

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN TIEMPOS DE
LA PANDEMIA COVID-19 Y EN LA REDEFINICIÓN DEL CONTRATO SOCIAL
POST COVID-19.**

**Análisis de las directrices ONU y de la jurisprudencia y otras buenas
prácticas en la región iberoamericana.**

Con el apoyo:

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
EN TIEMPOS DE LA PANDEMIA COVID-19 Y EN LA
REDEFINICIÓN DEL CONTRATO SOCIAL POST COVID-19.

Análisis de las directrices ONU y de la jurisprudencia y otras
buenas prácticas en la región iberoamericana.



Para cualquier consulta, póngase en contacto con la secretaría general de OISS:

Teléfono: (34) 91 561 17 47

Direcciones corporativas de contacto: www.oiss.org

Secretaría general: sec.general@oiss.org



Con el apoyo:



MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES,
UNIÓN EUROPEA
Y COOPERACIÓN



Esta publicación cuenta con la colaboración de la Cooperación Española a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y no refleja, necesariamente, la postura de la AECID ni de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS).

Autor:

Juan Antonio Hernández Corchete

Coordinador del estudio:

Julián Monroy Bayona

Prohibido el uso de esta obra con fines comerciales.

Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, noviembre 2024

SBN: 978-84-09-48706-6

Prólogo

La Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS), durante la última década y con el objetivo de situar en el centro a las personas y su dignidad, ha convertido en uno de los ejes prioritarios de su actividad el apoyo al proceso de constitucionalización de los derechos sociales, entendido como su reconocimiento en las normas jurídicas fundamentales de cada Estado con la fuerza de verdaderos derechos, con el resultado de que son exigibles por sus titulares frente a los poderes públicos, en quienes recae la obligación de respetarlos y, además, de asegurar que ningún sujeto, tampoco los de carácter privado, los desconozca en el desarrollo de sus funciones propias y características.

En este contexto, la OISS ha convocado desde 2015 a 2023 cinco seminarios internacionales que atendieron de forma monográfica a la Constitucionalización de la Seguridad Social en la región iberoamericana (Bogotá 2015, San José 2017, Santo Domingo 2019, Buenos Aires 2022 y Brasilia 2023); ha priorizado la capacitación del funcionariado y autoridades de las instituciones relevantes en el contenido constitucional de los derechos sociales incluyendo a partir de 2020 esta materia en las ediciones anuales de su programa formativo en Buena Gestión de la Seguridad Social; ha realizado publicaciones sobre la Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas y acerca de las líneas jurisprudenciales de aplicación; en fin, ha elaborado y promovido la adopción de una Carta Iberoamericana de Derechos Sociales Fundamentales, que ha encontrado el decidido respaldo de la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno que tuvo lugar en el mes de marzo de 2023.

La pandemia provocada por el COVID-19 y la crisis sanitaria económica y social que generó, así como, las medidas socioeconómicas adoptadas para enfrentarla pusieron de manifiesto que la mayoría de los Estados, en particular en una región tan desigual como Iberoamérica, estaban dotados de una frágil arquitectura de derechos sociales, que permitió su disfrute solo de un modo parcial y en todo caso insuficiente en relación a las exigencias derivadas de la dignidad humana, sobre todo en materia de salud y de protección social. Resulta, por tanto, imprescindible que la recuperación se aborde expresamente con un enfoque de derechos humanos, que reformule - como reclama el secretario general de la ONU - el contrato social que subyace a los gobiernos nacionales a partir de la garantía de los derechos sociales, dejando así a salvo la dignidad de cada persona y al mismo tiempo fortaleciendo la cohesión y la resiliencia social.

La OISS pretende contribuir a ese esfuerzo siendo instrumento de intermediación entre la construcción global o regional de estándares mínimos de derechos sociales y su realización práctica por los tribunales de justicia y las instituciones de gestión de la seguridad social en favor de todas las personas, si bien que de un modo diferenciado según sus necesidades y con atención preferente a los más vulnerables. Esta realización práctica es el fin último del proceso de reconocimiento de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales, igual de relevantes que los derechos civiles y políticos dada la indiscutible indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos entre sí.

Con este propósito de promover la aplicabilidad judicial y administrativa de los derechos sociales en favor de las personas concretas, la OISS ha realizado el presente estudio sobre las garantías constitucionales de los derechos sociales, que tiene la virtualidad de reunir en un solo documento los principales estándares constitucionales en la materia, sobre todo generados por la actividad de organismos internacionales especializados, y de mostrar cómo son recogidos e incluso extendidos por las Altas Cortes nacionales a través de la aplicación directa de sus propios textos constitucionales y de las obligaciones internacionales de sus Estados.

La primera parte del estudio expone el trabajo fundante de los organismos de la ONU, enfocando de un lado los principios básicos diseñados por el Comité PIDESC por medio de sus Observaciones Generales, y de otro lado los desarrollos que se encuentran en los documentos sobre la crisis sanitaria por

COVID-19 y sobre el diseño de la recuperación en curso, elaborados principalmente por el Secretario General ONU, el ACNUDH y algunas Relatorías Especiales, en los que se propugna que un enfoque de derechos humanos requiere partir de los conceptos de igualdad sustantiva, que supera con mucho la igualdad formal, y discriminación interseccional, que explica cómo la conjunción de factores de desigualdad impacta en las personas exponencialmente más vulnerables y no solo de forma acumulativa.

También en la primera parte se da cuenta de la enorme labor de los organismos del sistema interamericano de derechos humanos. Además de reseñar la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH, que admite la justiciabilidad directa de los DESCAs (a partir de *Lagos del Campo vs Perú* 2017 y hasta la actualidad en *Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela*, septiembre de 2023) y que afirma que la realización progresiva de los derechos sociales supone también obligaciones inmediatas para los Estados (*Cuscul Pivaral vs Guatemala* 2018), se muestra la inestimable función de la CIDH (con su Relatoría Especial DESCAs a la cabeza), para lo cual se han seleccionado sus informes temáticos y de país más recientes, junto con algunas de sus resoluciones más relevantes, como las destinadas específicamente a la pandemia y las que adoptan medidas cautelares en materia de derechos sociales.

La segunda parte reseña las garantías sustantivas y procedimentales de los derechos sociales consagradas en los textos constitucionales de 19 Estados de la región iberoamericana. En cuanto a lo primero, todas las normas supremas analizadas establecen que la protección social, el disfrute del más alto nivel posible de salud y la realización suficiente de sus determinantes sociales (agua, alimentación, vivienda etc) constituyen verdaderos derechos, ya sea mediante declaraciones expresas ya sea a través de cláusulas de apertura a los tratados internacionales de derechos humanos. Muchas de esas normas supremas consagran, con unas u otras palabras, el principio pro persona. Las garantías procedimentales se satisfacen en un número importante de las constituciones examinadas con la previsión de cauces jurisdiccionales de reclamación individual, destacando por la extensión de su uso la acción de tutela colombiana, el mandato de ejecución brasileño o el amparo argentino y mexicano.

La tercera y la cuarta parte estudian la aplicación práctica de estos estándares nacionales e internacionales en materia de derechos sociales, tanto por los tribunales de justicia como en la vía administrativa por parte de las instituciones de gestión de Seguridad Social. Se ha puesto el acento en las experiencias de éxito para demostrar que los derechos sociales no son una entelequia, sino que pueden perfectamente realizarse de un modo efectivo en favor de las personas concretas, pero es evidente que queda mucho camino por recorrer.

En definitiva, la OISS pretende con el presente estudio difundir estos estándares de derechos sociales y hacer que llegue su conocimiento a todos los actores relevantes, en particular a los tribunales, las instituciones de gestión de la Seguridad Social y las organizaciones defensoras de los derechos humanos. Extender este conocimiento de las garantías constitucionales de los derechos sociales es sin duda un medio útil, quizá el más eficaz, de alcanzar su aplicación más amplia y consecuentemente su realización más efectiva. Solo así los derechos sociales, en lugar de aparecer como meros reconocimientos ilusorios, serán y se comportarán como verdaderos derechos de la persona.

Gina Magnolia Riaño Barón

Secretaria General

Organización Iberoamericana de Seguridad Social

PARTE PRIMERA

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS TRABAJOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

CAPÍTULO PRIMERO. CONTEXTO GLOBAL (ONU).....	19
I.– Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).....	19
II.– Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), con su Protocolo Facultativo (adoptado en 2008)	19
III.– Otros tratados universales que reconocen derechos sociales	20
IV.– Las obligaciones generales de los Estados parte del PIDESC: obligaciones de realización progresiva y obligaciones inmediatas	20
IV.1.– La obligación inmediata de “no discriminación”	21
IV.2.– La obligación inmediata de “adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga”	22
IV.3.– La obligación inmediata de cumplir las obligaciones del PIDESC que se consideran autoejecutables.....	23
IV.4.– La prohibición de no regresión	23
IV.5.– La obligación mínima de asegurar por los menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.....	23
V.– Contenido del derecho a la salud (artículo 12 PIDESC)	24
VI.– La atención especial al derecho a la salud de los grupos más vulnerables: mujeres, niños, personas con discapacidad o mayores, pueblos indígenas	26
VII.– Contenido del derecho a la seguridad social: artículo 9 PIDESC y Observación General nº 19 Comité DESC	28
VIII.– Directrices para incorporar los derechos sociales a las respuestas frente a la enfermedad por COVID 19: estrategia de vacunación, situación de las personas migrantes y privadas de libertad y el uso de tecnologías digitales.	32
VIII.1.– Estrategias de vacunación con enfoque de derechos humanos	32
VIII.2.– El especial impacto sobre las personas migrantes.....	33
VIII.3.– Atención específica para las personas privadas de libertad.....	35
VIII.4.– El uso de tecnologías digitales frente al COVID 19 con enfoque de derechos humanos	36

IX.– La protección social frente a la pérdida de ingresos provocada por el COVID 19:	
transferencias en efectivo y ayudas en especie	37
X.– El ejercicio efectivo de los derechos sociales en los años post COVID 19:	
un contrato social renovado	39
<i>X.1.– La llamada a crear un nuevo contrato social en el Informe Secretario General ONU “La cuestión de la realización de los DESC en todos los países” (2021)</i>	<i>39</i>
<i>X.2.– El nuevo contrato social en el Informe Secretario General ONU “Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los DESC” (2022)</i>	<i>40</i>
XI.– Cuestiones actuales sobre el derecho a la salud: igualdad sustantiva e interseccionalidad; tecnologías digitales al servicio de la salud; y salud mental.	43
<i>XI.1.– La igualdad sustantiva y la interseccionalidad en el disfrute efectivo del derecho a la salud.....</i>	<i>43</i>
<i>XI.2.– La innovación y la tecnología digital como instrumento del disfrute efectivo del derecho a la salud.....</i>	<i>44</i>
<i>XI.3.– Los elementos psicosociales que condicionan la salud mental</i>	<i>45</i>
XII.– El acceso a medicamentos esenciales según un enfoque de derechos humanos	47
<i>XII.1.– El Comité DESC y la Observación General nº 17: la propiedad intelectual sobre los medicamentos esenciales está sujeta a una función social</i>	<i>47</i>
<i>XII.2.– Los informes del ACNUDH, en especial el de 15 de mayo de 2023</i>	<i>48</i>
CAPITULO SEGUNDO. CONTEXTO IBEROAMERICANO	51
I.– Carta de la OEA: la puerta sobrevenida a la justiciabilidad directa de los DESC	51
II.– La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)	52
III.– Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): las obligaciones generales (art. 1) alcanzan al desarrollo progresivo de los derechos sociales (art. 26).....	52
IV.– Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988).	54
V.– Carta Iberoamericana de los Derechos Sociales Fundamentales.....	56
VI.– La definición de estándares de derechos humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la REDESCA	57
<i>VI.1.– Las resoluciones sobre pandemia y derechos humanos (Resoluciones 1/2020, 4/2020 y 1/2021).....</i>	<i>57</i>
<i>VI.2.– Los informes temáticos.....</i>	<i>65</i>
<i>VI.3.– Los informes de país y los informes anuales</i>	<i>77</i>

VI.4.– <i>Las medidas cautelares</i>	78
VII.– La delimitación de estándares de protección de los DESCAs por la Corte IDH	79
VII.1.– <i>Tutela de los DESCAs por conexidad: la utilidad del concepto de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos</i>	79
VII.2.– <i>Justiciabilidad de los DESCAs como derechos autónomos: consideraciones generales, opinión de la mayoría y votos disidentes</i>	81
VII.3.– <i>Dos niveles de análisis: ¿qué DESCAs protege el art. 26 CADH y cuáles son sus estándares de protección?</i>	87
VII.4.– <i>Derecho al trabajo (estabilidad laboral): incorporación al art. 26 CADH y estándares de protección</i>	88
VII.5.– <i>El derecho al medio ambiente sano: incorporación al art. 26 y estándares de protección</i>	89
VII.6.– <i>El derecho a la salud: incorporación al art. 26 y estándares de protección</i>	91
VII.7.– <i>El derecho a la seguridad social: incorporación al art. 26 CADH y estándares de protección</i>	99
VII.8.– <i>La obligación de realización progresiva de los DESCAs</i>	101

PARTE SEGUNDA

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

CAPÍTULO PRIMERO. ARGENTINA

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO SEGUNDO. BOLIVIA.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO TERCERO. BRASIL.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO CUARTO. CHILE.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO QUINTO. COLOMBIA.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO SEXTO. COSTA RICA.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO SÉPTIMO. CUBA.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO OCTAVO. ECUADOR.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO NOVENO. EL SALVADOR

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DÉCIMO. GUATEMALA.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO UNDÉCIMO. HONDURAS.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DUODÉCIMO. MÉXICO.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DECIMOTERCERO. NICARAGUA.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DECIMOCUARTO. PANAMÁ

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DECIMOQUINTO. PARAGUAY.

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DECIMOSEXTO. PERÚ

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO. REPÚBLICA DOMINICANA

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DECIMOCTAVO. URUGUAY

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO DECIMONOVENO. VENEZUELA

- I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional
- II.- Transcripción de textos

PARTE TERCERA

LA APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES POR LOS TRIBUNALES NACIONALES DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS.

CAPÍTULO PRIMERO. ARGENTINA

- 1.- Sentencia Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (La Plata) del 3 de septiembre de 2020 (obligación de proveer elementos de protección a los trabajadores de salud de un hospital)
- 2.- Sentencia Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (La Plata) del 30 de junio de 2020 (obligación de proveer elementos de protección a los trabajadores de salud de un hospital)
- 3.- Medidas específicas de protección de la salud de las personas privadas de libertad
 - 3.1.- Acordada No. 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal del 13 de abril de 2020
 - 3.2.- Pautas de procedimiento destinadas al diagnóstico diferencial de la enfermedad del COVID-19 por parte de los profesionales de la salud del Servicio Penitenciario Federal

- 4.- Sentencia Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (con sede en La Plata) del 27 de agosto de 2020 (obligación de suministrar alimentos a los niños en edad escolar en sus domicilios)

CAPÍTULO SEGUNDO. BRASIL

- 1.- Supremo Tribunal Federal (Plenario). Referendo de medida cautelar en la demanda de incumplimiento del precepto fundamental, acordado el 21/03/2022.
- 2.- Superior Tribunal de Justicia. Habeas Corpus Nº 568.693. Resolución de 14 de octubre de 2020

CAPÍTULO TERCERO. CHILE

- 1.- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 8574-20 (indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 concedido a ciertos grupos de personas privadas de libertad)
- 2.- Tribunal Constitucional de Chile.- Sentencia Rol 7442-2019 [14 de mayo de 2020] (la garantía del derecho constitucional a la seguridad social impide disponer de los ahorros previsionales para un fin distinto como satisfacer una deuda hipotecaria).
- 3.- Tribunal Constitucional de Chile.- Sentencia Rol 7642-2019 [25 de marzo de 2020] (es inconstitucional el precepto que prohíbe instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en locales destinados al despacho de recetas médicas en que se prescriben lentes)

CAPÍTULO CUARTO. COLOMBIA

- 1.- Sentencia C-277/21 de la Corte Constitucional de Colombia (sobre la regresividad de que los trabajadores informales que no alcancen el salario mínimo se vinculen obligatoriamente al piso de protección social)
- 2.- Sentencia SU 109/22 (declara inconstitucional el trato diferencial de las personas adultas mayores durante la pandemia del COVID 19 en cuanto a las condiciones para salir a la calle)

3.- SENTENCIA C-197/23 (declara inconstitucional la regla que impone a las mujeres 1300 semanas de cotización para pensión de vejez, como a los hombres)

CAPÍTULO QUINTO. COSTA RICA

1.- Sala Constitucional. Resolución N° 09738 – 2020, de 29 de Mayo del 2020 (ordena que las cárceles dispongan de un protocolo de atención masiva en caso de contagio de COVID 19).

CAPÍTULO SEXTO. EL SALVADOR

1.- Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia con apoyo en recomendaciones de la Resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

2.- Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe titulado “Situación de los Derechos Humanos en el Salvador” aprobado el 14 de octubre de 2021

CAPÍTULO SÉPTIMO. MÉXICO

1.- AMPARO DIRECTO 9/2018 (declaración de inconstitucionalidad de la omisión de obligación legal de inscribir a las empleadas domésticas en el seguro social)

2.- AMPARO EN REVISIÓN 81/2021 (Declaración de inconstitucionalidad de la exigencia de CURP a un extranjero para atender el ejercicio de sus derechos fundamentales en materia de salud)

CAPÍTULO OCTAVO. PERÚ

1.- Decreto Supremo No. 014-2020-MC de 29 de septiembre de 2020 (cautelas específicas para evitar el contagio de la enfermedad COVID 19 a los pueblos indígenas por su especial vulnerabilidad)

2.- Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 672-2020-MP-FN, de 29 de mayo de 2020 (se abordan los efectos específicos que la pandemia del COVID 19 tiene sobre las mujeres y en especial en materia de violencia de género)

PARTE CUARTA

EL IMPACTO EN LA GESTIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

CAPÍTULO PRIMERO. ARGENTINA

- 1.- Programa de Vacunación COVID-19
- 2.- Personas privadas de libertad y COVID-19
- 3.- Seguridad social y erradicación de la pobreza
- 4.- Inclusión de las personas mayores
- 5.- Salud mental

CAPÍTULO SEGUNDO. BOLIVIA

- 1.- Programa de Vacunación COVID-19 y otras cuestiones de salud
- 2.- Mecanismos de protección social frente al COVID-19
- 3.- Inclusión de personas mayores
- 4.- Movilidad humana y DESCA

CAPÍTULO TERCERO. BRASIL

- 1.- Programa de Vacunación COVID-19
- 2.- Seguridad social y erradicación de la pobreza
- 3.- Inclusión de las personas mayores
- 4.- Salud mental

CAPÍTULO CUARTO. CHILE

- 1.- Programa de Vacunación COVID-19
- 2.- Discriminación en los precios por las Isapres y reembolso de los excedentes de cotización
- 3.- Seguridad social y erradicación de la pobreza
- 4.- Inclusión de adultos mayores
- 5.- Salud mental
- 6.- Migrantes y derechos sociales

CAPÍTULO QUINTO. COLOMBIA

- 1.- Programa de Vacunación COVID-19
- 2.- Protección social como respuesta a la pandemia COVID-19
- 3.- Piso de Protección Social
- 4.- Inclusión de las personas mayores
- 5.- Movilidad humana y DESCA
- 6.- Opinión Consultiva 32, sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos

CAPÍTULO SEXTO. COSTA RICA

- 1.- Medidas de reacción frente a la pandemia relacionadas con derechos sociales
- 2.- Inclusión de personas mayores
- 3.- Movilidad y DESCA

CAPÍTULO SÉPTIMO. ECUADOR

- 1.- Programa de vacunación COVID-19, en especial la priorización de alcanzar a los pueblos indígenas con respeto para su cultura propia
- 2.- Protección social no contributiva y erradicación de la pobreza
- 3.- Inclusión de personas mayores
- 4.- Movilidad humana y DESCA

CAPÍTULO OCTAVO. MÉXICO

- 1.- Programa de vacunación COVID-19
- 2.- Seguridad social no contributiva y protección social frente al COVID-19
- 3.- Estabilidad salarial como salvaguarda constitutiva de un derecho fundamental
- 4.- Inclusión de personas mayores

CAPÍTULO NOVENO. PARAGUAY

- 1.- Programa de vacunación contra el COVID-19
- 2.- Avances en la institucionalidad que asegure una protección social con enfoque de derechos humanos
- 3.- Programas de protección social no contributiva
- 4.- Salud mental
- 5.-Inclusión de personas mayores

CAPÍTULO DÉCIMO. PERÚ

- 1.- Programa de vacunación COVID-19
- 2.- Inclusión de personas mayores
- 3.- Protección social no contributiva, en general y por referencia al COVID-19
- 4.- Movilidad humana y DESCA

CAPÍTULO UNDÉCIMO. REPÚBLICA DOMINICANA

- 1.- Enfoque de derechos humanos en los programas de vacunación
- 2.- Inclusión de la personas mayores
- 3.- Garantías procedimentales efectivas de los derechos sociales: la función de la DIDA

CAPÍTULO DUODÉCIMO. URUGUAY

- 1.- Cobertura universal en materia de salud
- 2.- Vacunación inclusiva y movilidad humana
- 3.- Garantías procedimentales de los derechos sociales: el papel de la Institución Nacional de Derechos Humanos

PARTE PRIMERA

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS TRABAJOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

Una gran mayoría de los textos constitucionales de los Estados de la región iberoamericana otorgan a los tratados internacionales de derechos humanos rango constitucional. De este modo, los derechos humanos que reconocen dichos tratados pasan a integrar el bloque de la constitucionalidad de dichos Estados, por lo que todas sus autoridades públicas - incluidas las de carácter jurisdiccional - están obligados a aplicarlos y a hacerlo con el contenido que les dan los respectivos órganos interpretativos de aquellos tratados.

