

CORTE
INTERAMERICANA
DE
DERECHOS HUMANOS

El camino de la Corte IDH hacia la justiciabilidad directa de los DESCAs y su impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales

Julieta Rossi ¹¹⁹

DOI: 10.53110/CBVG6162

A. Introducción: En épocas recientes el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha registrado grandes avances en el campo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (derechos sociales o DESCAs), protagonizados tanto por la Corte Interamericana (Corte IDH) como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Son desarrollos para aplaudir ya que permiten augurar una mayor protección a las víctimas del continente americano (en particular en América Latina) que se encuentran severamente privadas del goce de derechos sociales básicos e imposibilitadas de llevar adelante una vida autónoma en condiciones de dignidad e igualdad. Ello, además, en una región que demanda urgentemente un enfoque de derechos a la pobreza, exclusión social y discriminaciones profundas e intersectoriales por sexo, género, edad, etnia, condición sanitaria y migratoria (entre otros), fenómenos que se han agravado a partir de la pandemia por Covid-19 desatada a principios del año 2020.¹²⁰

¹¹⁹ Julieta Rossi es directora y profesora de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) y profesora de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de General San Martín.

¹²⁰ CEPAL, 2021.



Este viraje de la Corte es importante para los países más rezagados en este campo, como Chile, o para aquellos que habiendo avanzado, últimamente han retrocedido en su protección.

En este contexto convulsionado e incierto, el giro de la Corte hacia la justiciabilidad directa podrá contribuir a la adopción o refuerzo de visiones robustas y emancipatorias de los derechos sociales y de los derechos humanos en general y del alcance y funciones de los Estados sociales y democráticos de derecho en la región. En muchos casos, esta nueva posición de la Corte va en línea y potencia los desarrollos constitucionales y jurisprudenciales que posicionan a los DESCAs como derechos plenos y exigibles y como guías para políticas públicas y modelos de desarrollo

justos e inclusivos. Las interpretaciones de la Corte IDH en esta materia deberían permear en el ámbito interno y servir de referencia para la definición del contenido y el alcance de los derechos sociales protegidos en el marco legal interamericano y de los deberes estatales correspondientes, y en muchos casos, del plexo constitucional nacional. Este viraje de la Corte es importante para los países más rezagados en este campo, como Chile, o para aquellos que habiendo avanzado, últimamente han retrocedido en su protección. En especial, el proceso constituyente chileno enfrenta una oportunidad única para considerar la trayectoria de muchos países de la región en el reconocimiento robusto de los DESCAs -muchos a partir de las incorporación del derecho internacional de los derechos humanos- en sus constituciones y de la ampliación de competencias de los poderes del Estado para su efectivización, en particular y en última instancia de los tribunales de justicia, así como de la previsión de nuevas herramientas y dispositivos para su reclamo por parte de los propios afectados, organizaciones de la sociedad civil e instituciones nacionales de derechos humanos. La postura adoptada por el tribunal interamericano marca el rumbo hacia la garantía real de los derechos sociales que permita el goce efectivo de condiciones dignas, autónomas e igualitarias de existencia al conjunto de la población latinoamericana a partir del desarrollo de políticas públicas universales, sistemas públicos que promuevan la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en las tareas de cuidado, la redistribución de recursos económicos a través de sistemas tributarios progresivos y la implementación de la función social de la propiedad privada.

En este marco, el artículo se propone analizar el derrotero de la Corte IDH en la protección de los DESCAs hasta llegar a su justiciabilidad directa. El foco estará puesto en los desarrollos de esta última etapa y en los argumentos utilizados por el tribunal para tornar estos derechos exigibles, de manera directa y autónoma a través de la normativa interamericana específica que los contempla. Luego, se examinará la definición de estándares sobre el derecho a la salud, con especial referencia a las personas mayores de edad, las personas viviendo con VIH y con tuberculosis, así como la apli-

cación del derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de género y de la discriminación interseccional. Por último, se plantearán algunos desafíos que surgen en el camino interpretativo adoptado por el tribunal tanto en el plano normativo como en el socioeconómico caracterizado por la severa desigualdad y exclusión social que presenta la región latinoamericana.

