

# Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)

CHRISTIAN COURTIS  
COORDINADOR

TOMO II

## Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO  
Q300.113  
M368m

Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) / coordinador Christian Courtis ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; preámbulo Guillermo Fernández-Maldonado C. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.  
1 recurso en línea (2 tomos : ilustraciones, cuadros ; 24 cm.)

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Material disponible solamente en PDF.

Contenido: t.1. El papel de los jueces en la protección de los DESCAs en la división constitucional de poderes. Estado social constitucional, garantías y democracia : el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales / Gerardo Pisarello -- Jueces constitucionales, derechos sociales y economía : sobre la legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía / Rodrigo Uprimmy -- Los derechos sociales y los deberes de cuidado de la administración / José Roldán Xopa -- La deseable sinergia entre las comisiones de derechos humanos y el poder judicial en México en la protección de los DESCAs : propuestas de renovación para una relación inexistente / Julieta Morales Sánchez -- Fuentes de interpretación. Los principios constitucionales en materia de derechos humanos y su relación con los DESC / Sandra Serrano y Daniel Vázquez -- Los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sede internacional como fuente de aplicación de los DESCAs para los jueces mexicanos / Christian Courtis -- Los DESCAs en la Corte Interamericana y su trascendencia para el poder judicial mexicano / Eduardo Ferrer Mac-Gregor -- Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia / Natalia Ángel Cabo -- La experiencia argentina en materia de protección judicial de los DESCAs / Christian Courtis y Sebastián Tedeschi -- Principios, criterios y herramientas de interpretación y tutela. El núcleo mínimo vital de los derechos sociales / Leticia Morales -- El principio de razonabilidad en la tutela judicial de los DESCAs / Aniza García -- Aportes desde el DIDH sobre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC / Silvia Serrano Guzmán -- La prohibición de regresividad en materia de DESCAs / Christian Courtis -- El valor de la metodología : claroscuros en la jurisprudencia mexicana en materia de derechos sociales / Roberto Lara Chagoyán -- El amparo al servicio de los derechos sociales : orientación para la acción / Francisca Pou Giménez -- La tensión entre interés legítimo y derechos sociales : una propuesta de solución / Juan Antonio Cruz Parceró -- t.2. Derechos, grupos de especial protección y situaciones de vulnerabilidad. La protección judicial del derecho a la salud : avances y ejemplos en perspectiva comparada / Laura Clérico y Liliana Ronconi -- Derecho a la educación : bases para su tutela judicial / Liliana Ronconi -- El derecho a una vivienda digna y adecuada : experiencias comparadas de tutela judicial / María Silvia Emanuelli y Carla Luisa Escoffé Duarte -- El derecho a la vivienda como derecho humano en la jurisprudencia argentina / Sebastián Tedeschi -- El enfoque de derechos de la protección social y su protección judicial / Magdalena Sepúlveda -- El derecho humano al agua / Rodrigo Gutiérrez Rivas -- Apuntes sobre el sentido y alcance del derecho a un nivel de vida adecuado / Dorothy Estrada Tanck -- Protección judicial del derecho al ambiente sano en México : avances y desafíos para el poder judicial / Astrid Puentes Riaño -- Judicialización de DESCAs y desigualdades estructurales : el caso de la desigualdad de género ante la SCJN / Tatiana Alfonso Sierra y Ana Micaela Alterio -- Pueblos indígenas, derecho al territorio y derechos sociales / Rodrigo Gutiérrez Rivas y Daniela Sánchez Carro -- Derechos humanos y desastres : los deberes del Estado y el poder judicial en su cumplimiento / María Paula Saffon y Mayra Ortiz Ocaña

ISBN 978-607-552-246-3

1. Derechos Humanos de segunda generación – Derecho a protección judicial – Derecho comparado – México 2. Protección de los Derechos humanos – División de poderes – Jueces 3. Principios constitucionales – Interpretación 4. Derecho internacional de los Derechos humanos 5. Derechos de los grupos en estado de vulnerabilidad I. Courtis, Christian, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. Fernández-Maldonado C., Guillermo, escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos  
LC KGF3003

Primera edición: diciembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Avenida José María Pino Suárez núm. 2  
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc  
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

# Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)

CHRISTIAN COURTIS  
COORDINADOR

TOMO II

## Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar  
*Presidente*

### Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat  
*Presidenta*

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá  
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena  
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo  
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

### Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa  
*Presidenta*

Ministro Luis María Aguilar Morales  
Ministro José Fernando Franco González Salas  
Ministro Javier Laynez Potisek  
Ministro Alberto Pérez Dayán

### Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen  
*Directora General*

# Contenido

## Tomo II

### CUARTA PARTE

#### Derechos, grupos de especial protección y situaciones de vulnerabilidad

##### Capítulo XVII

La protección judicial del derecho a la salud:  
avances y ejemplos en perspectiva comparada

<i>Laura Clérico y Liliana Ronconi</i> .....	739
I. Introducción.....	741
II. La salud como derecho.....	743
III. ¿Como deben interpretarse las obligaciones y el contenido del derecho a la salud? Cánones, contextos, desigualdades e interseccionalidades.....	745
IV. Obligaciones que surgen del contenido del derecho a la salud: pistas metodológicas.....	752
V. Derecho a la autonomía, salud sexual y salud (no) reproductiva	764
VI. Derecho a la Salud de las personas que viven con VIH .....	768

VII. Derecho a la salud y personas en situación de discapacidad ...	771
VIII. Vacunación.....	772
IX. Consideraciones finales .....	776
Bibliografía .....	776

### Capítulo XVIII

#### Derecho a la Educación: bases para su tutela judicial

<i>Liliana Ronconi</i> .....	789
I. Introducción.....	791
II. ¿Qué implica hablar de igualdad en educación?.....	793
III. Mapeando el contenido del derecho a la educación y las obligaciones del Estado .....	796
IV. El derecho a enseñar y el derecho a aprender. Límites a la libertad de enseñanza.....	797
V. El derecho a recibir educación: derecho a aprender .....	804
VI. Asequibilidad .....	804
VII. Accesibilidad .....	808
VIII. Aceptabilidad .....	816
IX. Adaptabilidad .....	820
X. Conclusiones .....	823
Bibliografía .....	824

### Capítulo XIX

#### El derecho a una vivienda digna y adecuada: experiencias comparadas de tutela judicial

<i>Maria Silvia Emanuelli y Carla Luisa Escoffré Duarte</i> .....	833
I. Introducción.....	835
II. El derecho a la vivienda adecuada en el derecho internacional: breve análisis de su desarrollo .....	838
III. Los desalojos forzosos .....	842
IV. El derecho a la vivienda y su interacción con la no discriminación.....	850

V. Personas sin hogar.....	852
VI. Decisiones de alto impacto institucional en materia de derecho a la vivienda.....	856
Bibliografía.....	859

## Capítulo XX

### El derecho a la vivienda como derecho humano en la jurisprudencia argentina

<i>Sebastián Tedeschi</i> .....	869
I. Introducción.....	871
II. Inclusión en un plan de vivienda.....	872
III. Vivienda, salud y discapacidad.....	880
IV. Vivienda y género.....	883
V. Desalojos.....	886
VI. Usurpaciones.....	893
VII. Procesos de relocalización.....	894
VIII. Mercado de Alquileres y derecho a la vivienda.....	897
Bibliografía.....	898

## Capítulo XXI

### El enfoque de derechos de la protección social y su protección judicial

<i>Magdalena Sepúlveda</i> .....	903
I. Introducción.....	905
II. Alcance y contenido del derecho.....	908
III. La protección judicial del derecho a la seguridad social.....	920
IV. Observaciones finales.....	938
Bibliografía.....	941

## Capítulo XXII

### El derecho humano al agua

<i>Rodrigo Gutiérrez Rivas</i> .....	947
I. Introducción.....	949

II. La determinación jurídica del contenido del derecho humano al agua en interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos .....	950
III. Obligaciones derivadas del derecho humano al agua .....	958
IV. Sentencias y pronunciamientos sobre el derecho humano al agua	962
V. Conclusiones .....	974
Bibliografía .....	975

### Capítulo XXIII

#### Apuntes sobre el sentido y alcance del derecho a un nivel de vida adecuado

<i>Dorothy Estrada Tanck</i> .....	981
I. Introducción.....	983
II. El derecho a un nivel de vida adecuado como parte de los DESCAs.....	986
III. Contenido del derecho a un nivel de vida adecuado .....	991
IV. Aplicabilidad práctica: jurisprudencia y estándares normativos e interpretativos .....	995
V. Algunas reflexiones finales.....	1005
Bibliografía .....	1007

### Capítulo XXIV

#### Protección judicial del derecho al ambiente sano en México: avances y desafíos para el Poder Judicial

<i>Astrid Puentes Riaño</i> .....	1013
I. Introducción.....	1015
II. Definición y marco legal del derecho al ambiente sano .....	1019
III. Elementos del derecho al ambiente sano.....	1025
IV. Desafíos para la efectividad del derecho al ambiente sano en el poder judicial.....	1051
Bibliografía .....	1054

## Capítulo XXV

### Judicialización de DESCAY desigualdades estructurales:

#### el caso de la desigualdad de género ante la SCJN

<i>Tatiana Alfonso Sierra y Ana Micaela Alterio</i> .....	1065
I. Introducción.....	1067
II. El principio de igualdad frente a las desigualdades de género ...	1069
III. Desigualdad estructural: la construcción de las categorías legítimas de diferenciación .....	1074
IV. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, los DESCAY y la perspectiva de género.....	1081
V. Reflexiones teóricas y conclusión.....	1103
Bibliografía .....	1107

## Capítulo XXVI

### Pueblos indígenas, derecho al territorio y derechos sociales

<i>Rodrigo Gutiérrez Rivas y Daniela Sánchez Carro</i> .....	1115
I. Introducción.....	1117
II. Consideraciones preliminares sobre los derechos de los pueblos	1120
III. Derecho al territorio y su relación con los derechos sociales ...	1127
IV. El reconocimiento del derecho al territorio indígena.....	1130
V. La noción del derecho al territorio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	1134
VI. Derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas y adecuación cultural.....	1142
Bibliografía .....	1147

## Capítulo XXVII

### Derechos humanos y desastres. Los deberes del Estado y el papel del Poder Judicial en su cumplimiento

<i>María Paula Saffon y Mayra Ortiz Ocaña</i> .....	1157
I. Introducción.....	1159

II. Etapa anterior a la emergencia .....	1164
III. Etapa de emergencia.....	1175
IV. Etapa posterior a la emergencia .....	1185
V. Conclusión.....	1194
Bibliografía .....	1195

## Cuarta Parte

**Derechos, grupos de  
especial protección y situaciones  
de vulnerabilidad**



## La protección judicial del derecho a la salud: avances y ejemplos en perspectiva comparada\*

Laura Clérico\*\*

Liliana Ronconi\*\*\*

\* Agradecemos la lectura atenta, comentarios y sugerencias a Soledad Guzmán y Christian Courtis.

\*\* Abogada (Universidad de Buenos Aires), Magister Legum (LLM.) y Doctora en Derecho (Dr. iur., Universidad de-Kiel, Alemania), investigadora del CONICET, Profesora de Derecho Constitucional (UBA), Profesora honoraria en derecho constitucional y derechos humanos (FAU, Universidad Erlangen-Nürnberg).

\*\*\* Doctora en Derecho, por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET con lugar de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (Facultad de Derecho, UBA).

