derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales sin distinción alguna.[7] Desde su preámbulo, la Carta de Banjul inicia señalando la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos, pues indica que "[c]onvencidos de que en lo sucesivo es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos".[8]

Si bien la Carta de Banjul contempla los *típicos* derechos que podríamos encontrar en la Convención Americana o en el Convenio Europeo —como la protección a la vida, a la integridad personal, la prohibición de discriminación, la igualdad ante la ley, libertad personal, recurso efectivo, entre otros—, en el tema que nos ocupa es de fundamental importancia destacar los derechos expresos que encontramos en la Carta Africana, como el derecho a la salud,[9] a la educación,[10] a participar en la vida cultural,[11] a dis-

7 En los sistemas regionales de derechos humanos esto contrasta de manera considerable, pues, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1951 (CEDH) no contempla disposiciones similares; fue hasta la adopción del Protocolo 1 que se dio apertura a un derecho social: el derecho de instrucción o educación (art. 2). En el caso del SIDH, si bien la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) contemplaba DCP y DESCA sin distinción alguna, cuando se adoptó la CADH, esta no contempló de manera expresa derechos sociales, siendo hasta 1988, cuando se adoptó el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pero solo permitiendo la justicibialidad directa del derecho a la educación y el derecho de asociación sindical, por así disponerlo el art. 19.6 de dicho instrumento internacional.

8 Carta de Banjul, preámbulo.

9 *Ibidem,* art. 16.1. Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible. 2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos.

10 *Ibidem*, art. 17.1. Todo individuo tendrá derecho a la educación. [...].

11 *Ibidem*, art. 17.2. Todo individuo podrá participar libremente en la vida cultural de su comunidad. 3. La promoción y protección de la moral y de

frutar de los recursos naturales,[12] al desarrollo[13] y a un medioambiente sano.[14]

También existen otros instrumentos en el Sistema Africano que versan sobre determinados grupos históricamente discriminados, como las mujeres, los niños y las personas mayores, que han incorporado derechos sociales de manera expresa.

En el caso del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres,[15] adoptado en 2003 y que entró en vigor en 2005, contempla el derecho a la educación,[16] al trabajo y a la seguridad social,[17] a la salud y a la salud sexual reproductiva,[18] a la seguridad alimentaria y al agua,[19] a la vivienda adecuada,[20] a un contexto cultural positivo,[21] a un medioambiente sano y sostenible[22] y al desarrollo sostenible.[23]

Por otro lado encontramos la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño, adoptada en 1990 y que entró en

---

los valores tradicionales reconocidos por la comunidad serán deberes del Estado.

12 *Ibidem*, art. 21.1. Todos los pueblos dispondrán libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho será ejercido en el exclusivo interés del pueblo [...].

13 *Ibidem*, art. 22.1. Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad. 2. Los Estados tendrán el deber, individual o colectivamente, de garantizar el ejercicio del derecho al desarrollo.

14 *Ibidem*, art. 24. Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo.

15 Véase *http://www.achpr.org/files/instruments/women-protocol/achpr_instr_proto_women_eng.pdf*

16 Carta de Banjul, art. 12. Derecho a la educación y la formación.

17 *Ibidem*, art. 13. Derechos de bienestar económico y social.

18 *Ibidem*, art. 14. Salud y derechos reproductivos.

19 *Ibidem*, art. 15. Derecho a la seguridad alimentaria.

20 *Ibidem*, art. 16. Derecho a una vivienda adecuada.

21 *Ibidem*, art. 17. Derecho al contexto cultural positivo.

22 *Ibidem*, art. 18. Derecho a un medioambiente sano y sostenible.

23 *Ibidem*, art. 19. Derecho al desarrollo sostenible.

vigor en 1999, y que en sus disposiciones protege el derecho a la educación,[24] al ocio y a la cultura,[25] a la salud[26] y al trabajo.[27]

Finalmente, en el caso del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas de Edad en África, adoptado en 2016, protege el derecho a la seguridad social,[28] a la salud,[29] al acceso a la educación[30] y al esparcimiento y a la cultura[31] de las personas mayores.

Aunque existe una pluralidad de disposiciones que protegen estos derechos, la práctica jurisprudencial es muy escasa en la materia. No obstante, como veremos en el siguiente apartado, se han dado algunos avances en el desarrollo del alcance y contenido de los derechos sociales en la Unión Africana.

III. La Comisión y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y los DESCA: su práctica jurisprudencial

El SADH presenta menos problemas al momento de hacer justiciables los derechos de carácter económico, social y cultural. La CADHP ha dejado sentado que aplicará cualquiera de los diversos derechos contenidos en la Carta de Banjul, por lo que no existe derecho en dicho instrumento que no pueda hacerse efectivo.[32] En el Sistema Africano, la CADHP ha declarado violaciones autónomas a derechos sociales consagrados en la Carta de Banjul, o bien, ha desarrollado otros derechos sociales que no se encuentran expresamente reconocidos en la

24 *Ibidem*, art. 11. Educación.

25 *Ibidem*, art. 12. Ocio, recreación y actividades culturales.

26 *Ibidem*, art. 14. Salud y Servicios de Salud.

27 *Ibidem*, art. 15. Trabajo infantil.

28 *Ibidem*, art. 7. Protección social.

29 *Ibidem*, art. 15. Acceso a los servicios de salud.

30 *Ibidem*, art. 16. Acceso a la educación.

31 *Ibidem*, art. 17. Participación en los programas y actividades recreativas.

32 CADHP, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria,* Comunicación 155/96, párr. 68.

Carta a través de los existentes en dicho instrumento internacional.