Esta configuración dinámica de los textos constitucionales es especialmente relevante en el ámbito de los derechos sociales, pues los textos constitucionales no siempre los estructuran como verdaderos derechos, con lo que la aplicación de los tratados internacionales que sí los contemplan supone un avance enorme en el tratamiento de estos derechos conforme a un enfoque de derechos humanos.

En fin, la constitucionalización de los derechos sociales se produce en gran medida por su reconocimiento en los tratados internacionales de derechos humanos, tanto del Sistema de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano, y por la delimitación de su sentido por los órganos de interpretación respectivos. En consecuencia, la exposición se estructura en dos bloques:

CAPÍTULO PRIMERO- CONTEXTO GLOBAL (ONU)

CAPÍTULO SEGUNDO- CONTEXTO IBEROAMERICANO

CAPÍTULO PRIMERO CONTEXTO GLOBAL (ONU)

I.- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

El Presidente Roosevelt, en su mensaje anual al Congreso de 6 de enero de 1941, abogó por “un mundo basado en cuatro libertades humanas esenciales”, la tercera de las cuales sería “la libertad frente a la necesidad”.

Este discurso es un precursor importante de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual presta atención a los derechos sociales, como por ejemplo al derecho a la salud en el artículo 25, cuyo primer apartado dice:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

También reconoce, entre otros, el derecho a la seguridad social (artículo 22), al trabajo (artículo 23) y a la educación (artículo 26).

II.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), con su Protocolo Facultativo (adoptado en 2008)

Con el fin de desarrollar con mayor precisión los derechos sociales incorporados a dicha Declaración Universal, se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Este es el principal instrumento en el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas sobre el reconocimiento de los derechos sociales, no solo porque dispone la protección de los distintos derechos sociales, en particular el derecho al trabajo (artículo 6), a la seguridad social (artículo 9), a la salud (artículo 12), a la educación (artículo 13), sino además porque el Comité que se encarga de vigilar su cumplimiento (en adelante, Comité DESC) ha elaborado una serie de 26 Observaciones Generales, que versan sobre el sentido y alcance de las obligaciones generales que se derivan para los Estados Parte (artículos 1, 2 y 3) y sobre el contenido de cada uno de los derechos concretos.

Se caracteriza, como se precisará más adelante, por exigir a los Estados Parte la realización progresiva de los derechos sociales reconocidos en el Pacto, entendiendo que dicho cumplimiento progresivo es compatible con que del Pacto se deriven obligaciones inmediatas para los Estados Parte.

Además, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó un Protocolo Facultativo el 10 de diciembre de 2008, que incorpora el mecanismo llamado “comunicaciones individuales”, que permite al Comité

antedicho definir el alcance de los derechos sociales por referencia a casos concretos¹. Este Protocolo Facultativo, al mes de junio de 2024, estaba ratificado, por lo que hace a la región iberoamericana, por 9 países (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, España, Honduras, Portugal, Uruguay y Venezuela). Lo han firmado, pero no ratificado, Chile, Guatemala y Paraguay.

III.– Otros tratados universales que reconocen derechos sociales

También reconocen derechos sociales otros tratados adoptados en el contexto de Naciones Unidas. Son los siguientes:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)

Las obligaciones generales que imponen a los Estados parte giran, al igual que en el PIDESC, en torno al principio de progresividad.

Por ejemplo, el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé:

“los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Y el artículo 4.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone que

“Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”.

IV.– Las obligaciones generales de los Estados parte del PIDESC: obligaciones de realización progresiva y obligaciones inmediatas

Las obligaciones generales para los Estados parte se fijan en el artículo 2 (apartados 1 y 2) y 3 del Pacto, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

1 Rossi (2020), “Obligación de progresividad, no regresividad y máximo de los recursos disponibles. Puntos de encuentro y desencuentro entre la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas”, en *Interamericanización de los DESC: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH / coord. por Mariela Morales Antoniazzi, Liliana Ronconi, Laura Clérico; Christian Courtis*, págs. 359-398

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.”

El Comité DESC en la Observación General n° 3² precisa el sentido de las obligaciones que para los Estados parte se contemplan en el artículo 2 del PIDESC. En esencia, destaca que la previsión de obligaciones progresivas no es obstáculo para que del Pacto también se deriven obligaciones inmediatas para los Estados parte.

En su párrafo primero se lee: “...aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas [...] consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’.

Y el párrafo segundo dice que: “la otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. [...] Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

Esta Observación General hace referencia a mayores a otras tres obligaciones inmediatas:

- a) al cumplimiento de las disposiciones del PIDESC que cabría considerar de aplicación inmediata (párrafo 5);
- b) la prohibición de no regresión (párrafo 9);
- c) obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (párrafo 10).

IV.1.- La obligación inmediata de “no discriminación”

El Comité DESC ha profundizado en esta obligación en varias de sus Observaciones Generales:

- ha resaltado que no cabe negar el acceso a los derechos sociales por razones de nacionalidad dado que “los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”³
- ha destacado que la igualdad sustantiva de hombres y mujeres no se alcanza con la mera promulgación de leyes o adopción de principios que sean en sí mismos indiferentes al género, y por ello “... al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no

2 Comité DESC, Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1 PIDESC)”, 1990

3 Comité DESC, Observación General N° 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2 PIDESC)”, 2009, párrafo 30

tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres”⁴

- ha recordado, respecto de los derechos sociales de las personas con discapacidad, que “...en el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación [de realización progresiva] consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente”⁵.

IV.2.- La obligación inmediata de “adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga”

La Observación General nº 3 señala que la obligación de adoptar medidas comprende las siguientes:

- Adoptar medidas legislativas (párrafo 3) y otras de carácter administrativo, financiero, educacional y social (párrafo 7).
- Establecer recursos judiciales (párrafo 5) u otros medios de actuación en favor de las personas o grupos que consideren que sus derechos no se están respetando plenamente en la práctica (párrafo 6).
- Vigilar la medida de la realización de los derechos sociales y elaborar estrategias y programas para su promoción (párrafo 11), lo que implica poner en marcha mecanismos adecuados para reunir y evaluar datos pertinentes y también diseñar indicadores y objetivos realistas.

Más adelante, en el párrafo 13 de esa misma Observación General nº 3, caracteriza esta obligación. Observa:

“que la frase ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’ tenía la intención, según los redactores del Pacto, de referirse tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales. Más aún, el papel esencial de esa cooperación en facilitar la plena efectividad de los derechos pertinentes se destaca además en las disposiciones específicas que figuran en los artículos 11, 15, 22 y 23”.

El mismo Comité DESC profundizó en el sentido y alcance de esta obligación en un documento de 2007, titulado “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del pacto”⁶. Destaca su apartado 11:

“Para determinar si un Estado Parte ha adoptado medidas razonables hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de las disposiciones del Pacto, el Comité atribuye suma importancia a que en el Estado Parte se cuente con procesos de adopción de decisiones transparentes y participativos”

4 Comité DESC, Observación General Nº 16, “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 PIDESC)”, 2005, párrafo 8

5 Comité DESC, Observación General Nº 5, “Las personas con discapacidad”, 1994, párrafo 9

6 E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007. En sus párrafos 1 y 2 se lee que “el Comité DESC acoge favorablemente la decisión del Consejo de Derechos Humanos de redactar un protocolo facultativo del Pacto, [con el fin] de conferir al Comité la facultad de examinar comunicaciones individuales y colectivas... [y es] consciente del interés de los Estados Partes en obtener aclaraciones sobre cómo se aplicará [al resolver sobre estas comunicaciones] la obligación del artículo 2.1 de adoptar medidas hasta el máximo de recursos de que disponga”.

IV.3.- La obligación inmediata de cumplir las obligaciones del PIDESC que se consideran autoejecutables

El párrafo 5 de la Observación General nº 3 dice que:

“existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables”.

IV.4.- La prohibición de no regresión

El párrafo 9 de la Observación General nº 3 dice que:

“todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.”

Más preciso es el Comité DESC en el documento titulado “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del pacto”⁷, en cuyo párrafo 10 dice:

“10.- En caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, el Comité examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos:

- a) El nivel de desarrollo del país;
- b) La gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto;
- c) La situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica;
- d) La existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional;
- e) Si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo; y
- f) Si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”.

IV.5.- La obligación mínima de asegurar por los menos niveles esenciales de cada uno de los derechos

El párrafo 10 de la Observación General nº 3 dice que:

“10. [...] el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe

⁷ E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007.

tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.

V.- Contenido del derecho a la salud (artículo 12 PIDESC)

Dado que este estudio versa sobre la constitucionalización de los derechos relacionados con la seguridad social, prestamos atención singular al derecho a la salud que se reconoce en el artículo 12:

“Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

El Comité DESC se ha ocupado de exponer su criterio sobre la caracterización y el contenido del derecho contenido en este artículo 12 en la Observación General nº 14, titulada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”⁸.

Destaca, en primer lugar, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos al señalar el estrecho vínculo entre el derecho a la salud y la realización de otros derechos humanos. La conexión es recíproca, pues el derecho a la salud es necesario para ejercer los demás de derechos, y no solo el derecho a la vida. Pero igualmente el déficit en el disfrute de otros derechos sociales, o incluso la mera situación de pobreza⁹, obstaculiza o impide por completo la efectividad del derecho a la salud. Así lo pone de relieve en sus párrafos 1 y 3:

- “1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos [...]”
3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la

⁸ Comité DESC, Observación General Nº 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (art. 12 PIDESC)”, 2000.

⁹ Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 131: “La Corte reconoce que las personas que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada o incompleta. El Tribunal también advierte la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran mujeres que viven con el VIH, sobre todo aquellas que se encuentran en edad reproductiva”.

libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”.

También resalta que el derecho a la salud es mucho más amplio que la ausencia de enfermedades o el acceso a servicios médicos, pues alcanza a toda una serie de factores socioeconómicos que lo condicionan, que ha venido a llamarse “determinantes sociales de la salud”, como el acceso al agua, a la alimentación y a la vivienda. Así el Comité DESC señala en el párrafo cuarto de la Observación General lo siguiente:

“[se] concibe la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades” [...] la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al “más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”

El Comité DESC también se ocupa de fijar con algún detalle el contenido del derecho a la salud. Lo hace mediante una fórmula que gira alrededor de los conceptos de disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad, que ya se ha convertido en típica para definir el alcance de los derechos sociales y que inauguró este mismo Comité en su Observación General nº 13 dedicada al derecho a la educación¹⁰. Los términos precisos del contenido del derecho a la salud se encuentran en el párrafo 12, que dice:

“12.- El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos

Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se

10 Comité DESC, Observación General Nº 13, “El derecho a la educación” (art. 13 PIDESC)”, 1999.

refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”.

VI.– La atención especial al derecho a la salud de los grupos más vulnerables: mujeres, niños, personas con discapacidad o mayores, pueblos indígenas

El Comité DESC, en el párrafo 7 de su Observación General 20, resalta que:

“La no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto. [...] Cabe señalar que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”

Y también destaca, en el párrafo 8, que hay que erradicar no solo la discriminación formal, sino también la discriminación sustantiva. Ello significa que los Estados deben atender a las necesidades especiales de las personas y colectivos que regularmente enfrentan problemas específicos en el sector de la salud, por ejemplo tasas de mortalidad más altas o una mayor vulnerabilidad a ciertas enfermedades, entre los que se cuentan las mujeres, los niños o las personas con discapacidad.

La Observación General 14 del Comité DESC presta atención específica a los siguientes grupos vulnerables en materia de salud:

“Las mujeres”¹¹

21. Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a

11 Además, el Comité DESC ha profundizado de un modo especial en el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres (Observación general Nº 22 [2016]), haciendo un análisis a partir de los conceptos de interdependencia e intersectorialidad y especificando el sentido de los elementos del derecho, concretamente de la disponibilidad, la accesibilidad (en sus vertientes de accesibilidad física, asequibilidad y accesibilidad a la información), la aceptabilidad y la calidad.

una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos.

Los niños y adolescentes¹²

22. En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 se pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil y promover el sano desarrollo de los niños. En los ulteriores instrumentos internacionales de derechos humanos se reconoce que los niños y los adolescentes tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades. En la Convención sobre los Derechos del Niño se exhorta a los Estados a que garanticen el acceso a los servicios esenciales de salud para el niño y su familia, incluida la atención anterior y posterior al parto de la madre. La Convención vincula esos objetivos con el acceso a la información, respetuosa del niño, sobre prevención y fomento de la salud y la prestación de ayuda a las familias y comunidades para poner en práctica esas medidas. La aplicación del principio de no discriminación requiere que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una alimentación adecuada, un entorno seguro y servicios de salud física y mental. Es preciso adoptar medidas eficaces y apropiadas para dar al traste con las perniciosas prácticas tradicionales que afectan a la salud de los niños, en especial de las niñas, entre las que figuran el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas y la alimentación y el cuidado preferentes de los niños varones. Es preciso dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad.

23. Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

24. La consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente.

Las personas mayores

25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la Observación general N° 6 (1995), reafirma la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad.

Las personas con discapacidades

26. El Comité reafirma lo enunciado en el párrafo 34 de su Observación general N° 5, en el que se aborda la cuestión de las personas con discapacidades en el contexto del derecho a la salud física y mental. Asimismo, el Comité subraya la necesidad de velar por que no sólo el sector de la salud pública, sino también los

¹² Más extensamente en Comité Derechos del Niño, Observación General n° 15, “El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud” (art. 24 Convención Derechos del Niño), 2013, CRC/C/GC/15.

establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades.

Los pueblos indígenas

27. Habida cuenta del derecho y la práctica internacionales que están surgiendo, así como de las medidas adoptadas recientemente por los Estados en relación con las poblaciones indígenas, el Comité estima conveniente identificar los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de los pueblos indígenas, a fin de que los Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el artículo 12 del Pacto. El Comité considera que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas”.

VII.– Contenido del derecho a la seguridad social: artículo 9 PIDESC y Observación General nº 19 Comité DESC

El PIDESC también reconoce específicamente el derecho a la seguridad social. Lo hace en su artículo 9, que dice:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

El Comité DESC, a partir de conceptos que son habituales para delimitar el alcance de los derechos sociales, como son los de disponibilidad, accesibilidad y calidad (nivel suficiente), define el contenido del derecho a la seguridad social en su Observación General nº 19¹³. Lo hace en los siguientes términos:

“A.- Elementos del derecho a la seguridad social

[...]

1.- Disponibilidad – sistema de seguridad social

11. El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, compuesto ya sea de uno o de varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. [...]

2.- Riesgos e imprevistos sociales

12. El sistema de seguridad social debe abarcar las siguientes nueve ramas principales de la seguridad social

a) Atención de salud

13.- Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud. En los casos en que el sistema de salud

13 Comité DESC, Observación General nº 19, “El derecho a la seguridad social [art. 9 PIDESC]”, 2008, E/C.12/GC/19. Dice en su párrafo 7 que “[a]l Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales le preocupa el nivel sumamente bajo de acceso a la seguridad social de una gran mayoría (un 80% aproximadamente) de la población mundial que carece actualmente de acceso a una seguridad social estructurada. De este 80%, el 20% vive en situación de pobreza extrema”. Cfr. Michael Cichon y Krzysztof Hagemejer (2006), “Social Security for All: Investing in Global and Economic Development. A Consultation”, Issues in Social Protection Series, Discussion Paper 16, Departamento de Seguridad Social de la OIT.

prevé planes privados o mixtos, estos planes deben ser asequibles de conformidad con los elementos esenciales enunciados en la presente observación general. El Comité señala la especial importancia del derecho a la seguridad social en el contexto de las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo, y la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y curativas.

b) Enfermedad

14. Deben proporcionarse prestaciones en efectivo durante los períodos de pérdidas de ingresos a las personas imposibilitadas de trabajar por razones de salud. Los períodos prolongados de enfermedad deben dar derecho a percibir prestaciones de invalidez.

c) Vejez

15. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para establecer planes de seguridad social que concedan prestaciones a las personas de edad, a partir de una edad determinada prescrita por la legislación nacional. El Comité subraya que los Estados Partes deben establecer una edad de jubilación apropiada a las circunstancias del país y para la que se tenga en cuenta, entre otras cosas, el tipo de trabajo, en especial si se trata de un trabajo en ocupaciones peligrosas, y la capacidad de trabajar de las personas de edad. Los Estados Partes deben establecer, hasta el máximo de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas, servicios sociales y otros tipos de ayuda para todas las personas mayores que, al cumplir la edad de jubilación prescrita en la legislación nacional, no tengan cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, o por cualquier otra causa no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otro tipo de prestación o ayuda de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos.

d) Desempleo

16. Además de promover un empleo pleno, productivo y libremente elegido, los Estados Partes deben tratar de ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o falta de ingresos debida a la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado. En caso de pérdida de empleo, las prestaciones deben abonarse durante un período suficiente, y al concluir este período, el sistema de seguridad social debe ofrecer una protección adecuada al trabajador desempleado, por ejemplo mediante la asistencia social. El sistema de seguridad social también debe amparar a otros trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores ocasionales, los trabajadores de temporada y los empleados por cuenta propia, así como los que trabajan en formas atípicas de trabajo en la economía no estructurada. Deben proporcionarse prestaciones para los períodos de pérdidas de ingresos de las personas a las que se pida que no se presenten al trabajo durante una emergencia de salud pública u otro tipo de emergencia.

e) Accidentes laborales

17. Los Estados Partes también deben garantizar la protección a los trabajadores que hayan sufrido un accidente laboral durante el empleo u otro trabajo productivo. El sistema de seguridad social debe sufragar los gastos y la pérdida de ingresos resultante de la lesión o condición de morbilidad, así como la pérdida de apoyo que sufran el cónyuge supérstite o las personas a cargo como consecuencia del fallecimiento del sostén de la familia. Se deberían ofrecer prestaciones suficientes en forma de acceso a la atención de salud y prestaciones en efectivo para asegurar los ingresos. El derecho a recibir las prestaciones no debe estar supeditado a la antigüedad en el empleo, la duración del seguro o el pago de cotizaciones.

f) Prestaciones familiares

18.- Las prestaciones familiares son esenciales para la realización del derecho de los niños y de los adultos a cargo a la protección en virtud de los artículos 9 y 10 del Pacto. Al conceder las prestaciones, el Estado Parte debe tener en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas responsables del mantenimiento del niño o el adulto a cargo, así como cualquier otra consideración pertinente para una solicitud de prestaciones hecha por el niño o por el adulto a cargo o en su nombre. Las prestaciones familiares, incluidas las prestaciones en efectivo y los servicios sociales, deben concederse a las familias sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos, y normalmente incluirían el alimento, el vestido, la vivienda, el agua y el saneamiento y otros derechos, según proceda.

g) Maternidad

19. El artículo 10 del Pacto dispone expresamente que “a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”. La licencia de maternidad debe concederse a todas las mujeres, incluidas las que realizan trabajos atípicos, y las prestaciones deben proporcionarse durante un período adecuado. Deben otorgarse prestaciones médicas apropiadas a la mujer y al niño, incluida la atención en el período perinatal, durante el parto y en el período posnatal, y de ser necesario la hospitalización.

h) Discapacidad

20. En la Observación general Nº 5 (1994) sobre las personas con discapacidad, el Comité insistió en la importancia de prestar apoyo suficiente a los ingresos de las personas con discapacidad que, debido a su condición o a factores relacionados con la discapacidad, hubieran perdido temporalmente o hubieran visto reducidos sus ingresos, se les hubieran denegado oportunidades de empleo o tuvieran una discapacidad permanente. Ese apoyo debe prestarse de una manera digna, y debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos que suele conllevar la discapacidad. El apoyo prestado debe extenderse también a los familiares y otras personas que se ocupan de cuidar a la persona con discapacidad.

i) Sobrevivientes y huérfanos

21. Los Estados Partes también deben asegurar que se concedan prestaciones de supervivencia y de orfandad tras la muerte del sostén de la familia afiliado a la seguridad social o con derecho a una pensión. Las prestaciones deben incluir los gastos de los servicios fúnebres, en particular en los Estados Partes en que esos gastos son prohibitivos. Los sobrevivientes o huérfanos no deben ser excluidos de los planes de seguridad por motivos prohibidos de discriminación y deben recibir asistencia para tener acceso a los planes de seguridad social, en particular cuando enfermedades endémicas como el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria privan del apoyo de la familia y de la comunidad a un gran número de niños o personas de edad.