**La protección judicial del derecho a la salud: avances y ejemplos en perspectiva comparada.** I. Introducción; II. La salud como derecho; III. ¿Como deben interpretarse las obligaciones y el contenido del derecho a la salud? Cánones, contextos, desigualdades e interseccionalidades; IV. Obligaciones que surgen del contenido del derecho a la salud: pistas metodológicas; V. Derecho a la autonomía, salud sexual y salud (no) reproductiva; VI. Derecho a la Salud de las personas que viven con VIH; VII. Derecho a la salud y personas en situación de discapacidad; VIII. Vacunación-Consideraciones finales.

## I. Introducción

El derecho a la salud ha sido consagrado, por la mayoría de las constituciones de la región latinoamericana<sup>1</sup> y por instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>2</sup> Reconocer seriamente la importancia de este derecho es fundamental para su aplicación en la labor cotidiana. Dado que de él depende en buena parte la garantía del goce efectivo del derecho en concreto, además de la irradiación que debe impregnar la interpretación del ordenamiento jurídico en todas las cuestiones relacionadas a este. Siguiendo esta línea, la Suprema Corte Mexicana ha resaltado el impacto del derecho internacional sobre los derechos humanos, en especial lo concerniente a cómo debe entenderse el derecho a la salud como parámetro de control constitucional, en tanto no sólo se integra con:

---

<sup>1</sup> Jung, Hirschl, *et al.*, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law* 62, pp. 1043-1094. V., Asimismo, Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8/3/2018, párr. 113 con referencia a normas constitucionales en 19 de los 23 países que han ratificado la Convención.

<sup>2</sup> Cf., Parra Vera, “The protection of social rights”, *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Cf., Arango, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, y Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*; Clérico, Ronconi, *et al.*, *Tratado de derecho a la salud*.

- el artículo 4o. constitucional, sino también con
- el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante PIDESC—, aclarando que
- “según los estándares internacionales en la materia, incluidos los jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>3</sup>

Así, los estándares internacionales e interamericanos sobre el derecho a la salud no solo son una valiosa pauta de interpretación de la que se debe nutrir la aplicación en el orden interno, sino que además integran el parámetro de control constitucional de las normas, actos y omisiones. Este marco es el hilo conductor de nuestro capítulo. Sobre la base de esos estándares mostramos algunas estrategias claves para reforzar la protección judicial del derecho a la salud.<sup>4</sup> Para ello, presentamos:

- los elementos básicos del derecho,
- las pautas de interpretación, para resaltar luego
- los avances en la región respecto de obligaciones inmediatas y progresivas que surgen del derecho a la salud.

De forma transversal, enfatizamos que la interpretación y aplicación del derecho a la salud requiere tener en cuenta los contextos ampliados y específicos<sup>5</sup> en los que se plantea el caso. Todo ello para identificar si existen situaciones de asimetría de poder, que, por diversos factores, evidencian que el caso requiere ser tratado desde la desigualdad estructural e interseccional.

<sup>3</sup> Ortiz Mena, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 337-338; Carbonell, J.; Carbonell, M. “¿Qué podemos hacer para mejorar el derecho a la protección de la salud en México? un diagnóstico y una propuesta”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, pp. 169-202.

<sup>4</sup> Pou Giménez, “Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso Pabellón 13 (AR 378/2014)” en *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivara de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. pp. 501-502.

<sup>5</sup> SCJN, *Protocolo para Evaluar con Perspectiva de Género*, México, 2020. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocoloparajuzgarconperspectivadegenero%28191120%29.pdf>

## II. La salud como derecho

Cuando hablamos de derecho a la salud presuponemos, al menos, cuatro elementos básicos:<sup>6</sup>

sujetos titulares del derecho	sujetos obligados por el derecho
el objeto-prestación de los derechos	
las garantías de protección	

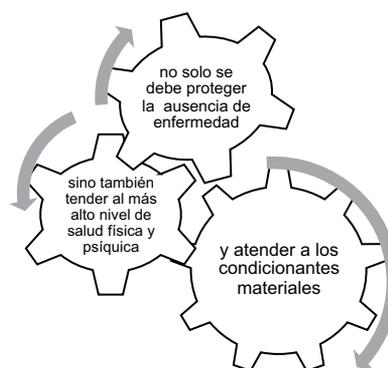
Cuadro núm. 1. Elaboración propia.

### A. Sobre quién o quiénes son sujetos titulares del derecho a la salud

El sujeto titular del derecho es una persona o un conjunto de personas; por ejemplo, un colectivo, tal como podría ser una comunidad indígena.<sup>7</sup> En el DIDH en general se encuentra el sujeto titular enunciado como *toda persona* o similar; mientras que en instrumentos específicos se habla de *mujeres* —CEDAW—, *niños y niñas* —CDN—, *personas con discapacidad* —CPDC—, entre otros.

### B. Sobre el objeto-prestación

El objeto es el contenido o materia del derecho. El derecho a la salud consagrado es amplio en cuanto a su objeto:



<sup>6</sup> Cf., Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

<sup>7</sup> Comité DESC, Observación General Núm. 21, párr. 9.

Es decir, implica también aquella gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones materiales merced a las cuales las personas pueden acceder a la salud; tales como alimentación adecuada, vivienda, educación, acceso a agua potable y a condiciones sanitarias adecuadas, a condiciones de trabajo seguras y sanas, y a un medio ambiente sano.<sup>8</sup> En este sentido, además de la amplitud del objeto y sus condicionantes materiales debe atenderse a la interdependencia de los derechos.<sup>9</sup>

### C. Sobre los sujetos obligados y las obligaciones que surgen del contenido del derecho a la salud

Los sujetos obligados por el DIDH son los Estados. Por supuesto estos implican una multiplicidad de órganos —legislativo, ejecutivo, judicial— y agencias: el Estado nacional, los Estados federados o provinciales, el Estado municipal, sociedades estatales, personas de derecho público, entre otras. A su vez, en el ámbito de protección interna de los derechos, no solo el Estado en su multiplicidad es el sujeto obligado, también pueden serlo las empresas nacionales o multinacionales e incluso un sujeto particular. Del contenido del derecho surgen para los sujetos obligados dos tipos de obligaciones, las de no-intervención —obligaciones negativas—<sup>10</sup> y las de hacer, —obligaciones positivas—<sup>11</sup> como para todos los derechos.

<sup>8</sup> Cf., Comité DESC, Observación General Núm. 14. Sobre el punto v. Lema Añón, C., *Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social*.

<sup>9</sup> Al respecto, V., Corte IDH caso *Lakha Honnat vs Argentina* donde se sostuvo “la interdependencia, autonomía e indivisibilidad de los DESC”. V. Ronconi, Barraco, “La consolidación de los DESC en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina”, en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de la República*, Sobre este tema, en el ámbito interno, V., Cobo, Charvel. “Mexican apex judiciary and its multiple interpretations: Challenges for the constitutional right to health” en *I-CON* 1254-1282.

<sup>10</sup> El derecho a la salud genera obligaciones de no intervención: un caso paradigmático lo representa la tenencia de estupefacientes para fines de consumo personal. Al respecto, la CSJN argentina sostuvo en el caso *Arriola* que la norma que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal es inconstitucional a la luz del principio de autonomía personal. En lo que podríamos llamar una postura intermedia, la Primera Sala de la SCJN mexicana precisó que el derecho a la salud debía entenderse en sentido amplio para incluir obligaciones a cargo del Estado para proteger a la población. Así, se determinó que el legislador puede emitir legislación que limite la libertad de las personas si ello redundaría en la protección de la salud, por lo que una ley que prohíba el consumo de ciertos productos considerados nocivos no resulta inválida por la única razón de interferir con la libertad de la persona de decidir sobre su cuerpo. Sin embargo, en el caso, sostuvo que la norma era inconstitucional por resultar una prohibición absoluta del consumo Cf., “Inconstitucionalidad De La Prohibición Absoluta Al Consumo Lúdico O Recreativo De Marihuana Prevista Por La Ley General De Salud”, Primera Sala, Décima época, 22 de febrero de 2019 Reg. 2019365.

<sup>11</sup> Los deberes positivos del Estado son, por lo menos, de tres tipos:

## D. Garantías

Para garantizar el cumplimiento y prevenir el incumplimiento de las obligaciones y así, posibilitar el goce efectivo del derecho o su reparación ante una violación, entran en juego *las garantías en sentido amplio*; es decir, los medios de protección del derecho, tales como la acción de amparo, la medida cautelar, la acción de *habeas data*, el control de constitucionalidad y convencionalidad, entre otros. Las garantías reparadoras y preventivas deben ser también garantías políticas, sociales, económicas y culturales. Asimismo, no pueden estar ausentes garantías administrativas y judiciales eficaces; estas se pueden resumir bajo el rótulo de *acceso a la justicia*.<sup>12</sup>

## III. ¿Como deben interpretarse las obligaciones y el contenido del derecho a la salud? Cánones, contextos, desigualdades e interseccionalidades

Para interpretar el contenido y las obligaciones que surgen del derecho a la salud son aplicables todos los cánones de la interpretación. Sin embargo, es de suma importancia considerar aquellos más específicos para la acertada interpretación

a) de aprobar leyes u otras normas que terminen de generar las condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro tipo para reclamar por el goce efectivo de los derechos;

b) de organización y procedimiento que exigen que el Estado haga algo suficiente y eficaz en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para que se puedan realizar los derechos, controlar, fiscalizar y coordinar las acciones de los agentes de salud para prevenir incumplimientos y establecer procedimientos eficaces de exigibilidad para los casos de incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones.

c) de dar, por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, etc.; la prestación directa de servicios de salud; financiamiento de tratamientos y operaciones.

<sup>12</sup> Esta tutela judicial hay que pensarla en su dimensión individual y en su dimensión colectiva. Sobre el impacto del amparo en México. Cobo, Charvel. "Mexican apex judiciary and its multiple interpretations: Challenges for the constitutional right to health" en *I-CON*, 1254-1282. Debe tenerse presente que la garantía de acceso a la justicia debe ser interpretada también desde una perspectiva de género, niñez, discapacidad. En este sentido, debe ser criticada la sentencia de la SCJN, Segunda Sala, AR/1061/2015, Ministro Eduardo Medina Mora I., donde se establece la necesidad de que una persona indigente debería haber cumplido Requisitos del Seguro Popular: comprobante de domicilio, número de ciudadano, acta de nacimiento y recibo del pago de la cuota para ver garantizado sus derechos sociales.

del DIDH y del Derecho Interamericano. En este sentido, cabe integrar la interpretación del artículo 4 de la Constitución, con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante, PIDESC— y tomar en serio el sentido común del contenido de ambos; —interpretación textual— que como ya vimos establecen un contenido amplio del derecho. Además, estos textos requieren ser interpretados,

- *en forma dinámica, es decir, como instrumentos vivos, abiertos al contexto,*
- *optando por los desarrollos interpretativos progresivos que*
- *mejor protejan el derecho y le den un mayor alcance —principio pro persona—,*
- *considerando que son normas que fueron aprobadas para ser cumplidas —principio de buena fe—*
- *de acuerdo con el objeto y fin de la CADH y del PIDESC, que es la protección de los derechos —interpretación teleológica—*
- *descartando así cualquier interpretación que deje al derecho sin efecto útil en la práctica.*<sup>13</sup>

Los estándares relevantes sobre derecho a la salud, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— como así también del Comité de DESC son producto de la aplicación de esas pautas interpretativas y nos sirven como a) valiosa pauta de interpretación en el hacer judicial cotidiano y b) parámetro de control de las normas y actos que se atacan por inconstitucionales/inconvencionales.

Desde hace varios años, el Comité de DESC ha asumido fuertemente la misión interpretativa de su mandato a través de sus *Observaciones Generales* —en adelante, OG—. Estas surgen de años de práctica de examinar informes, del diálogo constructivo con los Estados partes, de diferentes organizaciones de derechos humanos y de la sociedad civil, y de ruedas de consulta con personas académicas y expertas. En estas OG el Comité está realizando interpretación constante de las normas del PIDESC, estableciendo pisos y no techos. Esto quiere decir que, en el

---

<sup>13</sup> Cf., Burgorgue-Larsen, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos” en *Estudios Constitucionales*, Año 12, Núm. 1, 2014, pp. 105-161.