Sobre el derecho a la salud en el caso *Purohit and Moore vs. Gambia*, la parte demandante argumentó que el régimen legal de salud aplicable en Gambia a las personas con algún grado de discapacidad mental violaba el derecho a gozar del mejor estado de salud física y mental alcanzable contemplado en el artículo 16 de la Carta de Banjul. En este sentido, los representantes argumentaban que la Ley de Detención de Lunáticos era incompatible con el derecho a la salud contemplado en el artículo 16 y con el artículo 18.4, que consagra la protección de medidas especiales para las personas con discapacidad, pues no existían disposiciones o requisitos que deberían ser observados durante el diagnóstico, certificación y detención del paciente.[33]

Por ello, la CADHP consideró que era evidente que el esquema de la ley referida era deficiente en cuanto a los objetivos terapéuticos, así como la provisión de adaptar recursos y programas de tratamiento de las personas con discapacidad mental, una situación que el Estado demandando no negó.[34]

En este extremo, la Comisión externó que el contenido del derecho a la salud de dichas personas incluye: *i)* los servicios de salud, acceso a bienes y servicios que se deben garantizar a todos sin ningún tipo de discriminación; *ii)* deben ser sometidos a un tratamiento especial que les permita no solo alcanzar, sino mantener un nivel óptimo de independencia, y *iii)* la salud mental incluye el análisis y diagnóstico de la condición mental de la persona y el tratamiento, la atención y la rehabilitación de una enfermedad mental o sospecha de enfermedad mental.[35]

La CADHP, reconociendo las circunstancias fácticas, en especial los índices de pobreza, consideró que si bien los países africanos no se encuentran en posibilidad de proveer servicios, infraestructura y recursos necesarios para salvaguardar el dere-

[33] CADHP, *Caso Purohit y Moore vs. Gambia,* Comunicación 241/2001, de 29 de mayo de 2003, párr. 4.

[34] *Ibidem,* párr. 83.

[35] *Ibidem,* párrs. 80-82.

cho a la salud de manera general, los Estados parte tienen la obligación de tomar medidas *concretas y específicas,* aprovechando plenamente sus recursos disponibles, a fin de asegurar que tal derecho se realice plenamente en todos sus aspectos y sin discriminación.[36] Así, si bien la CADHP felicitó al Gobierno porque no existía escasez de ciertos medicamentos para las personas con discapacidad mental —y en aquellos casos en los que existía el Estado hacia todos los esfuerzos para aliviar ese problema— y porque conocía los aspectos obsoletos de la ley y había considerado durante mucho tiempo medidas administrativas para complementar y/o reformar las partes arcaicas de dicha ley, esto no era suficiente, pues, a juicio de la CADHP, estaban en juego los derechos y las libertades de las víctimas, por lo que a las personas con discapacidad mental no se les debía negar su derecho a la atención médica adecuada, que es crucial para su supervivencia e inclusión en la sociedad.[37]

Respecto al derecho al trabajo, en el caso *Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo en África vs. Angola*, derivado de un proceso colectivo y masivo de expulsión de personas migrantes dentro de territorio angoleño, la CADHP analizó el argumento de los representantes en el sentido de que las víctimas se encontraban en posesión de documentos oficiales, incluidos los pasaportes, visados, permisos de trabajo y de residencia, que les permitían permanecer y trabajar legalmente en Angola. Además, a las víctimas se les había pedido que pagaran por sus permisos de trabajo para que pudieran seguir laborando en las minas; no obstante, fueron detenidos debido a que a los extranjeros no se les permitía participar en actividades mineras en Angola[38] y el Estado no remitió argumentos para refutar ninguna de las alegaciones hechas.

Al respecto, la CADHP consideró que la expulsión repentina sin haberse ajustado los procedimientos al debido proceso o a interponer recursos en los tribunales nacionales para impugnar

[36] *Ibidem,* párr. 84.

[37] *Ibidem,* párr. 85.

[38] CADHP, *Instituto de Derechos Humanos y el Desarrollo en África vs. República de Angola,* Comunicación 292/2004, de mayo de 2008, párr. 75.

las acciones del Estado demandando constituyó un hecho grave sobre el derecho a seguir trabajando en condiciones equitativas y satisfactorias que tutela el artículo 15 de la Carta Africana; en consecuencia, sostuvo que las acciones de Angola sobre el arresto arbitrario, detención y posterior expulsión dio lugar a que las personas que se encontraban trabajando legalmente en dicho Estado perdieran sus puestos de trabajo de una forma que es equivalente a la violación del artículo 15 de la Carta de Banjul.[39]

En el caso *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) vs. Kenia* —mejor conocido como el caso *de la Comunidad Endorois*—, la CADHP abordó el derecho a la cultura (arts. 17.2 y 17.3) y al desarrollo económico, social y cultural (art. 22). En este caso, la Comunidad Endorois no había tenido acceso a su territorio ancestral —específicamente al Lago Bogoria— por las concesiones mineras que en este se habían permitido, lo que les impedía realizar sus prácticas culturales.

En cuanto al derecho a la cultura, la CADHP expresó que la protección de los derechos humanos va más allá de la obligación de no destruir o debilitar deliberadamente a grupos minoritarios, sino que requiere el respeto y la protección de su herencia religiosa y cultural esencial para su identidad de grupo, incluidos los edificios y sitios tales como iglesias, mezquitas, templos y sinagogas. Además, agregó que el artículo 17 de la Carta Africana tiene una doble dimensión (naturaleza individual y colectiva) pues, por un lado, protege la participación de los individuos en la vida cultural de su comunidad y, por el otro, obliga al Estado a promover y proteger los valores tradicionales reconocidos en la comunidad. De este modo, se debe entender la cultura en el sentido de "[...] todo complejo que incluya una asociación espiritual y física con las tierras ancestrales, conocimientos, creencias, arte, normas, moral, costumbres o cualesquiera otras capacidades o hábitos adquiridos por el hombre como miembros de la sociedad así como la suma total de las actividades materiales y espirituales y los productos de un grupo social dado, que lo distingue de otros grupos similares". Por lo que la identidad cultural abarca

[39] *Ibidem,* párr. 76.

la religión y el idioma de un grupo, y otras características que lo definen.[40]

La CADHP concluyó que el Estado no había tenido en cuenta el hecho de que, mediante la restricción del acceso al Lago Bogoria, se había negado el acceso a la comunidad a un sistema integrado por creencias, valores, normas, costumbres y tradiciones, por lo que se violaba el artículo 17 en sus numerales 2 y 3.[41]

En cuanto a la violación del derecho al desarrollo, expresó que este tiene dos facetas, pues constituye un medio y un fin, y en tanto solo se cumpla una de las dos se inflinge una violación al derecho al desarrollo. Al respecto, la CADHP consideró que el derecho al desarrollo requiere del cumplimiento de cinco criterios: *a)* ser equitativo; *b)* no discriminatorio; *c)* participativo; *d)* responsable, y *e)* transparente.[42] Al tratarse de un caso de una comunidad indígena, desarrolló el contenido de estos criterios a la luz de las obligaciones de consulta (previa, libre, informada y de buena fe) y beneficios compartidos y vida digna desarrollados por el derecho internacional en materia indígena y el SIDH.[43] Así, externó que el Estado tenía la obligación de crear condiciones favorables para el desarrollo de un pueblo,[44] lo cual no había cumplido al restringir el acceso de la comunidad al Lago Bogoria y tampoco los estándares sobre consulta indígena.