3. Nivel suficiente

22.- Las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan ejercer sus derechos a la protección y asistencia familiar, a un nivel de vida adecuado y a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana, enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden. Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.

4. Accesibilidad**a) Cobertura**

Todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos.

b) Condiciones

Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes. La supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, basarse en motivos razonables y estar prevista en la legislación nacional.

c) Asequibilidad

Si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, éstas deben definirse por adelantado. Los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

d) Participación e información

Los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema. El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional y garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente.”

EL Comité DESC, además, aborda algunas de las cuestiones más problemáticas del derecho a la seguridad social. En el contexto de la pandemia por enfermedad COVID 19, donde el confinamiento ha eliminado los ingresos de las personas que prestaban servicios informales en las calles, es muy relevante la llamada de atención que hace sobre el derecho a la seguridad social de los trabajadores de la economía informal. Se refiere a ello como economía no estructurada de la siguiente manera:

“B. Temas especiales de aplicación amplia

34. Economía no estructurada

Los Estados Partes deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para que los sistemas de seguridad social incluyan a las personas que trabajan en la economía no estructurada. La economía no estructurada ha sido definida por la Conferencia Internacional del Trabajo como “el conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por los sistemas estructurados o no lo están en absoluto”. Este deber es particularmente importante en los casos en que los sistemas de seguridad social se basan en una relación laboral formal, una unidad empresarial o una residencia registrada. Estas medidas podrían incluir: a) la eliminación de los obstáculos que impiden el acceso de esas personas a los planes de seguridad social no tradicionales, como el seguro comunitario; b) el otorgamiento de un nivel mínimo de cobertura de riesgos e imprevistos con una expansión progresiva con el tiempo; y c) el respeto y el apoyo a los planes de seguridad social desarrollados en el marco de la economía no estructurada, como los planes de microseguro y otros planes de microcrédito afines. El Comité observa que en algunos Estados Partes con importantes sectores de economía no estructurada se han adoptado programas que atienden las necesidades del sector no estructurado, por ejemplo proporcionando planes de pensiones y de salud universales que incluyan a todas las personas”.

VIII.– Directrices para incorporar los derechos sociales a las respuestas frente a la enfermedad por COVID 19: estrategia de vacunación, situación de las personas migrantes y privadas de libertad y el uso de tecnologías digitales.

VIII.1.– Estrategias de vacunación con enfoque de derechos humanos

El acceso universal y equitativo a las vacunas, los medicamentos y los tratamientos es esencial para invertir la tendencia de una pandemia.

La OMS, a través del Grupo de Expertos en Asesoramiento Estratégico (SAGE) sobre Inmunización, elaboró en septiembre de 2020 orientaciones sobre la asignación de las vacunas conforme a un enfoque de derechos humanos¹⁴.

Teniendo en cuenta esas directrices y la experiencia de las estrategias de vacunación con ocasión de la pandemia COVID 19, el ACNUDH aprobó el 3 de enero de 2023 un documento titulado “Asegurar el acceso equitativo, asequible, oportuno y universal de todos los países a las vacunas para hacer frente a la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)”¹⁵, en el que diseña lo que denomina “Estrategia de vacunación basada en los derechos humanos”, cuyos contenidos principales son los siguientes:

“II.-Consecuencias para los derechos humanos, buenas prácticas y principales desafíos [...]

A. Estrategia de vacunación basada en los derechos humanos

1. Respeto del principio de no discriminación

7. La no discriminación y la igualdad son principios fundamentales en los que deben basarse las estrategias de preparación y respuesta frente a las pandemias. Las vacunas contra la COVID-19 deberían ser asequibles para todos y accesibles sin discriminación, evitando enfoques excluyentes que refuerzan las desigualdades existentes. La adopción de un enfoque interseccional basado en los derechos humanos y acorde con el principio de no discriminación requiere que se tengan en cuenta las vulnerabilidades, los riesgos y las necesidades de los grupos que, debido a factores sociales, geográficos o biomédicos subyacentes, corren el riesgo de soportar una mayor carga de la pandemia de COVID-19. [...]

2. Gobernanza de las vacunas basada en los derechos humanos

11. Un elemento esencial de la equidad vacunal es la gobernanza basada en los derechos humanos, que requiere transparencia en la elaboración de estrategias y planes nacionales de salud, incluidas las campañas de vacunación. [...]

3. Promoción de la resiliencia regional y nacional

18. Pocos países en desarrollo cuentan con las instalaciones tecnológicas necesarias para fabricar o almacenar vacunas, personal científico para desarrollar vacunas o capacidad para producir los ingredientes. Generalmente, la red de instalaciones de salud no basta para abarcar todo el territorio, ya que faltan infraestructuras de almacenamiento y transporte refrigerados y no se dispone de suficientes centros de salud y personal sanitario para emprender campañas de vacunación masiva a corto plazo. Se necesitan una cooperación técnica y financiera internacional, una transferencia de tecnologías y equipos a precios asequibles, una comercialización de insumos sin restricciones y capacitación para crear o incrementar la capacidad de producción de vacunas en los países en desarrollo, de modo que puedan llevar cabo campañas de vacunación masiva.

14 OMS, “Marco de valores del SAGE de la OMS para la asignación y priorización de la vacunación contra la COVID-19” (Ginebra, 2020).

15 A/HRC/52/56

4. Fomento y mantenimiento del uso y la demanda de vacunas

22. La reticencia a la vacunación es una cuestión compleja y constituye una de las diez principales amenazas a la salud pública identificadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS). El problema reviste especial complejidad debido a que varía en función del contexto, el país y el tipo de vacuna. Como parte de su obligación de garantizar el acceso a las vacunas, los Estados deben utilizar una gran diversidad de medios fundamentados en datos científicos para hacer frente a la reticencia a la vacunación. Estimular la demanda de vacunas se está convirtiendo en un factor esencial para reducir la amenaza que plantea la COVID-19.

6. Subsanación de la falta de datos

35. En el contexto de las vacunas, los datos tienen una función clave y es la de proporcionar los elementos de información necesarios para detectar lagunas concretas, mejorar la formulación de medidas específicas, vigilar su aplicación e informar sobre los progresos realizados.

37. Llevar a cabo campañas de vacunación que puedan responder a la evolución de la situación epidemiológica requiere datos completos, en tiempo real, pormenorizados y precisos, que no estaban disponibles en muchos países. El desglose de datos es un elemento central de los enfoques de datos basados en derechos humanos, puesto que permite hacer una evaluación y comparación iniciales de ciertos grupos de edad respecto de otros grupos de población

38. La pandemia también ha mostrado la importancia de mejorar los sistemas de seguimiento de datos para los grupos más vulnerables, a fin de garantizar que los programas de vacunación contra la COVID-19 se adapten a la evolución de las necesidades y los conocimientos. De cara al futuro, es necesario establecer estándares y requisitos de presentación de información para la reunión de datos, a fin de mejorar el ecosistema de datos existente y como impulso importante para que las oficinas de estadística reúnan más datos y para que los datos sean más detallados en lo que respecta a las principales variables sociodemográficas.

7. Lucha contra la información errónea y la desinformación

39. La pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto la importancia del acceso a la información y a espacios de debate libres y dinámicos para responder eficazmente a la pandemia. También ha puesto de relieve las amenazas y las dificultades que plantean la información errónea y la desinformación en todo el mundo. La proliferación de información errónea y desinformación —denominada ‘infodemia’ por la OMS— ha minado la respuesta mundial a la pandemia y ha contribuido a la reticencia a la vacunación. La cantidad de desinformación e información errónea sobre la COVID-19, entre otras cosas sobre la producción, los efectos y la distribución de las vacunas, no tiene precedentes”.

VIII.2.– El especial impacto sobre las personas migrantes

Las personas migrantes están expuestas a un alto riesgo de infección por COVID-19 por sus condiciones de vida. Además, en muchos sistemas están excluidos de facto de los programas nacionales de salud precisamente por que su situación irregular impide que estén registrados en el sistema o inscritos en padrones poblacionales.

ACNUDH, pocas semanas después de la declaración de la pandemia por COVID 19, dio a conocer una orientación sobre cómo acomodar las respuestas a los derechos humanos de los migrantes¹⁶, que se refiere, entre otras cosas, al acceso a los servicios de salud de la siguiente manera:

“ACCESO A INSTALACIONES, BIENES Y SERVICIOS DE SALUD

Las personas migrantes enfrentan obstáculos en el acceso a servicios médicos, incluyendo el idioma y barreras culturales, costos, falta de información y las consecuencias de gran alcance de actitudes y

¹⁶ “Covid-19 y los derechos humanos de los migrantes: una guía”, 7 de abril de 2020

comportamiento xenófobos. Muchas personas migrantes también enfrentan barreras en el acceso a los servicios de salud como consecuencia de leyes, políticas, prácticas y regulaciones administrativas, incluyendo las debidas a su estatus migratorio irregular. Las personas migrantes en situación irregular pueden ser incapaces o no estar dispuestas a acceder a la salud o compartir información sobre su estado de salud cuando tienen temor o riesgo de ser detenidas, deportadas o sufrir penalidades como resultados de su estatus migratorio¹⁷.

Todas las personas en el territorio o bajo la jurisdicción de un Estado, independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio, tienen el mismo derecho a la salud. Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la salud a todas las personas sin discriminación, incluso por motivos de nacionalidad y estatus migratorio. La escasez de recursos no es un fundamento suficiente para tratar las necesidades médicas de las personas migrantes de manera diferente.

Las medidas legislativas, políticas, administrativa y prácticas, incluyendo las medidas de comunicación, deben ser implementadas de forma que garanticen el acceso oportuno y efectivo de las personas migrantes a las instalaciones, bienes y servicios de salud, en todas las fases de la migración, independientemente del estatus migratorio. Tales medidas deben incluir ‘firewalls’ para separar las actividades de ejecución migratoria de las de provisión de servicios médicos. Los mensajes de comunicación y campañas de información pública deben clarificar que las personas migrantes en situación irregular no serán penalizados o señalados ante las autoridades migratorias cuando acudan a los servicios médicos”.

ACNUDH, en un informe de 2021¹⁸, insiste en que las respuestas de los Estados frente a las pandemias y otras emergencias sanitarias deben tener en cuenta de un modo específico a las personas marginadas, entre ellas a los migrantes.

“VI Personas marginadas

[...]

E.- Migrantes

36. La crisis de la COVID-19 ha evidenciado desigualdades estructurales y ha agravado muchos de los problemas de derechos humanos que ya sufrían los migrantes en situaciones de vulnerabilidad, como la falta de trabajo decente y de protección social, las condiciones de vida deficientes y las restricciones de circulación. El acceso a la atención de la salud se ve mermado por las barreras lingüísticas y culturales, los costos, la falta de información y los efectos de las actitudes y conductas xenófobas, y los migrantes que se encuentran en situación irregular no siempre pueden o quieren acceder a la atención o proporcionar información sobre su estado de salud si temen o corren peligro de ser detenidos, expulsados y sancionados por su situación migratoria. Los migrantes pueden quedar rezagados con respecto al resto en la vacunación y ser excluidos de los programas nacionales de vacunación por su situación irregular.

37. Los migrantes que se han visto obligados a vivir en barrios segregados, instalaciones abarrotadas, asentamientos informales u otros entornos inadecuados corren mayor riesgo de contraer la COVID-19, circunstancia que se complica aún más por su reducido acceso al tratamiento. El riesgo es todavía más elevado en el caso de los migrantes confinados en centros de internamiento o privados de libertad en otros

17 Este aspecto también lo resalta la “Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes”, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de la ONU y Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU, 26 de mayo de 2020, cuyo punto 10 dice: “10. Evitar implementar acciones de control o represión relacionadas con la migración y adoptar medidas que aseguren la protección de datos e información de personales. Los migrantes y sus familias a menudo viven en zonas residenciales densamente concentradas que pueden ser particularmente propensas al esparcimiento del COVID-19. Además, estas comunidades a menudo no son atendidas por el sistema de salud, en parte, por el temor del migrante a las consecuencias de buscar tratamiento cuando se encuentra en una situación irregular o indocumentada. Los Estados deben establecer ‘cortafuegos’ entre la aplicación de las normas migratorias y los servicios públicos para que todos los migrantes, indistintamente de su condición migratoria, puedan acceder a la atención médica, a la educación, a otros servicios sociales y a la justicia sin miedo a la detección, detención y deportación.

18 ACNUDH (2021), “El papel central del Estado en la respuesta a pandemias y otras emergencias sanitarias, y las consecuencias socioeconómicas de estas en la promoción del desarrollo sostenible y la efectividad de todos los derechos humanos”, A/HRC/47/23.

entornos. La pérdida de empleos y salarios ocasionada por la pandemia y las medidas de contención han traído consigo un aumento de las penurias económicas para los migrantes. Mientras que numerosos países europeos dependen en gran medida de las trabajadoras migrantes para las labores de cuidados, muchas de ellas han perdido sus ingresos o sus empleos a causa de la crisis. Muchos trabajadores migrantes, en particular los indocumentados o los que trabajan en empleos de baja cualificación y en el sector informal, no han podido acceder a las medidas de protección social básica y, por tanto, han caído en la indigencia. A la vez, muchos migrantes han desempeñado un papel clave como trabajadores esenciales durante la pandemia, a menudo sin apoyo suficiente ni protección social.

F. Medidas clave

38. Los Estados deberían:

- a) Velar por que los migrantes tengan acceso a las vacunas contra la COVID-19 y a otros bienes, establecimientos y servicios de salud, en particular eliminando las barreras de orden legal, administrativo y práctico, combatiendo la discriminación y supervisando la distribución de las vacunas;
- b) Establecer divisiones estrictas entre las actividades de control de la inmigración y la prestación de servicios de atención de la salud, la vacunación contra la COVID-19 y otros servicios básicos;
- c) Abstenerse en principio de internar a los migrantes, y aplicar alternativas basadas en los derechos humanos de modo que el internamiento constituya la excepción; d) Incluir a los migrantes en los sistemas de protección social, independientemente de su situación migratoria”.

VIII.3.– Atención específica para las personas privadas de libertad

Poco después de declarada la pandemia por COVID 19, el Comité Permanente entre Organismos, en colaboración con la OMS y el ACNUDH, publicaron en marzo de 2020 una Directriz Provisional titulada “COVID 19: Atención especial a las personas privadas de libertad”, entre cuyas observaciones cabe destacar las siguientes:

“Las autoridades deberían adoptar medidas inmediatas para hacer frente al hacinamiento en las cárceles, incluidas las medidas necesarias para respetar la orientación dada por la OMS sobre el distanciamiento social y otras medidas sanitarias. Se debería dar prioridad a la excarcelación de reclusos, incluidos niños, personas con patologías previas, personas con perfiles de bajo riesgo que han cometido delitos menores, personas con fechas de liberación inminentes y aquellas detenidas por delitos no tipificados en el derecho internacional. La liberación de los niños debe realizarse en consulta y asociación con los agentes de protección infantil y las autoridades gubernamentales pertinentes para garantizar los arreglos de atención adecuados.

En virtud del derecho internacional, las autoridades deberían establecer urgentemente soluciones alternativas a la detención de migrantes que no implicaran su reclusión. Cualquier privación de libertad debe tener fundamentos jurídicos suficientes y debe realizarse de conformidad con el procedimiento establecido por la ley, mientras que los detenidos tienen derecho a que un tribunal de justicia revise su detención. Se debe alentar a las autoridades a que examinen detenidamente la base jurídica de la detención y pongan en libertad a toda persona cuya detención sea arbitraria o no cumpla con las normas nacionales o internacionales. Las autoridades que evalúen si la detención es arbitraria deberían considerar situaciones como inadecuación, injusticias, falta de previsión y de garantías procesales, así como elementos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

[...]

El COVID-19 puede ofrecer una oportunidad para entablar un diálogo con la policía, otras instituciones encargadas de hacer cumplir la ley y el poder judicial sobre los riesgos y las oportunidades que entraña la detención preventiva. La limitación del número de personas en prisión preventiva y la aplicación de medidas no privativas de libertad (véanse las Reglas de Tokio) podrían ser medidas eficaces para reducir los riesgos de difusión de COVID-19, lo que resultaría beneficioso tanto para los detenidos como para el personal de las fuerzas del orden. La excarcelación en la etapa previa al juicio es la primera medida no

privativa de libertad que las autoridades deberían aplicar, cuando sea posible. Otras medidas que no necesitan custodia, como la libertad condicional, las multas, los servicios comunitarios, la libertad bajo palabra y la remisión a centros de asistencia, pueden aplicarse en la etapa de la sentencia. No obstante, cabe señalar que los sistemas de fianzas en efectivo pueden tener consecuencias discriminatorias, según la situación económica o la edad de las personas afectadas”.

Meses después, en enero de 2021, el propio Secretario General ONU – Informe sobre “la cuestión de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en todos los países: efectos de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁹ - insiste en que las personas privadas de libertad son “particularmente vulnerables” y requieren medidas específicas.

“20. Las personas privadas de libertad son particularmente vulnerables a la rápida propagación del virus en los lugares de detención debido a la gran concentración de personas en espacios reducidos y, en algunos contextos, al acceso restringido a la higiene y la atención sanitaria. Los Estados deberían adoptar medidas inmediatas para acabar con el hacinamiento en las cárceles y estudiar urgentemente opciones de puesta en libertad y alternativas a la detención a fin de mitigar el riesgo, en particular en el caso de las personas que hayan cometido delitos leves, aquellas cuya fecha de excarcelación sea inminente, las que estén reclusas en centros de detención de migrantes o en relación con su situación migratoria, las personas que tengan problemas de salud subyacentes y las que se encuentren en detención preventiva o administrativa. Las personas detenidas sin fundamento jurídico deben quedar en libertad, al igual que las que se encuentren en centros de rehabilitación de toxicomanías en contra de su voluntad. Asimismo, debe introducirse una moratoria a la reclusión de personas menores de edad, y los Estados deberían dejar en libertad a todas las niñas y niños detenidos si es seguro hacerlo”.

VIII.4.– El uso de tecnologías digitales frente al COVID 19 con enfoque de derechos humanos

En el contexto de la Resolución 46/16 del Consejo de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre el derecho a la privacidad elaboró un Informe, publicado el 27 de diciembre de 2022 bajo la denominación A/HRC/52/37. Este Informe, que lleva como título “Implementación de los principios de finalidad, eliminación y responsabilidad demostrada o proactiva en el tratamiento de datos personales recolectados por entidades públicas con ocasión de la pandemia de COVID-19”, es un buen ejemplo de la relación entre el uso de tecnologías digitales y el respeto de los derechos humanos.