ámbito interno, quien emprenda la tarea de interpretar las obligaciones debe tener en cuenta a la OG Núm. 14<sup>14</sup> como así también las que surjan del Comité de la CEDAW, de la CDN, del CDR y de la CDPD, entre otras, en atención a si las personas afectadas son mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, personas adultas mayores, comunidades indígenas, afrodescendientes, entre otras.

Como ejemplo, vale lo que la propia Corte IDH hace cuando las toma en cuenta para determinar el contenido de las obligaciones que surgen del derecho a la salud. En casos como aquellos sobre el derecho a la atención de urgencia de una persona adulta mayor o sobre el derecho a la salud de personas que viven con VIH, la Corte IDH confirmó, —refiriéndose a la mencionada OG Núm. 14— que estos comprenden la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de *disponibilidad*, *accesibilidad*, *aceptabilidad* y *calidad*.<sup>15</sup> Estos fueron parámetros de control para identificar las violaciones al derecho a la salud en ambos casos por accionar estatal insuficiente e inadecuado en el primero; y omisivo en el segundo. La Corte, en diálogo con la OG Núm. 14, define cada uno de dichos principios de la siguiente manera:

Disponibilidad	los Estados deberán contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud.
Accesibilidad	los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser: <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado,</li> <li>✓ accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población —no discriminación—,</li> </ul>

<sup>14</sup> Respecto de la OG Núm. 14 del Comité de DESC, la Corte la consideró principal instrumento interpretativo en la materia, como un genuino referente para interpretar a su vez a la Constitución mexicana. Así lo determinó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, AR/315/2010 de 28 de marzo de 2011. Al respecto, V., Ortiz Mena, *Op. Cit.*, pp. 337-338.

<sup>15</sup> Corte IDH, caso *Poblete Vilches vs. Chile*, y caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*.

	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginado —accesibilidad física—,</li> <li>✓ accesibles en clave de costos —accesibilidad económica—,</li> <li>✓ accesible respecto de la información —derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud—. El acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad —accesibilidad informativa para la afectada, a su vez deber de confidencialidad para los efectores de salud—.</li> </ul>
Acceptabilidad	<p>los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades.</li> </ul>
Calidad:	los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Cuadro núm. 2. Elaboración propia. Fuentes: Corte IDH, Comité de DESC.

Además, la Corte IDH establece que el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar el derecho a la salud “deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados”.<sup>16</sup> Este desarrollo interpretativo es acorde a lo que han alertado diversos órganos de protección internacional de derechos humanos, como algunas altas cortes de la región e incluso la academia, respecto a las realidades nacionales, regionales e internacionales marcadas por fuertes desigualdades socioeconómicas y por patrones históricos de discriminación contra

<sup>16</sup> *Idem.*

ciertos colectivos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CIDH—, en un informe temático reciente, sostuvo que:

[...] el sistema interamericano no sólo ha recogido una noción formal de igualdad, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación. Por ello, se debe incorporar un enfoque interseccional y diferencial, incluyendo la perspectiva de género, que tome en consideración la posible agravación y frecuencia de violaciones a los derechos humanos en razón de condiciones de vulnerabilidad o discriminación histórica de las personas y colectivos como el origen étnico, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género o posición económica, entre otras condiciones, en el marco de las actividades y operaciones empresariales”,<sup>17</sup> entre otros muchos marcos.

Cuadro núm. 3. Elaboración propia. Fuente: CIDH, Informe Empresas y Derechos Humanos.<sup>18</sup>

La Corte IDH ha generado una robusta jurisprudencia en este sentido. Así, por ejemplo, sostuvo que los Estados deben tomar en cuenta que las poblaciones que viven “en circunstancias adversas y con menos recursos, [como quienes...] viven en condiciones de pobreza, enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad”.<sup>19</sup> Es decir, en concreto, se requiere identificar situaciones de poder asimétrico o contextos de desigualdad estructural por género, pobreza, edad, discapacidad, situación migratoria, etnia, poder médico,<sup>20</sup> etc., que caracterizan el caso. En otras palabras, es necesario tener en cuenta si la medida atacada tuvo en cuenta la posición de desventaja de las personas afectadas, que tiene un efecto devastador en el goce efectivo del derecho a la salud, de las personas que se encuentran

<sup>17</sup> CIDH, *Empresas y Derechos Humanos*, párr. 46.

<sup>18</sup> Cf., Relatoría DESCA, CIDH *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019, OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II.

<sup>19</sup> Corte IDH, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párr. 273; caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párrs. 336-338. CIDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, 2017.

<sup>20</sup> Cf., Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*.

en situación de vulnerabilidad,<sup>21</sup> marginación<sup>22</sup> o desigualdad estructural e interseccional.<sup>23</sup>

Esto implica que el Estado debe prestar especial consideración a cómo sus acciones u omisiones —o la de los particulares— impactan en las situaciones concretas de desigualdad. Entonces cuando se evalúa según el caso si se respeta, protege, cumple, promueve, garantiza, favorece el derecho, se debe considerar en qué situación se encuentran las mujeres, los niños, las personas de edad avanzada, las personas con discapacidad, las minorías, las personas migrantes, los pueblos o comunidades indígenas, y las personas que viven en la pobreza. Sostenemos que tales casos no pueden ser analizados en forma aislada, sino que se requiere una consideración del contexto ampliado que dé cuenta de la complejidad estructural del sistema económico-social, las desigualdades que ha venido perpetuando y la obligación del Estado de revertir esa situación y asegurar la realización de los derechos humanos mediante acciones eficaces. En este sentido, compartimos algunos ejemplos donde el caso requirió un abordaje contextual y estructural.

La Corte Constitucional Colombiana el 31 de julio de 2008 dictó sentencia T-760,<sup>24</sup> en la que se habían acumulado 22 acciones de tutela por temas de salud, ordenando obligaciones puntuales para resolver los reclamos individuales. Sin embargo, avanzó en la cuestión de fallas generales y ante la reiteración de casos sostuvo que los problemas no eran aislados y específicos de ciertos usuarios, sino que esos 22 casos representaban problemas estructurales de los diferentes niveles del sistema de salud colombiano, afirmado que se trataba de un *estado de cosas inconstitucional*. Concluyó que representaban violaciones generales a las obligaciones de respetar, promover y garantizar y dispuso una serie de *reparaciones estructurales* del sistema, entre otras, la

<sup>21</sup> Cf., Casla, “Rights and responsibilities: Protecting and fulfilling economic and social rights in times of public health emergency”, *Covid-19, Law and Human Rights: Essex dialogues*.

<sup>22</sup> Cf., Comité DESC *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (Covid-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*.

<sup>23</sup> Cf., CIDH, 2017, párr. 235; CIDH, Res. 1/20; Corte IDH, Declaración 01/20. Asimismo, Cf., Corte IDH, caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en San Antonio de Jesús vs. Brasil*. Además, Cf., Courtis, C., “El derecho humano a la salud y las obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo: perspectivas desde el derecho internacional”.

<sup>24</sup> Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-760-08.htm>

actualización, aclaración y unificación de los planes de cobertura (también llamado POS, Plan Obligatorio de Salud).<sup>25</sup>

Cuadro núm. 4. Elaboración propia. Fuente: CCC.

Otro ejemplo se refiere al derecho a la salud y a sus condicionantes materiales. Las personas que viven en barrios populares o en asentamientos precarios suelen estar más expuestas a los riesgos graves que genera para la salud los basurales a cielo abierto —que, por ejemplo, pueden explotar por acumulación de metano—. <sup>26</sup>

Al respecto cabe mencionar las medidas cautelares otorgadas el 23 de abril de 2019 por la CIDH a favor de pobladores del ejido Emiliano Zapata en Chiapas, México para proteger sus derechos a la vida, integridad personal y salud, por una alegada contaminación relacionada con un basurero a cielo abierto y un relleno sanitario manejados por una empresa privada. La CIDH solicitó al Estado, entre otras medidas, que informe sobre las acciones adoptadas para mitigar las fuentes de riesgo. En la evaluación de la concesión de la cautelar enfatizó que

no solo los altos grados de exposición a sustancias tóxicas o peligrosas representan una amenaza a los derechos a la vida, integridad personal y salud sino también pueden hacerlo la exposición crónica y permanente de bajo nivel a tales sustancias [...]. A fin de proteger los derechos humanos amenazados en tales circunstancias, los Estados tienen, entre otras obligaciones, el deber de generar, recopilar, evaluar y actualizar la información adecuada, comunicarla efectivamente, en particular a la población en riesgo, facilitar el derecho de participación de los titulares de derechos en la toma de decisiones en tales contextos, así como implementar acciones para que las empresas involucradas con el manejo de tales sustancias realicen la diligencia debida en materia de derechos humanos.<sup>27</sup>

Cuadro núm. 5. Elaboración propia. Fuente: CIDH.

<sup>25</sup> Sobre el impacto de estas sentencias en el caso colombiano Cf., Rodríguez Garavito, Rodríguez Franco, Cortes y cambio social. *Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Arango, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana” y Parra Vera, Yamin, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica” en *Tratado de Derecho a la salud*.

<sup>26</sup> Por ejemplo, TEDH, *Caso Öneriyildiz vs. Turquía*, Núm. 48939/99, párrs. 89 y 90.

<sup>27</sup> CIDH. Resolución 24/2019. Medidas Cautelares Núm. 1498/18. *Marcelino Díaz Sánchez y otros (México)*. 23 de abril de 2019, párr. 24.

## IV. Obligaciones que surgen del contenido del derecho a la salud: pistas metodológicas

Si el derecho implica una facultad para las personas tituladas; por el contrario, para los sujetos obligados, implica un mandato de cumplimiento de obligaciones que versan entre el *hacer o no hacer*, como explicamos anteriormente. Existen diversas clasificaciones de las obligaciones que retomaremos a lo largo del trabajo, como las de respetar, proteger, cumplir y fomentar.<sup>28</sup> En especial, resaltaremos las obligaciones de *cumplimiento inmediato* y las obligaciones de *desarrollo progresivo*, que fueron ampliamente trabajadas por el Comité DESC y receptadas por la Corte IDH en su jurisprudencia sobre DESC en forma complementaria a las obligaciones pilares de la CADH de respetar y garantizar.

### A. Obligaciones inmediatas

Las obligaciones inmediatas que surgen del derecho a la salud son de cumplimiento impostergable para el Estado y los otros sujetos obligados. Por eso, en forma ilustrativa se dice que son de *cumplimiento ya*. Así, las obligaciones de cumplimiento inmediato se violan si no se garantiza, por ejemplo:

- el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- acceso a métodos anticonceptivos modernos. O cuando

---

<sup>28</sup> La obligación de respetar el derecho a la salud refiere en particular a la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho, así como de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. La obligación de proteger incluye, entre otras cosas, la obligación de adoptar leyes u otras medidas que resulten necesarias para impedir que terceros interfieran en el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud. Finalmente, la obligación de cumplir apunta a la necesidad de que los estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y sus ordenamientos jurídicos nacionales y que adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.

