

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

*Jorge Alexander Portocarrero Quispe\**

Parece ser que mientras la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) plantea un discurso progresista sobre la justiciabilidad y la efectivización del derecho social fundamental a la salud, el Tribunal Constitucional del Perú (TCP) defiende una posición, cuando menos, más moderada al respecto. Esta suposición parece confirmarse si echamos una mirada comparativa entre las sentencias más relevantes de ambas jurisdicciones sobre el derecho a la salud, ello a la luz de estándares analíticos que permitan establecer el contenido e implicancias del discurso en cada una de ellas.

En este ensayo pretendo contrastar los enfoques adoptados por la Corte IDH y el TCP en materia del derecho a la salud de personas que viven con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). Para ello, recorro a dos herramientas teóricas: el enfoque de la obligación mínima esencial y el modelo flexible de efecti-

---

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Doctor *summa cum laude* en Derecho por la Universidad Christian Albrecht en Kiel, Alemania. Investigador “García Pelayo 2019” del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. Investigador adscrito a la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia).

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

vización progresiva. Estas me permitirán abordar el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (por el lado de la Corte IDH) y los casos *Azanca Alhelí Meza García*, expediente 2945-2003-AA/TC y *José Luis Correa Condori*, expediente 2016-2004-AA/TC (por el lado del TCP), a fin de demostrar que, si tomamos en serio a la obligación mínima esencial y al modelo flexible de efectivización progresiva, es posible identificar una divergencia en el enfoque manejado por las dos cortes respecto a la justiciabilidad y la efectivización del derecho social fundamental a la salud, especialmente el derecho a la salud de personas que viven con VIH.

### I. JUSTICIABILIDAD Y EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales no solo consiste en la posibilidad de acudir a los tribunales para obtener tutela en caso de afectación de los intereses y necesidades sociales de las personas, sino que necesariamente presupone justificar el estatus normativo de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos,<sup>1</sup> así como determinar si es posible reconocerlos interpretativamente a través de los órganos de control de constitucionalidad en caso de que no estén expresamente consignados en la Constitución o cuando la problemática de su reconocimiento surja en un sistema sin Constitución escrita.<sup>2</sup> La justiciabilidad de

---

<sup>1</sup> Fernando Atria y Carlos Bernal han sostenido un debate en torno a si los derechos sociales fundamentales se reconstruyen como ideales políticos (Atria) o como derechos subjetivos (Bernal). Véase Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones* 4, 2004, pp. 15-59; Bernal, Carlos, “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones* 4, 2004, pp. 99-144.

<sup>2</sup> Sobre la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales en América Latina, *cfr.*, principalmente Arango, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, *Revista de Derecho Público*, 2001, núm. 12, pp. 185-212; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 119 y ss.; Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (eds.), *La aplicación de*

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

los derechos sociales fundamentales tiene, por tanto, implicancias referidas al estatus normativo de los mismos, así como a la justificación de su reconocimiento como derechos autónomos.

A diferencia de la cuestión de la justiciabilidad de los derechos fundamentales, que está referida a su reconocimiento como derechos subjetivos fundamentales y el acceso a una tutela jurisdiccional competente como derechos autónomos, la cuestión de la efectivización de los derechos sociales fundamentales gira en torno a cómo y en qué medida es posible hacer efectivo su contenido normativo.<sup>3</sup> En efecto, la cuestión de la efectivización de los derechos sociales fundamentales se refiere a la acción concreta o fáctica del Estado para atender necesidades sociales específicas. Ciertamente, ello implica necesariamente que tales derechos sean justificables o reivindicables en virtud de su cualidad de derechos fundamentales. De no ser reivindicables, hablar de su efectivización sería un contrasentido. Es por ello que entre la cuestión de la efectivización y la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales existe una relación intrínseca e “interdependiente”.

### II. HERRAMIENTAS TEÓRICAS DE ANÁLISIS: LA OBLIGACIÓN MÍNIMA ESENCIAL Y EL MODELO FLEXIBLE DE EFECTIVIZACIÓN PROGRESIVA

#### 2.1. La obligación mínima esencial

Si los derechos sociales fundamentales han de ser tomados en serio, es necesario dotarles de un contenido que implique una obligación vinculante para su destinatario, además de imponer una elevada carga de justificación en caso de que sea imposible cumplirla. Sin tal contenido, los derechos sociales fundamentales

---

*los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 283-350.

<sup>3</sup> Para una monografía sobre la justificación práctica y la efectivización de los derechos sociales fundamentales véase Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y la efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero Quispe, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 85 y ss.

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

perderían la categoría de subjetivos y se tornarían meros fines programáticos orientadores.<sup>4</sup> Por tanto, si los derechos sociales fundamentales han de tener el estatus de subjetivos, es válido afirmar que para que ello sea así, es necesario que exista un deber jurídico mínimo u obligación mínima esencial que imponga una carga de argumentación elevada para justificar su incumplimiento. El garantizar niveles mínimos de cumplimiento en materia social permite asegurar las precondiciones necesarias para el desarrollo de los individuos en condiciones de igualdad. En palabras de David Bilchitz: “[...] los derechos [sociales] surgen de la exigencia de que una sociedad basada en el derecho debe tratar con igual importancia las vidas de cada ser individual”.<sup>5</sup>

Ahora bien, la obligación mínima esencial no equivale a una obligación incondicionada o absoluta, dado que, por definición, todo derecho fundamental puede ser limitado en alguna medida si existen razones suficientes que lo justifiquen, y tampoco puede equivaler a un mero fin programático que no sea vinculante para sus destinatarios. La obligación mínima esencial debe, por tanto, representar una exigencia cualificada de argumentación que justifique con razones que sean por lo menos equivalentes a las necesidades básicas de los titulares.<sup>6</sup> En ese sentido, el destinatario de la obligación mínima esencial, en caso de no encontrarse en posi-

---

<sup>4</sup> En general, la teoría liberal de los derechos fundamentales se opone al reconocimiento de los derechos sociales fundamentales como equiparables a los derechos fundamentales de defensa y, por ende, carentes de fuerza vinculante. Véase, Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pp. 169 y ss.; Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra, IEP, Madrid, 1975, pp. 249 y ss.; Klein, Hans H., “Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der Meinungsfreiheit”, *Der Staat*, núm. 10, 1970, pp. 145-172, 164. Para una crítica de la teoría liberal de los derechos fundamentales véase, Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 19 y ss.