La lucha frente a la pandemia de COVID 19 reclamó a la sociedad en general la utilización de todo tipo de medios. También se recurrió a las tecnologías digitales, por su potencial para tratar masivamente datos. El referido Informe destaca que fueron recogidos “datos de millones de personas con miras a adoptar medidas para detectar y combatir la COVID-19, así como rastrear su propagación para proteger la salud y prevenir su transmisión. Además de los datos de contacto e identificación de las personas, se recolectó información relativa a su salud como, por ejemplo, síntomas, resultados de pruebas y diagnósticos, todos ellos considerados datos personales sensibles”.

Como el Informe pone expresamente de relieve, las normas de protección de datos admiten que, con el propósito de reaccionar frente a una urgencia sanitaria como la COVID 19, esa información sea recogida y utilizada. Pero el Informe añade que ese uso ha de hacerse conforme a los principios establecidos en las normas que garantizan la protección de datos personales, entre ellos los principios de finalidad, de eliminación y de responsabilidad demostrada. Muy extractado, el Informe recuerda a los Estados que dichos principios tienen en este caso concreto las siguientes implicaciones:

“(principio de finalidad) los datos personales pueden ser recolectados [solo] para fines determinados, explícitos y legítimos. En tal sentido, el principio de finalidad: a) Delimita los usos que pueden darse a los

19 A/HRC/46/43

datos personales; b) Evita que la información de las personas pueda ser usada arbitrariamente [...]; c) Exige que los datos solo sean utilizados para los fines permitidos por la ley o los autorizados por el titular de los datos personales; d) Permite que los datos sean usados para fines compatibles con los autorizados por el titular o los permitidos por la ley. [...] el tratamiento ulterior de datos personales con fines de investigación científica e histórica o con propósitos estadísticos, todos ellos en favor del interés público, no se considera incompatible con las finalidades iniciales, siempre y cuando los Estados establezcan las garantías oportunas.

... (principio de eliminación) Los datos no solo deben ser tratados para realizar una finalidad determinada, legítima y expresa, sino durante un período de tiempo que no exceda del necesario para alcanzar la finalidad del tratamiento de dicha información. [...] el tratamiento de datos debe ser limitado en el tiempo y no debe ser perpetuo o infinito.

Una vez culmine dicho término, los datos deben ser suprimidos definitivamente o anonimizados de manera que no se permita identificar al titular de los datos por un período de tiempo superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos.

(principio de responsabilidad demostrada o proactiva) Garantizar la aplicación efectiva y práctica de lo que ordenan las normas sobre protección de datos es un reto permanente de cualquier entidad y, aunque es importante, no es suficiente la sola promulgación de las normas porque estas no tienen efectos inmediatos, sino que es necesario que existan los medios para su efectivización. Por lo tanto se deben concentrar los esfuerzos en que los objetivos de las leyes sobre tratamiento de datos no sean formales sino reales y concretos, de manera que las personas realmente se beneficien de estas.

El principio de responsabilidad cobra cardinal importancia para lograr ese propósito. Este principio exige que los responsables y encargados del tratamiento de datos implementen medidas apropiadas, efectivas y verificables que les permitan probar el correcto cumplimiento de las normas sobre tratamiento de datos personales. Dichas medidas deben ser objeto de revisión y evaluación permanente para medir su nivel de eficacia en cuanto al cumplimiento y el grado de protección de los derechos de los titulares de los datos personales”.

IX.– La protección social frente a la pérdida de ingresos provocada por el COVID 19: transferencias en efectivo y ayudas en especie

El Comité DESC resaltó con preocupación en 2008 que “una gran mayoría (un 80% aproximadamente) de la población mundial [...] carece actualmente de acceso a una seguridad social estructurada”²⁰. Ante esta situación, es relevante hacer referencia a la Recomendación 202 de la OIT (2012)²¹, que recuerda que cumplir con las garantías básicas de seguridad social impone que los Estados Parte, conforme a un principio de universalidad en la protección basada en la solidaridad social, establezcan lo más rápido posible pisos de protección social. El párrafo 4 de esta Recomendación dice:

“4. Los Miembros, en función de sus circunstancias nacionales, deberían establecer lo más rápidamente posible y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso

20 Observación General n° 19, “El derecho a la seguridad social [art. 9 PIDESC]”, 2008, E/C.12/GC/19, párrafo 7.

21 Dódera, J.L. (2019), “Protección de los niveles sociales y Recomendación de la OIT N° 202”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*. 2da época. Año 15. N° 20, pp. 11 a 24.

que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional”.

Esta situación de bajo nivel de protección social no había cambiado sustancialmente cuando en 2020 se declara la pandemia de enfermedad por coronavirus, como pone de relieve el Secretario General de la ONU, en un informe de 2022 donde valora el efecto del COVID 19 sobre los derechos sociales:

“La pandemia ha puesto de manifiesto la situación de los 2.000 millones de personas que trabajan en economías informales en todo el mundo, las cuales representan el 90 % de la mano de obra total en los países de ingresos bajos y tradicionalmente quedan excluidas de los sistemas de seguridad social contributivos que ofrecen protección ante la falta o la interrupción de los empleos. Las mujeres, a menudo sobrerrepresentadas en el sector informal, han sufrido de forma desproporcionada las consecuencias económicas y sociales de la crisis”²².

El confinamiento y en general la reducción de actividad económica asociados a las respuestas frente al COVID 19 ha incidido gravemente en esta situación, pues los trabajadores informales, ya sea por quedarse en casa para evitar contagios ya sea porque sus trabajos no encontraban demanda, se quedaron sin ingresos económicos y no tenían ningún mecanismo de protección social que los sustituyera.

Ante esta situación de emergencia la mayoría de los Estados articularon diversas fórmulas de respuesta²³. El Secretario General de la ONU se refiere a ellas en ese mismo informe en los siguientes términos:

“En respuesta a la pandemia, los Estados han adoptado un número sin precedentes de medidas de protección social, y al 14 de mayo de 2021 se habían planificado o aplicado más de 3.300 acciones en 222 países y territorios. Esas medidas ayudaron a la población a costear la atención sanitaria, amortiguaron los efectos de la pérdida de ingresos o de empleo y garantizaron servicios de asistencia a los niños y a otras personas con necesidades. Algunas de esas medidas consistían en: transferencias en efectivo condicionadas y no condicionadas; ayudas en especie; comidas escolares; sistemas de cupones canjeables; exoneración o aplazamiento del pago de servicios públicos; mecanismos de seguridad de los ingresos durante licencias por enfermedad; protección contra el desempleo; prestaciones de invalidez, vejez y para familiares supervivientes; políticas de licencias y cuidados familiares; cambios temporales en las cotizaciones a la seguridad social y el pago de impuestos; y modificaciones en los procedimientos administrativos y los mecanismos de ejecución.

10. Estas vastas y expeditivas medidas de protección social de emergencia demuestran que es posible ampliar la protección social, y que ello puede contribuir de forma significativa a mitigar o prevenir muchos de los efectos adversos asociados a las crisis”²⁴.

En fin, distintos órganos del sistema de derechos de la ONU han destacado que estas medidas de protección social eran de vigencia solo temporal cuando cumplir con las exigencias de seguridad social requeriría hacerlas permanentes, aparte de no alcanzar en ocasiones a los trabajadores de la economía informal²⁵.

22 Secretario General de la ONU, Informe “Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales” (2022), párrafo 8.

23 U.Gentilini et al., “Social Protection and Jobs Responses to COVID-19: A Real-Time Review of Country Measures”, la versión 16 (Febrero, 2022) es la más actualizada.

24 Secretario General de la ONU, Informe “Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales” (2022), párrafos 9 y 10.

25 Ibid., párrafo 11. Además, Special Rapporteur on extreme poverty and human rights (2020), “Looking back to look ahead: A rights-based approach to social protection in the post-COVID-19 economic recovery”, párrafo 26

X.- El ejercicio efectivo de los derechos sociales en los años post COVID 19: la llamada a un nuevo contrato social renovado

El Secretario General de la ONU, en la Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización 2020 que presentó al inicio del 75º periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, señaló que “[n]ecesitamos un nuevo contrato social dentro de los Estados y un nuevo pacto global entre ellos”²⁶. Insistió en ello en su informe de 2021 titulado “Nuestra Agenda Común”, donde invita a las sociedades nacionales a que “renueven su contrato social, con los derechos humanos como eje” y resalta “que todo contrato social renovado digno del siglo XXI debe tener tres pilares: a) la confianza; b) la inclusión, la protección y la participación; y c) la medición y la valoración de lo que es importante para las personas y el planeta”²⁷.

X.1.- El nuevo contrato social en el Informe Secretario General ONU “La cuestión de la realización de los DESC en todos los países” (2021)

El Secretario General de la ONU descendió a los detalles en un informe de 2021. Allí expone los efectos de la enfermedad por COVID 19 sobre los derechos sociales y, al referirse a cómo recuperarse mejor, llama a la creación de un nuevo contrato social, cuya realización exige “combatir las deficiencias estructurales de los sistemas de protección social, salud y educación a fin de que estén preparados para ofrecer un nivel de vida adecuado a todas las personas y garantizar que las sociedades y las economías sean más resistentes a las crisis futuras. La clave para crear esos sistemas es la inversión a largo plazo en la salud pública, la educación y la protección social, de conformidad con las obligaciones de los Estados de utilizar el máximo de los recursos de que dispongan para realizar los derechos económicos, sociales y culturales”²⁸. Y luego profundiza en esos tres aspectos:

“1. Cobertura sanitaria universal

33. La obligación de los Estados de garantizar el derecho a la salud les exige crear sistemas de salud que estén disponibles y sean accesibles y aceptables para todas las personas. En ese sentido, la forma más completa de avanzar hacia la realización universal del derecho a la salud es estableciendo un sistema sólido de atención sanitaria universal y asequible. Las obligaciones de derechos humanos exigen que los servicios sanitarios no excluyan a determinados sectores de la sociedad por ser inasequibles, de difícil acceso o por discriminar formalmente a grupos como las personas migrantes y refugiadas. Por lo tanto, los Estados deben evaluar proactivamente los obstáculos que puedan impedir el acceso a los servicios, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva.

2.- Protección social

36. El derecho a la protección social es un derecho humano fundamental y debería ser una parte indispensable de toda respuesta política coordinada a las crisis, incluida la actual pandemia. Las pérdidas de empleos, ingresos o medios de vida provocadas por la crisis están afectando más a quienes no tienen acceso a la protección social, la abrumadora mayoría de los cuales son mujeres y niños y niñas. A pesar de la importancia de este derecho, según las estimaciones realizadas por la OIT en 2017, solo el 29 % de la población mundial tiene una cobertura de seguridad social adecuada, y más de la mitad carece por completo de ella.

26 Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización (2020), Asamblea General, Documentos Oficiales, 75º período de sesiones, Suplemento núm. 1, A/75/1, párrafo 14.

27 Secretario General de la ONU (2021), “Nuestra Agenda Común”, A/75/982, párrafo 19. Sobre este nuevo contrato social, Hillson, D. (2021), “Covid-19, The social contract and the need for a new normal for social protection”, Development Pathways, Issue 32; Aguirre, M (2023), *Nuestra Agenda Común y la renovación del contrato social*, Erronkak Bilduma, 1.

28 Secretario General de la ONU (2021), “La cuestión de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en todos los países: efectos de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales”, A/HRC/46/43, párrafo 32.

38. Todos los Estados deberán hacer inversiones considerables para garantizar, por lo menos, niveles mínimos de disfrute del derecho a la seguridad social. El déficit de financiación para garantizar la protección social ha aumentado desde el inicio de la crisis de la COVID-19 como consecuencia de la mayor necesidad de servicios sanitarios, las ayudas económicas a los trabajadores y trabajadoras que han perdido sus ingresos debido a las medidas de confinamiento y la reducción del producto interno bruto (PIB) provocada por la crisis. La OIT ha subrayado que incluso en los países de bajos ingresos existen opciones para aumentar los recursos destinados a la protección social, como el aumento de los impuestos; la ampliación de la base de contribuciones a la seguridad social; la reducción de los flujos financieros ilícitos; la reasignación del gasto público; o un marco macroeconómico más flexible. En algunos casos, en particular en los Estados de bajos ingresos, las iniciativas para movilizar recursos internos también deberían complementarse con la asistencia y la cooperación internacionales.

3. Educación

40. La educación no solo es un derecho humano fundamental en sí mismo, sino que también permite el acceso a todos los demás derechos humanos. Invertir en la educación, incluida la educación en derechos humanos, es la forma más rentable de impulsar el desarrollo económico, mejorar los conocimientos y las oportunidades de los jóvenes de ambos sexos, lograr avances con respecto a los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y prevenir los conflictos y fomentar la paz. La educación es el principal cauce para que las personas de todas las edades que están marginadas económica y socialmente puedan salir de la pobreza y obtener los medios para participar plenamente como ciudadanas y ciudadanos en su propia comunidad”.

X.2.– El nuevo contrato social en el Informe Secretario General ONU “Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los DESC” (2023)

El Secretario General ONU aborda en otro documento de un modo específico el ejercicio efectivo del derecho a la protección social²⁹. Parte de constatar que los Estados, con el fin de responder a las consecuencias asociadas a la pandemia por COVID 19, han ampliado notablemente la cobertura de las medidas de protección social, pero reclama que estas medidas de emergencia se consoliden o vengán a ser sustituidas por otras que tengan vocación de permanencia, transición de unas a otras que ha de estar orientada por un enfoque de derechos humanos.

“16. El marco de derechos humanos ofrece una importante orientación en apoyo de la transición de las medidas de protección social de emergencia, que son temporales y ad hoc, a los sistemas de protección social integrales e inclusivos, en particular al establecer los componentes sustantivos del derecho a la seguridad social, las estrategias para acabar con las desigualdades estructurales y los procesos y las opciones para financiar las medidas de protección social”.

El marco de derechos humanos vendría determinado por los tratados internacionales que reconocen derechos sociales, especialmente el PIDESC, así como por los compromisos políticos adquiridos en el contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y por la Recomendación 202 de la OIT sobre pisos de protección social.

“17. El derecho a la seguridad social está reconocido en numerosos instrumentos de derechos humanos, sobre todo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ofrece orientación detallada sobre la prestación de servicios de seguridad social, y pone de relieve su importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana. Los Estados tienen la obligación de proporcionar seguridad de los ingresos y prestar apoyo, ya sea en efectivo o en especie, a todas las personas a lo largo de su ciclo vital, sin discriminación y con especial atención a los más marginados. La seguridad social debe estar orientada a garantizar la protección, en particular contra de: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad,

²⁹ Secretario General de la ONU (2022), “Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales”, A/HRC/49/28

invalidez, maternidad, accidente laboral, desempleo, vejez o muerte de un familiar; b) los gastos excesivos de atención de salud; c) el apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo. Para garantizar la cobertura universal resultará necesario establecer planes no contributivos.

18. Las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos están reflejados en los compromisos políticos conexos, en particular el Objetivo de Desarrollo Sostenible 1 (poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo) y su meta 1.3 (poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los más vulnerables). También es de vital importancia la Recomendación sobre los Pisos de Protección Social, 2012 (núm. 202) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que establece una visión política normativa sobre los medios para alcanzar la universalidad de la protección social, que abarca tanto el establecimiento de pisos de protección social nacionales como la aplicación de medidas para proporcionar al mayor número de personas posible, y lo antes posible, niveles de protección más elevados”.

Sobre la base de este marco, procede a definir los principales elementos de un enfoque de protección social basado en los derechos humanos, utilizando para ello los conceptos elaborados por el Comité PIDESC de disponibilidad, accesibilidad en sus distintas vertientes (accesibilidad física, asequibilidad, adecuación, participación, rendición de cuentas etc) y no discriminación.

“A.- Garantía de la disponibilidad de servicios de protección social

19. Las medidas de protección social deben estar disponibles y ser adecuadas y accesibles. Ello significa que los sistemas de protección social se establezcan y definan por ley, estén respaldados por una estrategia a largo plazo y estén reforzados con un marco institucional a largo plazo apropiado y adecuadamente financiado. También debe haber coherencia política entre los departamentos gubernamentales en lo que respecta a las medidas de protección social. La protección social universal implica una cobertura para todos, que garantice la protección de todas las personas, independientemente de su situación socioeconómica o su condición jurídica; debe prever una gama completa y exhaustiva de posibles contingencias a lo largo de sus ciclos vitales, y así proporcionarles las suficientes prestaciones que les permita mantener una vida digna. Los mecanismos necesarios para lograr la protección social universal varían, pero generalmente siguen un enfoque basado en el ciclo vital, que comprende prestaciones universales por hijo, protección de la salud, prestaciones por maternidad y licencia parental, seguro de desempleo, pensiones sociales y variantes de una renta básica universal, complementados con un acceso efectivo a la asistencia sanitaria, los servicios de empleo, la formación de aptitudes y los servicios de cuidados de personas, en particular los servicios de atención infantil y de larga duración.

B.- Garantía de accesibilidad de los programas de protección social

21. La protección social debe ser accesible en términos de: a) cobertura, especialmente de los individuos pertenecientes a los grupos más desfavorecidos y marginados; b) admisibilidad, con criterios de calificación razonables, proporcionados y transparentes; c) asequibilidad; d) participación e información; y e) acceso físico. Al elaborarse las medidas de protección social, deben fijarse las metas con mucha cautela. Desde una perspectiva de derechos humanos, los errores de inclusión, por los que se proporciona una prestación a alguien que no está en el grupo al que se quiere llegar, no son tan problemáticos como los errores de exclusión, la no provisión de transferencia a aquellos a los que se quería llegar. Los Estados deben abordar los problemas que afrontan los miembros de ciertos grupos, como los trabajadores informales, migrantes e indocumentados, que a menudo no pueden acceder a la protección social debido a que no reúnen los criterios para participar en los programas.

22. La pandemia puso de manifiesto que la infraestructura digital puede facilitar la ampliación de la protección social, por ejemplo, en el ámbito del registro y el acceso a prestaciones. Sin embargo, los Estados deben, tras un estudio minucioso, garantizar la plena protección de los datos personales y la privacidad, prever mecanismos adecuados de rendición de cuentas y trabajar para cerrar la brecha digital, de modo que nadie se quede atrás. Debe prestarse especial atención a las cuestiones de conectividad y al uso de tecnologías adecuadas y de opciones alternativas no digitales para poder intervenir en función

de los contextos locales y garantizar el acceso, incluso en las lenguas locales y en formato de lectura fácil o Braille, de las personas de las zonas rurales, las personas mayores, las personas con discapacidad, los grupos indígenas o étnicos y, en general, las personas que viven en condiciones de pobreza.

C.- Garantía de la adecuación de las prestaciones de protección social

24. Las prestaciones, ya sean en efectivo o en especie, deben ser adecuadas en cuanto a su cuantía y duración, para que toda persona pueda ejercer su derecho a recibir protección y asistencia familiar, a llevar un nivel de vida adecuado y a acceder a la asistencia sanitaria. Los Estados deben supervisar periódicamente los criterios de adecuación para asegurarse de que los beneficiarios puedan solventar los bienes y servicios que necesitan para ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, en el contexto de la pandemia, Ucrania ha aumentado el nivel mínimo de las prestaciones por desempleo, ya que los niveles anteriores se consideraban inadecuados para proporcionar soluciones de mitigación que permitieran soportar la crisis. Además, en consonancia con la Recomendación núm. 202 de la OIT, los Estados deben concebir la protección social universal de manera que garantice una cobertura previsible y sostenible de las prestaciones y ayudas, que vaya más allá de las medidas de circunstancia a corto plazo.

D.- Facilitación de la participación significativa y la rendición de cuentas

26. La protección social debe ofrecerse a través de un marco que garantice la transparencia, la participación y la rendición de cuentas a la hora de concebir, ejecutar y supervisar los programas destinados a los que más necesitan apoyo. En un sistema de protección social transparente, los titulares de derechos en general deben ser capaces de identificar las funciones y responsabilidades de todos los interesados dentro del sistema, en el plano nacional y local, así como los criterios de admisibilidad, las prestaciones, los mecanismos de denuncia y las vías de recurso. Los mecanismos de denuncia deben contar con suficientes recursos y ser apropiados desde la perspectiva cultural, y los beneficiarios deben disponer de recursos judiciales y cuasijudiciales. Los Estados deben velar por que las estrategias de participación arrojen resultados significativos y efectivos, y para ello es preciso eliminar las causas que restringen la participación de los grupos vulnerables.