- No se vela por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud o;
- No se adopta y aplica, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.<sup>29</sup>

En cuanto a la obligación de generar normas de organización y procedimientos, tiene como finalidad, por ejemplo, la de regular, fiscalizar y supervisar establecimientos públicos o privados. En este sentido, respecto de las actividades que implican riesgos significativos para la salud, la Corte IDH sostuvo la obligación de regular el funcionamiento de bancos de sangre<sup>30</sup> y la de regular, supervisar, fiscalizar y vigilar en forma efectiva las actividades especialmente peligrosas que ponen en peligro la salud y vida de las personas que trabajan en fábricas.<sup>31</sup>

Respecto de los pasos argumentativos para evaluar obligaciones de cumplimiento inmediato resulta ilustrativo el caso paradigmático *Poblete Vilches vs. Chile*, sobre derecho a la salud mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a la situación especial de vulnerabilidad de una persona adulta mayor.<sup>32</sup> Los hechos del caso ocurrieron en Chile, y se asemejan a muchos otros que ocurren en diversos estados de la región.

Poblete Vilches era un adulto mayor de 76 años, con antecedentes de diabetes tipo 2, hipertensión y una arritmia. El 22 de enero de 2001 fue atendido por una insuficiencia respiratoria grave en un hospital público e internado en cuidados intensivos. Durante la internación y mientras estaba inconsciente, fue sometido a una intervención quirúrgica, sin que Poblete Vilches ni sus familiares hubiesen prestado consentimiento previo para esa intervención. Poblete Vilches fue dado de alta aunque en forma temprana con

<sup>29</sup> Cf., Comité DESC, OG 14, párr. 43.

<sup>30</sup> Corte IDH, *González Lluy vs. Ecuador*, 2015.

<sup>31</sup> *Idem*, *Empleados de la Fábrica de Fuegos en San Antonio de Jesús vs. Brasil*. Asimismo, en el caso de México, V., CIDH, Informe Empresas y Derechos Humanos, 2020, párr. 351.

<sup>32</sup> *Idem*, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Cf., Aldao, Clérico, “El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones imposterables y no ponderables” en *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete Vilches de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

un cuadro de fiebre y emanando pus por las heridas. Al poco tiempo tuvo que volver al hospital. Su estado de salud era grave, a la insuficiencia respiratoria se le sumó probable shock séptico. No fue internado en cuidados intensivos. Faltaban camas. La unidad de cuidados intermedios fue su destino. El tratamiento requería un respirador artificial. No se lo suministraron. Tampoco fue trasladado a otro centro con disponibilidad. De los hechos se desprende que, durante al menos cinco días, experimentó diversos sufrimientos motivo de la desatención a sus particulares condiciones de salud. Falleció el 7 de febrero de 2001. Los familiares de Poblete Vilches acudieron a la justicia solicitando que se investigara la conducta del personal médico interviniente. En el orden interno no se determinó responsabilidad alguna por la muerte de Poblete Vilches. El caso llegó por denuncia a la CIDH y luego fue elevado a la Corte IDH, emitiendo sentencia en 2018.

Cuadro núm. 6. Fuente: Aldao/Clérico, 2019.

La resolución del caso presenta los siguientes pasos que estructuran la argumentación y que sirven para resolver casos similares:

- interpreta el derecho a la salud como parte del texto normativo relevante, en el caso, el art. 26 CADH sobre derechos sociales;
- determina el contenido del derecho por medio del análisis de los estándares relacionados con el derecho a la salud referidos a disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio de salud y en situaciones de urgencias médicas en general; para combinarlos a renglón seguido con la situación de las personas adultas mayores;
- así surge el parámetro para establecer si el Estado violó o no sus obligaciones a la luz de los contenidos.
- se determinan las acciones y omisiones del Estado de Chile en el caso concreto y evalúan de acuerdo con el parámetro establecido anteriormente.
- De esto resulta que<sup>33</sup> el Estado “no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares

<sup>33</sup> La Corte IDH precisará aún más en *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* los tres pasos argumentativos para evaluar una violación a un DESC. Primero la Corte determina si la persona afectada justificó que el derecho social afectado es un DESC que surge del art. 26 de la CADH. Segundo, se evaluará si la acción

referidos, por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia.”<sup>34</sup>

La Corte IDH sostiene que el derecho a la salud respecto de la atención de urgencia es de cumplimiento inmediato. No se pregunta si el Estado tuvo razones para no cumplir con sus obligaciones —que habilitaría un conflicto entre razones y contra razones—. Aclara que

respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas adecuadas, 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.<sup>35</sup>

La Corte IDH, explica con mayor precisión cómo es delimitable el contenido de este derecho en situaciones de urgencia:

exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad<sup>36</sup>

En este sentido se retoma el desarrollo interpretativo que surge de la OG 14 del Comité de DESC y agrega nuevos elementos a partir de su jurisprudencia. Entonces, de la combinación de estas referencias, surge que el derecho a la salud genera obligaciones de cumplimiento inmediato que se refieren al contenido mínimo del derecho. En suma, la opción metodológica tomada por la Corte IDH fue la de delimitar los “contenidos relevantes del derecho a la salud, aplicables a cada uno de

---

u omisión estatal afecta el contenido del derecho a la salud. Tercero, se determinará si el Estado no cumplió con las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas. Corte IDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, párr. 97.

<sup>34</sup> Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, párr. 175.

<sup>35</sup> *Idem*, párr. 104.

<sup>36</sup> *Idem*, párr. 174.

los casos según sus particularidades”<sup>37</sup> con ayuda de las interpretaciones que surgen especialmente de las producciones del Comité de DESC para luego, adjudicarlos *directamente* al caso concreto, estableciendo si esos contenidos fueron satisfechos o no respecto de las víctimas.<sup>38</sup> El cumplimiento de obligaciones inmediatas es una regla: si se da el antecedente se sigue el consecuente.<sup>39</sup> El estado no puede alegar contra razones para desplazar el cumplimiento de la obligación. El estado debe demostrar qué hizo para cumplir con la obligación.

## B. Obligaciones de desarrollo progresivo

La referencia a contenidos que son de cumplimiento inmediato no quiere decir que solo se protejan aquellos:<sup>40</sup> los otros contenidos también son exigibles. En este sentido, las obligaciones de desarrollo progresivo<sup>41</sup> suponen un *continuar haciendo*.<sup>42</sup> El cumplimiento no es discrecional para los Estados, sino que sobre esa base se los Estados Parte tienen la obligación de continuar adoptando medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho de toda persona. Aquí se requiere aplicar procedimientos de adjudicación de derechos tales como

<sup>37</sup> Serrano Guzmán, “Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019”, en *Interamericanización de los DESC. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 132.

<sup>38</sup> Cf., Aldao, Clérico, *Op. Cit.*, Courtis, “Prólogo” en *Interamericanización de los DESC. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 15.

<sup>39</sup> V., por ejemplo, este ejercicio en relación con el derecho a la salud, en: Ronconi, “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos” en *Salud colectiva*, pp.131-149. Asimismo, De Fazio, “Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales” en *Isonomía*, pp. 95-115.

<sup>40</sup> Añón Roig, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades*, p. 57.

<sup>41</sup> En *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, la Corte IDH se refiere expresamente a la jurisprudencia de las altas Cortes de la región sobre progresión y regresión arbitraria en casos sobre derechos sociales, por un lado, y derecho a la salud de las personas que viven con VIH por el otro, párrs. 108-117; voto razonado, párr. 40. Aquí la Corte IDH está en diálogo con las producciones locales y aparece la aproximación *bottom up*. La Corte IDH no está generando interpretaciones en el vacío: “lo que el Tribunal Interamericano incorpora en el presente caso constituye un piso mínimo en materia de derecho a la salud de las personas que viven con el VIH” [voto razonado de E. Ferrer Mac-Gregor]. Por el otro lado, la Corte IDH alerta que esta jurisprudencia constituye un piso y no un techo.

<sup>42</sup> Comité de DESC de la ONU, OG Núm. 21 párr. 45. Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, párr. 124.

los referidos a exámenes de los escrutinios, razonabilidad, proporcionalidad o de necesidad en una sociedad democrática; ya sea por precedentes, por analogía, entre otros.

Para la Corte Constitucional de Colombia —en adelante, CCC—, el principio de progresividad tiene al menos tres consecuencias concretas para efectos de la exigibilidad judicial de los derechos sociales:

- i) la existencia de una política pública orientada al goce efectivo de los derechos,
- ii) de existir la política pública, que sus contenidos sean protegidos por medio de un recurso judicial,
- iii) y la limitación de la facultad discrecional de la autoridad para implementar medidas regresivas.<sup>43</sup>

Asimismo, se podría sumar una cuarta consecuencia

- iv) la mirada del caso y de la adecuación de la política implementada desde una concepción robusta de igualdad que considere la desigualdad estructural<sup>44</sup> interseccionada.

Cuadro núm. 7. Elaboración propia.

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 302/2017, Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo del 2017, puntos 8.1.6., 8.1.7. y 8.1.8.

<sup>44</sup> En este sentido, por ejemplo, es una violación del derecho a la salud de la mujer y a no ser objeto de discriminación que el Estado no destine suficientes recursos a las necesidades específicas de salud de las mujeres. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer condenó en un caso concreto a Brasil por una muerte materna prevenible. Se trataba una mujer de ascendencia afrobrasileña que murió por complicaciones obstétricas tras habersele denegado un servicio de atención materna de calidad, tanto en un centro de salud público como en uno privado. Los hechos trascienden el caso concreto y alcanzaron un nivel grave de abandono por parte del sistema, incluida la insuficiencia de recursos y la ineficacia en la aplicación de las políticas del Estado. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. el Brasil*, comunicación núm. 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008, párr. 7.6; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general Núm. 24: La mujer y la salud, art. 12 de la Convención, 1999; recomendación general Núm. 19 y 35 sobre violencia de género; Núm. 33 sobre acceso a la justicia; y ONU, Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer en su Informe sobre Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva de 2019.

Lo dicho se puede ejemplificar con el caso “Pabellón 13” de la SCJN mexicana. Para Pou Giménez, se enmarca en la evaluación de obligaciones de desarrollo progresivo frente al reclamo concreto de tres amparistas que reclamaban la construcción de un nuevo centro de salud para las personas con VIH.

El caso se inició en el 2012 por la vía del amparo por un reclamo de tres personas con VIH en atención al tratamiento que recibían en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias —INER—. Este hospital está bajo la dirección de la Secretaría de Salud y atiende a la población que no está asegurada por de los sistemas de seguridad social, sino de las instalaciones. Los amparistas venían reclamando desde el 2007 por la atención deficitaria recibían en el Pabellón 4 del INER. Debían compartir espacio con otras personas enfermas lo que les podía generar un riesgo de contagio por vivir con VIH y ser personas inmunodeprimidas. En 2008 la autoridad competente aprobó primero un proyecto de remodelación del Pabellón 4; luego se inclinó por la sustitución por medio de la construcción de un edificio nuevo —el Pabellón 13—. Frente a la falta de avance de la obra, los reclamantes interpusieron el amparo en 2012. Por su parte el Estado sostenía que no estaba obligado a la ejecución de la obra aun cuando el proyecto contara con un certificado de necesidad. Y que estaba cumpliendo con su obligación pues los pacientes fueron atendidos y dados de alta en las instalaciones con las que contaba el INER.

Cuadro núm. 8. Elaboración propia.