---

40 CADHP, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, Comunicación 276/03, de 25 de noviembre de 2009, párr. 241. Además, agregó (párr. 246) que: "[En] su interpretación de la Carta Africana, se ha reconocido el deber del Estado de tolerar la diversidad y de introducir medidas de protección de los grupos de identidad diferentes de las del grupo mayoritario o dominante. Así, se ha interpretado el art. 17.2 en el sentido de obligar a los gobiernos a tomar medidas destinadas a la conservación, desarrollo y difusión de la cultura, así como la promoción de la identidad cultural como factor de apreciación mutua entre individuos o grupos [...] promover el conocimiento y el disfrute del patrimonio cultural de los grupos étnicos y minorías nacionales y de los sectores indígenas de la población".

41 *Ibidem*, párrs. 250 y 251.

42 *Ibidem*, párr. 277.

43 *Ibidem*, párrs. 278 y 297.

44 *Ibidem*, párr. 298.

Un rasgo singular interpretativo en la jurisprudencia de la CADHP ha sido el tema de los *derechos sociales perdidos* o *derechos sociales implícitos*. Lo anterior es así debido a que, si bien la Carta de Banjul consagra derechos sociales, no hace referencia expresa a derechos como la alimentación, la vivienda o la seguridad social, mismos que están relacionados con las necesidades socioeconómicas de las personas de África predominantemente de zonas rurales y empobrecidas.[45]

La práctica jurisprudencial puede desarrollar más el alcance de las disposiciones de la Carta de Banjul, como otros tribunales lo han hecho en su práctica.[46] Un caso en el cual la CADHP interpretó más allá de la literalidad de la Carta Africana fue en *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigeria* —mejor conocido como el caso *del Pueblo Ogoni*—. En este, los representantes argumentaron que el Gobierno de Nigeria había participado directamente en la producción de petróleo a través de una empresa petrolera estatal (Compañía Nacional de Petróleo de Nigeria, NNPC, por sus siglas en inglés) y que las operaciones habían causado una degradación ambiental y problemas de salud derivados de la contaminación al medioambiente en el pueblo Ogoni.[47]

En relación con el derecho a la salud (art. 16) y el derecho al medioambiente (art. 24), la CADHP señaló que estos reconocen la importancia de un entorno limpio y seguro que esta estrecha-

---

45 *Cfr*. Alemahu Yeshanew, Sisay, *The Justiciability of Economis, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System,* Cambrige, Intersentia, 2013, pp. 241.

46 Salamero Teixidó, Laura, *La protección de los derechos sociales en el ámbito de Naciones Unidas. El nuevo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* Madrid, Cuadernos Cívitas-Thomson Reuters, 2012, p. 74. Por ejemplo, en el caso del Sistema Interamericano cabe destacar los desarrollos que ha llevado a cabo la Corte IDH en materia de consulta indígena y las obligaciones sobre la tenencia de la tierra, el derecho a la verdad como derecho autónomo, el desarrollo de los derechos de las niñas y de los niños a partir del art. 19 de la CADH, entre otras.

47 CADHP, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR)/Nigeria,* Comunicación 155/96, de 27 de octubre de 2001, párr. 1.

mente ligado a los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida en que el entorno afecta la calidad de vida y la seguridad de las personas.[48] Específicamente en cuanto al artículo 24, consideró que la expresión que usa este artículo ("derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo") equivale al derecho a un medioambiente sano; así, en el marco de este derecho se le impone al Estado que adopte medidas razonables y de otra índole para prevenir la contaminación y la degradación ecológica, promover la conservación, asegurar un desarrollo ecológicamente sostenible y el uso de los recursos naturales.[49] De esta manera, el cumplimiento de los gobiernos al tenor de los artículos 16 y 24 de la Carta Africana debe incluir estudios de impacto ambiental y social antes de autorizar cualquier desarrollo industrial importante, así como la realización de un seguimiento adecuado y la información para las comunidades expuestas a los materiales y actividades peligrosas, proporcionando oportunidades significativas para que las personas sean escuchadas en la toma de decisiones de los planes de desarrollo que afecten sus comunidades.[50]

En este caso, constató que ninguna de las medidas descritas anteriormente habían sido tomadas por el Gobierno nigeriano en la tierra de las comunidades ogoni.

Por lo que respecta al derecho a disfrutar de los recursos naturales (art. 21), los reclamantes alegaron que el Gobierno de Nigeria estuvo involucrado en la producción de petróleo y, por tanto, no supervisó ni reguló las operaciones de las compañías petroleras dentro del territorio ogoni. Por otro lado, el Gobierno no incluyó a las comunidades ogoni en las decisiones que afectaban el desarrollo de la región, por lo que no existieron beneficios materiales para dicha población.[51] En este tenor, la CADHP refirió que, a pesar de la obligación del Estado de proteger a las personas contra las interferencias en el disfrute de sus derechos, el Gobierno nigeriano facilitó la destrucción de la tierra ogoni, lo

48 *Ibidem*, párr. 51.

49 *Ibidem*, párr. 52.

50 *Ibidem*, párr. 53.

51 *Ibidem*, párr. 55.

que afectó de manera devastadora el bienestar de las comunidades; además, dichas comunidades no tuvieron beneficio alguno, lo que equivalía a la violación del artículo 21 de la Carta.[52]

En relación con los *derechos perdidos,* a los que ya nos referimos, la CADHP desarrolló el derecho a la vivienda adecuada y el derecho a la alimentación a partir de otros derechos de la Carta Africana. En cuanto a la violación del primero de ellos, se analizó —conjuntamente— la violación de los artículos 14 (derecho a la propiedad), 16 (derecho al mejor estado de salud físico y mental posible/salud) y 18.1 (protección de la familia). Con relación a este derecho no expreso en la Carta de Banjul, la Comisión interpretó que:

> 60. Si bien el derecho a la vivienda no esta explícitamente previsto en la Carta Africana, el corolario de la combinación de las disposiciones que protegen el derecho a disfrutar del mejor estado posible de salud física y mental, el derecho a la propiedad y la protección de la familia prohíbe su destrucción, porque cuando la vivienda es destruida, la propiedad, la salud y la vida familiar se ven afectados de manera adversa. Por lo tanto, se observa que el efecto combinado de los artículos 14, 16 y 18.1 en la Carta Africana debe leerse en el sentido que se protege el derecho a la vivienda [...].[53]

Respecto a la violación del derecho a la alimentación, se estudió de manera conjunta la violación de los artículos 4 (derecho a la vida), 16 (derecho a la salud) y 22 (derecho al desarrollo económico, social y cultural) de la Carta Africana, estimando que "[e]l derecho a la alimentación esta inseparablemente vinculado con la dignidad del ser humano y, por tanto, es esencial para el disfrute y el ejercicio de los demás derechos como la salud, la educación, el trabajo y la participación política".[54]

Sin duda, el SADH se aventura como un sistema con un estándar mayor de protección a los derechos de naturaleza social explicita y contundentemente reconocido en su articulado, pero hay que tener en cuenta que este es el más "joven" de los tres

---

52 *Ibidem*, párr. 58.