E.- Promoción de la igualdad y la no discriminación

28. Los Estados deben velar por que se pueda disfrutar de todos los derechos, sin discriminación, tanto en la ley como en la práctica. Los principios de igualdad y no discriminación están consagrados en el PIDESC, y se han afianzado en posteriores instrumentos internacionales que abordan la situación específica de determinados grupos. Los Estados deben aprobar una legislación exhaustiva que prohíba la discriminación y tomar medidas para superar los obstáculos y problemas prácticos a los que se enfrentan algunas personas para poder disfrutar de sus derechos, en particular, medidas de prevención de la discriminación directa e indirecta, y adoptar un enfoque multidimensional de la igualdad sustantiva, mediante el examen de la discriminación actual e histórica, el estudio de las prácticas de violencia, los estereotipos y la estigmatización, el establecimiento de garantías contra la parcialidad institucional y la facilitación de la participación política.

29. Además, los Estados deben garantizar la recopilación efectiva de datos precisos y desglosados, incluidos los obtenidos a través del seguimiento comunitario, y adoptar medidas eficaces para prestar servicio a las personas que viven en condiciones de pobreza.

F. Garantía de la receptividad de los sistemas de protección social a las cuestiones de género

30. Las políticas de protección social pueden promover eficazmente la igualdad de género. Entre los instrumentos de protección social figuran los que abordan las diversas necesidades de las mujeres y sus frecuentes experiencias de discriminación y exclusión del mercado laboral y de los recursos económicos, las desproporcionadas responsabilidades que asumen en la prestación no remunerada de cuidados y los riesgos y vulnerabilidades inherentes al ciclo vital específico de su género, como el acceso restringido a la información y a las estructuras administrativas o las normas tradicionales de género por las que se limita su movilidad. Las principales medidas para garantizar la receptividad a las cuestiones de género en la protección social en el mundo contemporáneo son: la ampliación de la cobertura de protección social no

contributiva a las mujeres; la mejora de la recogida de datos desglosados por sexo sobre los beneficiarios del programa; el seguimiento y la evaluación rigurosos y sistemáticos de los beneficios que las medidas de protección social relacionadas con la pandemia han aportado a las mujeres y las niñas; la determinación de un conjunto armonizado de indicadores para seguir de cerca la incidencia de la protección social por género; y la adopción de un enfoque centrado en las mujeres y niñas más vulnerables.”

XI.– Cuestiones actuales sobre el derecho a la salud: igualdad sustantiva e interseccionalidad; tecnologías digitales al servicio de la salud; y salud mental.

La Relatora Especial sobre el derecho a la salud, al determinar las prioridades de su labor, se ha referido³⁰, entre otras cuestiones, (a) a la igualdad sustantiva e interseccionalidad como ejes para asegurar el disfrute efectivo del derecho a la salud; (b) a las tecnologías digitales al servicio de la salud, que generan oportunidades y al mismo tiempo exigencias de derechos humanos; y (c) a los condicionantes psicosociales como determinantes básicos de la salud mental

XI.1.– La igualdad sustantiva y la interseccionalidad en el disfrute efectivo del derecho a la salud

En trabajos doctrinales³¹ y en la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos sobre el derecho a la salud³² hallamos referencias a la interseccionalidad como combinación de motivos de discriminación, que resulta en una experiencia discriminatoria más profunda que la simple acumulación.

En esta línea avanza la Relatora Especial que dedica un apartado del informe sobre las prioridades de su labor a proponer “Un enfoque del derecho a la salud basado en la igualdad sustantiva”, que comprende los párrafos 26 a 35, destacando la necesaria conexión entre igualdad sustantiva e interseccionalidad en los párrafos 32 a 34³³.

“26. Para millones de personas de todo el mundo el punto de partida es desigual. Esa desigualdad afecta el acceso de una persona a determinantes de la salud como la educación, el acceso al agua, a un medio ambiente limpio y a la vivienda, entre otras cosas, lo cual a su vez influye en la salud de la persona. Por consiguiente, los efectos adversos para la salud no guardan relación únicamente con la predisposición genética individual sino también con sistemas opresivos que han establecido jerarquías raciales y que permiten la persistencia de la discriminación social más allá de las estructuras coloniales formales y continúan perpetuando las desigualdades en materia de salud.

27. [...] A lo largo de su labor, procurará distinguir entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva con miras a alcanzar esta última. La igualdad formal pretende luchar contra la discriminación directa tratando de manera similar a personas en una situación similar. Puede contribuir a la lucha contra los estereotipos negativos y los prejuicios, pero no puede ofrecer soluciones para el “dilema de la diferencia”, ya que no tiene en cuenta ni asume las diferencias entre los seres humanos.

28. Por el contrario, la igualdad sustantiva también pretende abordar la discriminación estructural e indirecta y tiene en cuenta las relaciones de poder. Reconoce que el “dilema de la diferencia” entraña

30 Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2021), *Prioridades estratégicas de la labor*, A/HRC/47/28.

31 Smith, B. (2016), “Intersectional discrimination and substantive equality: a comparative and theoretical perspective”, en *Equal Rights Review – Special Focus: Intersectionality*, vol. 16.

32 Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 128 (“teniendo en cuenta que en este caso se alega que varias personas fueron víctimas de discriminación por motivos coincidentes, este Tribunal realizará, en lo pertinente, un análisis de cada uno de los motivos presuntamente discriminatorios de manera separada. Lo anterior sin perjuicio de que la Corte comprende que la confluencia de factores de discriminación de manera interseccional resulta en una experiencia discriminatoria que se diferencia de la simple acumulación, en contra de una persona, de distintas causas discriminación”). Igualmente, en Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 122.

33 Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2021), *Prioridades estratégicas de la labor*, A/HRC/47/28

ignorar y al mismo tiempo reconocer las diferencias entre los seres humanos a fin de lograr la igualdad. La igualdad sustantiva es un principio que hace hincapié en la necesidad de lograr la auténtica igualdad en los resultados. Para alcanzar la igualdad sustantiva es necesario establecer sistemas y procesos que aseguren la igualdad de acceso a las oportunidades y servicios, y también lograr que las personas puedan acceder a ellos de una forma que satisfaga sus necesidades y circunstancias específicas.

32. A fin de lograr la igualdad sustantiva en la realización del derecho a la salud es necesario abordar el carácter interseccional de la discriminación, dejando atrás las leyes y políticas que siguen utilizando modelos de discriminación ‘de eje único’ y que no abordan las experiencias vitales de las personas que sufren discriminación por múltiples motivos.

33. Llegar a comprender la interseccionalidad, particularmente mediante el reconocimiento de la discriminación interseccional, y a través de marcos jurídicos y normativos nacionales tendentes a la igualdad sustantiva, hará posible identificar mejor y eliminar las dinámicas de poder que perpetúan los sistemas y las pautas de privilegio y desventaja.

34. La interseccionalidad, que es un medio para lograr la igualdad sustantiva, reconoce que la identidad no puede dividirse en categorías de experiencia y análisis mutuamente excluyentes. Afirma que la identidad es una amalgama compleja de diferentes categorías y circunstancias sociales que existen simultáneamente para determinar los efectos en la salud de una persona”.

La misma Relatora Especial, dentro de este enfoque de interseccionalidad, se ha referido al racismo como una de las causas de discriminación que dificultan el disfrute efectivo de derecho a la salud. Lo ha hecho en este mismo informe (párrafos 87 a 94) y ha destinado específicamente uno de sus informes posteriores³⁴.

XI.2.- La innovación y la tecnología digital como instrumento del disfrute efectivo del derecho a la salud.

El progreso tecnológico de la última década y la experiencia de sus usos durante pandemia por COVID-19 han puesto de manifiesto que las tecnologías digitales conllevan mejoras sustanciales en los servicios de salud, pero que al mismo tiempo, para que no perpetúen las desigualdades sociales, requieren una regulación con enfoque de derechos humanos, que en especial termine con la brecha digital, garantice la privacidad de las personas y vigile que la inteligencia artificial no profundiza las discriminaciones arraigadas. La Relatora Especial para el derecho a la salud ha sido sensible a esta realidad e incluye en su informe un apartado titulado “La innovación y la tecnología digital: derechos a la salud sexual y reproductiva, intervenciones digitales y telesalud”, que se extiende de los párrafos 78 a 86, destacando en particular las observaciones siguientes³⁵:

“78. El progreso tecnológico en materia de atención de la salud ha demostrado ser un elemento destacado para la prestación de servicios de atención de la salud y ha mejorado nuestra calidad de vida. Las innovaciones y la tecnología digital han mejorado nuestra capacidad de almacenar, impartir y analizar información sobre la salud. También han mejorado las capacidades de los prestadores de servicios de atención de la salud y han mejorado el acceso de los pacientes a dichos servicios, todo lo cual ha tenido un papel destacado, entre otras cosas para hacer frente a la pandemia de COVID-19.

79. Por consiguiente, dado que la innovación y la tecnología digital van a seguir transformando el sistema de atención de la salud más que cualquier otra fuerza, es importante que se dirijan más inversiones a mejorar la innovación y la tecnología digital. El acceso universal a los servicios de atención de la salud no será posible sin políticas que aseguren un acceso asequible a las tecnologías de salud. No obstante,

34 Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2022), *Racismo y derecho a la salud*, A/77/197

35 Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2021), *Prioridades estratégicas de la labor*, A/HRC/47/28

existen preocupaciones legítimas sobre las vulneraciones de los derechos humanos que la tecnología digital puede hacer posibles en el ámbito de la atención de la salud.

82. Entre los factores que requieren atención en la ejecución de un sistema equitativo de salud digital figuran la accesibilidad y la asequibilidad. La brecha digital en gran parte del Sur Global y en otros contextos de países en desarrollo sigue excluyendo a muchas personas de lo que se ha denominado la cuarta revolución industrial. Como se destaca en un informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, las tecnologías digitales emergentes agudizan y amplifican las desigualdades existentes, muchas de las cuales obedecen a motivos de raza, etnia y origen nacional. Esta es una consideración importante a la luz de las pruebas bien fundadas del racismo que está tan profundamente arraigado en el sistema mundial de atención de la salud, de modo que las soluciones digitales para la atención de la salud probablemente adquirirán esos mismos defectos.

84. La vigilancia digital, el seguimiento y el reconocimiento facial como parte de tecnologías que se están utilizando en las innovaciones en el campo de la salud pueden perpetuar el racismo e integrarlo de este modo en la tecnología aplicada a la salud. Si esas intervenciones no se controlan ni se cuestionan, probablemente darán lugar a sistemas de inteligencia artificial en programas de salud que seguirán siendo racistas. Esos progresos no son neutrales y la discriminación puede producir resultados injustos en el diagnóstico, la investigación, los análisis y los algoritmos.

85. El costo de acceder a la información suele estar fuera del alcance de las personas empobrecidas. Con este fin, la salud digital y la atención autogestionada deben actuar paralelamente con un acceso subvencionado o gratuito a los datos de modo que todas las personas, independientemente de su condición económica, puedan disfrutar del nivel más elevado de salud en todas sus formas, incluidos los aspectos digitales”.

XI.3.– Los elementos psicosociales que condicionan la salud mental

La salud mental como integrante del derecho fundamental a la salud ha centrado en esta última década la atención de los organismos de derechos humanos³⁶ y de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales³⁷, adquiriendo una importancia adicional con ocasión de la pandemia por COVID-19³⁸.

La Relatora Especial enfatiza en su informe³⁹ que, entre los factores sociales que son determinantes básicos de la salud, se cuentan, aparte de aspecto de la realidad física como el acceso al agua, a la alimentación y a la vivienda, también los elementos psicosociales que condicionan el disfrute efectivo del derecho a la salud mental.

“98. En un informe sobre el papel fundamental de los factores sociales que son determinantes básicos de la salud en relación con el ejercicio efectivo del derecho a la salud mental, el anterior titular del mandato reiteró que el derecho a la salud no es el derecho a estar sano, sino el derecho tanto a condiciones como a servicios que conduzcan a una vida digna e igualitaria, y a la no discriminación en relación con la salud. A las condiciones necesarias para la salud de las personas que se enumeran con mayor frecuencia, como la alimentación, la vivienda, la educación y el trabajo, agregó los elementos psicosociales que promueven el bienestar tanto de las personas como de la sociedad.

99. La calidad de las conexiones entre las personas, las familias y las comunidades en el curso de la vida, entre generaciones, entre los Gobiernos y la población, entre diferentes naciones y entre la humanidad y la naturaleza es decisiva para la salud mental. A su vez, esas relaciones vienen determinadas por las

36 Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2015), A/HRC/29/33, que contiene un apartado titulado “Salud mental y bienestar emocional”(párrafos 74 a 85)

37 Tribunal Constitucional de Colombia, T-010/16, 22 de enero de 2016, que aborda la relación entre la adicción a las drogas y el derecho a tratamiento que garantice la salud mental. Sobre la conexión entre consumo de drogas y salud mental, cfr. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2024), A/HRC/56/52.

38 Lozano Rodríguez, F., Muñoz Muñoz, C. F., & González Martínez, E. (2020). “La tutela del derecho a la salud mental en época de pandemia”. *Opinión Jurídica*, 19(40), 369-392.

39 Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2021), *Prioridades estratégicas de la labor*, A/HRC/47/28

estructuras socioeconómicas, políticas y culturales en los hogares, las escuelas, los lugares de trabajo, los centros de atención de la salud y la comunidad, y se ven afectadas por problemas como las relaciones abusivas, la violencia y las disparidades sociales, entre otras cosas”.

Como se indica en el párrafo 98, el Relator Especial anterior había destinado en 2019 un informe específico sobre el derecho a la salud mental⁴⁰, haciendo hincapié en la conexión con el Objetivo de Desarrollo Sostenible nº 3 (párrafo 3), la interdependencia recíproca con el resto de derechos humanos (párrafo 12), en las implicaciones de articular medidas de salud mental con un enfoque de derechos humanos (párrafo 15) y en la importancia de abordar la salud mental a partir de un modelo social (alternativo al modelo biomédico) en el que se importancia a las relaciones comunitarias⁴¹ como factor determinante de la salud mental (párrafos 1, 4, 80 y 81).

“1.-[...] En el presente informe, el Relator Especial destaca la importancia de los factores sociales básicos determinantes de la salud en relación con la promoción del ejercicio efectivo del derecho a la salud mental. Utiliza un marco de promoción de la salud mental que hace hincapié en la importancia de mejorar el bienestar de todos, incluidas, entre otras, las personas con discapacidades intelectuales, cognitivas, psicosociales o de otro tipo. Para la promoción de la salud mental, un enfoque basado en los derechos ofrece una alternativa al modelo biomédico, centrado en la enfermedad, que utiliza un criterio restringido e individual para la prevención de los problemas de salud mental.

3.- Del mismo modo, en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 3, aprobado por la Asamblea General en 2015, los Estados Miembros reconocen la interrelación y la importancia de los determinantes sociales de la salud para lograr “una vida sana y promover el bienestar para todos y a todas las edades”.

4.- La conceptualización de los determinantes de la salud mental requiere concentrarse en las relaciones y la vinculación social, lo que exige intervenciones estructurales en la sociedad y fuera del sector de la salud

12. La interdependencia de los derechos es un principio fundamental para un enfoque de la salud mental basado en los derechos humanos. El logro de una salud mental y un bienestar satisfactorios es el resultado del pleno ejercicio efectivo de los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y un medio para alcanzarla.

15. Situar el derecho a la salud en el centro de las medidas basadas en los derechos a los efectos de la promoción de la salud mental garantiza la inclusión de elementos específicos del derecho a la salud: la obligación de promover y proteger los determinantes de la salud, la cooperación y la asistencia internacionales, el logro progresivo de la efectividad de los derechos y la asignación de la mayor cantidad posible de recursos disponibles a la atención de la salud.

80. La calidad y la solidez de las relaciones con la comunidad y la sociedad civil son de suma importancia para la salud mental. Una relación de calidad incluye conectividad social, un sentido de pertenencia y oportunidades para colaborar en pro de la salud y la sociedad, por ejemplo con el fin de mejorar las condiciones de vida, proteger el medio ambiente, acceder de manera equitativa a los recursos y evitar la relegación. El nivel de bienestar de la comunidad también está determinado por la gobernanza: el empoderamiento político y el fortalecimiento de la sociedad civil para incrementar la participación de la población y las comunidades locales en la definición de los problemas y en la formulación y puesta en práctica de las correspondientes soluciones. El empoderamiento de las personas en situación de vulnerabilidad para que puedan participar en igualdad de condiciones es un factor importante de la promoción de la salud mental. La exclusión social, la indefensión, la discriminación y otros indicadores de falta de control o de influencia pueden perjudicar gravemente tanto a la autoasistencia como a la asistencia a otras personas.

40 Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2019), A/HRC/41/34.

41 Organización Panamericana de la Salud (2022). *Servicios de salud mental de alcance comunitario: promover los enfoques centrados en las personas y basados en los derechos*. Washington, DC: OPS.

81. La importancia de la naturaleza para las relaciones sociales y la vida comunitaria está recogida en las constituciones de muchos países³⁴. Es necesario seguir trabajando para comprender cómo las amenazas al medio ambiente, como el cambio climático, y la falta de compromiso del ser humano con el mundo natural pueden contribuir a la consiguiente destrucción de nuestros “ecosistemas humanos”: la pérdida de recursos sociales y culturales y el daño a la vida comunitaria. El hecho de poder vivir preocupados por el mundo natural y relacionados con él satisface la necesidad psicológica de la interrelación con la naturaleza y se asocia con soluciones positivas frente a problemas tales como la falta de atención, la ira, la fatiga y la tristeza, así como con niveles más altos de bienestar y niveles más bajos de estrés psicológico. Las relaciones saludables y no violentas contribuyen de forma eficaz al desarrollo sostenible e incluyen no solo las relaciones humanas, sino también la relación entre la humanidad y la naturaleza”.

XII.– El acceso a medicamentos esenciales según un enfoque de derechos humanos

Es una realidad cierta y reiterada en el tiempo que el acceso a los medicamentos esenciales no es universal, ya sea porque las empresas privadas farmacéuticas quieren maximizar sus beneficios o porque directamente no consideran rentable investigar y desarrollar los medicamentos necesarios para enfermedades raras o propias de países pobres⁴². Abordar esta cuestión dentro de un marco de derechos humanos es la única vía real de que estos medicamentos esenciales lleguen a todas las personas cuyo bienestar e incluso su vida dependen de ellos.

XII.1.– El Comité DESC y la Observación General nº 17: la propiedad intelectual sobre los medicamentos esenciales está sujeta a una función social

Esta Observación General nº 17 versa sobre el “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto)”⁴³.

Es importante porque el Comité DESC distingue entre este derecho humano y las técnicas de protección de la propiedad intelectual.

“1. El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora es un derecho humano, que deriva de la dignidad y la valía inherentes a toda persona. Este hecho distingue el derecho consagrado en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 y otros derechos humanos de la mayoría de los derechos legales reconocidos en los sistemas de propiedad intelectual. Los primeros son derechos fundamentales, inalienables y universales del individuo y, en ciertas circunstancias, de grupos de individuos y de comunidades. Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto”.

Es igualmente importante porque, aunque los medicamentos esenciales se conectasen con el derecho humano que protege a los autores ex artículo 15.1.c) PIDESC, este derecho debería entenderse en el contexto de otros derechos del PIDESC como el derecho a la salud (artículo 12) o a los beneficios del progreso tecnológico [artículo 15.1.b)], de donde se desprende que la propiedad intelectual sobre los medicamentos esenciales está sujeta a cumplir una función social⁴⁴.

42 Ellen ‘t Hoen (2016), *Private Patents and Public Health: Changing Intellectual Property Rules for Access to Medicines* (Ámsterdam, Health Action International, páginas 1 a 4.

43 Comité DESC (2006), E/C.12/GC/17

44 Junto a la función social, el abuso de derecho puede ser una técnica útil para conseguir los objetivos de un enfoque de derechos humanos, cfr. Uribe Piedrahita, C. A., Contreras Jaramillo, J. C., & Arbouin Gómez, F. (2019). “La aplicación de la función social de la propiedad intelectual a través del abuso del derecho: Un análisis necesario para el sistema de derecho civil”. *Vniversitas*, 68(139). <https://doi.org/10.1016/j.vniversitas.2019.05.001>.