Si tuviéramos que sintetizar la actuación de la Corte en materia de protección de los DESCAs desde su creación hace ya más de 41 años, podemos afirmar que ésta ha sido limitada, en especial, si se toma en cuenta el uso directo de la normativa que recoge estos derechos en el SIDH. En términos generales, la garantía de los derechos sociales no ha estado en el centro de la agenda de los órganos del sistema ni en el despliegue de sus competencias.

En los últimos 10 años este proceso comenzó a revertirse, y de modo más central, desde el año 2017 a partir de la sentencia dictada en el caso “Lagos del Campo vs. Perú”,¹²¹ donde por primera vez la Corte IDH responsabilizó a un Estado por la vulneración del artículo 26 de la CADH de manera autónoma, en relación con derechos laborales y afirmó su competencia para conocer y resolver controversias al respecto.¹²²

Esta doctrina fue luego reiterada en casos posteriores donde abordó vulneraciones a distintos derechos sociales. Así, decidió los casos “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú” (2017) y “San Miguel Sosa vs. Venezuela” (2018) sobre derechos laborales; “Poblete Vilches vs. Chile” (2018), “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala” (2018) y “Hernández vs. Argentina” (2019) sobre derecho a la salud; “Muelles Flores vs. Perú” (2019) y “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú” (2019), sobre derecho a la seguridad social y “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” (2020) sobre derechos al ambiente, al agua, a la alimentación adecuada y a la identidad cultural. También avanzó importantes consideraciones en esta materia en la Opinión Consultiva 23 del año 2017 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.

Hasta adoptar el sendero de la justiciabilidad autónoma, el tribunal optó por ingresar al examen de denuncias de vulneraciones a derechos sociales

B.

Breve panorama: de la justiciabilidad indirecta a la directa

¹²¹ Caso Lagos del Campo vs. Perú, 2017.

¹²² Sobre el caso “Lagos del Campo”, véase Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi y Flores Pantoja, 2018.

por la vía indirecta del análisis de derechos civiles y políticos, en muchos casos realizando una interpretación en clave social, igualitaria y extensiva de estos derechos.¹²³

Un factor de indudable relevancia que determinó la ambivalencia de los órganos del sistema es el panorama normativo deficiente y ambiguo que presentan en esta materia los instrumentos del SIDH, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Protocolo Adicional a la CADH en materia derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador). La CADH presenta sólo una norma aislada, el artículo 26 y al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prevé deberes amplios y a primera vista imprecisos, como la obligación de los Estados de “adoptar medidas de manera progresiva” y “de acuerdo con los recursos disponibles en cada Estado” para lograr “la plena efectividad de los derechos que se derivan de los normas económicas y sociales y en materia de educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA”, a través de “la cooperación y asistencia internacionales”. Por último, aún cuando el Protocolo de San Salvador es más desarrollado en términos de los derechos que protege, presenta limitaciones respecto del sistema de peticiones, reservado sólo a dos derechos (educación y derechos sindicales).

C.

Justiciabilidad directa y autónoma de los DESCAs a través del artículo 26. De “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”

El recorrido emprendido por la Corte IDH hacia la justiciabilidad directa ha sufrido marchas y contramarchas. Podemos identificar distintas etapas: una primera donde la Corte IDH despliega una interpretación desatinada del artículo 26 de la CADH en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú” (2003), que no tuvo mayor aplicación práctica; una segunda etapa en la que la Corte supera y rectifica esa postura y reencauza correctamente su línea hermenéutica, fundamentalmente a partir del caso “Acevedo Buendía vs. Perú” (2009) y una tercera etapa reciente, desde el año 2017, donde la Corte finalmente asume el camino de la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos sociales a partir de una interpretación expansiva de las posibilidades del artículo 26.

