

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 Pivara* y otros vs. *Guatemala* (en adelante “la Sentencia” o “*Cuscul Pivara*”)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 Pivara* y otros vs. *Guatemala*. La jueza Elizabeth Odio Benito y el juez Patrio 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 Pivara* 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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 DESCAs 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 DESCAs en general,¹⁰ y del derecho a la salud en particular¹¹. 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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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 Pivalar 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 Pivalar 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 Pivalar 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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 DES-CA 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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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 derecho²¹.

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 DESCAs, 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 regresivo] 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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 DESCAs, 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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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 DESCAs, 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 DESCAs 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 DESCAs 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 Pivalar 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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 DESCAs 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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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 DESCAs 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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 DESCAs. Bajo este supuesto encontramos a países como Bolivia,³⁰ Ecuador,³¹ México,³² República Dominicana³³ 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-

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

una segunda variante encontramos a aquellas constituciones que —exclusivamente— han reconocido el carácter programático de determinados derechos que, por lo general, son DESCAs. En este esquema encontramos a países como Colombia,³⁵ Guatemala,³⁶ Honduras³⁷ y Perú³⁸. 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-

mididad 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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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 DESCAs, 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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 aparece.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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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. *Ibidem*, 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

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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 DESCAs 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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 interactúan 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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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>.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 Sentencia⁸⁶ 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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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 DESCAs se materialicen en la realidad, que no solo se queden plasmados en las decisiones judiciales⁹¹ 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 suplantarse 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).

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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 DESCAs 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.

La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad...

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 DESCAs 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 Pivara* 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 DESCAs (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 DESCAs 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

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

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.