“35. El derecho de los autores e inventores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan por razón de sus producciones científicas, literarias y artísticas no puede considerarse independientemente de los demás derechos reconocidos en el Pacto. Por consiguiente, los Estados Partes tienen la obligación de lograr un equilibrio entre las obligaciones que les incumben en el marco del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, por un lado, y las que les incumben en el marco de otras disposiciones del Pacto, por el otro, a fin de promover y proteger toda la serie de derechos reconocidos en el Pacto. Al tratar de lograr ese equilibrio, no deberían privilegiarse indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones. Por consiguiente, los Estados Partes deberían cerciorarse de que sus regímenes legales o de otra índole para la protección de los intereses morales o materiales que correspondan a las personas por razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas no menoscaben su capacidad para cumplir sus obligaciones fundamentales en relación con los derechos a la alimentación, la salud y la educación, así como a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, o de cualquier otro derecho reconocido en el Pacto. En definitiva, la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social. Así pues, los Estados tienen el deber de impedir que se impongan costos irrazonablemente elevados para el acceso a medicamentos esenciales, semillas u otros medios de producción de alimentos, o a libros de texto y material educativo, que menoscaben el derecho de grandes segmentos de la población a la salud, la alimentación y la educación”.

XII.2.- Los informes del ACNUDH, en especial el de 15 de mayo de 2023

Esta realidad se ha puesto de manifiesto con toda su crudeza con ocasión de la pandemia por COVID-19, sobre todo por las dificultades experimentadas para acceder a las vacunas. El ACNUDH ha elaborado orientaciones sobre cómo articular la distribución de vacunas contra la enfermedad por COVID-19 con un enfoque de derechos humanos en sus informes A/HRC/49/35 y A/HRC/52/56. Y se ha ocupado de la cuestión global de la relación entre derechos humanos y el acceso a los medicamentos esenciales en el informe de 15 de mayo de 2023⁴⁵, en el que destaca, entre otros, varios aspectos.

El primero es la conexión necesaria del acceso a los medicamentos esenciales con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en especial con el Objetivo 3, meta 3.8.

“3. En consonancia con uno de los principios fundamentales del marco de derechos humanos, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible obliga a los Estados a asegurarse de que nadie se quede atrás y a hacer todo lo posible por atender a los más rezagados en primer lugar. El Objetivo 3 de Desarrollo Sostenible (“Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades”) es el principal objetivo en materia de salud, y sus metas se centran en distintos problemas de salud. Estos objetivos se proponen:[...] e) lograr la cobertura sanitaria universal, en particular la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos (meta 3.8);”

El segundo es que las empresas privadas, incluidas las compañías farmacéuticas, también están sometidas a obligaciones de derechos humanos, concretamente a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

“24. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos establecen que las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben: a) evitar provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hacer frente a esas consecuencias cuando se produzcan; y b) tratar de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones

org/10.11144/Javeriana.vj139.afsp

45 ACNUDH (2023), Derechos económicos, sociales y culturales, E/2023/74

comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. Se espera que las empresas procedan con la debida diligencia en materia de derechos humanos, para saber y hacer saber que respetan los derechos humanos”.

El tercero es que el derecho a la salud (artículo 12 PIDESC), a pesar de sujetarse a realización progresiva, implica satisfacer inmediatamente niveles esenciales mínimos, entre los que se encuentra el acceso a los medicamentos esenciales e incluso el fomento de las investigaciones médicas⁴⁶.

“29. Como ocurre con el resto de los derechos amparados por el PIDESC, el derecho a la salud está sujeto a una realización progresiva. No obstante, los Estados tienen la obligación de adoptar de inmediato medidas deliberadas, concretas y orientadas a este fin, y de garantizar el ejercicio del derecho a la salud sin discriminación. Esta obligación de adoptar medidas inmediatas también incluye el deber de hacer efectivos los niveles mínimos esenciales de cada derecho. En el caso del derecho a la salud, las “obligaciones básicas” consisten en [...] suministrar medicamentos esenciales.

30. El acceso a los medicamentos tiene cuatro dimensiones: los medicamentos han de ser accesibles en todo el país; deben ser asequibles para todos, incluidas las personas que viven en la pobreza; deben ser accesibles sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos; y la información fidedigna sobre los medicamentos debe ser accesible a los pacientes y a los profesionales de la salud para facilitar la adopción de decisiones con conocimiento de causa. El acceso a los medicamentos y a las tecnologías médicas es un elemento fundamental del derecho a la salud, y la obligación de hacer efectivo este derecho incluye el fomento de las investigaciones médicas”.

El cuarto es que el acceso universal a las innovaciones esenciales para una vida digna está protegido por el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones [artículo 15.1.b) PIDESC].

“32. Uno de los elementos más importantes del derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones es que las innovaciones esenciales para una vida digna deben ser accesibles para todos, en particular para las poblaciones marginadas. El contenido normativo del derecho incluye el acceso de todos, sin discriminación, a los beneficios de la ciencia; oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica; la participación efectiva de las personas y las comunidades en la toma de decisiones; y un entorno favorable a la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la tecnología. Los Estados deben asegurar que los beneficios de la ciencia estén físicamente disponibles y sean económicamente asequibles en igualdad de condiciones, y la dimensión de la no discriminación exige eliminar los obstáculos de iure y de facto. En particular, deben tomarse medidas positivas para asegurar el acceso sin discriminación a la información, los procesos y los productos científicos para las poblaciones marginadas, como las personas que viven en la pobreza y las personas con discapacidad, lo mismo que para los ancianos, las mujeres y los niños.

33. Por lo que respecta a las limitaciones permisibles del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, las restricciones deben perseguir un fin legítimo, ser compatibles con la naturaleza de ese derecho y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general de una sociedad democrática. Toda limitación del derecho debe ser, en cualquier caso, proporcionada. Dado que los medicamentos son esenciales para la salud y la vida, su asequibilidad y disponibilidad son también dimensiones importantes del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. Cuando la protección de los derechos de los inventores limita de forma desproporcionada el disfrute de sus invenciones y, por consiguiente, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, esta protección pasa a ser perjudicial para el bienestar general. Los Estados partes deberían cerciorarse de que sus regímenes legales o de otra índole para la protección de los intereses morales o materiales que correspondan a las producciones científicas no menoscaben su capacidad para cumplir sus obligaciones fundamentales en relación con los derechos a la salud y la ciencia.”

46 Allard Soto, R. (2015), “Medicamentos esenciales y Acuerdo sobre los ADPIC: colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual”, *Salud Colectiva*, Vol 11, nº 1 (Ejemplar dedicado a: Medicamentos), págs. 9-21.

CAPITULO SEGUNDO

CONTEXTO IBEROAMERICANO

I.- Carta de la OEA: la puerta sobrevenida a la justiciabilidad directa de los DESC

A los efectos de este estudio, que versa sobre los derechos relacionados con el derecho a la seguridad social, incluyendo tanto el derecho a la protección social como el derecho a la salud, son especialmente relevantes las previsiones contenidas en los artículos 34 y 45 de la Carta de la OEA.

El artículo 34 de la Carta de la OEA establece:

“[l]os Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...]

i)) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica;

[...]

l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna”.

El artículo 45.h de la Carta de la OEA establece:

“[l]os Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

[...]

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social”.

Se puede decir que era bastante claro que los preceptos transcritos, al menos al tiempo de ser redactados en 1948 y reformados en virtud del Protocolo de Buenos Aires de 1967, y también durante muchas décadas después, no reconocían derechos a las personas, sino que se limitaban a señalar “metas básicas” (artículo 34) o “principios” (artículo 45) que orientaban la actuación de los poderes públicos. En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), a pesar de la remisión del art. 26 Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, no admitía el enjuiciamiento directo y autóno-

mo de los DESCAs, llegando como máximo a considerar su vulneración por conexidad, siempre que su lesión afectaba de un modo reflejo a uno de los derechos civiles y políticos protegidos por la CADH⁴⁷.

Sin embargo, la Corte IDH, haciendo una interpretación literal del artículo 26 CADH, terminó entendiendo en la sentencia *Lagos del Campo*⁴⁸ que dicho artículo 26, al referirse a la “plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”, contenía como derechos directamente justiciables por dicha Corte todos aquellos relacionados con dichas “metas básicas” o “principios”. Esta posición jurisprudencial la ha reiterado posteriormente⁴⁹. La Corte IDH vino a recoger así algunos de los razonamientos que ya estaban presentes en el debate doctrinal⁵⁰.

II.– La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

La justiciabilidad directa de los derechos sociales por la Corte Interamericana ha sido sustentada también en “diversas cláusulas de la Declaración Americana ... muestran que tanto los derechos civiles y políticos, como los DESCAs, fueron reconocidos por los Estados de la región como derechos esenciales de la persona humana”⁵¹, por lo que adquiere relevancia interpretativa que dicho instrumento regional reconoce expresamente en su articulado el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social.

“ARTICULO XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia medica, correspondientes, al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

ARTICULO XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite fisica o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”

III.– Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): las obligaciones generales (art. 1) alcanzan al desarrollo progresivo de los derechos sociales (art. 26).

En relación a este estudio resulta particularmente relevante tener presente el Capítulo III “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y su único precepto, que es el artículo 26, que lleva por rubrica “Desarrollo Progresivo” en una clara referencia a las exigencias de realización progresiva que contempla artículo 2.1 del PIDESC⁵².

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha apoyado en

47 Ferrer Mac-Gregor (2017), *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, UNAM, páginas 67 a 145.

48 El cambio jurisprudencial se produjo en Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 141–150 y 154.

49 Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 57; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 192; *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 220, y *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 100.

50 Ferrer Mac-Gregor (2017), páginas 149 y ss.

51 Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrafo 85.

52 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El subrayado es añadido por el autor.

una interpretación sistemática, que destaca que este artículo 26 se integra en la Parte I de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el fin de establecer que los derechos que aquel precepto reconoce por remisión a la Carta de la OEA están afectados por las obligaciones generales definidas en los artículos 1 y 2 de dicha Convención⁵³.

Esta evolución jurisprudencial se sostuvo igualmente en “las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna”⁵⁴, que es lo que ha venido a denominarse principio “pro persona”⁵⁵.

Es de gran importancia, por estos motivos, mostrar cómo se articula en capítulos la Parte I de la Convención y referir el artículo 29 y también el artículo 62, este último porque es el que prevé que los Estados pueden reconocer la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

“PARTE I DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

CAPÍTULO II DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

[...]

CAPÍTULO III DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia

53 Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párrafo 83.

54 Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, párrafo 103.

55 Corte IDH, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la CADH, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 42: “Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha afirmado que en el caso de la Convención Americana el objeto y fin del tratado es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro. En este sentido, la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza”.

y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

CAPÍTULO IV SUSPENSIÓN DE GARANTIAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

PARTE II. MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

CAPÍTULO VIII LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

IV.- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988).

Este es el instrumento regional que verdaderamente tenía como finalidad reconocer y dar efectividad a los derechos sociales, entre ellos el derecho a la seguridad social (artículo 9) y el derecho a la salud (artículo 10), además de derechos relacionados con los determinantes básicos de la salud como al medio ambiente sano (artículo 11) y a la alimentación (artículo 12).

Sin embargo, el artículo 19.6 de este Protocolo restringe a los derechos establecidos en el párrafo a) de su artículo 8 (derecho a sindicarse) y en su artículo 13 (derecho a la educación) la posibilidad de aplicar el sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana. Esta regulación impide la justiciabilidad del resto de derechos contemplados en este Protocolo, lo que ha determinado que la Corte IDH primero los tutelase por conexidad con los derechos civiles y

políticos y luego, a partir del caso Lagos del Campo c. Perú, de un modo directo como derechos autónomos.

Además, la Corte IDH ha dado valor a la previsión de los derechos sociales en este Protocolo como medio interpretativo sistemático que corrobora la voluntad de los países iberoamericanos de convertir en obligatorios dichos derechos, lo que le conduce a declarar que están incorporados al artículo 26 de la Convención y, en consecuencia, son justiciables directamente como derechos autónomos.

“Artículo 9 Derecho a la seguridad social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Artículo 10 Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. –

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado

c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

Artículo 19. Medios de protección

[...]

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

V. Carta Iberoamericana de los Derechos Sociales Fundamentales

Esta Carta surge con el acompañamiento de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), en virtud de su compromiso con la procura del logro real de la protección y promoción de los derechos sociales fundamentales como elemento esencial del desarrollo humano, la justicia social, la equidad y el bienestar económico y social de las personas.

El pilar en que se funda es la dignidad de la persona como raíz de todos los derechos humanos, cuya realización efectiva exige, como necesidad esencial, fortalecer los sistemas de seguridad y protección social de los países iberoamericanos. Con este propósito último, esta Carta define un conjunto de principios y, en aplicación de los mismos, consagra como derechos sociales fundamentales aquellas situaciones subjetivas en materia de protección social verdaderamente imprescindibles.

La Carta define los siguientes principios:

- “1.- Principio de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y exigibilidad de los derechos humanos, de conformidad al derecho internacional de los derechos humanos.
- 2.- Principio de plena efectividad y máxima realización de los derechos sociales fundamentales. Las instituciones públicas y privadas, por su incardinación en el Estado, actuarán orientadas hacia la plena efectividad y máxima realización de los derechos sociales fundamentales.
- 3.- Principio de solidaridad. El sector social, el sector privado, el Estado y la ciudadanía deben colaborar de forma armónica y coherente para que todas las personas puedan disfrutar de los derechos sociales fundamentales.
- 4.- Principio de rendición de cuentas. La actividad de rendición de cuentas por parte de las autoridades públicas considerará el grado y medida en que, desde la política pública, se avanza hacia la plena efectividad y máxima realización de los derechos sociales fundamentales.
- 5.- Principio de prohibición de la regresividad. Se proscriben las medidas adoptadas por los poderes e instituciones públicos y privados que empeoren las condiciones de realización de los derechos sociales fundamentales.
- 6.- Principio de pluralismo, de reconocimiento y respeto de la diversidad étnica, racial, cultural, religiosa y lingüística de los pueblos de la región, en orden a la plena efectividad de los derechos sociales fundamentales”

La Carta, a su vez, concreta estos principios en el reconocimiento de una serie de situaciones subjetivas en materia de protección social que se considerarían imprescindibles, a las que configura como derechos sociales fundamentales. Dentro de ellos destacan algunos de carácter general como la igualdad de acceso al trabajo, el derecho a una remuneración justa, el establecimiento de una renta mínima vital y el acceso al derecho efectivo al cuidado y a un sistema integral de cuidados. Junto a ellos se afirman otros que tienen en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de algunas categorías de personal, entre los que se hallan los derechos dirigidos a la niñez, las mujeres, las personas adultas mayores y, en fin, otros grupos vulnerables que necesitan un específico acompañamiento estatal que reduzca las desigualdades y promueva la inclusión social.

La implementación de esta Carta no impide la aplicación de otros instrumentos o legislaciones de protección social, sean nacionales o supranacionales, acoge la diversidad étnica y lingüística, promoviendo un enfoque pluralista. Constituye, en términos generales, un marco para el desarrollo de nuevas garantías sociales para los países iberoamericanos, con el fin último de asegurar una vida digna a las personas mediante el pleno goce de sus derechos.

VI.– La definición de estándares de derechos humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la REDESCA

La CIDH y su Relatoría Especial para los DESCAs (en adelante REDESCA) han desarrollado una labor de definición de estándares de derechos humanos en relación a los DESCAs a través de varias técnicas, entre ellas (V.1) las resoluciones sobre pandemia y derechos humanos, (V.2) los informes temáticos, (V.3) los informes de país y los informes anuales y (V.4) las medidas cautelares.

VI.1.– *Las resoluciones sobre pandemia y derechos humanos (Resoluciones 1/2020, 4/2020 y 1/2021).*

1.- Resolución nº 1/2020, Pandemia y derechos humanos

La CIDH adoptó el 10 de abril de 2020 la Resolución Nº. 1/2020, mediante la que formuló recomendaciones para orientar a los Estados sobre las medidas que deberían adoptar en su función de atajar la pandemia y responder a sus efectos, todo ello con un enfoque de derechos humanos. Resaltamos aquí las relativas a los DESCAs, pero también se incluyeron otras sobre las restricciones a las libertades fundamentales con ocasión del estado de excepción, sobre los grupos especialmente vulnerables y sobre la cooperación internacional.

“Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

4. Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs, tales como acceso a agua potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada, cooperación comunitaria, soporte en salud mental, e integración de servicios públicos de salud; así como respuestas para la prevención y atención de las violencias, asegurando efectiva protección social, incluyendo, entre otros, el otorgamiento de subsidios, rentas básicas u otras medidas de apoyo económico.

5. Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCAs, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales. Las personas que hayan de proseguir realizando sus actividades laborales, deben ser protegidas de los riesgos de contagio del virus y, en general, se debe dar adecuada protección a los trabajos, salarios, la libertad sindical y negociación colectiva, pensiones y demás derechos sociales interrelacionados con el ámbito laboral y sindical.

6. Asegurar el diseño de un plan de actuación que guíe los procedimientos a seguir para la prevención, detección, tratamiento, control y seguimiento de la pandemia con base en la mejor evidencia científica y el derecho humano a la salud. Estos procedimientos deben ser transparentes, independientes, participativos, claros e inclusivos.

7. Instrumentar espacios oportunos de participación social para la evaluación de los impactos y resultados de las medidas adoptadas, que permitan gestionar los ajustes necesarios desde un enfoque de derechos humanos. Asimismo, establecer espacios de diálogo nacionales con participación de personas expertas independientes, las instituciones nacionales de derechos humanos y el sector privado.

8. Velar por una distribución y acceso equitativos a las instalaciones, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, sean públicos o privados, asegurando la atención de las personas con COVID-19 y los grupos desproporcionalmente afectados por la pandemia, así como personas con enfermedades preexistentes que las hacen especialmente vulnerables al virus. La escasez de recursos no justifica actos de discriminación directos, indirectos, múltiples o interseccionales.

9. Asegurar el acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias necesarias para enfrentar los contextos de pandemia, particularmente poniendo atención al uso de estrategias, como la aplicación de cláusulas de flexibilidad o excepción en esquemas de propiedad intelectual, que eviten restricciones a medicamentos genéricos, precios excesivos de medicamentos y vacunas, abuso de uso de patentes o protección exclusiva a los datos de prueba.

10. Asegurar la disponibilidad y provisión oportuna de cantidades suficientes de material de bioseguridad, insumos y suplementos médicos esenciales de uso del personal de salud, fortalecer su capacitación técnica y profesional para el manejo de pandemias y crisis infecciosas, garantizar la protección de sus derechos, así como la disposición de recursos específicos mínimos destinados a enfrentar este tipo de situaciones de emergencia sanitaria.

11. Mejorar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud mental sin discriminación ante los efectos de los contextos de pandemia y sus consecuencias, lo que incluye la distribución equitativa de tales servicios y bienes en la comunidad, particularmente de las poblaciones que se ven más expuestas o en mayor riesgo a verse afectadas, tales como personas profesionales de salud, personas mayores o personas con condiciones médicas que requieren atención específica de su salud mental.

12. Garantizar el consentimiento previo e informado de todas las personas en su tratamiento de salud en el contexto de las pandemias, así como la privacidad y protección de sus datos personales, asegurando un trato digno y humanizado a las personas portadoras o en tratamiento por COVID-19. Está prohibido someter a las personas a pruebas médicas o científicas experimentales sin su libre consentimiento.

13. Disponer y movilizar el máximo de los recursos disponibles, incluyendo acciones de búsqueda permanente de dichos recursos a nivel nacional y multilateral, para hacer efectivo el derecho a la salud y otros DESCAs el con objeto de prevenir y mitigar los efectos de la pandemia sobre los derechos humanos, incluso tomando medidas de política fiscal que permitan una redistribución equitativa, incluyendo el diseño de planes y compromisos concretos para aumentar sustantivamente el presupuesto público para garantizar el derecho a la salud.

14. Asegurar que, en los casos excepcionales que fuera inevitable adoptar medidas que limiten algún DESCa, los Estados deben velar porque tales medidas estén plena y estrictamente justificadas, sean necesarias y proporcionales, teniendo en cuenta todos los derechos en juego y la correcta utilización de los máximos recursos disponibles.

15. Integrar medidas de mitigación y atención enfocadas específicamente en la protección y garantía de los DESCAs dado los graves impactos directos e indirectos que contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas les pueden generar. Las medidas económicas, políticas o de cualquier índole que sean adoptadas no deben acentuar las desigualdades existentes en la sociedad.