En el primer caso de esta nueva doctrina, “Lagos del Campo”, la Corte sólo ofreció una motivación extremadamente escueta del cambio de pos-

¹²³ En este sentido y entre los más recientes, cabe citar: Suárez Peralta vs. Ecuador (2013); Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador (2015) e I.V. vs. Bolivia (2016).

tura. Asumiendo este déficit, en una serie de casos posteriores, el tribunal reafirmó su doctrina y refinó su argumentación; en particular en el caso “Cuscul Pivaral” ofreció una motivación más extensa y sólida.¹²⁴ La Corte recogió argumentos de votos concurrentes en casos anteriores como “González Lluy” y “Suárez Peralta” así como en trabajos de doctrina. Consideró que el principal problema jurídico planteado en el caso es si el derecho a la salud puede ser entendido como un derecho autónomo que deriva del artículo 26 de la CADH, y si posee competencia para pronunciarse sobre violaciones a este derecho sobre la base de los artículos 62 y 63 de la Convención.¹²⁵ Aquí la Corte aborda las siguientes tres cuestiones medulares para argumentar el cambio jurisprudencial: a) Si el artículo 26 reconoce derechos o establece meros objetivos programáticos; b) Si las obligaciones genéricas de “respetar”, “garantizar” y “adoptar medidas” del 1.1. y del 2 de la CADH se aplican a los DESC y; c) Si la Corte tiene competencia para analizar violaciones a los derechos establecidos en el artículo 26 de la CADH y cómo se articula la limitación del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador sobre el sistema de protección. Además, el tribunal aborda otras cuestiones relevantes para la protección directa y autónoma de los DESC, a saber: d) La metodología para identificar los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH en tanto se derivan de la Carta de la OEA y; e) El desarrollo del alcance y contenido de derechos en particular.

Al tratar estas cuestiones, sobre todo las tres primeras, la Corte IDH utiliza los métodos de interpretación estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29 de la CADH.¹²⁶ Así, apela a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica y a métodos complementarios. Veamos el modo en que aborda estas cuestiones.

Sobre la primera cuestión, la Corte entiende que, de acuerdo con la interpretación literal (principio de la primacía del texto), el sentido corriente que ha de atribuirse al artículo 26 de la CADH es que los Estados se comprometieron a hacer efectivos los “derechos” que se derivan de la Carta de la OEA. Si bien este instrumento consagra “principios” y “metas” tendientes al desarrollo integral, al mismo tiempo se refiere a derechos, tanto de manera explícita como implícita.¹²⁷

Por otra parte, la enunciación del artículo 26 sobre el deber de progresividad, debe entenderse como una formulación acerca de la naturaleza de la obligación, pero no pone en duda su carácter exigible. Existen otras

¹²⁴ Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018, pár. 73 y 74.

¹²⁵ *Ibíd.*, pár. 73.

¹²⁶ *Ibíd.*, pár. 75.

¹²⁷ *Ibíd.*, pár. 78.

fórmulas similares en la CADH como la establecida en el artículo 2, que reconoce el compromiso programático de los Estados de “adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos”.¹²⁸ En una interpretación acertada, **la Corte IDH determina que la progresividad sólo modula la obligación en cuanto a plazo y modalidad de cumplimiento, pero no le quita el carácter de obligación jurídica exigible.**

Adicionalmente, la Corte IDH coincide con la interpretación del Comité DESC sobre el artículo 2.1. del PIDESC (en su Observación General 3) en el sentido de que, si bien esta norma prevé la adopción de medidas de carácter progresivo, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. El

“ “ ” ”

El hecho de que la plena efectividad se prevea a lo largo del tiempo no implica privar a la obligación de todo contenido significativo.¹³⁰

hecho de que la plena efectividad se prevea a lo largo del tiempo no implica privar a la obligación de todo contenido significativo.¹³⁰ Refuerza lo antedicho que el objeto y fin del tratado es precisamente “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.¹³¹ Por último, a partir de métodos complementarios de interpretación, analiza los trabajos preparatorios de la CADH para reafirmar el sentido resultante de los métodos principales de interpretación.¹³²