<sup>5</sup> Bilchitz, David, *op. cit.*, p. 31.

<sup>6</sup> Sobre la conceptualización y contenido de la obligación mínima esencial, véase *ibidem*, p. 249 y ss.; King, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 114 y ss.; Young, Katherine G., “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *Yale Journal of International Law*, New Heaven, núm. 33, 2008, pp. 113-175, 151 y ss.

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

bilidad de cumplir con ella (omisión) o no contar con los medios materiales para satisfacer la exigencia mínima (insuficiencia inidónea), deberá probar que ha agotado todos los medios a su disposición y que no cuenta con recursos adicionales de ningún tipo que pueda destinar al cumplimiento de tal obligación.<sup>7</sup> “El fallo en satisfacer las necesidades básicas bajo condiciones de escasez no viola ninguna de las exigencias que tienen las personas”.<sup>8</sup> El cumplimiento de esta carga de justificación no libera al titular del deber de responder a la obligación tan pronto como existan recursos suficientes para cumplir con la obligación mínima esencial.

Por tanto, es posible definir a las obligaciones mínimas esenciales como aquellas que satisfacen los “[...] niveles esenciales mínimos de un derecho” y que el Estado no puede dejar de cumplir a no ser que exista alguna razón especialmente justificada.<sup>9</sup> Ellas garantizan a sus titulares “[...] las condiciones generales para verse libres de amenazas a su supervivencia [...]”<sup>10</sup> y facultan a los mismos para poder exigir su cumplimiento al Estado. Luego entonces, solo en circunstancias excepcionales podría abrirse un espacio para la argumentación y, eventual, pero no necesariamente, aplazar su satisfacción con la obligación de restituir dicha insuficiencia tan pronto como las circunstancias extraordinarias cesen. En escenarios que no estén comprendidos dentro de estas circunstancias extraordinarias, el destinatario de la obligación mínima esencial estaría obligado a cumplir con ella insoslayablemente.

Una de las características centrales de los derechos sociales fundamentales es el carácter alternativo de la acción del Estado, es decir, el cumplimiento de la obligación normativa contenida en el derecho se puede satisfacer con cualquier medio a disposición para ello. Alexy ilustra esta característica alternativa mediante el siguiente ejemplo: “Puede ser posible rescatar a un hombre que se ahoga nadando hasta él, o lanzándole una balsa salvavidas, o incluso enviando un barco, pero no se requieren simultáneamen-

---

<sup>7</sup> Cfr. Comité DESC, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), de 14 de diciembre de 1990, U.N. Doc. E/1991/23, párr. 10.

<sup>8</sup> Bilchitz David, *op. cit.*, p. 299.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 264 y ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 271.

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

te los tres. Lo que se precisa es que se lleve a cabo el primer acto o el segundo o el tercero”.<sup>11</sup> Ahora bien, esto parecería entrar en contradicción con la idea de la obligación mínima esencial, dado que mientras que la “alternatividad” plantea la posibilidad de escoger entre varias opciones, la obligación mínima esencial restringiría esta posibilidad. Ello no necesariamente es así. En efecto, mientras que la obligación mínima esencial plantea un mínimo para la prestación, ella no dice nada respecto de cómo satisfacer dicho nivel mínimo. En ese sentido, en tanto no se su-pere un límite inferior para satisfacer la obligación del derecho social fundamental y no sea transgredido sin justificación cualificada alguna, la “alternatividad” en la prestación se mantiene.

Ahora bien, la obligación mínima esencial requiere de dos condiciones para poder ser exigible a su titular: que las necesidades a satisfacer estén relacionadas con la supervivencia de las personas y que estas no estén en capacidad de proporcionarse por sí mismas los bienes o prestaciones necesarias por motivos ajenos a su voluntad. Ello quiere decir que la obligación mínima esencial tiene como precondiciones la observancia del principio de urgencia y el de subsidiariedad de la protección estatal.

### 2.2. Modelo flexible de efectivización progresiva

El segundo elemento para la efectivización de los derechos sociales fundamentales lo constituye el modelo flexible de efectivización progresiva. Si se conecta la característica de la alternatividad en la acción del Estado para satisfacer derechos sociales con la idea de la obligación mínima esencial como punto de partida para la efectivización, es posible construir un modelo de tres niveles o umbrales de cumplimiento progresivo que ponga en relación correlativa al derecho a ver satisfechas ciertas necesidades y las obligaciones a que está vinculado el titular de las mismas.

---

<sup>11</sup> Alexy, Robert, “Sobre los derechos fundamentales a protección”, en García Manrique, Ricardo (ed.), *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., trad. de Rebecca Jowers, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 45-84.

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

En ese sentido, el modelo flexible de efectivización progresiva está estructurado en función de la relación existente entre los distintos niveles de urgencia que tienen los titulares de derechos sociales fundamentales para satisfacer sus necesidades y los distintos tipos de obligación que tiene el Estado respecto a la satisfacción de dichas necesidades. La exigencia de intervención estatal estará sujeta a la valoración del tipo de necesidad social requerida por el titular del derecho social fundamental y a si dicho titular se encuentra en capacidad o no de acceder por sí mismo a estos, es decir, se rige bajo los principios de urgencia y de subsidiariedad en el cumplimiento de la obligación mínima esencial.