Para Pou Giménez, el Estado alegaba un argumento de contenido mínimo, ya que, por cierto, los pacientes recibían atención en hospitales. Sin embargo, los quejosos reclamaban en relación con las condiciones en que se llevaba a cabo esa atención, y alegaban que la construcción del nuevo módulo implicaba una mejora. “La Segunda Sala considera probado que existen necesidades de garantía del derecho a la salud, en sus muchas dimensiones, derivado de las propias afirmaciones de las autoridades sanitarias. Y observa entonces que, a pesar de que no todas esas dimensiones de goce son de exigibilidad inmediata, el Estado tiene que demostrar que está adoptando acciones encaminadas a asegurar su disfrute progresivo y que está poniendo en uso el máximo de los recursos disponibles”.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Cf., Pou Giménez, *op. cit.*

Si bien admitió que la disponibilidad de recursos podía ser un condicionante a la hora de adoptar medidas; alertó que ello no constituye una justificación suficiente —más allá de que no se había aportado prueba—. Por ello, la autora considera que lo que se evaluó fue si la construcción implicaba mejoras en la atención, y que justamente fue lo que se consideró relevante a la hora de interpretar las obligaciones de carácter progresivo a la luz de la garantía del nivel más alto posible de salud.

### C. Obligación de no regresividad

La obligación de desarrollo progresivo implica, además, la obligación de no regresión o prohibición de regresividad.<sup>46</sup> El retroceso o regresión se presume *prima facie* inválido/ inconstitucional, y las razones del Estado se someten a un *escrutinio estricto*. Esa presunción implica el traslado de la carga de la argumentación o justificación —de hecho y de derecho— al Estado y la aplicación de un estándar de justificación.

A primera vista, en el supuesto de regresión, el problema no radica en una omisión estatal, sino en una acción estatal que implica empeorar la situación existente. Por lo general, además, la regresión viene anunciada por varias acciones estatales —leyes, decretos, resoluciones— que implican modificaciones o derogaciones de normas de actos que garantizaban determinados niveles de realización de los derechos. En suma, la regresión parece acontecer sobre posiciones de derechos fundamentales ganadas. Las modalidades que puede adoptar son varias, por ejemplo, la CCC señala que una medida es regresiva cuando:

- i) se recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del derecho involucrado;
- ii) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; y

<sup>46</sup> V., al respecto, la contribución de Christian Courtis en este mismo volumen.

iii) cuando disminuye o desvían sensiblemente los recursos públicos destinados a su satisfacción.<sup>47</sup>

Cuadro núm. 10. Elaboración propia.

A los efectos prácticos resulta útil realizar el siguiente ejercicio para determinar el estado de retroceso/regresión en la satisfacción del derecho que surge de comparar:

- El estado de satisfacción del derecho antes de la implementación de la medida,
- El estado de satisfacción durante la implementación de la medida —progreso—.
- El estado que se produce por la interrupción de la medida —retroceso—.

Cuadro núm. 11. Elaboración propia.

Probablemente la estrategia argumentativa del Estado sea también tratar de demostrar que se sigue garantizando un contenido igual o similar al anterior pero que sólo han cambiado los medios. Estas argumentaciones deben ser puestas a prueba, con lo que el medio que se examinará será la interrupción de la acción y la subsiguiente acción que es atacada por insuficiente.<sup>48</sup>

Al respecto, sirve como ejemplo el caso “Campodónico de Beviaqua”<sup>49</sup> de la CSJN argentina:

<sup>47</sup> Cf., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 313/14, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pp. 7 y 8, y, Cf., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 556/09, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>48</sup> Cf., Clérico, Laura, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*.

<sup>49</sup> CSJN, 24/10/2000, Fallos: 323:3229. V., amplia recepción de este fallo en la academia internacional; Cf., Langford, *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cf., Krennerich, “Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik”, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*.

El niño se encontraba en situación de discapacidad desde su nacimiento. Desde entonces recibía sin cargo, por parte del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas. La institución informó a los padres que iba a interrumpir la entrega de la medicación. Al respecto, alegaba que el niño poseía obra social; que asimismo podía pedir un subsidio para la compra del medicamento al Estado provincial —por encontrarse domiciliado en la Provincia de Córdoba— o al Estado Nacional a través del Ministerio de Desarrollo Social. Además, sostenía que, si le seguía haciéndole entrega de la medicación, le estaba sacando la posibilidad de obtenerlo a otras personas que padecen cáncer y que también la requerían. El caso llegó por apelación a la Corte Suprema quien ordenó al referido Banco a que siguiera entregando el medicamento.

Cuadro núm. 12. Elaboración propia.

La justificación alegada por el Estado fue examinada a la luz del *test* de proporcionalidad como prohibición de regresión arbitraria:

<p><i>Idoneidad</i></p>	<p>El medio —M1— consistía en la interrupción de la entrega del medicamento y su reemplazo por la solicitud de un subsidio (provincial o nacional) para la compra del medicamento o la entrega por la obra social. Estos medios sustitutos no eran idóneos porque era incierto el tiempo en que duraría el trámite y si iba a ser otorgado, mientras tanto su enfermedad seguía siendo grave, requería el medicamento en forma urgente y sin interrupciones. Por lo demás, si bien poseía una obra social, ésta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento: según surgía del expediente, la obra social funcionaba en forma deficitaria. El niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de “urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño”, razón por la cual el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que, finalmente, resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación. La solicitud de subsidio tampoco era un medio idóneo pues era incierto si se lo</p>
-------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>otorgarían y hasta tanto lo hicieran el niño seguía necesitando el medicamento.</p>
<p><i>Medios alternativos</i></p>	<p>El Estado nacional no parece haber realizado todos los esfuerzos para que el niño obtuviera el medicamento en forma tan eficaz o aún mejor que a través del Banco Nacional de Drogas. El Estado nacional es el garante del funcionamiento eficaz de las obras sociales nacionales, con lo que a él le corresponde velar porque esa función sea cumplida y en forma adecuada y suficiente. Sin embargo, no bastaba alegar que el niño poseía una obra social sin que el garante del sistema asegurara que esa obra social entregaría el medicamento en forma segura, eficaz y continua. Asimismo, pudo haber garantizado a través de gestiones administrativas internas con el Ministerio de Desarrollo Social el otorgamiento del subsidio para la adquisición del medicamento, de forma tal que la interrupción fuera complementada con un medio tan eficaz como M1. En fin, todas estas consideraciones develan que el Estado nacional pudo haber implementado medios alternativos tan eficaces como mantener la entrega por medio del Banco Nacional de Drogas, con lo que la mera interrupción acompañada de alegaciones abstractas de supuestos medios alternativos devela el accionar regresivo e injustificado a la luz del derecho a la salud del niño en situación de discapacidad.</p>
<p><i>Proporcionalidad en sentido estricto</i></p>	<p>El accionar regresivo del Estado nacional se corrobora claramente injustificado cuando se someten sus alegaciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Recordemos, cuando más intensiva sea la restricción y peso del derecho afectado tanto más importantes deben ser las razones alegadas por el Estado. El derecho a la salud del niño presenta un peso alto. En este caso, está íntimamente conectado con el derecho a la vida del niño: si no recibía el medicamento su vida corría peligro. Además, por este mismo punto la restricción por causa de la interrupción es muy intensa. La determinación de la intensidad de la restricción y la urgencia del cumplimiento de la obliga-</p>

ción estatal surge de un ejercicio planteado por Arango:<sup>50</sup> basta con imaginarse cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar interruptivo y luego omisivo del Estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad y urgencia, el Estado no actúa a través de un accionar positivo. Incluso, en el caso, el derecho a la salud del niño parte desde el comienzo con un fuerte peso argumentativo. En este sentido, sería de aplicación la presunción de invalidez del acto por dos puntos: primero, se trata de un accionar regresivo que cae en el umbral del contenido básico del derecho a la salud. Segundo, el niño pertenece a varios de los grupos desaventajados que requieren del Estado un accionar positivo para que tengan acceso real al derecho a la salud; por un lado, por ser un niño, y por el otro, por ser una persona con discapacidad.<sup>51</sup>

Por todo ello, el Estado debió haber presentado razones muy imperiosas para poder justificar su accionar, extremo que no logró cumplimentar. La situación de extrema gravedad de la salud del niño y la urgencia en la necesidad de continuar el tratamiento no habían desaparecido. Por eso, seguían vigentes las razones por las cuales el Estado nacional decidió entregar el medicamento. El incumplimiento de aquella obligación por parte de la obra social alcanza al Estado nacional por ser éste el garante del funcionamiento del sistema de salud; con lo que la falta de eficacia en el control no puede ser cargada sobre las espaldas de quien padece la falta de funcionamiento del sistema, en este caso, el niño.

Cuadro núm. 13. Elaboración propia.

La pauta de “Campodónico” nos enseña que cuando el sujeto obligado debe hacer algo y hace —entrega del medicamento— luego no puede regresar sobre sus

<sup>50</sup> Cf., Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, y Cf., Arango, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana” en *Tratado de Derecho a la salud*, Buenos Aires.

<sup>51</sup> Sobre la especial situación de vulnerabilidad en estos casos V., Corte IDH, *González Lluy vs. Ecuador*.

pasos —regresión arbitraria— sin haber demostrado que la situación de gravedad y urgencia del estado de salud de la persona afectada ha cambiado, o que el derecho se puede satisfacer por otros medios alternativos tan o más adecuados que la entrega directa del medicamento.

## V. Derecho a la autonomía, salud sexual y salud (no) reproductiva

La jurisprudencia de las Cortes sobre derecho a la salud sexual y no reproductiva refleja un constante aumento en la región.<sup>52</sup> Esa jurisprudencia forma parte de movilizaciones legales más amplias de derechos para el goce efectivo de los derechos por mujeres, niñas y adolescentes. Estas acciones se vieron respaldadas por una cantidad creciente de documentos de relatorías y comité de Naciones Unidas como así también de informes de la CIDH y sentencias de la Corte IDH, como así también de legislación sobre acceso a métodos anticonceptivos modernos, educación sexual integral, aborto, entre muchas otras. En 2020 se aprobó en Argentina la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo —IVE— Núm. 27.610. En forma expresa se establece en la ley que ésta tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, *en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible*. A pesar de estos avances, la tarea es enorme ya que

“[...]la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales... Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre

<sup>52</sup> Cf., Bergallo, Ramón Michel, *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto*; Cf., Clérico, Ronconi, “Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, pp. 193-230; Cf., Cook, Erdman, et al. *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*; Cf., Palacios Zuloaga, “Pushing Past the Tipping Point: Can the Inter-American System Accommodate Abortion Rights?”, en *Human Rights Law Review*.

el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia.”<sup>53</sup>

Cuadro núm. 14. Elaboración propia.

Si bien se está avanzando en esta materia, sabemos que no basta con legislación, sino que se requiere que esta sea efectivamente implementada y que a su vez los sistemas de salud, de educación, entre otros, garanticen en concreto los avances logrados. Esto requiere, por un lado, llevar al centro del análisis las regulaciones sobre los sistemas de salud; y por el otro, visibilizar los estereotipos negativos de género que operan en contra de los derechos de mujeres, niñas y adolescentes, y que tienen un efecto más que desproporcionado en las personas que se encuentran en situación de pobreza. Por ello, se requiere que juezas y jueces cumplan con la obligación de no discriminación por razón de género e identifiquen, desarmen y destierren los nocivos estereotipos de género que “son obstáculos a la igualdad sustantiva entre los géneros, incluido el derecho en condiciones de igualdad a la salud sexual y reproductiva, *que hay que modificar o eliminar[...]*”.<sup>54</sup> Los estereotipos y percepciones negativas<sup>55</sup> están presentes en las leyes que prohíben en forma total el aborto o lo admiten en forma muy restringida. Asimismo, *agudizan* los estereotipos existentes, ya sea permeando y motorizando las prácticas de los efectores de salud<sup>56</sup> e incluso de los agentes policiales, de la fiscalía, de la defensa, judiciales y penitenciarios. Todo aquello tiene un impacto en la atención de salud en general y en particular en la salud sexual y reproductiva de las mujeres niñas y adolescentes, acrecentando la desigualdad estructural e interseccionada en la que se encuentran las mujeres en razón de pobreza.<sup>57</sup> Por eso, es importante que quienes resuelvan los casos sobre derecho a la salud sexual y reproductiva analicen el contexto, pues muchas de las restricciones a esos derechos no representan meros hechos ocasionales de intencionalidad individual, sino que

<sup>53</sup> Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*, 2016, párr. 243.