16. Asegurar la existencia de mecanismos de rendición de cuentas y acceso a la justicia ante posibles violaciones de los derechos humanos, incluidos los DESCAs, en el contexto de las pandemias y sus consecuencias, incluyendo abusos por parte de actores privados y actos de corrupción o captura del Estado en perjuicio de los derechos humanos.

17. Asegurar que las instituciones multilaterales de financiamiento e inversión en las que los Estados hacen parte implementen garantías específicas para proteger los derechos humanos en sus procesos de evaluación de riesgo y sistemas de operación relativos a proyectos de inversión o préstamos monetarios que se den en el contexto de respuesta a la pandemia y sus consecuencias sobre los derechos humanos, en particular de los DESCAs.

18. Suspender o aliviar la deuda externa y las sanciones económicas internacionales que pueden amenazar, debilitar o impedir las respuestas de los Estados para proteger los derechos humanos frente a contextos de pandemia y sus consecuencias. Ello a fin de facilitar la adquisición oportuna de insumos y equipo médico esencial y permitir el gasto público de emergencia prioritario en otros DESCAs, sin poner en mayor riesgo todos los derechos humanos y los esfuerzos avanzados por otros Estados en esta coyuntura, dada la naturaleza transnacional de la pandemia.

19. Exigir y vigilar que las empresas respeten los derechos humanos, adopten procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos y rindan cuentas ante posibles abusos e impactos negativos sobre los derechos humanos, particularmente por los efectos que los contextos de pandemia y crisis sanitarias infecciosas suelen generar sobre los DESCA de las poblaciones y grupos en mayor situación de vulnerabilidad y, en general, sobre las personas que trabajan, las personas con condiciones médicas sensibles y las comunidades locales. Las empresas tienen un rol clave que desempeñar en estos contextos y su conducta debe guiarse por los principios y reglas de derechos humanos aplicables.”

2.- La Resolución nº 4/2020, Derechos humanos de las personas con COVID-19

El 27 de julio de 2020, cuando ya había un gran número de personas contagiadas y se esperaba que aumentase, la CIDH adoptó la Resolución nº 4/2020, con la finalidad de fijar “Directrices Interamericanas sobre los Derechos Humanos de las personas con COVID-19”. Resaltamos la directriz general (apartado I) y las directrices relativas a la protección del derecho a la salud (apartados II y VI) y del derecho al consentimiento previo, libre e informado (apartado III).

“I.- Directriz general

1.- Los Derechos Humanos de las personas con COVID-19 Los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía para asegurar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos de las personas con COVID-19, inclusive mediante la integración de un enfoque interseccional y multidisciplinario, que reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de todas las formas de discriminación, así como la indivisibilidad y la interdependencia de tales derechos en sus normas, políticas y toma de decisiones, y dentro de todos los poderes públicos de los Estados.

II.- Directrices sobre la protección del Derecho a la Salud de las personas con COVID-19

2.- La finalidad principal de toda atención o servicio de salud y cuidado dirigido a personas con COVID-19 es la protección de la vida, la salud, tanto física como mental, la optimización de su bienestar de forma integral, el no abandono, el respeto de la dignidad como ser humano y su autodeterminación haciendo uso del máximo de los recursos disponibles, para el mejor cuidado y tratamiento posible. En ningún caso las personas deben ser sometidas a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al existir una prohibición absoluta e inderogable al respecto.

3.- Para proteger a las personas con COVID-19, los Estados deben guiar las medidas que adopten bajo los principios de igualdad y no discriminación de conformidad con los estándares interamericanos e internacionales de derechos humanos. En este sentido, resultan de relevancia la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, así como los aspectos fundamentales de la ética de la salud pública técnicas de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) sobre este virus, así como de los Comités Nacionales de Bioética, sociedades científicas y médicas, entre otras instancias autorizadas.

4.- La existencia de capacidades y conocimiento médico actualizado, tanto a nivel institucional como del personal que protege la salud, son necesarias para una respuesta epidemiológica efectiva y humana, que incluya criterios culturalmente apropiados, y que tomen en cuenta una respuesta integrada de la participación de las poblaciones impactadas, así como las perspectivas de género e interseccionalidad, y las necesidades médicas particulares de cada persona con COVID-19. Asimismo, se debe velar por mantener una cantidad suficiente de personal sanitario para dar respuesta oportuna a las necesidades de salud en este contexto pandémico.

5. Para la prevención, tratamiento integral, y cuidado de las personas con COVID-19 los Estados deben adoptar medidas inmediatas dirigidas a asegurar, sobre una base sostenida, igualitaria y asequible, la accesibilidad y el suministro de bienes de calidad, servicios e información. En cuanto a la accesibilidad y suministro de bienes, esto comprende pruebas de diagnóstico, acceso a medicamentos y fármacos aceptados, equipos y tecnologías disponibles, y en su caso vacunas, según la mejor evidencia científica existente para la atención preventiva, curativa, paliativa, de rehabilitación o cuidado de las personas con COVID-19.

6.- Para garantizar el acceso adecuado y oportuno a la atención de salud, es necesario evitar el colapso de los sistemas de salud, así como mayores riesgos a los derechos de las personas con COVID-19 y de las personas trabajadoras de la salud. Por tanto, puede ser necesario que los Estados habiliten plataformas y canales eficientes de atención para casos sospechosos o con síntomas leves o moderados de la enfermedad. Entre las medidas a las que los Estados recurren se encuentran: la telemedicina, las consultas telefónicas, las visitas médicas a domicilio o apoyo comunitario de asistencia básica de salud y cuidado que incluya vigilancia continua de factores de riesgo y estado de salud que puedan requerir derivación para atención y cuidado médico más especializado.

7.- Para impedir la aglomeración de personas en la atención de salud y cuidado, es necesario poner en marcha estrategias inmediatas de prevención, así como procurar habilitar espacios separados o de aislamiento en las instalaciones sanitarias para los servicios dirigidos a las personas con COVID-19.

8.- Con el objetivo de identificar la presencia del virus en las personas con COVID-19, se recomienda ampliar las estrategias de tamizaje y pruebas de diagnóstico efectivas, y asegurar procedimientos precisos para determinar las prescripciones más adecuadas dirigidas a la recuperación y estabilidad de su salud tomando en cuenta los riesgos asociados, complicaciones, contraindicaciones o secuelas que se puedan producir en la salud. En particular, deben buscar asegurar que el diagnóstico médico, como parte esencial del derecho a la salud, contenga una valoración médica oportuna, la determinación precisa de la patología y el procedimiento médico a seguir, con la finalidad de optimizar la salud y bienestar integral de la persona con COVID-19.

9. Para dar una primera respuesta adecuada, los centros de salud de atención primaria, como espacios de relevancia de contacto sanitario, deben contar con los elementos esenciales incluyendo provisión de información, prevención, atención y tratamiento médico esencial, así como canales de derivación inmediata a otros centros médicos que cuenten con las instalaciones y servicios especializados y culturalmente adecuados.

10. Los Estados deben garantizar la provisión de tratamiento intensivo y prestaciones médicas de hospitalización para las personas con COVID-19 en situaciones de urgencia médica donde se encuentre en riesgo la vida si no se da el soporte vital requerido; en particular velando por que se dé un trato humanizado que tenga como centro la dignidad y la salud integral de la persona, así como la disponibilidad y accesibilidad de bienes esenciales y básicos para el tratamiento de urgencia y emergencia de esta enfermedad. Entre las medidas que podrían adoptarse con tal fin se encuentran: el incremento de la capacidad de respuesta de las Unidades de Cuidado Intensivo, la disponibilidad, y en su caso, adquisición o producción de 5 oxígeno medicinal, medicación relacionada o respiradores mecánicos, insumos de cuidados paliativos, disponibilidad de ambulancias, suficiente personal de salud capacitado, así como el incremento de camas y espacios adecuados para la hospitalización. Esto incluye también la posibilidad de facilitar el traslado oportuno, inclusive por vía fluvial o aérea, de personas con necesidad de atención médica de urgencia o emergencia a centros sanitarios con capacidad para responder adecuadamente a las necesidades médicas de la persona, además de facilitar la comunicación de ésta con los familiares directos por los medios más apropiados.

11.-Con el fin de garantizar y respetar el ejercicio de los derechos a la vida y a la salud de las personas con COVID-19, los Estados deben velar por la accesibilidad y asequibilidad, en condiciones de igualdad, respecto de las aplicaciones tecnológico-científicas que sean fundamentales para garantizar tales derechos en el contexto de pandemia. El derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones en el campo de la salud exige que los Estados adopten medidas dirigidas, de forma participativa y transparente, al acceso a los medicamentos, vacunas, bienes y tecnologías médicas esenciales, que se desarrollen desde la práctica y conocimiento científicos en este contexto para prevenir y tratar el contagio del SARS-COV-2.

12.- Las personas con COVID-19 tienen derecho a la protección, manejo adecuado y conocimiento de su historial médico.

13.- Para aliviar los sufrimientos y el dolor relacionados con la enfermedad ocasionada por el virus, es necesario que los Estados prevean adoptar todas las medidas paliativas necesarias bajo el principio de autodeterminación individual.

14.- En el caso de que se requiera realizar un período de aislamiento físico o cuarentena para las personas con COVID-19, las personas tienen el derecho a ser informadas sobre la naturaleza, necesidad y condiciones donde se la realizaría, incluyendo a sus familiares. Cuando los Estados habiliten ambientes destinados a este objeto deberán velar por que sean adecuados con acceso a instalaciones sanitarias.

15.- Para la implementación de acciones diferenciadas en el acceso oportuno a servicios y bienes de salud de las personas con COVID-19 en situación de pobreza, especialmente en asentamientos informales o en situación de calle, como en otras condiciones de exposición a la extrema vulnerabilidad o exclusión, los Estados deben garantizar la gratuidad del diagnóstico, tratamiento, y rehabilitación.

16.- Los Estados deben dirigir esfuerzos para la más amplia cobertura posible a nivel geográfico, tomando en cuenta las particularidades de cada zona. En cuanto a las personas con COVID-19 con riesgo a la vida y amenazas serias a su salud que viven en zonas rurales o lugares alejados, y con mayores obstáculos de acceso a servicios especializados, como pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes tribales, deben generarse acciones específicas para identificarlas y construir estrategias de asistencia en transporte, alojamiento y acceso esencial al agua y a la alimentación.

17. En el tratamiento y atención de las personas indígenas con COVID-19, debe tomarse en consideración que estos colectivos tienen derecho a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, que tome en cuenta sus cuidados preventivos, sus prácticas curativas y sus medicinas tradicionales. Del mismo modo, los Estados deben asegurar un adecuado enfoque intercultural en el tratamiento y atención de las comunidades afrodescendientes tribales.

18.- Para la protección del derecho a la salud de las personas con COVID-19 es necesario reconocer y garantizar el derecho a recibir una prestación adecuada de los servicios de salud mediante un marco normativo y protocolos de atención y tratamiento con parámetros claros de atención. Asimismo, deben ser constantemente revisados y actualizados, según la mejor evidencia científica, y mantener mecanismos de supervisión y fiscalización de las instituciones de salud y cuidado, facilitando canales sencillos de presentación de quejas y solicitudes de medidas de protección urgente relacionadas, investigando y dando respuestas a las mismas.

III.- Directrices sobre la protección del derecho al consentimiento previo, libre e informado de las personas con COVID-19

19.- Cualquier tipo de tratamiento médico de las personas con COVID-19 debe recabar el consentimiento previo, libre e informado de las personas afectadas. Cuando esté comprobado que su condición de salud no se lo permita, es necesario contar con el consentimiento de sus familiares o representantes. Dicha regla sólo admite como excepción una situación de urgencia donde se encuentre en inminente riesgo la vida y le resulte imposible a la persona con COVID-19 adoptar una decisión en relación con su salud. La urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento. Respecto de niños, niñas o adolescentes con COVID-19 deberán ser consultados y su opinión debe ser debidamente considerada por sus familiares, responsables y por el equipo de salud.

20.- Toda persona con COVID-19 tiene derecho a que los prestadores de servicios médicos les suministren información oportuna, completa, comprensible, clara, sin tecnicismos, y fidedigna, teniendo en cuenta sus particularidades y necesidades específicas. Asimismo, se le debe informar, incluso de manera oficiosa al menos, sobre: i) la evaluación de diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento. La información debe ser suministrada de manera clara, accesible y culturalmente adecuada.

21.- Cualquier investigación en seres humanos relacionada con COVID-19 debe recabar el consentimiento previo, libre e informado de la persona. Toda persona tiene el derecho a negarse a participar en la investigación y a retirar su consentimiento en cualquier momento. En cuanto al uso de sus datos personales,

las personas deben ser informadas y dar igualmente su consentimiento sobre las circunstancias en las que sus datos o muestras de material biológico podrían compartirse con las autoridades de salud pública o con otros grupos de investigadores para futuros estudios.

22.- Las personas con COVID-19 no deben ser inducidas por ningún prestador de servicios médicos para consentir cualquier tipo de tratamiento médico, experimental o a participar en algún proyecto de investigación, como consecuencia de la falta de información y de entendimiento de aquella que sea proporcionada.

VI.- Directrices sobre la protección de los derechos de las personas con COVID-19 en relación con la intervención de actores privados o empresas en el ámbito de la salud

29. Para garantizar los derechos de las personas con COVID-19, los Estados deben exigir claramente que los actores no estatales o privados relacionados con el sector de la salud respeten los derechos humanos y adopten la debida diligencia en sus operaciones en este campo. Esto incluye actividades relacionadas con la prestación directa de servicios de salud y cuidado o el desarrollo de investigación médica científica, las aseguradoras de salud privadas, así como a la producción, comercialización y distribución de material de bioseguridad médica, como de medicamentos, vacunas, tecnologías y equipos sanitarios, o bienes esenciales para la atención y tratamiento de salud de esta enfermedad, entre otros.

30. Para los casos de abusos o violaciones sobre los derechos de las personas con COVID-19 donde intervienen empresas o actores privados relacionadas con el sector de la salud y del cuidado, los Estados deben fortalecer mecanismos transparentes y efectivos de monitoreo, vigilancia y fiscalización sobre estos, previendo, según corresponda, sanciones efectivas y reparaciones adecuadas las personas con COVID-19. Esto incluye la regulación, vigilancia y rendición de cuentas en materia de derechos humanos de las empresas con actividades transnacionales relacionadas con el sector de la salud o de la bioseguridad, sobre las que los Estados ejerzan influencia o control.

31. Con el fin de garantizar el acceso y asequibilidad en la atención de salud a las personas con COVID-19, los Estados deben adoptar medidas que prevengan que los actores privados o empresas ocasionen desabastecimiento, como el incremento desproporcionado de precios en relación con bienes, equipos, materiales y servicios esenciales de salud o de bioseguridad. Esto incluye el uso de cláusulas de flexibilidad relacionadas con el régimen de patentes y propiedad intelectual, como de otras medidas dirigidas a prevenir y a combatir a la especulación, el acaparamiento privado o la indebida utilización de dichos bienes.

Además, se establecieron directrices para la protección de los derechos de las personas con COVID-19 a la no discriminación (apartado IV), a la prioridad de sus vidas en las políticas públicas (apartado V), a la información (apartado VII) y a la privacidad y protección de datos personales (apartado VIII), con atención especial a los trabajadores de la salud (apartado IX), a otros DESC como el derecho al trabajo (apartado X) y, en fin, al derechos de las personas con COVID-19 de acceder a la justicia (apartado XI).

3.- La Resolución 1/2021, vacunas COVID-19 y derechos humanos

Por último, la CIDH adoptó la Resolución 1/2021, de 6 de abril, titulada “las vacunas contra el Covid-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos”⁵⁶, en la línea de la interpretación que hizo el Comité DESC de las obligaciones de derechos humanos derivadas del PIDESC⁵⁷. Sus principales recomendaciones son las siguientes:

56 Barrera y Vaggione (2021), El acceso a las vacunas contra el covid-19 y los derechos humanos. *Revista Derecho Y Salud*, 5(6), 80-92; Rossi, J. (2021) “La vida y la salud en juego: asimetrías globales en el acceso a vacunas por el COVID-19”, *Pensar en Derecho*, nº 18, páginas 9 a 21.

57 Comité DESC, Declaración sobre el acceso universal y equitativo a las vacunas contra la enfermedad por coronavirus (COVID-19), E/C.12/2020/2; y Declaración sobre la vacunación universal asequible contra la enfermedad por coronavirus (COVID-19), la cooperación internacional y la propiedad intelectual, E/C.12/2021/1.

“I Acceso a las vacunas, bienes y servicios de salud en atención al principio desigualdad y no discriminación

1. Los Estados deben asegurar la distribución a las vacunas, y su acceso equitativo y universal, a través de la elaboración e implementación de un plan nacional de vacunación; y en consecuencia, abstenerse de tratos discriminatorios a través de la remoción de obstáculos normativos, regulatorios o de cualquier tipo que podrían propiciar esta práctica, así como crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente vulnerados en sus derechos, o que se encuentran en mayor riesgo de sufrir discriminación.

2. Los Estados deben garantizar en sus planes de vacunación y/o sus políticas públicas la accesibilidad económica o asequibilidad para todas las personas, lo que implica el acceso gratuito a las vacunas. En principio, para aquéllas en situación de pobreza o de menores ingresos, a fin de que el nivel de ingresos o su poder adquisitivo no resulte en un factor determinante que impida o privilegie su inmunización.

3. Respecto de grupos en situación de especial vulnerabilidad o que han sido históricamente discriminados, con base en el principio de igualdad y no discriminación, los Estados deben adoptar políticas públicas que respondan a enfoques diferenciados, interseccionales e interculturales, que les permitan atender la discriminación múltiple que pueden acentuar los obstáculos de las personas en el acceso a la salud y a las vacunas. Del mismo modo, se deberá tomar en cuenta factores asociados a las brechas digitales existentes, particularmente aquellas derivadas de aspectos generacionales que afectan desproporcionadamente a personas mayores. Lo anterior, sin perjuicio de otras que resulten de factores asociados a la situación socioeconómica, discapacidad, entre otros.

4. Los Estados deben atender las necesidades particulares que derivan de factores de discriminación, tales como edad, en particular, respecto de personas mayores); situación migratoria o estado documental migratorio; género, identidad y expresión de género; discapacidad; pertenencia cultural, etnia y raza; condición socioeconómica; y contexto de privación de libertad. Asimismo, las políticas en materia de vacunación deben tomar en consideración particularidades geográficas o de desconfianza hacia dichas medidas, en especial por parte de grupos en situación de vulnerabilidad, como personas afrodescendientes y personas indígenas.

5. Resulta imperioso asegurar que todas las personas bajo la jurisdicción de los Estados puedan acceder físicamente a las vacunas. Para tales efectos, los Estados deben disponer de medios para fortalecer la infraestructura y logística necesaria, incluyendo transporte, instalaciones y almacenamiento para la distribución de las vacunas en todo su territorio. Los Estados deben tomar en especial consideración a las personas y grupos, tales como pueblos indígenas y tribales, y comunidades campesinas, que habitan en áreas remotas en contextos de profundas disparidades en cuanto a la disponibilidad de bienes y servicios de salud en comparación con otras zonas del país, como puede ocurrir en zonas rurales respecto de zonas urbanas, o en las periferias. Asimismo, los Estados deben garantizar entornos accesibles para las personas con discapacidad y movilidad reducida en sus esquemas de vacunación.

6. Los Estados deben tener en cuenta la agudización de las enfermedades vinculadas a la pobreza, el impacto de los determinantes sociales en salud. Igualmente, deben evitar retrocesos en las campañas de salud pública, tales como la vacunación en general en niños y niñas, los cuidados del embarazo, la salud sexual y reproductiva; y la prevención del cáncer, entre otras. Igualmente, deben tener presente la necesidad de continuar con las medidas de prevención no farmacológicas, realizando campañas públicas orientadas a mejorar los hábitos de vida saludable y fortalecimiento del sistema inmunológico de las personas. Tales medidas tienen impacto directo en la salud mental de la población y en la disminución de enfermedades crónicas vinculadas al estilo de vida que impactan negativamente en el pronóstico de quien se contagia de COVID-19 y, asimismo, generan un fuerte impacto en los presupuestos en salud pública.