Respecto de si las obligaciones generales de respeto y garantía son aplicables a los DESC, la Corte IDH responde afirmativamente. Explica que, si bien el artículo 26 está inserto en un capítulo aparte (capítulo III), a su vez, está dentro de la Parte I de la CADH “Deberes de los Estados y derechos protegidos” y por ende está sujeto a las obligaciones generales de los artículos 1.1. y 2 del capítulo I titulado “Enumeración de Deberes”, al igual que los derechos civiles y políticos previstos en el capítulo II. Esta conclusión se fundamenta, además, en la interdependencia e indivisibilidad recíproca entre todos los derechos que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos sin jerarquías entre sí y exigibles por igual.¹³³

¹²⁸ La Corte cita los casos *La Última tentación de Cristo vs. Chile* (2001, párr. 90) y *Tarazona Arrieta y otros vs. Perú* (2014, párr. 169).

¹²⁹ Cfr. Op. Cit., Corte IDH, *Cuscul Pivaral*, párr. 79 y 80.⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, 2019, párr. 3 y 26.

¹³⁰ *Ibíd.*, párr. 81.

¹³¹ *Ibíd.*, párr. 90 y 93.

¹³² *Ibíd.*, párr. 95 y 96.

¹³³ *Ibíd.*, párr. 83, 84 y 85.

Con relación a la tercera cuestión planteada, la Corte afirma su competencia para analizar vulneraciones de todos los derechos de la CADH, incluyendo el artículo 26, en función de lo establecido en los artículos 62 y 63,¹³⁴ aún cuando el Protocolo de San Salvador la limita a los derechos sindicales y a la educación. **Una interpretación sistemática y de buena fe, lleva a la conclusión de que, al no existir una restricción expresa en el Protocolo que limite su competencia para conocer sobre violaciones a la Convención, esta limitación no debe ser asumida por la Corte.** No hay acto expreso posterior de los Estados que implique una modificación de la CADH y la interpretación debe ser la más favorable y menos restrictiva.

Sobre los derechos que protege el artículo 26 de la CADH, la Corte ha desarrollado una suerte de metodología para su identificación. En los casos “Poblete Vilches” y “Cuscul Pivaral”, que tomamos como ejemplo, el tribunal concluye que el derecho a la salud está protegido por el artículo 26.¹³⁵ Así, en primer lugar, pondera que este derecho puede derivarse de las normas de la Carta de la OEA, aunque en ella no hay referencia específica.¹³⁶ Analiza los artículos 34.i. y 34.l., en particular la norma del 45.h. de la Carta que expresa: “los Estados convienen en realizar esfuerzos para el desarrollo de una política eficiente de seguridad social”. La Corte advierte la existencia de una estrecha relación entre el compromiso de los Estados de garantizar una política de seguridad social y su deber de garantizar la atención de la salud, más aún en el contexto de las enfermedades endémicas. El tribunal concluye que existe una referencia suficientemente concreta para derivar el derecho a la salud de la Carta de la OEA. **De este modo, queda sentado el criterio de que aún cuando un derecho social no se encuentre reconocido de manera explícita en el texto de la Carta de la OEA, ello no obsta a que se lo pueda derivar de formulaciones que indirecta o implícitamente se refieran a él.**

En segundo lugar, se vale de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo XI garantiza expresamente el derecho a la salud. Utiliza dos argumentos. Por un lado, apela a su doctrina sobre la integración de la Declaración para interpretar la Carta de la OEA en materia de derechos humanos, establecida en su Opinión Consultiva OC-10/89. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Luego, hace referencia al artículo 29.d de la CADH que establece que

¹³⁴ *Ibíd.*, pár. 86, 87, 88 y 89.

¹³⁵ *Ibíd.*, pár. 110.

¹³⁶ *Ibíd.*, pár. 98.



