

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)<sup>1</sup> 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 Universidad de Buenos Aires y directora de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.

<sup>1</sup> 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.

## JULIETA ROSSI

---

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 justiciaabilidad 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 DESCAs,<sup>2</sup> 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%.<sup>3</sup>

Por su parte, el Comité DESC, si bien hasta el momento se ha pronunciado en cinco casos sobre el fondo del asunto,<sup>4</sup> 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-

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Véase CEPAL, Panorama Social de América Latina 2018, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44395-panorama-social-america-latina-2018>

<sup>4</sup> El Comité DESC ha declarado, a su vez, la inadmisibilidad en otros 19 casos.

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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.<sup>5</sup>

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).<sup>6</sup>

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

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 Curtis, 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.

JULIETA ROSSI

---

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,<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> La

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

doctrina de este caso fue continuada en otros como *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú* (2017),<sup>9</sup> *San Miguel Sosa vs. Venezuela* (2018),<sup>10</sup> *Poblete Vilches vs. Chile* (2018)<sup>11</sup> y *Muelles Flores vs. Perú* (2019)<sup>12</sup> y en la Opinión Consultiva 23/2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

<sup>12</sup> Corte IDH. *Caso Muelles Flores vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C, núm. 375.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> En este sentido, y entre los más recientes, cabe citar Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

## JULIETA ROSSI

---

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.<sup>16</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup>

Finalmente, halló responsable al Estado por la violación del deber de garantía en relación con el derecho a la vida de las per-

---

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 72.

<sup>18</sup> *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”.

JULIETA ROSSI

---

sonas que fallecieron a causa de la nula o deficiente atención médica<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

## 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),<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, párrs. 158 y 159.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párr. 163.

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso “*Cinco Pensionistas*” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.

<sup>22</sup> *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.

<sup>23</sup> 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



## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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),<sup>24</sup> 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).<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> Adicionalmente, la Corte IDH cita el asunto *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*<sup>27</sup> 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”.

<sup>24</sup> 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 Curtis, 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 Adenauer, 2014.

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, cit., párrs. 99-102.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 103.

<sup>27</sup> 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).

## JULIETA ROSSI

---

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”.<sup>28</sup>

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”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> 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”.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párr. 80.

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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”.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup> 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”.<sup>32</sup> 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”.<sup>33</sup>

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

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 143.

<sup>31</sup> *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.

<sup>32</sup> 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.*

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, *cit.*, párr. 143.

## JULIETA ROSSI

---

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.<sup>34</sup>

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”.<sup>35</sup>

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 DESCAs 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 DESCAs, 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”.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, párr. 140.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párr. 148.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 146.

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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”.<sup>37</sup>

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,<sup>38</sup> 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

---

<sup>37</sup> *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 DESCAs 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”.

<sup>38</sup> *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”.

JULIETA ROSSI

---

como aumentos progresivos del presupuesto y otras medidas de política pública encaminadas a lograr una mayor protección de la población afectada.<sup>39</sup>

## 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.

---

<sup>39</sup> *Idem.*

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

- 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).<sup>40</sup>

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

---

<sup>40</sup> *Idem.*

## JULIETA ROSSI

---

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



## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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.<sup>41</sup> 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.

---

<sup>41</sup> En sentido similar, sobre el *Caso Poblete Vilches vs. Chile*, véase Aldao, Martín y Clérico, Laura, *op. cit.*, pp. 349 y 350.

## JULIETA ROSSI

---

- 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 DESCAs, 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.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> 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

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

### 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 Pivara*.

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);<sup>43</sup> *López Rodríguez vs. España* (2016, derecho a la seguridad social);<sup>44</sup> *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España* (2017, derecho a la vivienda);<sup>45</sup> *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador* (2018, derecho a la seguridad social y no discriminación)<sup>46</sup> y *S. C. y G. P. vs. Italia* (2019, derecho a la salud sexual y reproductiva).<sup>47</sup>

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).

<sup>43</sup> 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).

<sup>44</sup> Comité DESC, *López Rodríguez vs. España*, Comunicación 1/2013, de 4 de marzo de 2016.

<sup>45</sup> Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España*, Comunicación 5/2015, de 21 de julio de 2017.

<sup>46</sup> Comité DESC, *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador*, Comunicación 10/2015, de 26 de marzo de 2018.

<sup>47</sup> Comité DESC, *SC y GP vs. Italia*, Comunicación 22/2017, de 7 de marzo de 2019.

## JULIETA ROSSI

---

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.<sup>48</sup> 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”.<sup>49</sup> También fue enfático en sostener que “los desalojos no deberían dar lugar a que los afectados queden sin vivienda”.<sup>50</sup> 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”.<sup>51</sup>

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<sup>52</sup> y, por

---

<sup>48</sup> Cfr. Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España*, cit., párr. 15.2.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 17.5.

<sup>52</sup> *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-

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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”.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup>

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”.<sup>55</sup> 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”.

<sup>53</sup> Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España*, cit., párr. 17.5.

<sup>54</sup> *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”.

<sup>55</sup> 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.

## JULIETA ROSSI

---

riedos 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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

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,<sup>58</sup> sin discriminación alguna”.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup>

En aplicación de su Observación general 19 reafirma que el acceso a prestaciones no contributivas por vejez forma par-

---

<sup>56</sup> El Comité cita su Declaración sobre deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 4.

<sup>57</sup> Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España*, cit., párr. 17.6.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Comité DESC, *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador*, cit., párr. 11.2.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 11.3.

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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”.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup>

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

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 14.2.

<sup>62</sup> *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”.

## JULIETA ROSSI

---

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”.<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup>

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

---

<sup>63</sup> Comité DESC, *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador*, cit., párr. 14.3.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 17.2.

<sup>65</sup> *Ibidem*, párr. 18.



## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

que dicha disminución se entienda autorizada por la ley interna aplicable, conforme a la interpretación señalada por el Tribunal Supremo español.<sup>66</sup>

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.<sup>67</sup>

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.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Comité DESC, *López Rodríguez vs. España*, cit., párr. 13.2.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párr. 13.3.

<sup>68</sup> *Idem*.

JULIETA ROSSI

---

### 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.<sup>69</sup>

En *Mohamed Ben Djazia y otra*, el Comité, tomando en cuenta el artículo 8.4 del Protocolo Opcional, examina si los Estados

---

<sup>69</sup> 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.*

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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.<sup>70</sup> 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-

---

<sup>70</sup> Comité DESC, *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador*, cit., párr. 14.2.

JULIETA ROSSI

---

tamente asume que los recursos en materia de seguridad social son finitos.<sup>71</sup>

### *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-

---

<sup>71</sup> *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”.

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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.

JULIETA ROSSI

---

### 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 adaptar la decisión que impide a la denunciante gozar de un nivel mínimo de este derecho.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> 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

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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.<sup>73</sup> 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”.

<sup>73</sup> 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.

## JULIETA ROSSI

---

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.



## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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.<sup>74</sup>

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-

---

<sup>74</sup> 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”.

## JULIETA ROSSI

---

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

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

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)<sup>75</sup> 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-

---

<sup>75</sup> 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.

JULIETA ROSSI

---

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-

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

- cia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlín-Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 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 DESCAs 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.

JULIETA ROSSI

---

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 DESCAs 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 Pobleto 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.

## Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles...

---

- “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.