53 *Ibidem*, párrs. 60 y 61.

54 *Ibidem*, párr. 65.

y apenas está entrando en funcionamiento y desarrollando sus estándares regionales.[55]

Recientemente, en el caso *Ogiek vs. Kenia,* la Corte Africana se pronunció sobre la violación de derechos sociales relacionados con una comunidad indígena. En este, el Gobierno (a través del Servicio Forestal de Kenia) había emitido un decreto por el cual los miembros de la comunidad debían desalojar la zona del Bosque Mau debido a que estaba reservada para la captación de agua.

Este es el primer caso en el que la Corte Africana declara violaciones a DESCA contenidos en la Carta de Banjul. Particularmente, hace una diferenciación entre la vida cultural (arts. 17.2 y 17.3) de las comunidades que fueron afectadas y la violación del derecho de religión (art. 8).[56] Esto es de fundamental importancia pues, por ejemplo, en el SIDH el derecho a la identidad cultural se ha tratado ya sea como parte del artículo 21 (de la propiedad colectiva)[57] o del artículo 12 (derecho de religión),[58] pero no como un derecho autónomo que pudiera enmarcarse como parte del derecho a la cultura.[59]

Adicionalmente, también en el caso *Ogiek* se declaró violado el derecho a disfrutar de las riquezas dentro del territorio (art. 21) y el derecho al desarrollo (art. 22).[60] No obstante, uno de los

---

55 *Cfr.* Salamero Teixidó, Laura, *op. cit.*, p. 75.

56 *Cfr.* Corte Africana de Derehos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana), *African Commission on Human and People's Rights (Ogiek) vs. Kenya*, Aplicación 006/2012. Sentencia de 26 de mayo de 2017, párrs. 160 y 190.

57 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.* Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrs. 124, 135, 147, 167 y 203, y *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párrs. 212 y ss.

58 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250, párrs. 153-165. En este caso también se relaciona con el art. 5 de la CADH.

59 En el SIDH podría tutelarse la identidad cultural como parte del derecho a la cultura mediante el art. 26 de la CADH.

60 *Cfr.* Corte Africana, *African Commission on Human and People's Rights (Ogiek) vs. Kenya*, *cit.*, párrs. 201 y 211.

temas sobre los que habrá que centrar la atención será el de las medidas de reparación que están pendientes de emitirse en el caso, debido a que aún no han sido definidas.[61]

Es de resaltar que en el Sistema Africano, las Comunidades Económicas Regionales (CER) también han tenido una importante participación en materia de derechos sociales. En este sentido, la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS, por sus siglas en inglés) tiene competencia para conocer de violaciones a la Carta de Bajul, cuestión que ya ha sido analizada en materia de protección al medioambiente como derecho humano (art. 24)[62] en un asunto que previamente había sido conocido por la CADHP.[63]

El SADH no ha sido ajeno al tema presupuestal que atraviesan las naciones del Sistema e inclusive ha reconocido los altos índices de pobreza; sin embargo, si bien los países africanos no se encuentran en posibilidad de proveer ciertos servicios, infraestructura y recursos necesarios para salvaguardar algunos derechos sociales de manera general, ello no les impide tomar medidas concretas.[64]

IV. Las declaraciones y principios en materia de DESCA en el Sistema Africano

El 17 de septiembre de 2004, la CADHP impulsó la adopción de la Declaración de Pretoria sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en África (Declaración de Pretoria). Este instrumento destaca que si bien existe un consenso en el derecho internacional de que no existe indivisibilidad entre los derechos,

61 *Ibidem*, párr. 223.

62 Corte de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (Corte ECOWAS, por sus siglas en inglés), *SERAP vs. Nigeria*. Sentencia de 14 de diciembre de 2012 ECW/CCJ/JUD/18/12, *http://www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/SERAP_V_FEDERAL_REPUBLIC_OF_NIGERIA.pdf*

63 CADHP, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, Comunicación 155/96.

64 *Cfr. Ibidem,* 84.

los Estados africanos notan que los DESC permanecen "marginados en su implementación".[65]

El artículo 2 de la Declaración de Pretoria recobró las obligaciones internacionales que han sido desarrolladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en sus observaciones generales. Al respecto, la Declaración de Pretoria enfatiza que "[...] los Estados parte han acordado adoptar medidas legislativas y de otra índole, individualmente o mediante la cooperación y asistencia internacionales, para dar pleno efecto a los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta Africana, utilizando el máximo de sus recursos. Los Estados parte tienen la obligación de garantizar la satisfacción, al menos, de los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta Africana".[66]

Un rasgo distintivo de la Declaración es que, a diferencia del PIDCP, de la Convención Americana o del Protocolo 1 del Convenio Europeo, en el Sistema Africano el derecho a la propiedad —contemplado en el artículo 14 de la Carta de Banjul— es considerado un "derecho social". En este sentido, la Declaración de Pretoria estima que dicho derecho, en lo referido a la tierra y a la vivienda, implica "[la protección] contra la privación arbitraria de bienes; [a]cceso, adquisición, propiedad, herencia y control equitativos y no discriminatorios de tierras y viviendas, especialmente por parte de mujeres; [c]ompensación adecuada por adquisición pública, nacionalización o expropiación; [a]cceso equitativo y no discriminatorio a préstamos asequibles para la adquisición de propiedades; [r]edistribución equitativa de la tierra mediante el debido proceso legal para reparar las injusticias históricas y de género; [r]econocimiento y protección de tierras pertenecientes a comunidades indígenas; [e]l disfrute pacífico de la propiedad y la protección contra el desalojo arbitrario [e] [i]gual acceso a la vivienda y condiciones de vida aceptables en un ambiente saludable".[67]

65 Declaración de Pretoria, Preámbulo.

66 *Ibidem*, art. 2.