La urgencia de la prestación y el rol subsidiario en el cumplimiento de la obligación son criterios que permiten enfocar y concentrar la asistencia del Estado respecto a grupos sociales en especial situación de vulnerabilidad, como son niñas y niños, personas con discapacidad, personas sin recursos con enfermedades crónicas y/o degenerativas, mujeres gestantes sin recursos, adultos mayores, minorías indígenas y desplazados por conflictos internos. El cumplimiento de la obligación estatal respecto a la efectivización de los derechos sociales fundamentales es, por tanto, progresiva y se encuentra sujeta a condiciones concretas de necesidad de los titulares de dichos derechos.

La flexibilidad del modelo de efectivización progresivo radica en que el mismo incluye un espacio para la argumentación que permite presentar razones a favor o en contra de cumplir con los umbrales de efectivización. Dado que el sentido de la efectivización es la mejora de las condiciones materiales y jurídicas de los derechos sociales, toda propuesta de retroceso en el cumplimiento de los umbrales de efectivización implica una carga de argumentación especialmente cualificada.

### *2.2.1. Primer nivel o umbral de cumplimiento: funcionalidad básica*

Este primer nivel de realización o cumplimiento representa la relación correlativa entre el derecho a ver satisfechas las necesi-

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

dades urgentes que garantizan la funcionalidad básica de la vida humana y la obligación mínima esencial. En tanto el titular del derecho social fundamental tenga necesidad de bienes básicos para su supervivencia y no pueda acceder a ellos por razones ajenas a su voluntad, el destinatario de la obligación mínima esencial tendrá el deber correlativo de cumplir con proveer dichos bienes. Tal obligación mínima esencial impone una carga argumentativa cualificada en caso de que su titular falle en su cumplimiento, es decir, implica que este pruebe la situación de falta de recursos disponibles para atender las necesidades básicas de los sujetos de derecho.

Este primer nivel de cumplimiento tiene por objeto prestaciones positivas básicas referidas al aseguramiento de la supervivencia del ser humano, como son el acceso a servicios de salud y recursos médicos, a alimentación básica de subsistencia, a prestaciones de vivienda básica que lo protejan de las inclemencias del clima, a prestaciones básicas como agua y desagüe, así como a una educación básica que permita dotar a las personas de los conocimientos para poder ser conscientes de sus propias libertades ciudadanas. Esta lista de derechos básicos no es cerrada y las prestaciones que forman parte de ella podrían extenderse en la medida en que su cumplimiento lleve a la necesidad de garantizar nuevas necesidades básicas urgentes propias del desarrollo de la sociedad.

El contenido mínimo esencial, a este nivel, no se refiere a los recursos necesarios para vivir una vida decente o digna dentro de una comunidad, sino que, por el contrario, se restringe a los recursos básicos que permiten a las personas moverse más allá de situaciones que pongan en peligro su subsistencia y dignidad, tales como enfermedades curables pero potencialmente mortales por desatención, la inanición, la sed o la mendicidad insoslayable.<sup>12</sup> En ese sentido, los derechos sociales fundamentales no son meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su satisfacción representa una

---

<sup>12</sup> Bilchitz, David, *op. cit.*, p. 303.



## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.<sup>13</sup>

### 2.2.2. Segundo nivel o umbral de cumplimiento: sostenibilidad del bienestar

El segundo nivel de realización o cumplimiento representa la relación correlativa entre el derecho a ver satisfechas las necesidades que hacen sostenible el bienestar e imponer una obligación de optimización del mismo. La diferencia entre los dos niveles radica en que, mientras que en el primer nivel la obligación del Estado gira en torno a las condiciones mínimas de supervivencia, el segundo se refiere a las condiciones mínimas para el ejercicio de las libertades y desarrollo de las capacidades de los titulares de derechos sociales fundamentales. Tal como en el primer nivel, la obligación de optimización impone una carga argumentativa cualificada en caso de que el titular de la obligación falle en su cumplimiento, misma que implica que el titular pruebe la carencia de recursos disponibles para atender las necesidades básicas de los sujetos de derecho.

Sin embargo, al no tratarse de necesidades que pongan en riesgo la supervivencia de las personas, es posible que el titular de la obligación incorpore argumentos referidos, por ejemplo, al sostenimiento a largo plazo de su bienestar y mejora sustancial. En este nivel, el espacio de argumentación es menos restringido en comparación con el primero, por lo que es factible emplear criterios como el principio de proporcionalidad en su sentido de prohibición de acción insuficiente (*Untermaßverbot*)<sup>14</sup> a fin de

---

<sup>13</sup> “La libertad solo es real cuando se tienen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales, en cuanto presupuestos de la autodeterminación”, Stein, Lorenz von, *Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unseren Tage*, Múnich, Drei Masken, 1921, t. III, p. 104. Y en ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán: “El derecho de libertad carecería de valor sin el presupuesto fáctico de poder ejercerla”, BverfGE 33, núm. 303 (332).

<sup>14</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 69; Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, pp. 200 y ss.; Clérico, Laura, “Proportionality in social rights adjudication: making it workable”, en

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

valorar si las medidas realizadas por el titular de la obligación son *idóneas* a efecto de proteger el derecho fundamental social (garantizar el ejercicio de libertades y el desarrollo equitativo de capacidades), si existen *medidas alternativas* igualmente idóneas para proteger el fin del derecho social pero que demanden menos agotamiento de recursos del titular de la obligación, y si existe una relación de *ponderación* entre los argumentos esgrimidos por el titular de la obligación para fallar en la optimización del bienestar y el grado de afectación en el derecho fundamental social objeto de análisis.