<sup>54</sup> Comité DESC, Observación General Núm. 22, párr. 28.

<sup>55</sup> Corte IDH, *op. cit.*, *passim*.

<sup>56</sup> Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, *Informe provisional sobre El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3/8/2011, párrs. 17 y 25.

<sup>57</sup> ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, En especial párrs. 43 y 44; 56.

son parte de procesos de mayor escala que agudizan la situación de desigualdad estructural e interseccionada de las mujeres. Todo esto atendiendo especialmente a las mujeres pobres; quienes enfrentan la criminalización de la emergencia obstétrica, se les niega el acceso a métodos anticonceptivos modernos —por ejemplo, el uso de pastillas anticonceptivas, píldoras de emergencia, entre otras—, y la interrupción de embarazos inviables<sup>58</sup> o producto de una violación sexual,<sup>59</sup> como así también al acceso voluntario a las ligaduras tubarias. En contraposición, además son sometidas a esterilizaciones forzadas durante el parto<sup>60</sup> u

---

<sup>58</sup> Sobre los pedidos de adelantamiento del parto en los casos en donde la vida extrauterina no es viable. En el caso “T. S.” CSJN, TS c/ Gobierno de la CABA s/ Amparo, 11 de enero de 2001. La Corte argentina resolvió por mayoría que la inducción del parto a una mujer en estado de embarazo de un feto anencefálico estaba permitida en atención al derecho a la salud de la madre —integridad psíquica—, frente al estado irreversible que excluye la viabilidad extrauterina del feto. De la doctrina de este fallo surge que el derecho a la continuación de la existencia intrauterina del feto puede colisionar con el derecho a la salud de las mujeres, entendida esta última no sólo como salud física sino también psíquica. Este punto resulta interesante, especialmente teniendo en cuenta que diversas normas de la región establecen que los abortos no están prohibidos cuando la continuidad del embarazo cause una afectación a la salud de la madre. V., la legislación de Paraguay, Venezuela, Guatemala, Perú, Belice, Chile, Colombia, Costa Rica, y algunos estados de México, entre otros.

<sup>59</sup> En forma reciente, la Corte Constitucional de Ecuador, en sesión ordinaria del 28 de abril de 2021, declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de una discapacidad mental”, contenida en el art. 150 numeral 2 del COIP, por ser contraria a la Constitución de la República del Ecuador —CRE—. Así, la Corte decidió que es inconstitucional criminalizar y sancionar con privación de libertad a las mujeres que han interrumpido un embarazo producto de una violación. Para la Corte, en todos los casos se trata de niñas, adolescentes y mujeres que quedan embarazadas como resultado de una violación sexual, donde el elemento jurídicamente relevante es la ausencia de consentimiento de la víctima. En consecuencia, la discapacidad mental no constituye una justificación constitucionalmente válida ni un criterio objetivo para distinguir entre ellas. Sostuvo que, en casos de violación, la sanción penal no es un mecanismo idóneo, ni necesario ni proporcional para proteger al *nasciturus*, ya que existen otras medidas menos gravosas que la pena privativa de libertad para protegerlo. Y resaltó que, lejos de lograr su objetivo, su penalización en casos de violación lleva a las mujeres a interrumpir su embarazo en circunstancias de clandestinidad que ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la sanción penal prevista para las mujeres víctimas de violación a partir de la publicación de la sentencia en el Registro Oficial y en reconocimiento de la necesidad de contar con una legislación apropiada, dispuso al defensor del Pueblo que, contando con la participación activa de la sociedad civil y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 2 meses contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, sobre la base de los criterios establecidos en esta decisión. Por último, ordenó a la Asamblea Nacional que, en el plazo máximo de 6 meses, contado desde la presentación del proyecto de ley, lo conozca y discuta con los más altos estándares de deliberación democrática y respetando los criterios establecidos en la decisión. Corte Constitucional de Ecuador, Acción de inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, 29 de abril de 2021.

<sup>60</sup> TEDH, caso *V.C. v. Eslovaquia*, Núm. 18968/07; *N.B. v. Eslovaquia*, núm. 29518/10, *I.G. y otros v. Eslovaquia*, demanda Núm. 15966/04, Corte IDH Caso *I.V. c. Bolivia*, Núm. 329.

otras intervenciones realizadas a embarazadas sin haber prestado su consentimiento informado.<sup>61</sup>

El tema que convoca a la región es la interrupción voluntaria del embarazo, como también la garantía en los hechos de la prestación, sea a través de medicamentos o de intervención quirúrgica.<sup>62</sup> Un argumento que sostienen quienes se oponen a la legalización amplia de la interrupción del embarazo es el derecho a la vida. Al respecto, ya sostuvo la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo*<sup>63</sup> sobre la incompatibilidad de la prohibición absoluta de las técnicas de reproducción asistida ya que “el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 —sobre derecho a la vida— de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto”.<sup>64</sup> En el caso, donde se cuestionaba una norma que prohibía las técnicas de fertilización *in vitro* en Costa Rica, la Corte IDH fue clara al señalar que no puede alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos. Luego de realizar un examen de proporcionalidad, concluyó que: “la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.”<sup>65</sup> En este sentido, la prohibición absoluta del aborto bajo el argumento de la protección de la *vida* es incompatible con el DIDH<sup>66</sup>

<sup>61</sup> TEDH, *Csoma v. Rumania*, Núm. 8759/05, 2013.

<sup>62</sup> No solo por las diferentes movilizaciones que se han dado de parte del movimiento de mujeres sino también por las altas tasas de criminalización que existen. Al respecto, *Cf.*, Bergallo, Ramón Michel, *Op. Cit.*; *Cf.*, Correa, *Somos Belén*. *Cf.*, Orrego-Hoyos, Carrera, Saralegui Ferrante, *Dicen que tuve un bebé: Siete historias en las que el sistema judicial encarcela mujeres y a casi nadie le importa*.

<sup>63</sup> Lo resuelto por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo* generó un fuerte impacto en tribunales de la región admitiendo los tratamientos. Por otro lado, los reclamos se refieren a quién debe asumir su cobertura, tema también abordado en el referido caso. V., asimismo, Ronconi, “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?” en *Desafíos a la ponderación*.

<sup>64</sup> Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica*, párr. 263.

<sup>65</sup> *Idem*, párr. 316.

<sup>66</sup> A la luz de los pronunciamientos de las Relatorias, Comités de la ONU, de la CIDH y MESECVI referidos en el texto principal; y, además, a la luz de las comunicaciones, V., por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *L.C. vs. Perú*, Comunicación núm. 22/2009, CEDAW/C/50/D/22/2009. V., además, CEDAW, *K.L. vs. Perú*, Comunicación Núm. 1153/2003. *Cf.*, *Mellet vs. Irlanda*, dictamen aprobado el 31 de marzo de 2016, párr. 7.4, y Núm. 2425/2014, *Whelan vs. Irlanda*, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2017.

y con el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos,<sup>67</sup> porque no otorga ninguna relevancia normativa a los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes.

A su vez, la prohibición del aborto *discrimina en la práctica y en forma desgarradora* a mujeres pobres, es decir por su condición económica-social.<sup>68</sup> Entonces, el problema del caso puede residir tanto en la discriminación que encierra la ley por no habilitar el aborto, como en la inaccesibilidad en los hechos cuando está permitido, convirtiéndose “*la interrupción segura del embarazo es un privilegio de los ricos.*”<sup>69</sup>

## VI. Derecho a la Salud de las personas que viven con VIH

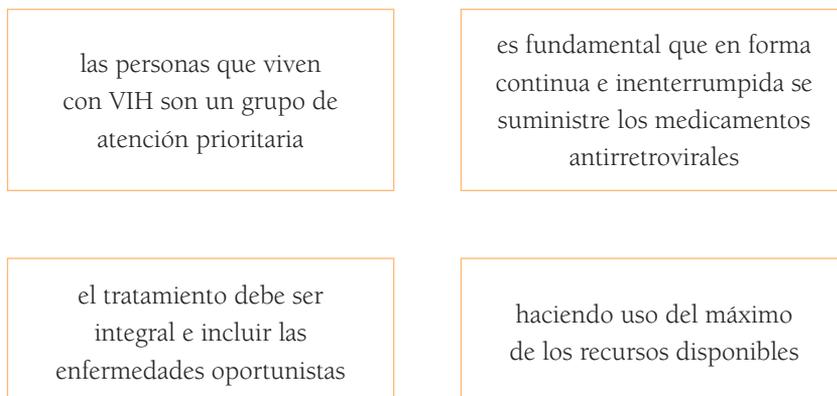
Varias altas Cortes de la región han emitido sentencia en casos referidos al derecho a la salud y VIH generando estándares muy importantes<sup>70</sup> que establecen que:

<sup>67</sup> En *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párrs. 260-263, la Corte IDH dialoga expresamente con sentencias de Cortes Constitucionales o Supremas del mundo, como las del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE, 88, 203, 28 de mayo de 1993, del Tribunal Constitucional de España, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157; de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, F., A. L. s/medida autosatisfactiva, 2012.

<sup>68</sup> Sobre la desigualdad estructural y prohibición de discriminación por condición económico social, V., Corte IDH, *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*; y, además, en forma interseccional, V., Corte IDH, *Ramírez Escobar vs. Ecuador* 2018; Corte IDH, caso *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*, 2020; entre otros.

<sup>69</sup> ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, 2016, párrs. 79-83.

<sup>70</sup> CSJN, caso *Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional*, s/amparo ley 16.986, 1 de junio de 2000, considerandos 9, 13 y 14; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Número de expediente 2006-14391-29-RAC. Magistrado relator Dr. Ernesto Félix Mur, p. 10; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia SC 0026/2003-R, Magistrada relatora Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas. p. 6 y 7; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Magistrado relator Dr. Ernesto Félix Mur, p. 8; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm. 068-18-SEP-CC, Caso 1529-16-EP, p. 50. Sentencia Núm. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, p. 35. Sentencia Núm. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, p. 19. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm. 364-16-SEP-CC, Caso 1470-14-EP, p. 35.



Cuadro núm. 15. Elaboración propia.

La propia Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* sostuvo que lo decidido en la materia no era nada nuevo, sino reflejo de los desarrollos jurisprudenciales de la región. En el caso se trataba de 49 personas que fueron diagnosticadas con VIH entre los años 1992 y 2004, habiendo fallecido 15 personas de esas 49. Uno de los focos más importantes de la argumentación está puesto en las distintas omisiones del Estado en garantizar acceso a medicamentos y tratamiento médico adecuado para las víctimas, que incluso implicó discriminación interseccional en el caso de las víctimas que eran mujeres embarazadas.<sup>71</sup>

Por lo demás, dentro de los desarrollos jurisprudenciales de la región y del TEDH se destacan otros fallos que se refieren más a los *marcos regulatorios*,<sup>72</sup> las deficiencias estructurales de las instalaciones sanitarias o cómo la situación de pobreza o de discapacidad empeora el goce efectivo del acceso al tratamiento de las personas que viven con VIH.

<sup>71</sup> Corte IDH, caso *Cuscul Pivaral vs Guatemala*, párrs. 128-139.

<sup>72</sup> Respecto de los marcos regulatorios la Corte argentina sostuvo la constitucionalidad de una ley que extendió a las entidades de medicina privada prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales respecto de la drogadicción y del VIH, CSJN, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, 13/03/2001, Fallos 324: 754.