67 *Ibidem*, art. 5.

Asimismo, la Declaración de Pretoria provee un listado más detallado de lo que "protegen" los derechos al trabajo (art. 15), a la salud (art. 16), a la educación (art. 17.1) y a la cultura (arts. 17. 2 y 3 y 18), que se encuentran expresos en la Carta de Banjul. De este modo, la Declaración los refiere como "los contenidos fundamentales de los derechos".[68] Sin embargo, cabe destacar que aunque el Preámbulo "contempla"[69] como sociales a los derechos contenidos en los artículos 21 (disponer libremente de los recursos naturales) y 22 (derecho al desarrollo), la Declaración no enuncia el contenido de los mismos. Tampoco se hace mención del contenido del artículo 24, que la CADHP ha entendido como "el derecho al medioambiente sano".

En cuanto a la teoría de los derechos perdidos que, como hemos visto, la CADHP ha utilizado, la práctica queda reflejada en la propia Declaración, pues la misma destaca que "[...] los derechos sociales, económicos y culturales explícitamente previstos en la Carta Africana, junto con otros derechos en la Carta, como el derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana inherente, implican el reconocimiento de otros derechos económicos y sociales, incluidos el derecho a la vivienda, el derecho a la nutrición básica y el derecho a la seguridad social".[70]

Finalmente, la Declaración establece una serie de "[...] obligaciones que involucran a los Estados, a la Unión Africana, a la CADHP, a la sociedad civil, a las instituciones nacionales de derechos humanos y a la entidades internacionales y regionales".[71] Cabe destacar que en relación con las obligaciones que la Declaración impone a los Estados, estas, tal como han sido identificadas por el Comité DESC, se refieren a las obligaciones de carácter inmediato.[72] Solo por mencionar algunas, la Declaración

68 *Ibidem*, art. 11.

69 Al respecto, el Preámbulo de la Declaración establece que "Recordando que la Carta Africana consagra derechos económicos, sociales y culturales, en particular en su artículo 14, artículo 15, artículo 16, artículo 17, artículo 18, artículo 21 y artículo 22".

70 Declaración de Pretoria, art. 10.

71 *Ibidem*, 11.

72 Véase observaciones generales 3 y 9 del Comité DESC.

de Pretoria considera que los Estados deberían "ratificar, si no lo han hecho, los tratados mencionados en el Preámbulo",[73] "[...] incorporar en la legislación nacional y aplicar plenamente las disposiciones de los tratados regionales e internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales", "[...] establecer la protección constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales sujetos a la no discriminación y la igualdad", "[...] crear planes de acción nacionales, que establezcan indicadores de referencia para la realización progresiva de los derechos socioeconómicos y culturales", entre otros.

A finales de 2004, durante el 36 Periodo Ordinario de Sesiones en Dakar, Senegal, fue adoptada la Resolución 73 de la Comisión Africana mediante la cual se creó el Grupo de Trabajo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como parte del mandato se estableció que dicho grupo tendría que "[...] desarrollar y proponer a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos un proyecto de Principios y Directrices sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y elaborar un proyecto de directrices revisadas para la presentación de informes estatales".[74]

El 24 de octubre de 2011, la CADHP adoptó Las Directrices y Principios sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (DPDESC). Estas establecen una serie de obligaciones —que en términos generales son las que en su mayoría utiliza el Comité DESC en sus observaciones generales— consistentes en: *a)* respetar; *b)* proteger; *c)* promover, y *d)* cumplir.[75]

---

[73] Al respecto, la Declaración de Pretoria señala en su Preámbulo que: "Reconociendo la existencia de estándares regionales e internacionales de derechos humanos que enfatizan la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de todos los derechos humanos entre los que se encuentran la Carta Africana, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, el Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración sobre la Derecho al desarrollo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [...]".

[74] Véase *http://www.achpr.org/mechanisms/escr/*

[75] Véanse las Directrices 5-12.

Por otro lado, las DPDESC retoman las obligaciones de carácter inmediato, las de carácter progresivo, las mínimas en relación con los derechos, la obligación de "adoptar medidas", adopción de recursos internos efectivos, la obligación de no discriminación y la presunción contra medidas regresivas.

Respecto a la obligación de progresividad, los principios reconocen que esta no se encuentra de manera expresa; sin embargo, enfatiza que, de acuerdo con los artículos 61 y 62[76] de la Carta Africana, "[...] los Estados partes tienen un deber de avanzar lo más rápido y eficazmente posible hacia la plena realización de los DESC". De este modo, las DPDESC establecen que progresividad significa que los Estados deben implementar "[...] un plan razonable y medible, que incluye establecer puntos de referencia alcanzables y marcos de tiempo, para el disfrute en el tiempo de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los recursos disponibles del Estado".[77]

Adicionalmente, las DPDESC consideran que algunas de las obligaciones de los Estados parte en la Carta Africana son impuestas inmediatamente después de la ratificación de la misma. Estas obligaciones incluyen, pero no están limitadas a "[...] la obligación de tomar medidas, la prohibición de medidas regresivas, el mínimo de obligaciones fundamentales y la obligación de prevenir la discriminación en el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales".[78]

---

[76] La Carta de Banjul establece: "Artículo 61. La Comisión también tomará en consideración como medidas subsidiarias para determinar los principios del derecho aplicables, otros convenios generales o especiales que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, prácticas africanas que concuerdan con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de los pueblos, costumbres generalmente aceptadas como normas, principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos, así como precedentes legales y creencias" y "Artículo 62. Todo Estado miembro se comprometerá a presentar cada dos años, a partir de la fecha en que la presente Carta entre en vigor, un informe sobre las medidas legislativas o de otra índole tomadas con el fin de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos y garantizados por la presente Carta".

[77] Directriz 14.

[78] Directriz 16.