Con argumentos similares, la Corte deriva de la Carta de la OEA la protección de los derechos laborales, a la seguridad social, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural y los considera previstos por el artículo 26 de la Convención.¹³⁸

ninguna disposición de este instrumento puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros actos internacionales de la misma naturaleza.¹³⁷

Con argumentos similares, la Corte deriva de la Carta de la OEA la protección de los derechos laborales, a la seguridad social, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural y los considera previstos por el artículo 26 de la Convención.¹³⁸

Para determinar el alcance de los derechos sociales protegidos en el artículo 26 de la CADH y de los deberes estatales, la Corte ha recurrido al cuerpo legal internacional y nacional en la materia, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva de la CADH.¹³⁹ *Al respecto, COURTIS apunta que la Corte ha avanzado dando pasos ad hoc, sin proyectar claramente una teoría o un modelo que permita prever qué análisis sugiere para casos futuros.¹⁴⁰*

En el marco apuntado, el artículo 29 de la CADH prevé el principio pro persona que hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para la interpretación y aplicación de la CADH. De modo que, al determinar la responsabilidad internacional de un Estado en base a la CADH u otros tratados interamericanos y tal como ha sido su práctica constante, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes, como el ordenamiento interno.¹⁴¹

En igual dirección, el tribunal ha afirmado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de inter-

¹³⁷ *Ibíd.*, pág. 107, 108 y 109.

¹³⁸ Corte IDH, Op. Cit., casos Lagos del Campo, Muelles Flores y Lhaka Honhat.

¹³⁹ Corte IDH, Op. Cit., casos Poblete Vilches, pág. 103; Cuscul Pivaral, pág. 73 y Muelles Flores, pág. 73.

¹⁴¹ Corte IDH, Op. Cit., Casos Lhaka Honhat, pág. 196. A su vez la Corte cita en igual sentido los precedentes de Muelles Flores y Hernández.

pretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31, tercer párrafo.¹⁴² Además, en este ejercicio hermenéutico, la Corte otorga un énfasis especial a la Declaración Americana, en función de la doctrina ya referida acerca de su integración a la Carta de la OEA en materia de derechos humanos.¹⁴³

Nos interesa aquí dar cuenta del modo en que la Corte formula los estándares pertinentes en materia de derecho a la salud, así como su alcance y contenido, según el método antes descrito.¹⁴⁴ En el caso “Poblete Vilches”, considera la previsión de la Constitución Chilena que protege el derecho a la salud y la regulación interna al respecto, aunque no la analiza en profundidad. Menciona también el amplio consenso regional sobre el derecho a la salud, en tanto se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región. El tribunal apela a normas del derecho internacional sobre este derecho: artículos 25.1 de la DUDH, 12 del PIDESC y 10 del PSS.¹⁴⁵

Para precisar el contenido del derecho, la Corte se apoya fuertemente en los estándares ya desarrollados por el Comité DESC en su Observación General 14 sobre Derecho a la Salud y otras pertinentes. En base a estas fuentes, menciona una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que deben satisfacerse en materia de salud, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, en el caso referidos a prestaciones médicas de urgencia. Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán incluir una perspectiva de género, así como del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y posibilidades de tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad, a través del consentimiento libre, previo e informado en carácter personal en primera instancia y luego por sustitución.¹⁴⁶

En especial, refiere a estándares vinculados a prestaciones de carácter básico e inmediato, frente a situaciones de urgencia o emergencia médica para las personas mayores.¹⁴⁷ *La Corte considera entonces, que hay as-*

D.

Alcance del derecho a la salud: las personas adultas mayores, las personas viviendo con VIH y con tuberculosis. La discriminación por género e interseccional

¹⁴² Prevé medios interpretativos como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado (Corte IDH, Op.Cit., caso Lhaka Honhat, pág. 197).

¹⁴³ Corte IDH, Op.Cit., caso Lhaka Honhat, pág. 188.