### 2.2.3. Tercer nivel o umbral de cumplimiento: *complementación del bienestar*

El tercer nivel de realización o cumplimiento está conformado por la relación correlativa entre el derecho a la complementación del bienestar obtenido y la obligación de mejorar dicho bienestar para alcanzar la realización plena del mismo. Este nivel se refiere a las condiciones que los sujetos en forma individual o colectiva requieren para alcanzar diversos propósitos específicos de manera óptima y desarrollar plenamente sus capacidades en igualdad y libertad. Mientras que en el primer y segundo nivel se trataban cuestiones relativas a garantizar estándares mínimos sociales para la supervivencia y desarrollo de los seres humanos, el tercer nivel gira en torno a la complementación del bienestar a fin de alcanzar un nivel óptimo que garantice de manera plena la libertad e igualdad entre todos los miembros de la sociedad en la realización de sus intereses y capacidades. En este nivel, el ámbito de la argumentación es más abierto que en los anteriores, en tanto el titular de la obligación puede plantear argumentos referidos no solo a la escasez de recursos disponibles para satisfacer necesidades complementarias al bienestar, sino que podría re-

---

Duarte, David y Silva Sampaio, Jorge (eds.), *Proportionality in Law. An analytical perspective*, Springer, Dordrecht, 2018, pp. 25-48; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 319 y ss.; Fazio, Federico de, "Derechos sociales y examen de proporcionalidad", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, núm. 7, 2018, pp. 65-99.

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

currir a argumentos sobre la necesidad de satisfacer prioridades distintas a las obligaciones sociales. Sin embargo, el hecho de que el titular de la obligación pueda plantear diversas razones para justificar el fallo en el cumplimiento de la misma no significa que se encuentre exento de realizar tarea alguna en favor de la consecución de un nivel óptimo de bienestar. El deber de complementación exige que el obligado oriente sus políticas y acciones hacia la obtención de un grado óptimo de bienestar social para todos los titulares de derechos sociales fundamentales.

### III. HERRAMIENTAS TEÓRICAS EN CASOS CONCRETOS: EL TCP Y LA CORTE IDH SOBRE EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD EN PACIENTES CON VIH EN LAS CORTES

#### 3.1. Corte IDH: el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*

El caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, resuelto por la Corte IDH el 23 de agosto de 2018,<sup>15</sup> representa un hito en el avance progresivo de la justiciabilidad directa de las omisiones o las acciones insuficientes respecto de los derechos sociales fundamentales, específicamente el derecho a la salud. En dicho caso, 49 personas en situación de pobreza extrema diagnosticadas con VIH entre 1993 y 2002, y sus familiares, alegaron que la falta de una adecuada atención médica estatal, así como la falta de adecuada protección judicial, habrían configurado violaciones a la salud, la vida, la integridad personal y a las garantías judiciales de las mismas.

La Corte IDH determinó que estas personas carecieron de toda atención médica estatal por lo menos hasta 2004. A partir de ese año, el Estado implementó algún tipo de tratamiento para ellas, no siendo dicha acción ni integral ni idónea para atender las necesidades del grupo de pacientes. A consecuencia de dichas

---

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C, núm. 359.

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

omisiones e insuficiencias, algunos de ellos fallecieron víctimas de enfermedades “oportunistas”. Para realizar el análisis de afectación, la Corte IDH tuvo en consideración que en el grupo de personas portadoras de VIH se encontraban una o varias de las siguientes circunstancias contextualizantes: contrajeron enfermedades oportunistas (lo que ocasionó la muerte de algunas), eran personas de escasos recursos, eran madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias, tenían baja escolaridad, no podían realizar las actividades que hacían antes de contraer VIH, vivían en zonas alejadas de centros de atención médica y algunas de ellas eran mujeres embarazadas.

Con base en estos hechos y circunstancias conextualizantes, la Corte IDH evaluó la responsabilidad del Estado de Guatemala de conformidad a los siguientes criterios: 1) la violación del derecho a la salud por la atención médica —o falta de ella— brindada por el Estado; 2) la violación de la prohibición de discriminación; 3) la violación del principio de progresividad; 4) la violación de los derechos a la vida y la integridad personal; 5) la violación de los derechos a las garantías procesales y la protección judicial, y 6) la violación de la integridad personal de los familiares de las víctimas.

A fin de ejemplificar la idea de contenido mínimo esencial y el modelo progresivo de efectivización, este ensayo se enfocará principalmente en el primer criterio de evaluación adoptado por la Corte IDH: “1) la violación al derecho a la salud por la atención médica —o falta de ella— brindada por el Estado”. La Corte estructura su argumentación en función de dos “momentos de violación”:

- i) *Momento 1*: la atención médica brindada por el Estado antes de 2004 (tiempo durante el cual no prestó ningún tipo de atención médica a las presuntas víctimas, ni efectuó los exámenes requeridos, ni entregó medicamentos anti-retrovirales).
- ii) *Momento 2*: la atención medica brindada después de 2004 (tiempo en que el Estado implementó algún tipo de tratamiento en el sector público para personas que viven con VIH). Sin embargo, las acciones adoptadas luego de 2004 hasta la fecha en que fue emitida la sentencia no habrían

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

logrado satisfacer los estándares mínimos para ser considerada integral y adecuada, lo cual implicó periodos de desabastecimiento de medicamentos, falta de exámenes de carga viral CD4, problemas de accesibilidad debido a la poca cantidad de centros públicos que prestaran el servicio, desabastecimiento de los implementos necesarios para la realización de exámenes, falta de estudios de genotipo, falta de diagnóstico oportuno y falta de apoyo psicológico.

Teniendo en consideración estos dos momentos de afectación que identifica la Corte IDH, es posible reconstruir el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* en función de la obligación mínima esencial y el modelo progresivo de efectivización y comprobar si, en efecto, es posible estructurar la efectivización de los derechos sociales con base en exigencias de justificación crecientes.

La argumentación desplegada por la Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* sigue la línea argumentativa desarrollada en los casos *Poblete Vilches vs. Chile*,<sup>16</sup> *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*,<sup>17</sup> *Lagos del Campo vs. Perú*,<sup>18</sup> *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*<sup>19</sup> y *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*.<sup>20</sup> Esta línea

---

<sup>16</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. Sobre las implicancias jurídico-dogmáticas del *Caso Poblete Vilches*, *cfr.* Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

<sup>17</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>18</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>19</sup> Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198.