Referente a la satisfacción de las obligaciones mínimas de los derechos, los principios imponen una serie de parámetros para identificar a qué se refiere este concepto: *i)* es la obligación del Estado asegurar que un número considerable de individuos no se vea privado de los elementos del derecho en particular;[79] *ii)* la obligación subsiste con independencia de la disponibilidad de los recursos; *iii)* es inderogable, y *iv)* la obligación de garantizar el contenido básico del derecho priorizando a los grupos vulnerables no elimina la obligación de realización progresiva de los derechos para todos los individuos. Adicionalmente, señalan que, cuando un Estado no pueda satisfacer los niveles esenciales mínimos del derecho, es necesario que "[...] demuestre que ha asignado todos los recursos disponibles para la realización de estos derechos y, en particular, de la realización del contenido mínimo". Pero "[...] aun cuando un Estado sufra restricciones de recursos demostrables, causadas por cualquier razón, incluido un ajuste económico, el Estado todavía debe implementar medidas para garantizar los niveles mínimos esenciales de cada derecho a los miembros de grupos vulnerables".[80]

En lo que concierne a la obligación de tomar medidas, las DPDESC la relacionan con la adopción de "[...] un plan de acción nacional medible". Las medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible a garantizar el disfrute de los derechos protegidos por la Carta Africana. Ello incluye medidas legislativas; sin embargo, los principios reconocen que estas medidas no serán suficientes, por lo que es obligación de los Estados "[...] asignar recursos suficientes dentro de los presupuestos nacionales para la realización de cada derecho".[81]

Por cuanto ve a la prohibición de regresividad, las DPDESC establecen que toda medida que tenga como finalidad "reducir" el disfrute del derecho, *prima facie* será considerada regresiva y, por tanto, violatoria de la Carta Africana. Si los Estados llegaran a adoptar medidas de carácter regresivo, estas deberán "[...] es-

[79] Directriz 17. Al respecto, los propios principios establecen esos elementos. Véanse las directrices 51-95.

[80] Directriz 17.

[81] Directriz 18.

tar justificadas a la luz de la totalidad de los derechos previstos en la Carta Africana y en el contexto de la plena utilización del máximo uso de los recursos disponibles. Estos se refieren tanto a los propios como a los recursos y asistencia y cooperación internacional". Para determinar si un Estado parte ha violado la Carta mediante la implementación de alguna medida regresiva, la Comisión deberá considerar si:

a) Hubo justificación razonable para la acción.
b) Se examinaron exhaustivamente las alternativas y se adoptaron las que eran menos restrictivas a los derechos humanos protegidos.
c) Hubo una genuina participación de los grupos afectados en el examen de las medidas propuestas y las alternativas.
d) Las medidas fueron directa o indirectamente discriminatorias.
e) Las medidas tendrían un impacto sostenido en la realización del derecho protegido.
f) Las medidas tuvieron un impacto irrazonable sobre un individuo o un grupo a los que se les privó del acceso al nivel mínimo esencial del derecho protegido.
g) Se realizó una revisión independiente de las medidas nacionales.[82]

Los principios también recogen la importancia de la implementación de los recursos internos efectivos,[83] de la cooperación internacional,[84] de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación y, en especial, de la que es originada por la discriminación interseccional de dos o más factores de discriminación/vulnerabilidad.[85] Particularmente, refiere que en algunos casos será necesaria la adopción de "medidas especiales para asegurar el avance adecuado de los grupos vulnerables o desfavorecidos".[86]

82 Directriz 20.

83 Véase las directrices 21-25.

84 Directriz 39 y 40.

85 Directrices 31, 32 y 38.

86 Directrices 34 y 35.

Una de las cuestiones que es de importancia resaltar es que los principios reiteran el derecho a la propiedad como parte de los DESCA protegidos por la Carta de Banjul.[87]

Por lo que respecta a los derechos a la vivienda y a la alimentación, los principios reconocen que su identificación como derechos tienen la influencia del caso *Ogoni* decidido en 2001. En este sentido, los principios remotan a esta sentencia y establecen que el derecho a la vivienda esta protegido por el derecho a la propiedad, el derecho a disfrutar del mejor estado de salud mental y psíquica y de la protección de la familia; por otro lado, —nuevamente haciendo alusión a la sentencia *Ogoni*— los principios consideran que el derecho a la alimentación esta reconocido por el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo económico, social y cultural.

Finalmente, aunque en ningún caso conocido por la Comisión Africana —o por la Corte Africana— se ha declarado la violación a estos derechos, los principios identifican los "derechos perdidos" a la seguridad social (que se podría proteger mediante la conjunción del derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad, al trabajo, a la salud, a la protección de la familia y de las personas mayores y con discapacidad)[88] y el derecho al agua (que se podría proteger mediante la interpretación integral del derecho a la vida, a la dignidad, al trabajo, a la salud, al desarrollo económico, social y cultural y a un medioambiente sano).[89] En el caso del derecho al agua, aunque la Carta Africana no lo hace, identifica la obligación de "saneamiento".[90]

---

87 Lo cual había sido plasmado con anterioridad en la Declaración de Pretoria.

88 Al respecto, los principios destacan: "81. Therefore, although the right to social security is not explicitly protected in the African Charter, it can be derived from a joint reading of a number of rights guaranteed under the Charter including (but not limited to) the rights to life, dignity, liberty, work, health, [...], protection of the family and the right to the protection of the aged and the disabled [...]".

89 En relación con ello, los principios disponen: "87. While the African Charter does not directly protect the right to water and sanitation, it is implied in the protections of a number of rights, including but not, limited to the rights to life, dignity, work, [...], health, economic, social and cultural development and to a satisfactory environment".

90 Véase Observación general 15 del Comité DESC. En similar sentido, la Corte IDH identificó esta obligación —aunque sobre el derecho de pro-

En la misma fecha en que fueron adoptadas las DPDESC, se adoptaron las Directrices para los Estados parte que reportan sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, las cuales establecen algunos puntos —que son divididos por derechos— sobre los cuales los Estados deben reportar para informar sobre el cumplimiento de los DESCA contemplados en la Carta de Banjul.

V. Conclusión

Los instrumentos y la jurisprudencia del SADH se han posicionado como un referente —ni tan estudiado ni tan profundizado— sobre la justiciabilidad de los DESCA. Sus instrumentos que protegen derechos humanos claramente tratan de superar la falsa dicotomía entre derechos de "primera" y "segunda" generación.

Es de destacar que, sin lugar a dudas, quien más ha impulsado la agenda de los DESCA en el Sistema Africano ha sido la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. No solo fue precursora de la aplicación de las disposiciones de la Carta Africana en materia de derechos sociales, sino que, como se relató, ha interpretado más allá de la literalidad del texto y ha determinado que, aunque no sean expresos, el derecho a la vivienda, a la alimentación, a la seguridad social o al agua, pueden ser protegidos también por la conjunción de otros derechos que se contemplan en la Carta de Banjul.