¹⁴⁴ Corte IDH, caso Poblete Vilches, pág. 111.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 113 y 114.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 121, 125-132, 161-162 y 166.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 104 y 134.

pectos del derecho a la salud que deben ser garantizados de forma inmediata, sin condicionante alguno; es decir, que no están sujetos a una realización progresiva ni a la existencia de recursos. A su vez, explicita el deber constante de regular y de prever mecanismos de supervisión y fiscalización de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas, en especial respecto de los servicios de urgencia.¹⁴⁸

En cuanto al componente de la accesibilidad, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario y no discriminatorio a todas las personas que accedan a los servicios de salud, según el artículo 1.1. de la CADH. Puntualiza que “Otra condición social” permite incluir la edad como categoría prohibida por la norma. Plantea de manera explícita la prohibición de discriminación por edad en el acceso a los servicios de salud.¹⁴⁹ Aquí la Corte alude a dos concepciones del derecho a la igualdad, sobre las que ya se había pronunciado en casos y opiniones consultivas anteriores: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y otra positiva vinculada a la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.¹⁵⁰ En tal sentido, el deber de adoptar medidas positivas se acentúa respecto de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, como son las personas mayores. Este grupo poblacional tiene derecho a una protección reforzada y por ende exige la adopción de medidas diferenciadas.¹⁵¹

En este caso, el tribunal se pronuncia por primera vez sobre el alcance y especificidades del derecho a la salud de las personas mayores a partir del importante desarrollo y consolidación de estándares del ámbito universal y regional, como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la Observación General 6 del Comité DESC y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁵²

En síntesis, el tribunal interamericano establece un estándar claro y potente, de particular importancia si se toman en cuenta los cambios demográficos producidos en la región y el envejecimiento de la población: las personas mayores deben ser consideradas como sujetos de derecho de especial protección y por ende sujetos de cuidado integral, con el debido respeto a su autonomía e independencia. Esta especial protección se tra-

¹⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 119 y 124.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 122.

¹⁵⁰ Al respecto véase Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17 y Abramovich, 2009.

¹⁵¹ *Op. Cit.*, Corte IDH, caso Poblete Vilches, pág. 127.

¹⁵² *Ibíd.*, pág. 125 a 132.

duce en obligaciones reforzadas de respeto y garantía de su derecho a la salud, que implica brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias a su condición de manera eficiente y continua.¹⁵³ Al mismo tiempo, cabe destacar que la aplicación de estos estándares al caso concreto ha merecido críticas, en tanto la Corte omitió considerar las limitaciones estructurales del sistema de salud chileno, en definitiva responsables por la muerte del sr. Poblete Vilches.¹⁵⁴

En el caso “Cuscul Pivaral”, por su parte, el tribunal retoma estándares ya esbozados en el caso “González Lluy” sobre atención integral a personas viviendo con VIH/SIDA. En particular, para determinar los distintos componentes de esta atención, toma en cuenta las Directrices internacionales específicas en materia de VIH/SIDA.¹⁵⁵ De manera similar, en el caso “Hernández” al estar en juego la atención médica a una persona que había contraído tuberculosis en contexto de encierro, el tribunal tuvo en cuenta las Normas Internacionales para la Asistencia Antituberculosa que constituyen una referencia autorizada para determinar el alcance específico del derecho a la salud en estos casos.¹⁵⁶

Estas directrices y normas de referencia internacional - que en principio no resultan vinculantes -, al ser integradas por la Corte al contenido del derecho a la salud, se tornan exigibles.

En otra línea de análisis, en el caso “Cuscul Pivaral”, la Corte avanzó en conceptualizar y aplicar la noción de discriminación interseccional para dimensionar de manera integral y comprensiva las vulneraciones al derecho a la salud y los impactos diferenciados y más perjudiciales causados al grupo de mujeres víctimas del caso, viviendo con VIH/SIDA, quienes además se encontraban embarazadas y eran personas de bajos recursos.¹⁵⁷

En ese sentido, la discriminación interseccional, según la Corte, es resultado de la confluencia de distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a ciertas condiciones de una persona; la discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que la afectan. **Así, los Estados deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de dis-**

¹⁵³ *Ibíd.*, pág. 132.

¹⁵⁴ Aldao y Clérico, 2019.

¹⁵⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos. Versión consolidada de 2006.

¹⁵⁶ Corte IDH, *Hernández vs. Argentina*, pág. 79.