<sup>20</sup> Corte IDH. *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

argumentativa se enfoca en cuatro puntos importantes: 1) la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos protegidos por las mismas exigencias aplicables a los derechos civiles y políticos; 2) los elementos esenciales de las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales; 3) el grado de exigibilidad de las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y 4) la idea de una progresividad flexible en el cumplimiento de estas obligaciones, que no excluye la posibilidad de la deficiencia o ausencia en el cumplimiento, pero la somete a una fuerte carga de justificación.

En el presente ensayo son de particular interés los puntos 2), 3) y 4) de la argumentación de la Corte IDH. Esta identifica cuatro elementos esenciales de la obligación estatal en materia del derecho a la salud, a saber: *disponibilidad* material del servicio, *accesibilidad* de las personas al servicio, *aceptabilidad* de las circunstancias particulares de las personas y *calidad* de infraestructura en que se brinda el servicio.<sup>21</sup> Estas condiciones generales enmarcan y condicionan la exigibilidad inmediata o mediata de las obligaciones del Estado.

En efecto, tanto si el Estado está obligado a adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud (exigibilidad inmediata) o si tiene la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho (exigibilidad mediata), deberá hacerlo observando los elementos esenciales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de dichas medidas eficaces. En ese sentido, los puntos de argumentación 2) y 3) dan sustento directo al punto 4): la idea de progresividad flexible en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derecho a la salud.

La idea de una progresividad flexible que a la vez sea efectiva plantea la necesidad de establecer un punto de legitimidad a partir del cual se entiendan como satisfechos en un grado mínimo o efectivo los elementos esenciales de la obligación, así como una

---

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 106, y *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, cit., párr. 121.

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

estructura o dispositivo que permita evaluar el grado de satisfacción o efectivización progresivo de dicha obligación. Es así que la idea de contenido mínimo esencial o básico se conecta con un modelo flexible de efectivización progresiva en el caso *Cuscul y otros vs. Guatemala*. En efecto, el contenido mínimo esencial plantea la existencia de estándares de salud mínimos e inmediatos que el Estado debe satisfacer con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Dicha obligación mínima atañe las circunstancias en las que las personas ven en riesgo su supervivencia o su integridad física. No es un punto más dentro de la cadena de progresividad flexible, sino que es precisamente el punto donde ella se inicia como cumplimiento mínimo. Sin embargo, tanto del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* como de la Observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (Comité DESC) se desprende que ni la obligación mínima esencial ni el modelo de efectivización pueden ser entendidos como estándares absolutos, sino que se encuentran sujetos a una fuerte carga de argumentación en caso de deficiencia o ausencia de acción por parte del Estado.

El Estado, en casos muy excepcionales, podría argumentar carencia absoluta o relativa de medios suficientes para satisfacer tanto la obligación mínima esencial como el modelo de efectivización. Ello, sin embargo, no equivale a relativizar al derecho a la salud y someterlo a consideraciones costo-beneficio. El Comité DESC ha establecido una lista de posibles circunstancias que un Estado podría esgrimir razonablemente como justificantes de un incumplimiento total o de un cumplimiento deficiente de la obligación mínima esencial o del modelo de efectivización progresiva, ello a condición de probar fehacientemente la existencia de los mismos:

- a) [e]l nivel de desarrollo del país;
- b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto;
- c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un periodo de recesión económica;

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

- d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional;
- e) [s]i el Estado parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y
- f) [s]i el Estado parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto.<sup>22</sup>

Estas circunstancias justificantes, por sí solas, no bastan para justificar un incumplimiento o un cumplimiento deficiente de la obligación mínima esencial o del modelo flexible de efectivización progresiva, su presencia en un contexto y espacio temporal requiere ser probada por el Estado que alegue encontrarse en una o varias de ellas.

Ahora bien, una vez identificadas las condiciones generales para la exigibilidad de una obligación mínima esencial en materia de salud y de la progresividad flexible en su efectivización, es necesario enfocar la situación concreta del caso *Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala*. La Corte IDH establece explícitamente estándares sobre el derecho a la salud aplicables a personas que viven con VIH, los cuales, conforme han sido explicitados por dicho órgano en su argumentación, constituyen el marco para identificar una obligación mínima esencial y un modelo flexible de efectivización progresiva del derecho a la salud en pacientes que viven con VIH.

La Corte IDH establece al menos ocho estándares que condicionan la obligación del Estado en el caso concreto:

- a) acceso a bienes de calidad;
- b) servicios e información para la prevención;
- c) tratamiento;

---

<sup>22</sup> Comité DESC, Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, de 21 de septiembre de 2017, E/C.12/2007/1, 38º periodo de sesiones, párr. 10.



## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

- d) atención y apoyo de la infección;
- e) terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas, diagnósticos y tecnologías relacionadas, seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de enfermedades oportunistas y de enfermedades conexas;
- f) apoyo social y psicológico;
- g) atención familiar y comunitaria, y
- h) acceso a tecnologías de prevención.<sup>23</sup>

Estos estándares representan la concretización de los cuatro elementos esenciales de la obligación del Estado en materia de derecho a la salud, es decir, representan y desarrollan los elementos de *disponibilidad*, *accesibilidad*, *aceptabilidad* y *calidad* establecidos por la Corte IDH.<sup>24</sup>

Como en el caso del derecho a la salud en general, los elementos o estándares esenciales representan el marco dentro del cual aún hace falta especificar el punto de inicio que mínimamente representa un cumplimiento de la obligación estatal y a partir del cual es posible estructurar la efectivización progresiva del derecho, es decir, aún es necesario especificar la obligación mínima esencial y los umbrales del modelo flexible de efectivización progresiva. Teniendo en cuenta que la obligación mínima esencial se refiere a aquellas prestaciones sin las cuales la persona vería en peligro su vida o su integridad física y que no está en posibilidad de procurarse a sí misma por motivos ajenos a su voluntad, es posible especificar aún más los estándares sobre derecho a la salud de las personas que viven con VIH. De esta manera, la obligación mínima esencial correlativa al Estado respecto al derecho a la salud de dichas personas sería:

- a) acceso a instalaciones médicas que cuenten con infraestructura y personal preparado para el tratamiento del VIH;

---

<sup>23</sup> Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 114.

<sup>24</sup> Comité DESC. Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), de 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, párr. 12; Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261, párr. 152; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, cit., párr. 121, y *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 106.

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

- b) disponibilidad constante y acceso a retrovirales y otros productos farmacéuticos para el tratamiento de enfermedades oportunistas;
- c) pruebas, diagnóstico y tratamiento periódico de enfermedades oportunistas;
- d) alimentación adecuada que permita a la persona con VIH afrontar los tratamientos, y
- e) apoyo social y psicológico para afrontar el tratamiento, tanto para el paciente como para sus familiares.

Esta lista de acciones estatales no es cerrada ni excluyente de otro tipo de medidas complementarias condicionadas al contexto en el que se encuentren las personas afectadas. El Estado, para justificar un incumplimiento de estas obligaciones mínimas, deberá probar alguna de las ocho circunstancias expuestas líneas arriba.

Ahora bien, el modelo flexible de efectivización progresiva basado en la obligación mínima esencial plantea la existencia de, por lo menos, tres niveles o umbrales de desarrollo a fin de lograr la satisfacción óptima del derecho a la salud de las personas que viven con VIH. El primer umbral está representado por la obligación mínima esencial, y sería el umbral de funcionalidad básica. El segundo umbral de efectivización sería la sostenibilidad y mejoramiento de las condiciones de vida y bienestar de las personas que viven con VIH. En este umbral, los medios, fines e intensidades de afectación de los derechos e intereses relevantes al caso concreto pueden ser objeto de una valoración comparativa de optimización. En efecto, el grado de satisfacción de la exigencia de efectivización del derecho a la salud de las personas que viven con VIH puede verse relativizada en función de las limitaciones concretas de recursos que tenga el Estado y su fin legítimo de administrar dichos recursos limitados de manera eficiente. En este nivel es posible recurrir al análisis de proporcionalidad, entendido como prohibición del defecto (*Untermassverbot*). Finalmente, el tercer umbral de efectivización es el de complementación del bienestar.

Este es el lugar donde el Estado está obligado a coadyuvar, en la medida de sus limitaciones, a que las personas que viven con VIH alcancen objetivos personales o colectivos diversos que

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

les permitan desarrollar plenamente sus capacidades en igualdad y libertad. Este umbral estaría referido a acciones de promoción de desarrollo de las capacidades personales y del bienestar para alcanzar el nivel más alto posible. Un estado de salud libre de preocupaciones generadas por el VIH y que represente un estado completo de bienestar físico, mental y social. Puede ser entendido como el umbral o nivel de las medidas programáticas sobre la salud plena para personas que viven con VIH.

En el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, la afectación que sufrieron las víctimas a su derecho a la salud, tanto en el *momento 1* (antes de 2004) como en el *momento 2* (después de 2004 hasta el fallo de la Corte IDH), gira en torno a la afectación del contenido mínimo esencial por ausencia de acción por parte del Estado y por acción deficiente. Esto es, en el caso de las víctimas, no es posible incorporar el modelo flexible de efectivización progresiva, dado que tanto la omisión como la acción del Estado de Guatemala antes y después de 2004 está por debajo de las exigencias de la obligación mínima esencial. Como la Corte IDH comprobó, el Estado no había realizado acción de protección alguna respecto de las víctimas durante el lapso de tiempo comprendido entre el diagnóstico de la enfermedad, 1993 y 2002 hasta 2004, y las acciones que realizó con posterioridad a esta fecha fueron deficientes; tanto es así, que 15 de las 49 víctimas perdieron la vida. Ello implica un incumplimiento de la obligación mínima esencial y, ciertamente, del primer umbral del modelo flexible de efectivización progresiva.

### 3.2. El TCP: casos *Azanca Alhelí Meza García* y *José Luis Correa Condori*

La jurisprudencia del TCP en materia de derecho a la salud de personas que viven con VIH no ha variado mucho en los últimos años. De hecho, dos son los casos que resaltan como relevantes en materia de personas con VIH: *Azanca Alhelí Meza García* y *José Luis Correa Condori*. Estos casos son sustancialmente similares (en hechos y petitorio) y fueron resueltos por el TCP con cinco meses de diferencia.

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

En el caso *Azanca Alhelí Meza García*, la recurrente afirmó que desde que le fue detectado el contagio con VIH (1996), el Estado peruano no ha cumplido con otorgarle tratamiento integral alguno; por el contrario, los médicos tratantes del Ministerio de Salud peruano se habían limitado a recetarle medicinas para tratamientos menores. Asimismo, afirmó no contar en modo alguno con los recursos económicos necesarios para afrontar el tratamiento de su enfermedad, misma que se vio agravada por habersele detectado cáncer de tiroides. Luego de dos años de un proceso judicial iniciado a nivel de la jurisdicción ordinaria, en 2002, la señora Meza García falleció cinco días antes de la publicación de la sentencia del TCP que declaraba fundada su causa.<sup>25</sup>

Por su parte, en el caso *José Luis Correa Condori*, el recurrente afirmó que desde que se le diagnosticó el contagio con VIH (2002), el Estado peruano no ha cumplido con otorgarle tratamiento integral alguno. La acción estatal se había limitado a que los médicos tratantes del Ministerio de Salud peruano le recetaran medicinas para tratamientos menores. El señor Correa Condori afirmaba, además, que no contaba con los recursos económicos suficientes para afrontar el tratamiento de su enfermedad. El TCP, basándose en su pronunciamiento sobre el caso *Azanca Alhelí Meza García*, resuelto solo cinco meses antes, declaró fundada la demanda del señor Correa Condori.<sup>26</sup>

En ambos casos, lo destacable es que el TCP resalta, por un lado, el papel que desempeñan los derechos sociales como condiciones para el ejercicio de los demás derechos y libertades y, por el otro, la naturaleza vinculante de la obligación no meramente programática. Sin embargo, el Tribunal también resalta que dichos derechos han de ser disgregados de los contenidos en el catálogo de derechos del artículo 2 de la Constitución.<sup>27</sup> Por tanto, a efectos prácticos, el TCP negó al derecho social a la salud, en estos dos casos sobre VIH, la capacidad de ser reinvin-

---

<sup>25</sup> TCP, exp. 2945-2003-AA/TC.