También es importante destacar la importante labor que ha realizado la CADHP en el impulso de principios y directrices que pretenden brindar conceptos y parámetros medibles para la concreción de los derechos sociales. Además, cabe destacar que los principios y las directrices hacen un importante esfuerzo al tratar de brindar claridad sobre "el contenido y alcance" de las obligaciones de progresividad, de carácter inmediato, prohibición de regresividad o de asegurar el contenido mínimo de los derechos.

---

piedad— en los *Casos Garífuna Punta Piedras y otros vs. Honduras* y de la *Comunidad Indígena Xucurú vs. Brasil*.

En el caso del Sistema Interamericano, es importante destacar que tanto la Comisión como la Corte deberían tener un diálogo mucho más fuerte con estos insumos que ofrece el Sistema Africano, pues aunque algunas sentencias de la Corte Interamericana —por ejemplo, *Lagos del Campo vs. Perú* y *Poblete Vilches y otros vs. Chile*— han hecho mención de algunas disposiciones normativas de la Carta Africana, quizá se podría explorar aún más la jurisprudencia o los principios en materia de DESCA del Sistema Africano.

Esto cobra particular importancia debido a que las últimas sentencias de la Corte IDH (casos *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatamala* y *Muelle Flores vs. Perú*, en donde se dilucidó la obligación de progresividad del derecho a la salud, en el primer caso, y la falta de ejecución de sentencias internas que reconocían el derecho a la seguridad social de una persona mayor, en el segundo) hubieran sido escenarios ideales para fortalecer más el intercambio de jurisprudencia en la materia.

El Sistema Africano, aunque es el sistema más joven y tiene pocos precedentes en el tema, ha dado importantes pasos para lograr el desarrollo de los DESCA en la región más pobre del mundo.[91] Evidentemente, los retos son enormes, pero los primeros pasos se han dado.

Bibliografía

Gutiérrez, 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 *et al.* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2014.

[91] Por ejemplo, aunque la Corte IDH emitió en 2017 la Opinión consultiva 23, sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, la CADHP ya "había hecho justiciable" dicho derecho mediante el art. 24 de la Carta de Banjul.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

Mayorga Lorca, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos, económicos, sociales y culturales,* 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

Mejía Rivera, Joaquín, "Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, núm. 51, enero-junio de 2010.

Textier, Philippe, "La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Universal en construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales", *CEJIL*, núm. 14, 2004.

Mzikenge Chirwa, Danwood y Chenwi, Lilian, *The protection of economic, social and cultural rights in Africa. International, Regional and National Perspectives,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Alemahu Yeshanew, Sisay, *The Justiciability of Economics, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2013.

Salamero Teixidó, Laura, *La protección de los derechos sociales en el ámbito de Naciones Unidas. El nuevo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* Madrid, Cuadernos Cívitas-Thomson Reuters, 2012.

Anexo.
Infografía *Cuscul Pivaral*

María Barraco

I. Antecedentes jurisprudenciales en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)

El novedoso caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* fue producto de distintos antecedentes jurisprudenciales en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fue consolidando la justiciabilidad directa de los DESCA. El primero de ellos fue el caso *"Cinco Pensionistas" vs. Perú* (2003), en el que no se pronunció sobre una posible violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) debido a que se trataba de un "muy limitado grupo de pensionistas".

Posteriormente, en el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (2009), la Corte ratificó su competencia para examinar violaciones al artículo 26 de la CADH, y determinó que este se encuentra sujeto a las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la CADH; sin embargo, no consideró probada una violación al artículo 26.

Otro caso importante en esta etapa jurisprudencial es *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (2015), en el que la Corte determinó la responsabilidad del Estado por el contagio de virus de inmunodeficiencia humana (VIH) a una niña a causa de una transfusión recibida en un hospital. Entre otros derechos, la Corte IDH encontró violado el derecho a la educación protegido en el artículo

13 del Protocolo de San Salvador. Asimismo, analizó el derecho a la salud como parte del derecho a la vida y a la integridad personal.

Lagos del Campo vs. Perú (2017) inició el camino de la justiciabilidad directa de los DESCA. En dicho caso, la Corte determinó violado por primera vez el artículo 26 CADH, así como la responsabilidad internacional del Estado por haber despedido a la víctima arbitrariamente. Luego de este antecedente, la Corte decidió el caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (2017), encontrando responsable al Estado por la ausencia de una respuesta judicial frente al cese de 164 contratos con organismos nacionales, violando así el derecho al trabajo protegido por el artículo 26 de la CADH, entre otros.

En *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (2018), la Corte IDH también determinó violado el derecho al trabajo protegido por el referido artículo 26, debido a la terminación arbitraria de los contratos laborales de tres mujeres. Posteriormente, en *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018) se pronunció por primera vez respecto del derecho a la salud de manera autónoma en virtud del artículo 26. Así, determinó la responsabilidad internacional del Estado por no garantizar el derecho a la salud sin discriminación de una persona mayor, lo que le produjo sufrimientos y posteriormente la muerte. También encontró la violación al derecho a obtener el consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud, y el derecho a la integridad personal de las y los familiares de la víctima.

II. Estándares en materia de DESCA en *Cuscul Pivaral*

En *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala,* la Corte IDH precisó las obligaciones vinculadas con el artículo 26 respecto de los DESCA, así como el contenido específico del derecho a la salud.

De manera genérica, determinó que las obligaciones del artículo 26 están sujetas a "las obligaciones generales de 'respeto' y 'garantía', conjuntamente con la obligación de 'adecuación' del artículo 2 de la propia Convención". Por tanto, la Corte podrá

determinar una violación a este artículo si se identifica una acción u omisión que vulnere los derechos allí protegidos y que sea atribuible al Estado.

Asimismo, la Corte determinó la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de los DESCA, encontrando que existen dos tipos de obligaciones:

a) *de exigibilidad inmediata,* que se refieren al deber de "adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación" del derecho de que se trate, y

b) *de carácter progresivo,* que implican que "[...] los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Asimismo, la Corte reconoce que esta obligación "[...] requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad". Ello conlleva necesariamente una obligación de hacer (como adoptar providencias), las cuales podrán ser objeto de rendición de cuentas.