¹⁵⁷ *Op. Cit.*, Corte IDH, *Cuscul Pivaral*, pág. 138. Al respecto, véase Góngora Mera, 2020.

criminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas, así como aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones.¹⁵⁸

El tribunal interamericano ya se había referido al concepto de discriminación interseccional en “Gonzáles Lluy” donde reconoció que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. En el caso “IV c. Bolivia”, de igual modo se le solicitó a la Corte IDH determinar si en el caso de la señora víctima de los hechos denunciados se verificó una discriminación múltiple, o si los distintos criterios alegados convergieron de forma interseccional en la configuración de una situación particular y específica de discriminación.¹⁶⁰ Sobre este punto, la Corte subrayó que la esterilización sin consentimiento es un fenómeno que en diversos contextos y lugares ha tenido un mayor impacto en mujeres que integran grupos con una mayor vulnerabilidad a sufrir esta violación de derechos humanos ya sea por su posición socioeconómica, raza, discapacidad o por vivir con VIH.¹⁶¹

E. **Apuntes finales y (algunos) desafíos**

Para finalizar, es factible sostener que la vía de la justiciabilidad directa promete aportar a una mayor protección de los derechos sociales en la región, tal como sostuvo el juez de la Corte Ferrer Mac-Gregor en sus votos concurrentes en los casos “Suárez Peralta” y “Gonzáles Lluy”. Entre otras razones, este abordaje permite mayor precisión en la identificación de los derechos sociales afectados, así como esclarecer y amplificar sus contenidos concretos y las obligaciones estatales en esta materia. Como consecuencia de ello, esta doctrina tiene el potencial de contribuir a la determinación de las reparaciones debidas a las víctimas de modo más adecuado, en función de un mayor desarrollo y especificidad de las vulneraciones a estos derechos.

Estas ventajas se observan comparando los casos en los que la Corte abordó las afectaciones a los DESCAs por la vía indirecta con aquellos más recientes donde los resuelve por la vía directa. Al mismo tiempo, no es posible soslayar que el tribunal ha realizado importantes contribuciones por vía

¹⁵⁸ Op. Cit., Corte IDH, Cuscul Pivaral, pág. 138.

¹⁵⁹ Cfr. Op. Cit., Corte IDH, Gonzáles Lluy y otros, pág. 288.

¹⁶⁰ Op. Cit., Corte IDH, I.V c. Bolivia, pág. 247.

¹⁶¹ La Corte IDH cita entre otras fuentes, Informe de Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, Formas múltiples e interseccionales de discriminación y violencia contra la mujer (A/HRC/17/26, 2011).

de conexidad, en particular sobre la responsabilidad estatal en la rectoría del sistema de salud¹⁶² así como al interpretar derechos civiles y políticos en clave social y no discriminatoria, como el derecho a la propiedad, que lo hizo extensivo a los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan de manera colectiva.

Resultaría conveniente, además, que la Corte IDH profundice y precise el régimen de obligaciones que establece la CADH, en particular, respecto de la articulación y relación entre las obligaciones de “respetar”, “garantizar” y “adoptar medidas” y la “de progresividad y no regresividad”. Esta precisión es de suma importancia para la determinación del tipo y alcance de las medidas de reparación en los casos concretos. De igual modo resulta relevante para consolidar un esquema común de obligaciones, que tienda a la unificación y no al divorcio, reforzando una visión holística e integral de todos los derechos humanos.

A su vez, si bien la Corte avanzó algunos criterios para determinar el cumplimiento de las obligaciones de progresividad y no regresividad,¹⁶³ **es necesario intensificar el desarrollo de parámetros claros y de forma articulada con el deber estatal de utilizar el máximo de los recursos disponibles. En esta evaluación debe incluirse la política fiscal, que incluye la asignación del gasto como los sistemas impositivos.** En tal sentido, se deberá promover la imposición de mayores cargas tributarias sobre los sectores sociales de ingresos más altos, sobre todo en épocas de crisis y de restricción de recursos. Esta cláusula aun merece particular atención y un análisis minucioso de su potencial redistributivo. De igual modo los órganos del sistema deben desarrollar el alcance de la obligación de no regresividad en contextos de ajuste y programas y medidas de austeridad como los que han sufrido y sufren muchos países de la región.