<sup>26</sup> TCP, exp. 2016-2004-AA/TC.

<sup>27</sup> “[E]l derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el art. 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los arts. 7° y 9° de la Constitución”.

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

dicado mediante acción de amparo constitucional, a no ser que se les conecte con algún derecho contenido en dicho catálogo.<sup>28</sup> Con posterioridad, el TCP ha hecho esfuerzos para presentar una concepción más compatible con los estándares internacionales en materia de derechos sociales fundamentales;<sup>29</sup> sin embargo, más allá de reconocer su “autonomía” y “urgencia en su efectivización”, continúa sosteniendo que no pueden ser justiciables de manera directa, sino en conexión con la dignidad humana, vida, medioambiente y/o libertad.<sup>30</sup> Asimismo, somete la efectivización de estos derechos a consideraciones de disponibilidad presupuestaria.<sup>31</sup> En lo que respecta al derecho a la salud, el TCP ha sostenido, por un lado, una posición garantista y comprensiva del derecho a la salud,<sup>32</sup> pero, por el otro, hace depender al derecho a la salud del derecho a la vida, así como a las limitaciones materiales del Estado.<sup>33</sup>

En los casos mencionados, ambos recurrentes solicitaban al Estado que les otorgara atención médica integral mediante la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de VIH/sida, así como la realización de los exámenes periódicos y pruebas de CD4 y carga viral que el médico tratante dispusiera.

<sup>28</sup> “[L]a exigencia de los denominados derechos económicos y sociales —es el caso del derecho a la salud invocado por la recurrente— que, en tanto obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena, en cuyo caso, el legislador ha dispuesto que no cabe su invocación vía la acción de amparo”.

<sup>29</sup> En el *Caso de Los Internados en la Sala de Hospitalización de Acciones del Instituto Nacional de Salud Mental*, exp. 05842-2006-PHC/TC, fj. 45, el TCP recurre a razones de derecho internacional planteadas tanto por la Corte IDH, así como en diferentes documentos internacionales, para desarrollar una dogmática sobre derecho a la salud más acorde con los estándares internacionales. Sin embargo, dicho esfuerzo se contradice con la insistencia del Tribunal, en la misma sentencia, en no reconocerle un estatus autónomo y en someter su cumplimiento a consideraciones presupuestarias (fj. 55).

<sup>30</sup> TCP, exp. 05842-2006-PHC/TC, fj. 48.

<sup>31</sup> TCP, exp. 05842-2006-PHC/TC, fj. 55.

<sup>32</sup> TCP, exp. 05842-2006-PHC/TC, ffjj. 50 y ss., y exp. 10063-2006-PA/TC, ffjj. 39 y ss.

<sup>33</sup> TCP, exp. 05842-2006-PHC/TC, fj. 60.

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

Es decir, solicitaban que el Estado cumpliera con su obligación mínima esencial. En ambos casos, el TCP se limitó a razonar en función de la amenaza a la supervivencia de los recurrentes, antes que realizar un análisis en función de obligaciones mínimas satisfechas u omitidas. Así, en ambos casos no es posible estructurar una argumentación basada en derechos sociales, sino más bien se observa una argumentación encuadrada en el derecho a la vida basada en su justiciabilidad y dirigida a consideraciones de índole presupuestaria para lograr su efectivización. Por tanto, tampoco es posible desarrollar ni un enfoque de contenido mínimo esencial del derecho social fundamental a la salud ni un modelo flexible de efectivización progresiva en estos casos sobre personas con VIH.

### IV. CONCLUSIÓN: ¿DIÁLOGO O MONÓLOGOS PARALELOS?

Recurriendo a las herramientas teóricas de la obligación mínima esencial y el modelo flexible de efectivización progresiva es posible comparar el enfoque de la Corte IDH y el del TCP. En síntesis, se trata de dos enfoques distintos, que si bien convergen en cuestiones referidas al contenido, importancia y urgencia del derecho social a la salud de personas que viven con VIH, difieren en lo concerniente a la justiciabilidad y efectivización del mismo.

Por lo que respecta a la justiciabilidad del derecho social fundamental a la salud, mientras que la Corte IDH evidencia un enfoque más progresista y garantista de su autonomía (entendiéndolo como derecho autónomo sujeto a las exigencias concretas de los arts. 1.1 y 2 CADH), el TCP, en las referidas sentencias y en jurisprudencia reciente sobre derechos sociales, hace depender el derecho a la salud del derecho a la vida y otros derechos fundamentales del catálogo del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. En particular, mientras que la Corte IDH recurre al argumento sistemático para incluir al derecho social fundamental a la salud como derecho reivindicable a la par de los derechos civiles y políticos, el TCP recurre también a un argumento sistemático para excluir a los derechos sociales

## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

fundamentales de la protección dispensada por el artículo 2 de la Constitución y la acción de amparo.