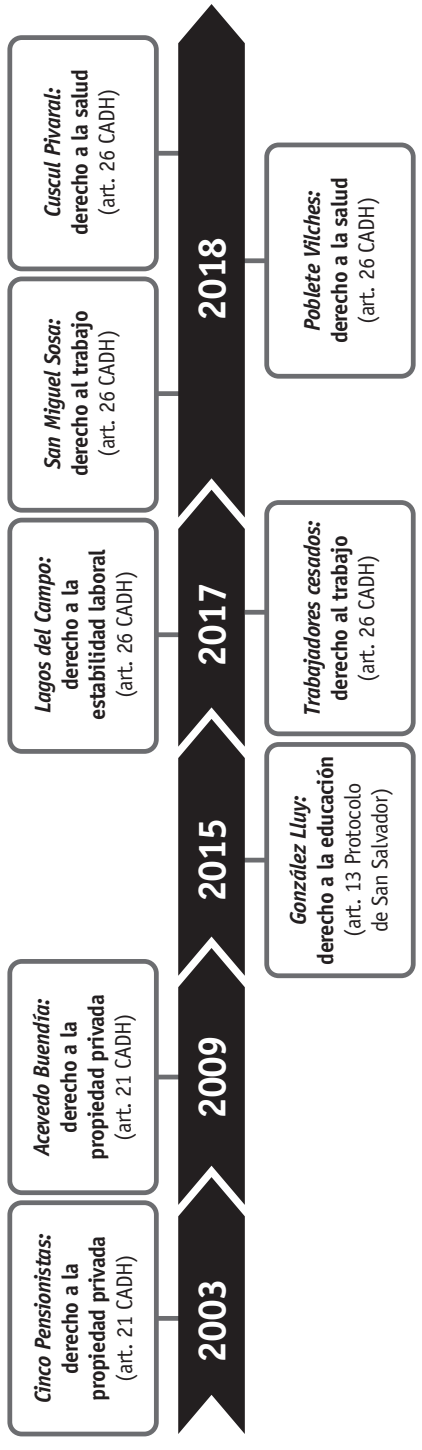
Vinculado a esta última obligación surge el *deber de no regresividad,* que no necesariamente supone una prohibición de medidas que limiten el ejercicio del derecho, sino que, en caso de realizase, deben ser sujetas a la consideración más cuidadosa y estar justificadas por referencia a la totalidad de los DESCA y en el contexto del aprovechamiento máximo de los recursos.

En cuanto al *derecho a la salud,* la Corte determinó que "[...] se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad". Asimismo, remarcó que "El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá *dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados,* y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable". Específicamente respecto del

derecho a la salud de personas con VIH, la Corte consideró que entraña el derecho a acceder a los medicamentos necesarios; la realización de pruebas diagnósticas; la buena alimentación y el apoyo social y psicológico; la atención familiar, comunitaria y domiciliaria, así como el acceso a tecnologías de prevención.

Respecto de los *grupos más vulnerables,* la Corte estableció que "[...] el derecho a la salud tiene como uno de sus elementos que los sectores más vulnerables o marginados de la población tengan acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud, los cuales deben estar al alcance geográfico y económico".

Por otra parte, la Corte señaló que la *prohibición de discriminación* contenida en el artículo 1.1 incluye la dimensión positiva de "[...] crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados, como es el caso de las personas que viven con VIH". Ello significa que la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud tiene una dimensión especial cuando las personas protegidas se encuentran en situación de vulnerabilidad. En el caso puntual, existió una discriminación interseccional, ya que confluyeron distintos factores de vulnerabilidad y/o fuentes de discriminación.


2003
2009
2015
2017
2018
Cinco Pensionistas: **derecho a la propiedad privada** (art. 21 CADH)
Acevedo Buendía: **derecho a la propiedad privada** (art. 21 CADH)
González Lluy: **derecho a la educación** (art. 13 Protocolo de San Salvador)
Lagos del Campo: **derecho a la estabilidad laboral** (art. 26 CADH)
Trabajadores cesados: **derecho al trabajo** (art. 26 CADH)
San Miguel Sosa: **derecho al trabajo** (art. 26 CADH)
Poblete Vilches: **derecho a la salud** (art. 26 CADH)
Cuscul Pivaral: **derecho a la salud** (art. 26 CADH)

Cuscul Pivaral
vs.
Guatemala
Corte Interamericana de Derechos Humanos
OEA
Progresividad y no regresividad
Especial cuidado a grupos vulnerados y marginados
Exigibilidad inmediata (no discriminación)
Prohibición de discriminación interseccional
Respeto y garantía
Atención a la salud oportuna y apropiada

Interamericanización de los DESCA
El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH
Mariela Morales Antoniazzi, Liliana Ronconi y Laura Clérico
se terminó de imprimir en mayo de 2020,
en Hear Industria Gráfica,
Querétaro, México
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Transformando realidades
Armin von Bogdandy
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Mariela Morales Antoniazzi
Pablo Saavedra Alessandri (coords.)
(En coedición con el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

Interpretación de las restricciones constitucionales
Una visión desde la argumentación y la hermenéutica
Ramsés Montoya Camarena

La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral
Mariela Ponce Villa

Teorías contemporáneas de la justicia.
Introducción y notas críticas
rodolfo vázquez
(En coedición con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

Diálogos democráticos
Luis Espíndola Morales
Rogelio Flores Pantoja (coords.)
(En coedición con el Instituto Electoral del Estado de Querétaro)

INTERAMERICANIZACIÓN DE LOS DESCA EL CASO CUSCUL PIVARAL DE LA CORTE IDH

Esta publicación reúne estudios sobre derechos sociales y el caso *Cuscul Pivaral* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sentencia que constituye un pilar fundamental en la línea argumental del Tribunal para la consolidación de la exigibilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el contexto interamericano.

Estas reflexiones resultan oportunas, ya que en la sentencia se fortalece argumentativamente la posición del órgano jurisdiccional interamericano al sostener que el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es plenamente exigible a los Estados de la región y que de él emanan DESCA autónomos, sumándose a la jurisprudencia de exigibilidad directa, conformada por los casos *Acevedo Buendía y otros vs. Perú; Lagos del Campo vs. Perú; Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú; San Miguel Sosa vs. Venezuela; Poblete Vilches y otros vs. Chile,* así como la OC-23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.

El libro se propone acercar al lector un conjunto de reflexiones desde la perspectiva de cuatro ejes temáticos: i) Marcos y desarrollos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; ii) Obligaciones de cumplimiento inmediato y de desarrollo progresivo y garantías de no repetición; iii) Derecho a la salud. Mirada comparada e interamericana, y iv) Otros sistemas de protección regional de DESCA; reflexiones todas de profundo impacto y trascendencia para el pleno disfrute de los derechos sociales en nuestra región.

ISBN 978-607-7822-60-8

QRO ORGULLO DE MX

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO