

**CASO CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA,
SENTENCIA DE 23 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS: UN PASO MÁS
DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL POLÉMICA EN LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y
CULTURALES¹**

**I/A COURT H.R., CASE CUSCUL PIVARAL ET AL. V. GUATEMALA,
JUDGMENT OF AUGUST 23, 2018: A STEP FURTHER IN PROTECTING
SOCIAL, ECONOMIC AND CULTURAL'S RIGHTS FROM
JURISPRUDENCE.**

Elena Carolina Díaz Galán ²

Universidad Rey Juan Carlos

Harold Bertot Triana³

Universidad de la Habana, Cuba

RESUMEN

El artículo analiza los avances, desafíos y algunas posiciones polémicas de la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales al amparo de la Convención Americana de Derechos humanos, a través de la sentencia en el Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos; justiciabilidad directa; derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

¹ Artículo recibido el 22 de noviembre de 2019 y aprobado el 10 de diciembre de 2019.

² Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid (España).

³ Profesor de Derecho Internacional Público. Universidad de La Habana (Cuba).

ABSTRACT

The article analyzes the advances, challenges and some controversial positions of the jurisprudence line of the Inter-American Court of Human Rights regarding the direct justiciability of economic, social, cultural and environmental rights under the American Convention on Human Rights through the Case of *Cuscul Pivaral et al. v. Guatemala*.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights; direct justiciability; economic, social, cultural and environmental rights.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL CASO CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA. REAFIRMACIONES Y ASPECTOS NOVEDOSOS. II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO LA CONSIDERACIÓN DE OBLIGACIONES DE EXIGIBILIDAD INMEDIATAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26. III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO LA CONSIDERACIÓN DE OBLIGACIONES DE CARÁCTER PROGRESIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

* * *

INTRODUCCIÓN

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales alcanza con el *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, un momento de consagración bastante importante. Este órgano de protección regional de los derechos humanos se ha situado a la cabeza de esta cuestión con una línea jurisprudencial que coloca, en lo posible, lo que hacía años se creía imposible de lograr en el ámbito de la protección de los derechos humanos. La enorme significación de esta línea jurisprudencial, acontece en un momento en que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales continúan siendo un tema de permanente debate ante la incapacidad de la comunidad internacional en su conjunto de brindar una protección eficaz a esta categoría de derechos. Existen otras muchas causas que explican esta situación, pero el aspecto en el ámbito discursivo de algunos autores y políticos en cuanto a la *efectividad* y *justiciabilidad* de todos los derechos humanos, pasan por el

matiz de no considerar a los derechos económicos y sociales como verdaderos derechos, sino más bien como principios, aspiraciones y metas políticas⁴.

En cualquier caso, es cierto que se ha avanzado mucho en este ámbito al entender la interrelación, interdependencia e indivisibilidad que debe existir en los derechos humanos, tanto civiles y políticos, como los económicos, sociales, culturales. Si bien estamos aún con déficit en esta materia en el derecho internacional general, otra realidad acontece en el ámbito regional de los derechos humanos, fundamentalmente en el campo de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. Precisamente en el *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala* la Corte Interamericana reafirma y desarrolla una línea jurisprudencial que hace justiciable directa y de manera autónoma derechos económicos, sociales y culturales ante esta instancia judicial, y que ha supuesto un giro revolucionario y de vanguardia entre los esquemas regionales de protección de los derechos humanos. Desde unas primeras etapas en que se registra una jurisprudencia que opta por desarrollar los derechos sociales por medio de los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, se llega con el *Caso Lagos del Campo* por primera vez a considerar la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales⁵.

No obstante, ello no ha estado alejado de polémicas en la academia y en el propio seno de la Corte y cabría adelantar que en el futuro tampoco estará exenta de probables cuestionamientos que podrán en duda su viabilidad. Ello porque en términos concluyentes se ha abierto el camino para la justiciabilidad de derechos humanos relacionados directamente con las estructuras económicas, políticas y sociales a lo

⁴En este sentido ver KHALIQ, U.; CHURCHILL, R., “The protection of economic and social rights: a particular challenge?” en *UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy*, Edited by Hellen Keller and Geir Ulfstein, Assisted by Leena Grover, Cambridge University Press, 2012, pp. 199-200; y SSENYONJO, M. (2009), *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Oxford and Portland, Oregon, p. 5.

⁵Para abundar en este caso ver: PARRA VERA, Ó., “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericana a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos de Campo”, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Rogelio Flores Pantoja (coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp. 181-234; GÓNGORA MAAS, J. J., “Pasado, presente -¿y futuro?- de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: a propósito del caso Lagos del Campo vs. Perú”, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs cit.*, pp. 277-332; y CALDERÓN GAMBOA, J. “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo”, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs cit.*, pp. 333-380.

interno de los Estados del continente, que lejos de aminorar se han agravado, y tienen impactos evidentes en las condiciones para la efectividad de estos derechos.

En particular, la sentencia en el caso *Cuscul Pivaral*, como tuvo ocasión de puntualizar el Presidente de la Corte interamericana en su voto razonado, y una voz importante en esta línea jurisprudencial de la Corte, Eduardo Ferrer MacGregor, es relevante por muchas razones: primero, porque reafirma la derivación del derecho a la salud de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos y la justiciabilidad de este derecho de manera autónoma ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos al amparo de artículo 26 de la Convención Americana; segundo, porque retoma y desarrolla la distinción de obligaciones de exigibilidad inmediata y de carácter progresiva que se derivan del artículo 26 de la Convención; y, por último, porque reitera avances jurisprudenciales en materia de derechos económicos, sociales y económicos e introduce una importante consideración en torno a la protección del derecho a la salud, como lo es la profundización que justifica la justiciabilidad directa de estos derechos en general y del derecho a la salud en particular y, por si fuera poco, desarrolla los estándares del derecho a la salud aplicables a personas que viven con el VIH (que amplía lo sostenido en *González Lluy Vs. Ecuador*⁶ y *Duque Vs. Colombia*⁷) y analiza la prohibición de discriminación en una situación muy particular como son las mujeres embarazadas que viven con el VIH, que se encuentra en el marco de los grupos con mayor riesgo de ser discriminados. En definitiva, en esta sentencia la Corte determinó por primera vez en su historia la responsabilidad de un Estado por la violación de la obligación de progresividad contenida en el artículo 26 de la Convención Americana⁸. Con ello, el presente artículo, examina la referida sentencia y somete a un análisis crítico alguna de sus conclusiones en esta materia.

⁶Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrs. 197 a 205.

⁷Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párrs. 177 a 192.

⁸Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 1, 2, 3 y 4.

I. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL CASO *CUSCUL PIVARAL Y OTROS VS. GUATEMALA*. REAFIRMACIONES Y ASPECTOS NOVEDOSOS

Los hechos probados ante la Corte versaban sobre 49 personas diagnosticadas con el VIH entre los años 1992 y 2004 en Guatemala, de las cuales 15 habían fallecidos y 34 continuaban con vida. La mayoría de ellos no habían recibido atención médica estatal con anterioridad al año 2004, y algunos habían contraído enfermedades oportunistas que habían provocado la muerte a algunos de ellos. Se destacaba además, que “eran personas de escasos recursos, eran madres o padres que eran el sustento económico y/o moral de sus familias, contaban con baja escolaridad, los efectos de su condición como personas que viven con el VIH no les permitió realizar la misma actividad previa a su contagio, vivían en zonas alejadas de las clínicas donde debían recibir atención médica, y eran mujeres embarazadas”⁹.

En este sentido, la Corte entendió que debía analizar la responsabilidad del Estado por la violación al derecho a la salud por falta de atención médica de 49 personas diagnosticadas con VIH; la violación del principio de progresividad por políticas regresivas en detrimento de la plena efectividad del derecho a la salud; la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida de las 49 presuntas víctimas; la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva, por un fallo de la Corte de Constitucionalidad en perjuicio de 13 presuntas víctimas; y la violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las presuntas víctimas como resultado de los sufrimientos que pudo producir la atención médica recibida por sus familiares¹⁰.

La sentencia tuvo que volver, esta vez con mayor profundidad, sobre las razones de la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales y los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, en este caso la violación del artículo 26 por la afectación a la salud de las víctimas diagnosticadas con VIH. La Corte en *Cuscul Pivaral*, procede a interpretar el artículo 26 de la Convención, y su relación con los artículos 1.1, 2, 62 y 63 de la Convención, recurriendo a todos los

⁹Caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, párr. 63.

¹⁰*Ibid.*, párr. 64.

métodos de interpretación presentes en la Convención de Viena de Tratados, así como de las normas de interpretación que se desprenden del artículo 29 de la Convención Americana,¹¹ en las que reafirma una comprensión del artículo 26 en los marcos de la interdependencia e indivisibilidad recíproca existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales, culturales y ambientales¹².

Sobre la cuestión siempre problemática de los límites a la competencia de la Corte de acuerdo con el Protocolo de San Salvador, en el marco de esta interpretación sistemática del artículo 26 de la Convención, la Corte tuvo conciencia de los problemas que pueden derivarse en relación con la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a los derechos derivados de la Carta de la OEA, a través de una aplicación de los artículos 26, 1.1, 2, 62 y 63 de la Convención, y la competencia que reconoce el artículo 19. 6 del Protocolo de San Salvador¹³, que establece un límite a la competencia de la Corte en el conocimiento de violaciones a determinados derechos de este Protocolo. Pero este escollo la Corte lo supera al considerar, desde una interpretación sistemática y de buena fe de ambos tratados (en los que no se establece expresamente una prohibición a la Corte de conocer de violaciones a los derechos de la Convención), que el artículo 19. 6 no debe ser interpretado como un precepto limitante de la competencia de la Corte. Este argumento lo sostiene con el criterio de que cualquier protocolo o tratado adicional a la Convención Americana que defina la competencia sobre éstos de la Corte Interamericana, no implica una limitación de la competencia de la Corte sobre violaciones de la propia Convención en aspectos sustantivos que puedan regularse en ambos tratados¹⁴.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 8 2-84. En cuanto a los *métodos complementarios de interpretación*, conforme al artículo 32 de la Convención de Viena, ver *ibid.*, párrs. 94-96.

¹² *Ibid.*, párrs. 85-86.

¹³ *Ibid.*, párr. 87.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 88.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO LA CONSIDERACIÓN DE OBLIGACIONES DE EXIGIBILIDAD INMEDIATAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26¹⁵

Ya en el *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*¹⁶, la Corte había declarado la violación directa y autónoma del derecho a la salud, apartándose de la vía de la conexidad respecto al derecho de la vida o la integridad personal para la protección de este derecho. La Corte había derivado el derecho a la salud de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana de Derecho Humanos¹⁷ y había fijado el alcance y contenido de este derecho, a partir de tomar en cuenta a la propia Constitución chilena (Estado demandado en este caso), y de “un amplio consenso regional en la consolidación del derecho a la salud, el cual se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región”¹⁸, así como en un “vasto corpus iuris internacional”¹⁹. Esta consideración de un derecho a la salud consolidado, le permitió a la Corte derivar “diversos estándares aplicables al presente caso, relativos a prestaciones básicas y específicas de salud, particularmente frente a situaciones de urgencia o emergencia médica”²⁰, y respecto de las personas mayores²¹.

La Corte reafirma, en cuanto al contenido del derecho a la salud, que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los

¹⁵Nos enfocaremos en este punto solamente, pero hay que advertir que la Corte también consideró en el Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, responsable al Estado por violar “el derecho a un recurso judicial efectivo por no pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada por las 13 presuntas víctimas y por no verificar si la medida adoptada por el Presidente fue adecuada para remediar el acto reclamado” así como que “la Corte de Constitucionalidad incumplió su deber de motivar adecuadamente su sentencia”, ello en observancia de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Del mismo modo concluyó que “el Estado es responsable por la violación al artículo 5.1 de la Convención Americana en relación al artículo 1.1 en perjuicio de los familiares de las víctimas” que se mencionaba en uno de sus anexos, *ibid.*, párr. 197.

¹⁶VILLARREAL, P.A., “El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de *Poblete Vilches vs. Chile*”, *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Mariela Morales Antoniazzi Laura Clérico (coordinadoras), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019, pp. 279-314; ALDAO, M., y CLÉRICO, L., “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”, *Interamericanización del derecho a la salud cit.*, pp. 335-362.

¹⁷Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, párr.106-110.

¹⁸*Ibid.*, párr. 113.

¹⁹*Ibid.*, párr. 114.

²⁰*Ibid.*, párr. 116.

²¹*Ibid.*, párr. 117.

demás derechos humanos. En este sentido, reafirma que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, que implica una comprensión de la salud desde varias dimensiones: un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral, así como la ausencia de afecciones o enfermedades. En este caso, el derecho a la salud abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad²².

Así, como también expresó en el *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, la Corte entiende que existe una “obligación general de protección a la salud” que “se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población”²³. En la sentencia se indica que la operatividad del mencionado deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud “comienza con el deber de regulación”, en que “los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad”²⁴. Con base en la Observación General No. 14 del Comité DESC, indica que este “derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”, donde el “cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable”²⁵.

No obstante, la Corte había notado que el derecho a la salud debe ser garantizado y protegido por el Estado tomando en cuenta que se derivaban del artículo 26 de la Convención algunos aspectos de *exigibilidad inmediata* y otros que demandarán un actuar de *carácter progresivo* por el Estado. En relación con la *exigibilidad inmediata*, hace referencia a que “los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud,”

²²Ibid., párr. 107.

²³Ibid., párr. 105.

²⁴Ibid., párr. 106.

²⁵Ibid., párr. 107.

en tanto las obligaciones de carácter progresivo se refiere a “que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”²⁶.

Pero ya había puntualizado en *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, una doble derivación de las obligaciones de carácter progresivo del artículo 26: por una parte, en el marco que la comprensión de la “realización progresiva” como la obligación concreta y constante de los Estados de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, no podía ser interpretado en el sentido de que durante su período de implementación, estas obligaciones se privaran de contenido específico, ni que los Estado pudieran aplazar indefinidamente la adopción de medidas para lograr la efectividad de estos derechos; así como una obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados²⁷. Por otra parte, la Corte matiza el contenido de aquellas obligaciones de carácter inmediato como las que consisten “en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos”²⁸.

Estos aspectos se puntualizan posteriormente en la sentencia respecto a las obligaciones específicas que surgen de acuerdo a *los estándares sobre el derecho a la salud aplicables a personas que viven con el VIH*. En este sentido, se concluye que “el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención”²⁹.

²⁶Ibid., párr. 98.

²⁷Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 104.

²⁸Ibid., párr. 104.

²⁹Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, párr. 114.

De esta manera, y siguiendo la secuencia lógica de la sentencia, los mencionados estándares *sobre el derecho a la salud aplicables a personas que viven con el VIH*, constituyen el baremo (ya hemos visto que bastante amplio) de las obligaciones que el Estado está llamado a cumplir de manera inmediata mediante la adopción de medidas eficaces. Así, después de comprobar que el Estado había cumplido con la primera obligación que se desprende del deber de garantizar el derecho a la salud cuando “reguló adecuadamente la protección al derecho a la salud para personas que viven con el VIH en Guatemala”, pasa directamente a “verificar si el Estado cumplió con su deber de garantía del derecho a la salud para las presuntas víctimas del caso” antes del año 2004 y con posterioridad a ese año.

Es en esta medida que la Corte, respecto a estas *obligaciones exigibles de forma inmediata*, que se deriva para el Estado en la protección de este derecho, entiende “por probado que, antes del año 2004, las presuntas víctimas (...) no recibieron ningún tipo de tratamiento médico estatal o que este fue deficiente para atender su condición como personas que viven con el VIH”, y concluyó que el Estado era responsable por la violación al deber de garantía del derecho a la salud, 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 personas³⁰. También pudo acreditar “el acceso irregular, nulo e inadecuado a antirretrovirales, la falta de acceso a pruebas periódicas de CD4, carga viral, fenotipo y genotipo, el inadecuado o nulo apoyo social, y 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” por lo que “el Estado incumplió con su deber de garantía del derecho a la salud en tanto sus omisiones son incompatibles con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad de la atención a la salud”³¹. Interesa destacar, no obstante, que esta derivación que realiza la Corte del artículo 26 de obligaciones inmediatas y de carácter progresivo –a tono con la idea de obligaciones básicas de las que el Estado no puede justificar su incumplimiento, establecidas en las observaciones del Comité de Derechos sociales-, que desconecta la exigencia de “adoptar medidas eficaces” en el caso de las obligaciones de exigencia inmediata con “la disponibilidad de recursos de cada Estado” -aspecto a tomar en cuenta para los

³⁰Ibid., párr. 119.

³¹Ibid., párr. 126.

obligaciones de cumplimiento progresivo-, supone un paso de extraordinaria importancia a la vez que no deja de suscitar algunas inquietudes.

No entraremos a discutir en este momento un aspecto que deviene central y clave en este tema, y que podemos ubicarlo en la pregunta sobre el modelo de sistema de salud más adecuado para el cumplimiento aunque sea de los contenidos mínimos de este derecho a la salud, que la Corte omite en la sentencia³². Más bien, alguien ya se ha pronunciado porque, tanto en *Caso Poblete Viches* como en *Caso Cuscul Pivaral*, se fijan los contenidos relevantes del derecho a la salud sin distinguir los contenidos esenciales, ello a los efectos de diferenciar la exigencia inmediata o progresiva de obligaciones en esta materia³³. En este sentido, se puede ir incluso más allá, porque resulta problemático que con la exigencia al Estado de adoptar “medidas eficaces” para “garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud”, -y que la Corte relaciona, como hemos visto para el presente caso, con estándares muy concretos, definidos y bastante amplios- no se esté exigiendo ya pasar el umbral de la “plena efectividad” de este derecho, cuya realización sí se relaciona con obligaciones de carácter progresivo, en las que se requiere tomar en cuenta “la disponibilidad de los recursos del Estado”. Si se analiza detenidamente este razonamiento de la Corte, y en la forma que lo relaciona con el caso en concreto, podríamos preguntarnos si no se relaciona ya en verdad la “eficacia” en las medidas con aspectos concretos de la “plena efectividad”, es decir, si no implica ya exigir por medio de estas obligaciones inmediatas un estado de cierta plenitud en la efectividad de este derecho aunque se refiera a casos individuales como el presente.

Pareciera en verdad que la Corte está exigiendo ya con carácter inmediato, instantáneo, el cumplimiento *grosso* de la obligación general de protección a la salud que se traduce, *prima facie*, en el deber estatal de *asegurar el acceso* de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz,

³²Como exponen Martín Aldao y Laura Clérico: “La situación de hecho del sistema de salud y las regulaciones que organizan el sistema de salud son parte de las condiciones materiales que posibilitan u obstaculizan un acceso efectivo y digno del ejercicio del derecho y que afectan en especial a las poblaciones en situación de vulnerabilidad, en situación de pobreza”, ALDAO, M. y CLÉRICO, L., *El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos cit.*, p. 357.

³³SERRANO GUZMÁN, S., “Reflexiones iniciales sobre la justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte IDH a la luz de las cinco sentencias emitidas en 2017 y 2018”, en *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais, Desafios do Ius Constitutionales Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*, Armin Voon Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coordinadores), Editora Jus Podivm, 2019, p. 339.

cuando entiende que las obligaciones de carácter inmediato que se derivan del artículo 26 de la Convención para este derecho se refiere a la adopción de “medidas eficaces” precisamente para “garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud”. Esta cuestión deviene trascendental porque la consideración de obligaciones de carácter inmediato a cumplir por el Estado que se derivan del artículo 26 de la Convención para garantizar derechos como el derecho a la salud, tiene que ver con una concepción del papel de la Corte y su función en los problemas estructurales de América Latina, que coloca a los Estados partes de la Convención en una posición de igualdad para el cumplimiento de estas obligaciones inmediatas cuando en realidad no lo son, pero con la premisa de que la protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales prevalece a toda costa sobre otras consideraciones o razonamientos que tomen en cuenta argumentos como los recursos disponibles por los Estados, particularidades internas de éstos, grado de desarrollo de uno y otro, la posibilidad o no de dar efectividad a estos derechos, incluso en planos tan elementales y básicos como garantizar el acceso a todos las personas sin discriminación a una atención médica.

En el seno de la Corte estas preocupaciones estuvieron presente en el voto parcialmente disidente del juez Hernán Sierra, quien con la preocupación de que Corte concibiera al derecho a la salud como un derecho fundamental, indispensable e instrumental para el ejercicio de los demás derechos humanos, derivó por tanto de esa afirmación que “es de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados que subscribieron ese instrumento internacional, y ello se plasma en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud”, lo que considera que “no resulta razonable puesto que es demasiado genérica, y no toma en línea de consideración los distintos contextos, sus peculiaridades, la realidad de los debates que se fueron desarrollando en cada uno de esos Estados, los diferentes diseños de los sistemas jurídicos y constitucionales nacionales, o simplemente las posibilidades reales de hacer efectivos esos enunciados”³⁴.

En este sentido concluye Sierra Porto, que esto “adquiere mayor relevancia si se considera que el artículo 26 únicamente se refiere a un objetivo de lograr

³⁴Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, p. 9.

progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, en la medida de los recursos disponibles, y no hace alusión a ninguna obligación de carácter instantáneo mediante la cual se estaría igualando o equiparando la posición en la cual se encuentra cada uno de los Estados para cumplir plenamente e instantáneamente con los DESCAs. Precisamente, el espíritu y la idea que anima esa disposición de la Convención es que no todos los Estados se encuentran en la misma posición de cumplir con esos derechos, y que deben tomarse en cuenta sus circunstancias internas particulares y sus posibilidades efectivas a la hora de exigir su puesta en práctica”³⁵.

Así, al determinar la existencia de obligaciones inmediatas en un artículo que *prima facie* fue concebido en sentido “progresivo”, no solo no podrá justificarse con el criterio de la disponibilidad de los recursos, sino que tampoco puede colegirse del articulado de la Convención -los principios y reglas de la responsabilidad internacional establecen que sería la norma primaria (en este caso la Convención) la encargada de determinar si el cumplimiento de la obligación demanda el cumplimiento de requisitos adicionales, como el dolo o la culpa, por poner algún ejemplo-³⁶ la existencia de algún supuesto que pueda exonerar o justificar al Estado y así relativizar el *contenido objetivizado* de la responsabilidad por medio del artículo 26 con la determinación de obligaciones inmediatas en materia de estos derechos.

De esta manera el Estado siempre será responsable aunque pueda justificar y demostrar que empleó todos sus recursos disponibles para adoptar las “medidas eficaces”, y que realizó todos los esfuerzos a su alcance en la realización de un derecho, aunque sea de los elementos mínimos, sin que haya alcanzado al menos brindar a un porcentaje de la población un acceso básico. La Corte con ello no se plantea la pregunta de si puede ser ponderado -aunque en el otro lado de la balanza se encuentre el ser humano- establecer la existencia de obligaciones inmediatas de tamaño envergadura, sin la posibilidad de evaluar precisamente la capacidad de “adoptar medidas eficaces” para “garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada

³⁵*Ibid.*

³⁶Ver el párrafo tercero del comentario al artículo 2 del Texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, Volumen II, segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007.

derecho”, es decir, al margen de una evaluación de la capacidad y disponibilidad de un Estado que, por poner un ejemplo concreto, sea subdesarrollado y se encuentre bajo un régimen de *medidas coercitivas unilaterales de carácter económicas* y que por tales razones no haya podido garantizar el derecho a la salud de un grupo vulnerable a pesar de que pueda demostrar que puso todos los recursos a su disposición y tomó todas las medidas a su alcance para evitarlo.

En el presente caso, y en virtud de obligaciones de carácter inmediato que no admiten justificación por el Estado de ningún tipo ante su incumplimiento, posibilita que en la determinación de la responsabilidad por la violación al deber de garantía del derecho a la salud, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana -y en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento-, con anterioridad y con posterioridad a 2004 en perjuicio de las personas que se indican en la sentencia-, no se realice un razonamiento que relacione puntualmente los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad de la atención en salud -en el hecho que estas personas “no recibieron ningún tipo de tratamiento médico estatal o que este fue deficiente para atender su condición como personas que viven con el VIH”³⁷ o “que 31 de las presuntas víctimas tuvieron acceso irregular, nulo o inadecuado a antirretrovirales por parte del Estado”,³⁸- con la situación y los recursos disponibles del Estado y con la probables acciones emprendidas por el Estado en el marco de esos condicionamientos.

En todo caso, esta argumentación ha sido superada por la Corte y deja atrás la consideración de que la existencia de *obligaciones de carácter inmediato* para el Estado, en consonancia con la justiciabilidad directa de estas derechos, debe comportar un estado ideal en torno a la protección de los derechos humanos sino que entiende posible realizarlo ante un estado ideal que está lejos de alcanzarse y que confronta con una realidad asimétrica, abiertamente fracturada por la desigualdad y la pobreza y con niveles de desarrollos económicos pendiente de muchas causas estructurales, no solo en los Estados sino desde una perspectiva regional. No es difícil advertir que este activismo de la Corte en una situación tan problemática para hacer avanzar la justiciabilidad directa de este tipo de derechos –sobre todo por las obligaciones que asumen los Estados no solo con el contenido normativo de la convención sino también

³⁷Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, párr. 119.

³⁸Ibid., párr. 121.

con la jurisprudencia de la Corte, de aplicación directa y *erga omnes*- es una concepción sobre el rol que pueda jugar el derecho y las instituciones judiciales internacionales en la transformación de las sociedades para superar esas deficiencias.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO BAJO LA CONSIDERACIÓN DE OBLIGACIONES DE CARÁCTER PROGRESIVO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26

Como hemos apuntado, el *Caso Cuscul Pivaral* representó por primera vez el establecimiento de la responsabilidad estatal por violación del principio de progresividad. Ya hemos visto que el artículo 26, para la Corte interamericana consagra dos tipos de obligaciones, una de carácter inmediato y otra de carácter progresivo. Determinada la responsabilidad en virtud de aquellas de carácter inmediato, ya referido, la Corte procedió a determinar si el Estado había incumplido las obligaciones de carácter progresivo, que se refiere al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La Corte parte de reiterar lo ya expresado en el asunto *Acevedo Buendía*, en el sentido de que éste desarrollo requería de un dispositivo de flexibilidad necesaria que reflejara las realidades del mundo y las dificultades para cada país de esa efectividad³⁹.

El estándar de este principio la Corte lo construye a partir de reafirmar que el Estado tendría esencialmente, no exclusiva, una *obligación de hacer*, que se traduce en la adopción de providencias y facilitar los medios necesarios que respondan a las exigencias de efectividad, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido⁴⁰. En tal sentido, como ya había razonado en *el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, esta “realización progresiva” de los derechos económicos, sociales y culturales, “significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs”, y no cabe interpretar que durante el periodo de implementación estas obligaciones “se priven de contenido específico”, lo que no implica tampoco “que los

³⁹Ibid., párr. 141.

⁴⁰Ibid., párr. 142.

Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano”⁴¹.

En igual modo, entiende que existe un *deber de no regresividad* “que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”⁴². Con auxilio de lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y por la Comisión Interamericana, la Corte fija los límites para aquellas medidas de carácter regresivo: requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga, así como deben justificarse por razones de suficiente peso.

Es importante esta distinción dentro de la *obligación de progresividad* del artículo 26, porque de ella se desprende una *obligación de hacer* y una *obligación de no regresividad* como dos obligaciones que parece que ganan cuerpo y contenido propios. Precisamente la Corte consideró responsable al Estado por el incumplimiento de una *obligación de hacer* y no por incumplir la *obligación de no regresividad*. Respecto a esta última, la Corte señaló que no podía constatarse la existencia de medidas regresivas, pues en todo caso el Estado había promulgado leyes y decretos, acuerdos gubernativos, protocolos de atención, convenios de cooperación y manuales y un aumento progresivo del presupuesto asignado para el combate al VIH desde el año 2004 hasta el año 2017, así como la adopción de otras medidas de política pública encaminadas a lograr una mayor protección de la población⁴³.

En cuanto a la *obligación de hacer*, la Corte llega a una conclusión que soporta la resolución de este caso en torno a las obligaciones de realización progresiva: la prohibición de la *inactividad del Estado* en la tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos y 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. Esta conclusión es consecuencia de considerar que la dimensión progresiva de protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entraña no solo el reconocimiento de una cierta gradualidad

⁴¹Ibid., párr. 144.

⁴²Ibid., párr. 143.

⁴³Ibid., párr. 145.

para su realización, sino también “un sentido de progreso”, que pone al Estado en la tarea de mejorar efectivamente las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos para eliminar las desigualdades sociales y facilite la inclusión de grupos vulnerables⁴⁴. En palabras de Ferrer MacGregor en su voto razonado, “si bien el Estado goza de un margen de actuación para el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad en materia de DESCAs, esto no puede ser interpretado como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o de adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas en situación de vulnerabilidad, que además tienen un riesgo de sufrir graves afectaciones a su integridad o a su vida”⁴⁵.

Entendiendo que dentro de esas personas, ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal, se encontraban las personas que viven con el VIH y que no reciben atención médica adecuada, la Corte considera 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 jure*– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud”⁴⁶. En tal sentido, la Corte consideró que el Estado, pese a “contar con una serie de leyes y programas diseñados para la atención de personas que viven con el VIH”, proveyó tratamiento médico antes del año 2004 para garantizar el derecho a la salud solo a “un número limitado de personas”, que no incluía a 48 de las 49 víctimas del caso⁴⁷. A juicio de la Corte, esta inactividad por parte del Estado constituía un incumplimiento de las obligaciones estatales de carácter progresivo establecidas, por lo que el Estado resultaba 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 instrumento⁴⁸.

En su voto parcialmente disidente, el juez Sierra Porto mostró su desacuerdo con el razonamiento anterior, porque a su juicio, “si se aceptara ese razonamiento como válido, se estaría cambiando la naturaleza de la obligación de progresividad por otra,

⁴⁴Ibid. párr. 146.

⁴⁵Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr.7. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378.

⁴⁶Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, párr. 146.

⁴⁷Ibid., párr. 147.

⁴⁸Ibid., párr. 148.

bien diferente, que sería la obligación cumplir con un plazo razonable para implementar un DESCAs como el derecho a la salud”⁴⁹. Sin embargo, ya hemos visto que la Corte para alcanzar esta conclusión parte de considerar la posibilidad de que el Estado sea responsable del principio de progresividad del artículo 26 a partir de entender dos obligaciones en su seno bien diferenciadas, es decir, no solo cuando se constate la violación de la obligación de no regresividad sino cuando también cuando la obligación de hacer sea vulnerada, en este caso por inactividad del Estado.

La Corte, no obstante, parece desligarse argumentativamente en el marco del principio de progresividad, de atender únicamente en el cumplimiento de esta obligación a las circunstancias particulares de la legislación y los recursos disponibles del Estado. Y no porque no se refiera, aunque de forma escueta a este asunto: para la Corte el Estado no solo promulgó un serie de disposiciones normativas respecto al asunto, sino que “ha aumentado progresivamente el presupuesto asignado para el combate al VIH desde el año 2004 hasta el año 2017” y “ha adoptado otras medidas de política pública encaminadas a lograr una mayor protección de la población.”⁵⁰. Sin embargo, el razonamiento de la Corte pasa a un segundo nivel: para valorar si se viola o no el principio de progresividad se debe acudir a tomar en consideración las políticas o programas *de facto*, y no solo *de jure*, en cuanto a si permiten “avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud”. Ello le permitió afirmar que “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”⁵¹.

Pero entonces cabe formular algunas preguntas: ¿puede valorarse la ausencia de políticas y programas *de facto* sin una evaluación (aunque sea demostrativa) de los recursos disponibles del Estado, más allá de que se reconozca *de jure*? ¿Puede obviarse en la argumentación si ese aumento progresivo del presupuesto asignado para el combate al VIH, que reconoce la Corte, puede cubrir la implementación fáctica de esos programas? ¿No se trata precisamente de tomar en cuenta para la determinación sobre

⁴⁹Ibid., párr. 10.

⁵⁰Ibid., párr. 145.

⁵¹Ibid., párr. 147.

cuándo el Estado ha incumplido con este deber -como la misma Corte recuerda-, no solo “las circunstancias particulares de la legislación de un Estado” sino también “los recursos disponibles”? ¿Puede únicamente evaluarse la pertinencia de los recursos que disponga un Estado con la lacónica frase de que “ha aumentado progresivamente el presupuesto asignado para el combate al VIH desde el año 2004 hasta el año 2017”? ¿Es indicativo esto de que el Estado contaba con todos los recursos disponibles para poder implementar *de facto* los programas que *de jure* se reconocían?

Si estas cuestiones no se toman en cuenta, y no se conecta la ausencia de políticas y programas *de facto* con una evaluación (aunque sea demostrativa) de los recursos disponibles del Estado –según nuestro criterio- se estaría cambiando la exigencia de cumplimiento progresivo de esta obligación por una exigencia de cumplimiento inmediato bajo el ropaje de “inactividad” del Estado, que puede resultar tautológica con la exigencia contenida en las obligaciones ya referidas con anterioridad. Ese es el sentido, en que la Corte, pese a constatar que el Estado contaba “con una serie de leyes y programas diseñados para la atención de personas que viven con el VIH”, consideró responsable al Estado, sin decir más, por la “inacción” en proveer tratamiento médico antes del año 2004 a 48 de las 49 víctimas del caso⁵².

En cualquier caso, esta línea jurisprudencial representa un enorme paso de avance en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Ello permitirá a las supuestas víctimas invocar la responsabilidad del Estado, ya sea por “inactividad estatal” o por la existencia de medidas regresivas atribuibles al Estado. Sin embargo, no está exenta esta cuestión de enormes desafíos para hacer operativa su justiciabilidad. Como expone Ferrer Mac-Gregor, implica retos metodológicos para la evaluación de la política estatal en esta materia, para demostrar que el Estado efectivamente adoptó medidas regresivas que afectan la realización de estos derechos, así como para aportar todo el material probatorio que atribuyan una “inacción” y “medida regresiva no justificada”⁵³.

No obstante, en el presente caso la Corte concluyó también en la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida e integridad personal de los artículos 4

⁵²Ibid., párr. 147.

⁵³Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 8. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378.

y 5 de la Convención. En relación con el derecho a la vida, la Corte expuso que “verificó distintas omisiones en la atención médica brindada a las presuntas víctimas fallecidas”, en tanto “el Estado incumplió en su deber de asegurar una terapia antirretroviral, realizar las pruebas diagnóstico para la atención y tratamiento del VIH y de enfermedades oportunistas, y en proveer apoyo social”. Así, la Corte consideró que esas “omisiones constituyeron fallas terapéuticas que de no haber ocurrido hubiera reducido las probabilidades de que se desarrollaran enfermedades oportunistas, las cuales causaron la muerte de las presuntas víctimas”, y en las cuales “la Corte considera acreditada la existencia de un nexo causal en estos casos”⁵⁴, por lo que “el Estado es responsable por la violación al deber de garantía del derecho a la vida contenido en el artículo 4.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”⁵⁵.

CONCLUSIONES

Un reto evidente, que se acentúa con esta sentencia que hemos comentado, es que la Corte debe ir desarrollando y consolidando gradualmente el catálogo de derechos sociales, económicos, culturales y ambientales y su contenido en la medida en que tenga que pronunciarse sobre el tema, y ello no es menos cierto que puede crear una cierta imprevisibilidad inicial para los Estados partes en la Convención que no cuentan con un catálogo preciso de éstos y de sus contenidos. En esta interpretación, que busca encontrar lo que de inicio no se pensó, tendrá que pasar por encima, al menos por el momento, de toda racionalidad que pueda brindar la certeza y la previsibilidad, para lograr reafirmar una línea jurisprudencial que con su constancia recomponga y dote de

⁵⁴Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Serie C No. 378, párr.158.

⁵⁵Ibid., párr. 159. En igual sentido, la Corte después de acreditar “que 46 presuntas víctimas sufrieron secuelas físicas y psíquicas como resultado de su condición como personas que viven con VIH”, la Corte advirtió “la existencia de un nexo causal entre la falta de un adecuado tratamiento médico de las presuntas víctimas, y las secuelas físicas y psíquicas que sufrieron como personas que viven con el VIH. En efecto, el Estado, al no asegurar una terapia antirretroviral, realizar las pruebas diagnóstico correspondientes, y proveer apoyo social, lo cual habrían permitido a las presuntas víctimas mitigar o eliminar los factores endógenos y exógenos que fueron causa de sufrimientos físicos y psíquicos derivados de su condición como personas que viven con el VIH, es responsable por la vulneración a su derecho a la integridad personal. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación al deber de garantía del derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 de la Convención Americana en perjuicio de 46 presuntas víctimas del caso”⁵⁵, Ibid., párr. 163.

seguridad, si cabe, a una de las partes involucradas en el contencioso. Es posible advertir estas sospechas en palabras del propio Eduardo Ferrer Mac-Gregor, cuando a la hora de evaluar la violación del principio de progresividad del artículo 26, se pronunció porque sería un reto para la Comisión y los representantes de las víctimas “demostrar que el Estado efectivamente adoptó medidas regresivas que afecten la realización de uno o varios DESCAs protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana. Esto implicará la formulación de argumentos que demuestren el reconocimiento explícito o implícito de un derecho protegido vía artículo 26 del Pacto de San José”⁵⁶.

No obstante, el reconocimiento de derechos, la posibilidad de hacerlos justiciables no solo en el plano interno sino también en el plano supranacional, con una mayor exigencia de obligaciones para los Estados, en la idea de crear un sistema interamericano fuerte en torno al reconocimiento, protección y garantía de estos derechos, se entienden como vehículos de cambio de esta dura realidad que vive América Latina que está bajo la concepción de que mientras peor sea el escenario, el derecho tienen un rol más importante en su transformación, en revertir la situación y en caminar hacia la justicia social. Es una perspectiva muy activa sobre el rol del Derecho y del sistema interamericano ante los graves problemas de desigualdad y pobreza que vive América Latina.

Esta perspectiva puede ser encontrada perfectamente en uno de sus más activos defensores en la Corte Interamericana, el juez Ferrer, quien en esa lucha insistió en que “el reconocimiento de los DESCAs en el Sistema Interamericano no solo implica visibilizar derechos que tradicionalmente no han sido dotados de contenido normativo; el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales también implica erradicar problemáticas históricas de discriminación hacia ciertos sectores que han sido sistemáticamente marginados, excluidos e inviabilizados en nuestras sociedades, como lo son las personas que viven en situación de pobreza”,⁵⁷ del mismo modo que iría “en sintonía con los tiempos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o

⁵⁶Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 8.

⁵⁷FERRER MAC-GREGOR, E., *La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, pp. 230-231.

categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables”⁵⁸.

En efecto, esta línea jurisprudencial tiene que desarrollarse en un escenario complejo para la efectividad de este tipo de derechos porque su análisis global se inserta en complicadas relaciones estructurales a nivel regional y global en lo económico, político e ideológico para su cumplimiento y efectividad. La región atraviesa, en la actualidad, problemas estructurales serios para el cumplimiento de los derechos sociales, económicos, y culturales. Un informe sobre el Panorama Social de América Latina, preparado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de 2018, consideró que: “la erradicación de la pobreza y la pobreza extrema, así como la reducción de la desigualdad, en todas sus dimensiones, continúan siendo desafíos centrales para los países de América Latina. Aun cuando la región logró importantes avances en este ámbito entre comienzos de la década pasada y mediados de la presente, desde 2015 se han registrado retrocesos, particularmente en lo que respecta a la pobreza extrema. Este hecho es preocupante y enciende señales de alerta, en especial en un contexto regional de bajo crecimiento económico y profundas transformaciones demográficas y en el mercado de trabajo”⁵⁹. En tal sentido, el II Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDASCA) de la Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH), de 2018, declaró que observaba “con preocupación que la situación de pobreza y pobreza extrema en el continente es persistente, lo cual se traduce en un detrimento para el goce efectivo de todos los derechos humanos y en especial de los DESCAs”⁶⁰.

No obstante, se ha subrayado la labor de la jurisprudencia de la Corte interamericana como elemento movilizador en la formulación de políticas públicas y en la lucha de sectores de la sociedad civil por las reivindicaciones sociales. Se habla

⁵⁸*Ibid.*, p. 233.

⁵⁹Panorama Social de América Latina, preparado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de 2018, p. 13

⁶⁰II Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDASCA) de la Comisión Interamericana de derechos Humanos (CIDH), 2018, párr.95, p. 22

incluso de que en ese diálogo profundo entre el sistema interamericano y la sociedad civil, esta última gana “legitimidad social gradual” y “creciente empoderamiento”, de modo que “la fuerza motriz del Sistema Interamericano ha organizado a la sociedad civil a través de una *transnational network* para llevar a cabo litigios estratégicos exitosos”⁶¹. Esta jurisprudencia en el ámbito de los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales no solo representa ampliar al ámbito tuitivo de aquellas personas, que productos de modelos de sociedad erigidos en la desigualdad y la indiferencia, son marginados y padecen la vulneración constante y reiterados de sus derechos, sino que dará voz y presencia a grupos marginados, invisibilizados en la sociedad con mayor presencia ante este sistema para el reclamo de sus derechos.

La jurisprudencia en materia de derechos sociales, económicos y culturales de la Corte Interamericana tendrá, como en otras materias ha tenido, un indudable impacto en el seno de los Estados. Estamos asistiendo a una interamericanización como proceso de inserción de los estándares de la Corte interamericana a nivel interno que se manifiesta en reformas constitucionales y legislativas así como en la adopción de políticas públicas⁶², y que ha ido encontrando no solo fundamentos constitucionales sino también bases convencionales y mecanismos, como el control de convencionalidad, para garantizar este proceso de interamericanización⁶³. La concepción de la Corte sobre algunos derechos sociales, como el derecho a la salud, que este órgano considera “derecho fundamental”, la posibilidad de su justiciabilidad directa y autónoma ante ella, así como la exigencia de obligaciones inmediatas a cumplir por el Estado para su efectividad, tienen evidentes impactos a partir de ese rol importante que juega la Corte en la construcción de un *ius constitutionale commune*.

⁶¹PIOVENSA, F., “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos potencialidades y desafíos”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, p. 569.

⁶²MORALES ANTONIAZZI, M., “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina cit.*, p. 418. pp. 417-456. Ver también sobre el impacto de las decisiones de la Corte Interamericana a lo interno de los Estados: SAAVEDRA A., “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina cit.*, pp. 457-502; PARRA VERA, Ó., “El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al «empoderamiento institucional»”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina cit.*, pp. 503-550.

⁶³ MORALES ANTONIAZZI, M., *Interamericanización como mecanismo cit.*, p. 426.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDAO, M. y CLÉRICO, L., “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”, *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Mariela Morales Antoniazzi Laura Clérico (Coordinadoras), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019, pp.335-362.
- BERTOT TRIANA, H. y DÍAZ GALÁN, E. C., *La protección de los derechos humanos. Marco internacional y regional*, Leyer Editores, 1ª edición, Bogotá, 2019.
- CALDERÓN GAMBOA, J. “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo”, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Rogelio Flores Pantoja (coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp.333-380.
- FERRER MAC-GREGOR, E., *La Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.
- GÓNGORA MAAS, J.J., “Pasado, presente -¿y futuro?- de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: a propósito del caso Lagos del Campo vs. Perú”, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Rogelio Flores Pantoja (coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp.277-332.

KHALIQ, U.; CHURCHILL, R., “The protection of economic and social rights: a particular challenge?” en *UN Human Rights Treaty Bodies, Law and Legitimacy*, Edited by Hellen Keller and Geir Ulfstein, Assisted by Leena Grover, Cambridge University Press, 2012, pp. pp. 199-260.

MORALES ANTONIAZZI, M., “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp. 417-456.

PARRA VERA, Ó, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericana a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos de Campo”, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Rogelio Flores Pantoja (coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp.181-234.

_____, “El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al «empoderamiento institucional»”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp.503-550.

PIOVENSA, F., “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos potencialidades y desafíos”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del

Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp. 551-576.

SAAVEDRA A., “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Eduardo Ferrer MacGregor (Coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck institute for Comparative Public and International Law, México, 2017, pp. 457-502.

SERRANO GUZMÁN, S., “Reflexiones iniciales sobre la justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia de la Corte IDH a la luz de las cinco sentencias emitidas en 2017 y 2018”, en *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais, Desafios do Ius Constitutionales Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*, Armin Voon Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (Coordinadores), Editora Jus Podivm, 2019, pp.309-340.

SSENYONJO, M. (2009), *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Oxford and Portland, Oregon.

VILLARREAL, P.A., “El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de *Poblete Vilches vs. Chile*”, *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Mariela Morales Antoniazzi Laura Clérico (Coordinadoras), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019, pp.279-314.