Lo paradójico de la línea de argumentación recorrida por el TCP es el hecho de que reconoce el papel que desempeñan los derechos sociales como condiciones necesarias para la realización de los civiles y políticos, así como la “indisolubilidad” de estas dos “generaciones” de derechos y, al mismo tiempo, afirmar que los derechos sociales fundamentales solo son justiciables parcialmente y que su realización está sometida a consideraciones presupuestarias.<sup>34</sup>

La satisfacción de la obligación mínima esencial y la efectivización progresiva se encuentran vinculadas al reconocimiento de la autonomía del derecho social fundamental a la salud, y no de hacerlo depender del derecho a la vida ni exclusivamente de consideraciones presupuestarias. Reconstruir el derecho a la salud como dependiente del derecho a la vida hace impracticable la efectivización del mismo, ya que el derecho a la vida, *stricto sensu*, es un derecho que no se puede desarrollar en etapas o umbrales, es un todo o nada. El TCP, al plantear una argumentación basada en el derecho a la vida, imposibilita que el derecho a la salud imponga obligaciones progresivas y genera más bien que el análisis de justiciabilidad y efectivización dependa siempre de cuestiones que pongan en riesgo la vida de las personas y no sobre acciones concretas para prevenir o evitar esta situación. Eso es precisamente lo que ocurrió en el caso de la señora Meza García, quien, luego de soportar dos procesos a nivel de la jurisdicción ordinaria y la constitucional, falleció antes de incluso recibir una sentencia fundada de parte del TCP. El problema aquí radica precisamente en argumentar en función del derecho a la vida y su puesta en peligro, en lugar de recurrir a la idea de un derecho a la salud autónomo. Sin naturaleza autónoma, la efectivización de los derechos sociales deviene ilusoria y se torna un mero reflejo de la afectación a posibles derechos conexos y/o a estar sujeta a meras consideraciones de tipo presupuestal.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Precisamente es llamado por Pisarello como “devaluación de los derechos sociales”. Véase Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

<sup>35</sup> En Perú, la cuestión de la obligación o exigencia de efectivización ha sido explícitamente sometida por el TCP a consideraciones de tipo presupuestal,

## JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

El recurrir al derecho a la vida para dar contenido a derechos sociales tales como la salud, vivienda o alimentación es característica no solo de la jurisdicción constitucional peruana, sino que es una práctica bastante extendida a nivel internacional. Basta mencionar casos emblemáticos sobre derecho a la alimentación en la India, como *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*,<sup>36</sup> *Shantistar Builders vs. Narayan Khimalal Totame*,<sup>37</sup> *People's Unión for Civil Liberties (PUCL) vs. Unión of India and others*.<sup>38</sup> En dichas decisiones, la Corte Suprema de la India recurre al derecho a la vida para poder atender reivindicaciones referidas al derecho a la alimentación. Sin embargo, a diferencia de la India, el Estado peruano, en su Constitución, se define como un Estado social y democrático de derecho. Es más, el propio TCP reconoce la relevancia y urgencia de los derechos sociales fundamentales, especialmente del derecho a la salud, pero, a pesar de ello, sigue haciéndolo depender del derecho a la vida, con las restricciones para la justiciabilidad y efectivización que ello conlleva.<sup>39</sup>

En conclusión, el enfoque del TCP se evidencia como divergente del enfoque desarrollado por la Corte IDH en su línea jurisprudencial sobre derechos sociales y particularmente en el derecho a la salud de personas que viven con VIH. Antes que un

---

sin reconocerse una obligación mínima esencial: “Debe entenderse, empero, que cuando se habla de *exigencia*, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución”. Véase TCP. *Caso Azanca Alhelí Meza García*, exp. 2945-2003-AA/TC, ffjj. 10, 32, 33, 49.

<sup>36</sup> AIR 1986 SC 180.

<sup>37</sup> AIR 1990 SC 630.

<sup>38</sup> Writ petition (civil) 196 de 2001.

<sup>39</sup> Un año antes de dictada la sentencia del TCP sobre el caso *Aznaca Alhelí Meza García*, la Corte Constitucional de Sudafrica en el caso *Minister of Health vs. Treatment Action Campaign (TAC) 2002 (5) SA 721 (CC)*, sancionaba al Estado sudafricano por su acción no razonable respecto a facilitar el acceso a medicinas que prevenían el contagio de VIH de madre a hijo. Dicha decisión representó un hito a nivel internacional en la justiciabilidad del derecho a la salud de personas con VIH, dado que sancionaba al Estado por haber fallado en cumplir razonablemente con sus obligaciones derivadas de la Constitución sudafricana.



## ¿Diálogo o monólogos paralelos? El TC peruano y la Corte Interamericana...

---

diálogo entre ambas jurisdicciones, lo que los casos evidencian son monólogos paralelos que solo parecen converger en temas de principios y convicciones, pero divergen sobre la justiciabilidad y la efectivización de dichos derechos.

Las herramientas teóricas de la obligación mínima esencial y el modelo flexible de efectivización progresiva parecen ser más compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte IDH que con la jurisprudencia del TCP; una efectivización concreta y progresiva dependerá de cuán en serio se tomen a los derechos sociales y se separe su protección de la de otros derechos. Solo si se separa la justiciabilidad y efectivización del derecho a la salud de consideraciones sobre el derecho a la vida, casos de dilación en la garantía la salud que pongan en riesgo —paradójicamente— la propia vida, no se volverán a repetir.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Sobre los derechos fundamentales a protección”, en GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), *Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., trad. de Rebecca Jowers, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ARANGO, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, *Revista de Derecho Público*, Santiago, núm. 12, 2001.
- , *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones 4*, Caracas, 2004.
- BERNAL, Carlos, “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones 4*, Caracas, 2004.
- BILCHITZ, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y la efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero Quispe, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

JORGE ALEXANDER PORTOCARRERO QUISPE

---

- , “Proportionality in Social Rights Adjudication: Making it Workable”, en DUARTE, David y SILVA SAMPAIO, Jorge (eds.), *Proportionality in Law. An analytical perspective*, Springer, Dordrecht, 2018.
- COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- FAZIO, Federico de, “Derechos sociales y examen de proporcionalidad”, *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, núm. 7, 2018.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de Luis López Guerra, Madrid, IEP, 1975.
- KING, Jeff, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- KLEIN, Hans H., “Öffentliche und private Freiheit. Zur Auslegung des Grundrechts der *Meinungsfreiheit*”, *Der Staat*, núm. 10, 1970.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela y CLÉRICO, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982.
- STEIN, Lorenz von, *Geschichte der Sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unseren Tage*, Múnich, Drei Masken, 1921, t. III.
- YOUNG, Katherine G., “The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content”, *Yale Journal of International Law*, New Haven, núm. 33, 2008.