Por último, otro desarrollo crucial en el que la Corte y los órganos del SIDH deberán profundizar es en la protección especial de grupos vulnerabilizados. **América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo y las reparaciones en este sentido deben implicar medidas positivas, políticas públicas diferenciadas y redistributivas para atender desigualdades interseccionales por razón de sexo y género, identidad de género, raza y etnia, edad, discapacidad, condición socioeconómica y ubicación territorial.** Se debe poner el foco en las consecuencias de determinar la existencia de una situación de desigualdad estructural para lograr transformaciones de fondo, sustantivas, de las causas que generan aquellas disparidades tan visibles y punzantes que caracterizan la región y que se agudizaron con la pandemia por el Covid-19.

¹⁶² Cfr. Op. Cit., Courtis, 2020, Prólogo.

¹⁶³ Véase Op. Cit., Rossi, 2020.

• BIBLIOGRAFIA

- Abramovich, V. (2009)
‘De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos’, Revista DERECHO PUCP, 63.
- (2010)
‘Responsabilidad estatal por la violencia de género. Comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos.
- Aldao, M. y Clérico, M.L. (2019)
‘El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables’, en Morales Antoniazzi, M. y Clérico, M.L. (coord.), Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH. Querétaro: Instituto de Estudios Comparados del Estado de Querétaro.
- Carbonell, M. (2018)
‘Introducción general al control de convencionalidad’, en Valadés, D. y González Pérez, L.R. (coord.), El constitucionalismo contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comisión Económica para América Latina (CEPAL) (2021)
Panorama Social de América Latina, 2020.
- (2020)
América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19: efectos económicos y sociales.
- Courtis, C. (2020)
‘Prólogo’, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2014)
‘Capítulo III - Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Artículo 26. Desarrollo Progresivo’, en Steiner, C. y Uribe, P. (eds.), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer.

- (2004)
‘Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los ‘Cinco Pensionistas’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, *Revista Mexicana de Derecho Público*, 6.
- (2006)
Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto-CEDAL-CELS.
- (2005)
‘La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’, en Courtis, C., Hauser, D. y Rodríguez Huerta, G. (comps.), *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*. México: Porrúa-ITAM.
- Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. y Flores Pantoja, R. (2018)
Inclusión, *ius Commune* y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Góngora Mera, M. (2020)
‘Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
- Parra Vera, O. (2018)
‘La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo’, en Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. y Flores Pantoja, R. (coord.), *Inclusión, *ius Commune* y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- ____ (2013)
‘La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos’, en Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M. (coord.), *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ____ (2011)
Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

- Pautassi, L. (2016)
‘Indicadores de Progreso para Medir Derechos Sociales: un nuevo escenario para las políticas públicas en América Latina’, en Muñoz-Pogossian, B. y Barrantes, A. (eds.), Más derechos para más gente. Equidad e inclusión social: superando desigualdades hacia sociedades más inclusivas. Washington DC: Organización de Estados Americanos, Desarrollo e inclusión social.
- Pinto, M. (2004)
‘Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano’, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 40.
- Pisarello, G. (2007)
Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Trotta.
- Ronconi, L. (2019)
‘Después de mucho andar, los DESC traspasaron las puertas de la Corte IDH y llegaron, ¿para quedarse?’, en Morales Antoniazzi, M. y Clérico, L. (coord.), Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH. Querétaro: Instituto de Estudios Comparados del Estado de Querétaro.
- Rossi, J. (2020)
‘Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas’, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., Interamericanización de los DESC. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
- ____ (2020)
‘Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESC. El camino de la justiciabilidad directa: de Lagos del Campo a Asociación Lhaka Honhat’, Revista Pensar en Derecho, 16.
- Rossi J. y Abramovich, V. (2004)
‘La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’, en Martin, C., Rodríguez-Pinzón, D., Guevara, J.A. (comps.), Derecho Internacional de los Derechos Humanos. México: Fontamara, American University, Universidad Iberoamericana.