El Tribunal Constitucional de Perú ha tenido en cuenta la pobreza extrema en la que viven algunas personas con VIH y establecido que es necesaria su atención prioritaria.<sup>73</sup> Respecto de un hospital, se refirió a las deficiencias de las instalaciones de los servicios públicos de salud que favorecían el contagio de enfermedades oportunistas para las personas que viven con el VIH. Interpretó que la falta de instalaciones adecuadas es suficiente para constituir una violación al derecho a la salud. Avanzó en establecer que las autoridades deben asegurar el disfrute más amplio posible del derecho a la salud de las personas que viven con VIH/SIDA por medio de la inversión en instalaciones, estableciendo que la inversión respectiva debe contar con el punto de vista científico y médico.<sup>74</sup>

Cuadro núm. 16. Elaboración propia.

Sobre derecho al acceso a medicamentos para el tratamiento del VIH, un fallo paradigmático es *TAC* de la Corte Constitucional sudafricana,<sup>75</sup> no solo por lo resuelto sino por el contexto: 6 millones de personas viven con VIH. El caso se inicia porque el gobierno, en el año 2000, ordena suspender el tratamiento a las madres embarazadas con la droga antirretroviral *Nevirapin* para prevenir la infección de los recién nacidos. El Estado decide solamente continuarlo como programa piloto en determinadas zonas y a su vez, postergaría el inicio del tratamiento durante un año. Esto implicaba negarle el tratamiento a la mayoría de las madres. Una ONG, Treatment Action Campaign —TAC—, atacó la decisión gubernamental y requirió que se establezca un programa para que aquella medicación estuviese disponible en todo el país. La Corte Constitucional de Sudáfrica entendió que el suministro restringido de *Nevirapin* a algunos lugares piloto excluía a otros que podían ser incluidos razonablemente en el programa. En consecuencia, ordenó al gobierno extender su disponibilidad en hospitales y clínicas, entre otras medidas.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Cf., Tribunal Constitucional de Perú, Expediente Núm. 2945-2003-AA/TC, párr. 48, y, Cf., Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2016-2004-AA/TC, Magistrado José Luis Correa Condori, párr. 47.

<sup>74</sup> SCJN, Segunda Sala, AR/378/2014, ministro ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, pp. 61 y 63.

<sup>75</sup> *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC)* (2002) 5 SA 721 (CC).

<sup>76</sup> Etchichury, "Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos", *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Por su parte, el TEDH desarrolló su jurisprudencia sobre derecho a la salud de las personas que viven con VIH por vía indirecta como violación al derecho a la vida,<sup>77</sup> la prohibición de tortura o a la prohibición de discriminación por VIH. Asimismo, determinó el impacto sobre derecho de las personas que viven con VIH<sup>78</sup> al acceso a la justicia.

## VII. Derecho a la salud y personas en situación de discapacidad

En todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad. Esas dificultades se exacerbaban en las comunidades menos favorecidas. Ante esta situación, la obligación en términos igualitarios implica no solo de aprobar medidas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas, sino que también se requiere que éstas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia argentina posee una jurisprudencia copiosa referida al derecho a la salud, en algunos casos, combinada con el derecho a la educación y el derecho al acceso a una vivienda digna. Varios de esos fallos encuentran como actores de la petición a personas con discapacidad —tratándose en la mayor parte de los casos de niños, ancianos o mujeres—. En general, en estos casos se trataba del acceso a medicamentos y a ciertas prestaciones por parte de personas con discapacidad.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> TEDH. *Oyal v. Turquía*, núm. 4864/05, 2010, estableció que el Estado está obligado a la realización de obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida del artículo 2 del CEDH. En concreto, se planteó el caso a raíz de un contagio del virus en el curso del nacimiento de uno de los recurrentes en un hospital público, debido a transfusiones de sangre. Los recurrentes alegaron violaciones del derecho a la vida, así como del derecho a ser escuchados en el curso de un proceso judicial y del derecho a remedios efectivos, reconocidos en los artículos 6 y 13 del CEDH. El TEDH concluyó que la vulneración al derecho a la vida se había producido debido a los retrasos en la investigación judicial administrativa de los hechos y a que los remedios ofrecidos eran insuficientes, pues solo incluyeron la cobertura del tratamiento por un año, y la familia tuvo que afrontar dificultades económicas para poder cubrir el coste del mismo.

<sup>78</sup> TEDH, *Valentin Câmpeanu vs. Rumania*, solicitud núm. 47848/08.

<sup>79</sup> Respecto del vínculo con educación *V.*, Ronconi, L. “Derecho a la Educación: bases para su tutela judicial”, en esta publicación.

Desde hace un tiempo el foco está puesto también en el sistema de apoyos y el rol de las instituciones de internación. Al respecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trae consigo un cambio de paradigma respecto del tratamiento de la capacidad de las personas: reemplaza el modelo de la sustitución, en la adopción de decisiones, por el modelo de los apoyos para la toma de decisiones autónomas. Esto implica entonces asumir ese modelo también cuando se trata de decisiones vinculadas al derecho a la salud de las personas con discapacidad.<sup>80</sup> Asimismo, gran parte de los temas vinculados a las personas con discapacidad se refieren a la situación de personas que se encuentran internadas por afectaciones a su salud mental. En este sentido, la Corte IDH en el caso *Ximenes Lopes* sostuvo que quienes viven en instituciones psiquiátricas son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, y por esto se requiere que estas internaciones sean *lo menos restrictivas posible*. Se requiere al respecto, una perspectiva de salud mental comunitaria<sup>81</sup> y la necesidad de lograr mayores apoyos a las personas y no su internación —particularmente en manicomios o centros cerrados de internación—. <sup>82</sup> Asimismo, la necesidad de garantizar la protección de la vida y la integridad frente a tratos crueles, inhumanos y degradantes que se dan en estas instituciones.<sup>83</sup>

## VIII. Vacunación

El advenimiento de la pandemia COVID 19 evidenció que existen en la región millones de personas que no se encuentran en igualdad de condiciones para el

<sup>80</sup> V., al respecto, Corte IDH, caso *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*.

<sup>81</sup> Al respecto, se han llevado a cabo audiencias temáticas promovidas por diferentes organizaciones de la región ante la CIDH. Disponible en <https://www.redsaludmental.org.ar/>

<sup>82</sup> Al respecto el 21 de diciembre de 2015 la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia en *Scaturro, Andrea Fabiana y otros c/ EN – M. de Salud de la Nación s/ Amparo Ley 16.986*, Núm. 74.516/2014; donde se condena al GCABA a poner a favor de 4 pacientes dispositivos alternativos a la internación. Disponible en <https://classactionsargentina.com/2016/07/17/condenan-al-ena-y-a-la-caba-a-proveer-dispositivos-alternativos-en-el-marco-de-la-ley-nacional-de-salud-mental-amparo-colectivo-intervencion-de-terceros-definicion-de-la-clase-y-control-judicial-de/>

<sup>83</sup> V., Corte IDH, *op. cit.* Al respecto, V., Galván Puente, *La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH, Comisión Nacional de Derechos Humanos*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35364.pdf>

goce efectivo del derecho a la salud y de sus determinantes. Esto generó varios estándares interamericanos y de los organismos de protección internacional de Derechos Humanos. Asimismo, la pandemia desempolvó la jurisprudencia sobre la relevancia de los planes de vacunación obligatoria y de su distribución. Al respecto, resaltamos dos líneas, una referida al acceso y la otra referida a la negativa a ser vacunado.

En general, la vacunación resulta obligatoria ¿para los Estados? como herramienta eficaz que permite la erradicación o control de ciertas enfermedades. Sin embargo, el primer supuesto para que aquella pueda ejercerse es que exista disponibilidad de las vacunas. Entendemos que esto forma parte del contenido mínimo del derecho a la salud.

En aquel sentido, la CCC se expidió en un caso donde no se suministraron vacunas gratuitas contra la meningitis a los hijos de mujeres que participan en el sector informal de la economía de una zona empobrecida de Bogotá, Colombia y por lo tanto, carecen de acceso a la atención médica.<sup>84</sup> El caso se presentó como una acción de tutela, un procedimiento mediante el cual un juez declara la aplicación inmediata de un derecho fundamental. El tribunal inferior lo otorgó, por lo que las autoridades públicas tuvieron que elaborar un plan en un plazo de 48 horas para administrar la vacuna al grupo de niños citados. El Tribunal consideró que la mejor manera de hacer cumplir los derechos fundamentales que requieren una acción positiva del Estado, sin invadir el propósito fundamental de la legislatura, era delinear los derechos dentro del núcleo esencial del derecho afirmativo y dejar a la legislatura la capacidad de definirlos de una manera más concreta. En cualquier caso, el Estado debe proporcionar las necesidades básicas requeridas de los derechos delineados.

La Corte articuló en dos pasos, un análisis de los derechos fundamentales de los niños. En primer lugar, el Estado tenía la responsabilidad de satisfacer las necesidades básicas del derecho. En segundo lugar, recaía sobre aquel la carga de la

---

<sup>84</sup> CCC, Sentencia SU.225/98.

prueba y, por lo tanto, debía demostrar que la familia del menor tenía la capacidad de satisfacer la necesidad, o que al satisfacerla se obstaculizaba severamente la capacidad estatal de atender otros derechos fundamentales de la misma naturaleza o más graves. En este caso, la Corte determinó que la falta de vacunas contra la meningitis no protegió las necesidades básicas del derecho. Asimismo, resolvió que el Estado no cumplió con la carga de la prueba al no poder demostrar que las familias de los menores contaban con la capacidad de proporcionar la atención médica necesaria, así como tampoco proporcionó pruebas respecto del obstáculo que representaría la administración de las vacunas a su capacidad para satisfacer otros derechos fundamentales.

La segunda línea jurisprudencial se refiere a algunas familias o personas en particular que se niegan a someter a su hija/o a las campañas estatales de vacunación obligatoria.<sup>85</sup> El caso *N.N. o U.V. s/Protección y guarda de personas*<sup>86</sup> ante la Corte Suprema argentina aborda el conflicto entre diversos paradigmas de salud y se origina en la negativa de una familia a someter a su hijo a las campañas estatales de vacunación obligatoria, por sostener una concepción ayurvédica de la salud. La Corte argentina resolvió el amparo sosteniendo la constitucionalidad de las campañas de vacunación para la infancia: su argumentación puede ser reconstruida a través de los pasos del examen de proporcionalidad cuando el derecho a la salud se considera afectado por acción.

Fin legítimo	La vacunación obligatoria busca promover el derecho a la salud de los niños —P2— y la salud colectiva: “la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación” <sup>87</sup> y “reducir y/o erradicar los contagios en la población”. <sup>88</sup>
--------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<sup>85</sup> En un sentido similar, pueden ser interpretados los casos sobre la transfusión de sangre a una niña rarámuri gravemente enferma de leucemia cuyos padres son testigos de Jehová. AR 1049/2017 (8 de agosto de 2018).

<sup>86</sup> CSJN argentina, *N.N. o U., V. s/Protección y guarda de personas*, 12/06/2012, fallos 335:888.

<sup>87</sup> *Idem*, considerando 22.

<sup>88</sup> *Idem*, considerando 11.

Idoneidad	Basada en informes de la OMS sobre sostiene que: “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...” <sup>89</sup>
Necesidad	“[...] en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en <i>optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud</i> . En este sentido, la no vacunación del menor, medio alternativo, lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.” <sup>90</sup>
Proporcionalidad en sentido estricto	En el caso se presentan, por un lado, el principio del derecho a la salud interpretado desde la perspectiva —autonomía familiar— de los padres del niño V (P1); por el otro, el derecho a la salud del niño y la salud pública —P2—. Para la Corte se trata de un “conflicto de intereses”. El Tribunal extiende la importancia de autonomía personal al ámbito de la autonomía familiar —art. 11, inc. 2, CADH—: “no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar —art. 19, CN—, sino el límite de aquélla”. En el caso se trata del derecho a la salud de un niño en su primera infancia, que lo considera de importancia por tratarse de personas que requieren especial protección. Por ello, una restricción grave al derecho a la salud de los niños —si no se implementara

<sup>89</sup> *Idem*, considerando 13.

<sup>90</sup> *Idem*, considerando 22.

la acción estatal: la vacunación obligatoria— que por ahora es la que otorga “mayor certidumbre” sobre la prevención y erradicación de enfermedades evitables, no puede ser justificada por la importancia leve, moderada de la autonomía familiar.<sup>91</sup>

Cuadro núm. 17. Elaboración propia.

## IX. Consideraciones finales

En este artículo buscamos indagar sobre las implicancias de entender el derecho a la salud como un derecho plenamente justiciable. En este sentido definimos las obligaciones que han asumido los Estados de la región. Estas se vinculan no solo con aquellas cuyo contenido es indisponible y de cumplimiento inmediato sino también con aquella que implican progresividad en el cumplimiento del derecho. Con el recorrido que hemos realizado queda claro qué implica hablar de contenido indisponible. Así, evaluamos ante casos concretos cómo deben abordarse los casos donde lo que se cuestiona son medidas regresivas o insuficientes. Por último, trabajamos con algunas situaciones concretas que en general se verifican en forma cotidiana en la región respecto al acceso a la salud de ciertos grupos al solo efecto de mostrar cómo se ha avanzado en el reconocimiento del derecho y como los tribunales de justicia han abordado su justiciabilidad. Entendemos, que esta forma de resolución de casos puede ser trasladada a otros supuestos que aquí no hemos podido abordar por cuestiones de espacio.

## Bibliografía

### Libros

Aldao, M.; 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”, en Morales, M., Ronconi, L. y L. (eds.),

<sup>91</sup> En el mismo sentido, V., TEDH, *Vavříčka y otros vs. República Checa*.

*Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Po-blete Vilches de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Arango, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Univ. Nac. de Colombia, 2005.

\_\_\_\_\_, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Courtis, C. (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

\_\_\_\_\_, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana” en Clerico, Ronconi y Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

\_\_\_\_\_, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.

Bergallo, P. y Ramón Michel, A. (comps.) *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.

Casla, K., “Rights and responsibilities: Protecting and fulfilling economic and social rights in times of public health emergency”, en Ferstman, C. y Fagan, A. (eds.), University of Essex, Essex, Buenos Aires, 2020. Disponible en <http://repository.essex.ac.uk/28006/1/003.pdf>.

Clérico, L., *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Clérico, L. y Ronconi, L., “Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos

permitidos en Argentina”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Talca, Chile, 2012.

Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M. *Tratado de derecho a la salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (eds.), *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*, México, FCE/CIDE, 2016.

Correa, A. *Somos Belén*, Buenos Aires, Planeta, 2019.

Courtis, C., “Prólogo”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L. (eds.), *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg Querétaro, Max Planck Institut/ Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Etchichury, H., “Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg Querétaro, Max Planck Institut/ Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Galván Puente, S., *La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH*, Ciudad de México, CNDH, 2016. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35364.pdf>.

Krennerich, M., *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach/ Ts, Wochenschau Verlag, 2013.

Langford, M., *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Lema Añón, C., *Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009.

- Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L. (coords.), *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg-Querétaro, Max Planck Institut/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- Morales Antoniazzi, M. y Clérico, L., *Interamericanizando el derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Heidelberg-Querétaro, Max Planck Institut/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- Orrego-Hoyos, G., Carrera, M. y Saralegui Ferrante, N., *Dicen que tuve un bebé: Siete historias en las que el sistema judicial encarcela mujeres y a casi nadie le importa*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2020.
- Parra Vera, Ó., “The protection of social rights”, en Bertomeu, J. y Gargarella, R. (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Aldershot, Ashgate, 2016.
- Parra Vera, O. y Yamin, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Ronconi y Aldao, *Tratado de Derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M., “Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: una nueva mirada frente al COVID-19” en Morales Antoniazzi, M. (coord.), *Test Democrático Interamericano frente al COVID-19*. Heidelberg-Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- Pou Giménez, F., “Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso Pabellón 13 (AR 378/2014)”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg-Querétaro, Max Planck Institut/ Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D., *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

Ronconi, L., “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?”, en Clerico, L. y Beade, G., *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011.

Serrano Guzmán, S., “Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientes a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico L., *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg Querétaro, Max Planck Institut/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Suárez Franco, A., *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Frankfurt/M, Peter Lang, 2009.

Uprimny, R. y Guarnizo, D., “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar, A. (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.

Young, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

## Revistas

Añón Roig, M., “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, *Derechos y Libertades*, núm. 34, Época II, 2016.

- Burgogue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, núm. 1, 2014.
- Carbonell, J. y Carbonell, M., “¿Qué podemos hacer para mejorar el derecho a la protección de la salud en México? un diagnóstico y una propuesta”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* vol. 62, núm. 258, México, 2015.
- Cobo, F. y Charvel, S., “Mexican apex judiciary and its multiple interpretations: Challenges for the constitutional right to health”, *I•CON*, Vol. 18 No. 4, 2020.
- De Fazio, F., “Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales”, *Isonomía*, núm.51, 2019.
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, 2017.
- Jung, C., Hirschl, R. y Rosevear, E., “Economic and Social Rights in National Constitutions”, *American Journal of Comparative Law* 62, 4, 2015.
- Ortiz Mena, A., “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, México, 2017.
- Palacios Zuloaga, P., “Pushing Past the Tipping Point: Can the Inter-American System Accommodate Abortion Rights?”, *Human Rights Law Review*, 2021.
- Ronconi, L. y Barraco, M., “La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, núm. 50, Montevideo, 2021.
- Ronconi, L., “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, *Salud colectiva*, 2012.

## Jurisprudencia y normas

CEDAW/C/49/D/17/2008, dictamen respecto de la comunicación nro. 17/2008, Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. el Brasil, 27/09/2011, 49° período de sesiones.

CEDAW/C/50/D/22/2009, dictamen respecto de la comunicación nro. 22/2009, L.C. c. el Perú, 17/10/2011, 50° período de sesiones

CEDAW, Recomendación General núm. 24, 19 y 35, 33

CIDH, Informe Anual 2017, 31/12/2017, OEA/Ser.L/V/II,

\_\_\_\_\_, Resolución 24/2019. Medidas Cautelares No. 1498/18. Marcelino Díaz Sánchez y otros (México). 23 de abril de 2019.

Comité DESC, Observación General Núm. 14 y 21

\_\_\_\_\_, “Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (Covid-19) y los derechos económicos, sociales y culturales”, 2020.

Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/85/D/1153/2003, dictamen respecto de la comunicación Núm. 1153/2003, K. N. L. H. c el Perú, 22/11/2005, 85° período de sesiones.

\_\_\_\_\_, CCPR/C/116/D/2324/2013, dictamen respecto de la comunicación Núm. 2324/2013, Mellet c. Irlanda, 31/03/2016, 116° período de sesiones.

\_\_\_\_\_, CCPR/C/119/D/2425/2014, dictamen respecto de la comunicación Núm. 2425/2014, Whelan c. Irlanda, 17/03/2017, 119° período de sesiones.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-225/98, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, 28/05/1998.

\_\_\_\_\_, Sentencia C-991/04, sentencia del Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, 12/10/2004.

\_\_\_\_\_, Sentencia T-760/08, sentencia del Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, 31/07/2008.

\_\_\_\_\_, Sentencia C- 556/09, sentencia del Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 20/08/2009.

\_\_\_\_\_, Sentencia C-313/14, sentencia del Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 29/05/2014.

\_\_\_\_\_, Sentencia T-599/15, sentencia del Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, 15/09/2015.

\_\_\_\_\_, Sentencia T- 302/17, sentencia del Magistrado Ponente Aquiles Arrieta Gómez, 08/05/2017.

Corte IDH, Caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil*, Sentencia de 15 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

\_\_\_\_\_, Caso *Cuscul Pivaral Y Otros vs. Guatemala*, Sentencia de 23 de Agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas).

\_\_\_\_\_, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sentencia de 20 de Octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

\_\_\_\_\_, Caso *Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Sentencia de 6 de Febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones Y Costas)

\_\_\_\_\_, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre De 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

\_\_\_\_\_, *Caso Masacre De Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo Y Reparaciones)

\_\_\_\_\_, *Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, Sentencia de 8 Marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones Y Costas)

\_\_\_\_\_, *Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de Septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

\_\_\_\_\_, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de Noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

\_\_\_\_\_, *Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006

\_\_\_\_\_, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador* Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas).

\_\_\_\_\_, Declaración 1/20, 9 De Abril de 2020 “Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”

Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/amparo ley 16.986*, 01/06/2000, Fallos 323:1339.

\_\_\_\_\_, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social – Secre-*

taría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/2000, Fallos 323:3229.

\_\_\_\_\_, T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 11/01/2001, Fallos 324:5.

\_\_\_\_\_, Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), 13/03/2001, Fallos 324: 754.

\_\_\_\_\_, F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva, 13/03/2012, Fallos 335:197.

\_\_\_\_\_, N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas, 12/06/2012, Fallos 335:888.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 378/2014, ministro ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2014.

\_\_\_\_\_, Amparo en Revisión 1061/2015, Ministro Eduardo Medina Mora I., 30 de noviembre de 2016.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Valentin Câmpeanu v. Rumania*, solicitud Núm. 47848/08, 17/06/2014.

\_\_\_\_\_, *Vavříčka y otros v. República Checa*, solicitudes Núm. 47621/13 y otras 5, 08/04/2021.

\_\_\_\_\_, *Oyal v. Turquía*, solicitud nro. 4864/05, 23/06/2010.

\_\_\_\_\_, *V.C. v. Eslovaquia*, solicitud Núm.18968/07, 23/04/2007.

\_\_\_\_\_, *Csoma v. Rumania*, solicitud Núm. 8759/05, 15/04/2013.

\_\_\_\_\_, *I.G. and Others v. Eslovaquia*, solicitud Núm. 15966/04, 29/04/2013.

\_\_\_\_\_, *N.B. v. Eslovaquia*, solicitud Núm. 29518/10, 12/06/2012.

Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE, 88, 203, 28 de mayo de 1993

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2016-2004-AA/TC, Magistrado José Luis Correa Condori. Sentencia de 5 de octubre de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2945-2003-AA/TC. Sentencia de 20 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Número de expediente 2006-14391-29-RAC. Sentencia de 10 de mayo de 2010. Magistrado relator Dr. Ernesto Félix Mur

\_\_\_\_\_, Sentencia SC 0026/2003-R, Número de expediente: 2002-05354-10-RAC, Magistrada relatora Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas. Sentencia de 8 de enero de 2003.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm. 068-18-SEP-CC, Caso 1529-16-EP. Sentencia de 21 de febrero de 2018, Sentencia Núm. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP. Sentencia de 13 de enero de 2016, Sentencia Núm. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP. Sentencia de 9 de octubre de 2013,

Sentencia N. 364-16-SEP-CC, Caso 1470-14-EP. Sentencia de 15 de noviembre de 2016

Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *Scaturro, Andrea Fabiana y otros c/ EN – M. de Salud de la Nación s/ Amparo Ley 16.986* (Expte. N° 74.516/2014), 21 de Diciembre de 2015.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health v Treatment Action Campaign* (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC).

## Otros

ONU, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, *Informe provisional sobre El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3/8/2011

\_\_\_\_\_, Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer en su Informe sobre Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva de 2019

\_\_\_\_\_, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión N° 68/2019, párr. 114.