II. Distribución y priorización de dosis de vacunas

7. Los Estados deben priorizar la inoculación de las personas con mayor riesgo de contagio y a quienes experimentan un mayor riesgo frente a la pandemia, en tanto es superado el contexto de escasez y las limitaciones en el acceso a las vacunas. Para los criterios y parámetros que los Estados implementen se deben tomar en consideración los principios SAGE6 de la OMS. Dentro de los mismos se incluyen a las

personas trabajadoras de la salud, las personas mayores, con discapacidad o con preexistencias médicas que pongan en riesgo su salud; como también a las personas que por factores sociales, laborales o geográficos subyacentes experimentan un mayor riesgo frente a la pandemia, tales como pueblos indígenas, personas afro-descendientes, personas en condición de movilidad humana y personas que viven en zonas urbanas sobre pobladas en situación pobreza o pobreza extrema. Sin perjuicio de la priorización que los Estados realicen, el principal propósito de esta política pública debe ser orientar la planificación de la distribución de la vacuna desde un enfoque de derechos humanos y equidad.

8. Los Estados deben considerar la especial situación de vulnerabilidad de las personas que se encuentran en contexto de privación de libertad, incluyendo personas mayores en centros de acogimiento y cuidado; personas detenidas en recintos carcelarios o centros de detención policial, personas con discapacidad en hospitales psiquiátricos y otras instituciones de larga estancia, y personas en contexto de movilidad humana detenidas por razones estrictamente migratorias. Especial atención debe tener esta población en situación de detención, que además pertenezca al grupo de personas con preexistencias médicas y que, en consecuencia, se encuentre en un riesgo agravado de contraer el virus del COVID-19.

9. Respecto de la definición de criterios de priorización en el acceso a la vacunación para prevenir el COVID-19, los parámetros aplicables deben tomar en cuenta las necesidades médicas de la salud pública, mismas que deben partir de: i) mejor evidencia científica disponible; ii) normas nacionales e internacionales de derechos humanos que los obligan; iii) principios aplicables de la Bioética; y iv) criterios desarrollados interdisciplinariamente. Asimismo, tales criterios deben establecerse con base en el principio de máxima difusión, buscando transparentar el proceso y parámetros para su adopción. Los criterios de priorización que se definan deben estar sometidos a mecanismos de rendición de cuentas, incluyendo posibles reclamos judiciales en caso de que tales criterios sean discriminatorios o se definan en violación de otros derechos.

10. Los Estados deben asegurar que las personas bajo su jurisdicción no sean discriminadas por la falta de inventario de bienes e insumos para la inoculación. Al momento de incrementar la eficiencia en la distribución de las vacunas, deben observarse las garantías de los derechos humanos, y en particular del derecho a la vida y la salud.

III. Difusión activa de información adecuada y suficiente sobre las vacunas y contrarrestar la desinformación.

11. La obligación de proveer y difundir información adecuada y suficiente sobre las vacunas para prevenir el COVID-19 corresponde a los Estados. La desconfianza que pueda surgir de la sociedad civil y la desinformación sobre las vacunas deben ser contrarrestadas con acciones que contribuyan a fortalecer la seguridad en las instituciones de salud pública y en el conocimiento de base científica. Por lo tanto, la información difundida debe ser de calidad, objetiva y oportuna, y culturalmente apropiada, cuando corresponda; además de tomar en consideración datos sobre seguridad y efectividad de las vacunas con base en la mejor evidencia científica disponible. Es determinante que las y los representantes institucionales cuenten con debida capacitación e información actualizada para evitar que las voces oficiales se conviertan en vectores de desinformación.

12. Los Estados deben realizar campañas públicas para contrarrestar la desinformación o los contenidos distorsionados sobre las vacunas, para asegurar la disponibilidad y accesibilidad de información adecuada y suficiente sobre las vacunas. Dado que un factor importante de la desinformación se relaciona con los efectos secundarios de las vacunas, los Estados están obligados a proveer la información disponible sobre este aspecto, atendiendo las dudas en torno a la seguridad y efectividad de las vacunas.

13. Los Estados deben proporcionar proactivamente información procesable, comprensible, útil, veraz y fidedigna sobre todos los aspectos de interés público relacionados con las vacunas. La difusión pública de contenidos sobre las vacunas y en particular de las campañas de vacunación, deberá contemplar el uso de formatos abiertos, partiendo de enfoques diferenciados que consideren, entre otras cuestiones: i) pertinencia cultural para las personas, en particular pueblos indígenas, afrodescendientes y comunidades tribales; ii) lenguas originarias; iii) accesibilidad para personas con discapacidad, personas mayores y personas en situación de movilidad humana; y iv) disposición de información en los idiomas de personas

migrantes, refugiadas y otras residentes en el país. Igualmente, se debe propender a un alcance universal, contemplando las particularidades de la ruralidad y zonas apartadas.

14. Los Estados deben, respecto a los pueblos indígenas, realizar campañas de información y de distribución de vacunas en sus territorios, en coordinación y con la participación de los mismos, a través de sus entidades representativas, liderazgos y autoridades tradicionales, a fin de asegurar la efectividad y adecuación cultural de las medidas, como el respeto a sus territorios y libre determinación. Asimismo, respecto a todas las personas con discapacidad, los Estados deben adoptar ajustes razonables y estrategias accesibles de comunicación sobre las políticas de vacunación, que involucren directamente a dicho colectivo en su diseño y ejecución.

15. Los Estados deben garantizar que la información y campañas realizadas en relación con las vacunas, en especial sobre poblaciones priorizadas, etapas y acceso progresivo a la vacunación, se aseguren de prevenir activamente la xenofobia, estigmatización y otras formas de discursos que promuevan el odio, la violencia o la culpabilización de personas, grupos y poblaciones de personas migrantes, refugiadas, apátridas o en otros contextos de movilidad humana”.

Otras recomendaciones versan sobre el derecho al consentimiento previo e informado, a la transparencia de las decisiones públicas como desincentivo frente a la corrupción, la cooperación internacional y las responsabilidades de derechos humanos de las empresas privadas farmacéuticas. Respecto de este asunto, resaltan los párrafos 26 y 27.

“26 [...] los Estados de origen de las empresas que producen, distribuyen o comercializan tales vacunas tienen el deber de regular, supervisar, prevenir o investigar el comportamiento de las domiciliadas en su territorio que pueda afectar la realización de los derechos humanos fuera del mismo [...].

27. [...] los regímenes de propiedad intelectual nacionales e internacionales deben dejar de ser un obstáculo que impida la producción de vacunas seguras y efectivas para garantizar el acceso universal y equitativo a las mismas, conforme a lo establecido en la presente Resolución. Para ello, es urgente que los Estados tomen las medidas necesarias para alcanzar la adecuación de las flexibilidades y excepciones previstas en tales regímenes cuando la salud pública se encuentra en riesgo, así como otras medidas complementarias pertinentes [...].”

VI.2.- *Los informes temáticos*

1.- Informe temático “DESCA de las personas afrodescendientes: Estándares interamericanos para la prevención, combate y erradicación de la discriminación racial estructural” (2021).

Es particularmente relevante que el principal análisis que hace la CIDH de la situación de los derechos sociales de los afrodescendientes gira en torno al concepto de inrseccionalidad, elaborado para dar cuenta de los supuestos de discriminación agravada por la sinergia de varias causas⁵⁸.

“45. La Comisión entiende que el concepto de interseccionalidad se ha desarrollado en el campo académico del Critical Race Theory (CRT), como un fenómeno donde múltiples categorías de vulnerabilidad, particularmente el género, el origen étnico racial y la clase socioeconómica, al entrecruzarse generan afectaciones desproporcionadas. Al respecto, la CIDH observa que la evolución doctrinaria de este enfoque ha sido integrada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los casos Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (2018); I.V. vs. Bolivia (2016); Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (2015), entre otros, en los cuales se ha demostrado que existen desigualdades sociales que se originan por la intersección de factores como el género, el origen nacional, la orientación sexual, la condición migratoria y la situación socioeconómica, desencadenando contextos de discriminación.⁵⁹

58 Ferrer Mac-Gregor (2017), páginas 206 a 213.

59 Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala Corte IDH, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C No. 351, párrafos. 276, 277 y 304; Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329, párrafos. 318, y 321; Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo,

46. En particular, en el caso Empleados de la fábrica de fuego en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil (2020), la Corte IDH determinó que ‘la intersección de factores de discriminación en este caso incrementó las desventajas comparativas de las presuntas víctimas (...) quienes comparten factores específicos de discriminación que sufren las personas en situación de pobreza, las mujeres y las personas afrodescendientes pero, además, padecen una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores y, en alguno casos, por estar embarazadas, por ser niñas, o por ser niñas y estar embarazadas’⁶⁰

El informe, una vez expuesto el sentido del concepto de interseccionalidad, procede a aplicarlo a la realidad de las personas afrodescendientes en relación a los DESCAs, resaltando los obstáculos que encuentran en el acceso a estos derechos, que cifra en (1) la falta de visibilidad estadística; (2) los bajos niveles de desarrollo de las zonas en que viven; (3) el mayor impacto producido por la pandemia de COVID-19 y (4) la afectación superior de los conflictos armados.

“58. La Comisión ha sostenido que existen variadas formas de discriminación basadas en el origen étnico-racial que impiden, a las persona afrodescendientes, el acceso igualitario a una educación de calidad y empleo, vivienda adecuada, servicios de salud dignos y el pleno goce de sus derechos territoriales. Por consiguiente, la CIDH, entiende que la discriminación interseccional impacta de forma directa y desproporcionada en el ejercicio de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, afectando de forma particular a grupos étnico-raciales y comunidades rurales que se encuentran en mayor de riesgo de sufrir daños a su integridad personal debido a que están expuestas a condiciones de pobreza y pobreza extrema

55. La Comisión comprende que, como consecuencia de esa discriminación estructural, persisten patrones de racismo institucional que se reflejan en la invisibilización de grupos históricamente excluidos en los procesos de elaboración de políticas públicas, y consecuentemente, en la negación implícita y explícita de la existencia de esta población como parte de la sociedad.

1. Visibilidad estadística

62.- La CIDH observa que la autoidentificación étnico-racial y la visibilidad estadística en la región presenta importantes avances, sin embargo, todavía existen indicadores y variables ausentes de perspectiva intercultural, para atender el desarrollo progresivo de los DESCAs; por ello es necesario determinar, las necesidades regionales y locales de las personas afrodescendientes, empezando por reconocer que existen unas necesidades mínimas, no satisfechas, que deben detallarse, de manera muy concreta, en las rondas censales y datos demográficos, toda vez que el reconocimiento es un paso esencial para impulsar el desarrollo de importantes acciones afirmativas en la materia. La ausencia de datos estadísticos sobre personas afrodescendientes impide el avance progresivo de sus derechos y la inclusión en las políticas públicas.

2.- Derecho al desarrollo

68. La Comisión observa que, según estudios del Banco Mundial, en la mayoría de los países, las regiones habitadas por afrodescendientes suelen ser áreas geográficas con niveles bajos de desarrollo. Generalmente, son regiones con interconexiones precarias con el resto del país y los mercados y, en general, con un menor acceso a los servicios públicos.

3. Contexto pandemia del Covid- 19

83.- La CIDH observa que en el contexto de la pandemia del COVID-19, se han profundizado y visibilizado las disparidades raciales, lo que ha impactado diferencialmente en las personas afrodescendientes, quienes experimentan altos riesgos de contagio y muerte a causa de esta enfermedad debido a diferentes

Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrafos. 290

60 Corte IDH. Caso empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párrafos. 191, 197, 198.

factores como el lugar de residencia y entorno físico, toda vez que las personas afrodescendientes por las condiciones de vulnerabilidad a las que han estado sometidas se encuentran cada vez más expuestas a contextos de pobreza y pobreza extrema, enfrentando dificultades de acceso a vivienda de calidad, precariedad en el acceso a servicios básicos como electricidad, agua y saneamiento, así como barreras de acceso a transporte público disponible; dichas situaciones les exponen cada vez más a condiciones de hacinamiento, situación de calle, asentamientos informales, entre otras

84. Otro factor lo constituyen los sistemas de salud y la asistencia sanitaria, al respecto, la CIDH observa que existe ausencia de datos desagregados por origen étnico-racial en los registros epidemiológicos, y por consiguiente falta de información específica sobre personas afrodescendientes en los sistemas de salud. Adicionalmente, un tercer factor se refiere a las características informales de la ocupación y condiciones de trabajo, toda vez que las personas afrodescendientes representan altas cifras en empleos esenciales-actividades que no pueden realizarse desde casa-, y también en entornos de trabajo no calificados -carecen de prestaciones sociales-, situaciones que les hacen estar más expuestas al contagio del virus debido al contacto frecuente con el público general. Esta coyuntura conlleva a que las personas afrodescendientes registren ingresos más bajos, y sus niveles de endeudamiento sean cada vez más elevados

4.- Situaciones de violencia y conflictos armados

91 La Comisión también ha observado que debido a las condiciones de pobreza y pobreza extrema a las que han estado expuestas las personas afrodescendientes en la región, son cada vez más vulnerables a situaciones de violencia armada. En ese sentido, la CIDH toma nota de fuentes públicas disponibles que dan cuenta que, en Colombia, dentro de las 8 millones de personas registradas como víctimas del conflicto armado, más de 1 millón pertenecen a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, siendo este grupo étnico racial el que más reporta número de víctimas”

2.- Informe temático “Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas” (2022)

La CIDH parte de que, según la jurisprudencia de la Corte IDH, las personas mayores deben visualizarse como sujetos de derechos de especial protección en relación a los DESCAs, en especial (a) frente a los servicios de salud y respecto de su autonomía e independencia⁶¹, incluido de un modo particular el derecho al consentimiento previo, libre e informado⁶²; (b) frente al derecho al agua y a la alimentación⁶³ también frente a la seguridad social⁶⁴.

Con este marco conceptual aborda las especialidades de la protección de las personas mayores en cuanto a una serie de derechos humanos, entre ellos el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, agua y vivienda, el derecho a la seguridad social y el derecho a los cuidados, para luego examinar la regulación específica de cada país respecto de cada uno de ellos. Es de especial interés el tratamiento general del derecho a la seguridad social de las personas mayores (que incluye referencias al derecho a la salud, por la vinculación existentes entre los dos), que resalta los estándares interamericanos y el juego de la interseccionalidad cuando a la mayor edad se adiciona otras circunstancias de necesidad como la discapacidad (como había resuelto la Corte IDH en el Caso Muelle Flores en 2019).

“340. [...] la Corte IDH ha reconocido que “el derecho a la seguridad social busca proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad

61 Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile

62 Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329

63 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

64 Corte IDH, Caso Muelle Flores Vs. Perú. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375

social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso.⁶⁵

341. La CIDH observa que en el sistema interamericano se han reconocido protecciones especiales de tipo interseccional para las personas mayores con discapacidad y para las mujeres mayores en su acceso a la seguridad social. En este sentido, la Corte interamericana ha señalado que “(...) la falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad⁶⁶.

342. En su relación con el derecho a la salud, la CIDH ha señalado⁶⁷ que la supresión, reducción o suspensión de las prestaciones a que se tenga derecho debe ser limitada, basarse en motivos razonables y estar prevista en la legislación nacional. Además, el Estado que mantiene la responsabilidad de regular y fiscalizar el sistema de seguridad social cuando son terceros quienes administran los planes de aseguramiento, así como de garantizar razonablemente que los agentes del sector privado no vulneren este derecho, incluyendo una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento. Asimismo, la CIDH reconoce que el seguro social desde un enfoque de la salud aumenta el uso de los centros, bienes y servicios de salud, promueve la igualdad de acceso y puede permitirse niveles más altos de protección financiera para quienes se encuentran normalmente excluidos. De este modo, para que los programas públicos o privados de seguro social relativos a la salud tengan un enfoque basado en dicho derecho su diseño y alcance no solo deben tener en cuenta la capacidad financiera y la situación laboral de las poblaciones receptoras, sino las necesidades específicas de salud de quienes se benefician.

343. En línea con lo anterior, la Comisión ha señalado que “[d]ebido al carácter redistributivo de la seguridad social, este derecho tiene un rol clave y es un instrumento esencial para combatir la pobreza y las desigualdades sociales, por lo que no debe ser tratado únicamente desde una perspectiva económica, sino teniendo en cuenta un enfoque de derechos. En particular, la CIDH destaca que para que el seguro social sea accesible, las coberturas existentes deben incluir a las personas en situación de mayor vulnerabilidad y pobreza, por lo cual el Estado debe prever planes que las abarquen (...).⁶⁸

345.- En línea con lo anterior, el Comité DESC señala en su Observación General No.6 que es obligación de los Estados tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez, así como percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales, prestaciones no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos. Asimismo, en su Observación General No. 19, el Comité DESC establece la vejez como una rama que debe abarcar la seguridad social y reitera la obligación de los Estados de establecer planes de seguridad social que, a partir de una edad determinada prevista en cada legislación, concedan prestaciones a las personas mayores de edad”

3.- Informe temático “Norte de Centroamérica y Nicaragua: Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de pueblos indígenas y afrodescendientes tribales” (2023)

La CIDH en este informe establece en su Capítulo 2 los estándares interamericanos sobre los DESCA de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales, atendiendo a distintos aspectos, de lo que son

65 Corte IDH. Caso Muelle Flores Vs. Perú, párrafo 183

66 Corte IDH. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Párrafo 207

67 CIDH. Informe No. 107/18. Caso 13.039. Fondo. Martina Rebecca Vera Rojas. Chile. 5 de octubre de 2018, párr. 6

68 CIDH, Opario Lemoth Morris y otros (Buzos miskitos) (Caso 12.378) contra Honduras. OEA/Ser.L/V/II.168 Doc. 74, 8 de mayo de 2018., p. 267

los más destacados los relativos (a) a las obligaciones positivas del Estado para eliminar cualquier forma de discriminación y crear una situación de igualdad real; y las especialidades que los pueblos indígenas y tribales presentan en relación a los derechos (b) a un medio ambiente sano (destacando la interdependencia con el resto de derechos humanos que ha establecido la Corte IDH y que lo convierte en justiciable); (c) a la alimentación y el agua (más allá de la subsistencia física, tiene una dimensión cultural relevante); (d) y a la salud (a un sistema sanitario intercultural).

“Capítulo 2. Estándares interamericanos sobre los DESCA de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales

B. Derecho a la protección contra cualquier forma de discriminación

40. En línea con lo estipulado por la Corte IDH sobre la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para revertir situaciones discriminatorias⁶⁹, la Comisión ha avanzado hacia un concepto de igualdad material, además de la noción formal de igualdad y no discriminación, en que reconoció el deber de los Estados de crear condiciones de igualdad real⁷⁰ y la necesidad de un trato diferenciado a los efectos de implementar políticas públicas que contribuyan a desarrollar derechos y libertades de toda la población en su conjunto.

41. En ese sentido, el práctico y efectivo cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación conlleva también la necesidad que los Estados posibiliten a todas las personas a acceder a un conjunto de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Para ello, la Corte IDH ha subrayado los efectos discriminatorios de la débil presencia de instituciones estatales en los territorios donde habitan estos pueblos⁷¹ de manera que pueda garantizar el acceso a alimentación, agua, salud, educación y otros servicios y bienes.

F. Derecho a un medio ambiente sano.

62. La Comisión y la REDESCA reiteran el estrecho vínculo que existe entre la subsistencia del ser humano, y la preservación de un medio ambiente sano, y advierte que la degradación del medio ambiente puede afectar negativamente el acceso al agua y el disfrute de diversos derechos humanos de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales, entre ellos, los derechos a la vida, a la salud y a la alimentación.

63. Al respecto, en el marco de la Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte IDH fundamentó la interdependencia e indivisibilidad de la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos⁷². En este mismo sentido, la Comisión ha enfatizado en que varios derechos de carácter fundamental necesitan, como condición para su ejercicio, un medioambiente sano. De este modo, la degradación del medio ambiente constituye una amenaza al derecho a la alimentación y el agua, y la salud, entre otros tantos que afectan el derecho a la vida⁷³. Adicionalmente, en el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales, debido a la especial conexión de estos colectivos con sus territorios, el derecho a un medio ambiente sano también se relaciona con sus identidades, creencias, espiritualidad y lugares sagrados, entre otros elementos que constituyen los derechos culturales de estas comunidades.

66.- Asimismo, la Corte IDH ha establecido que los Estados tienen la obligación de efectuar estudios de impacto socioambiental en relación con “cualquier actividad que pueda causar un daño ambiental significativo”⁷⁴. Los estudios de impacto deben considerar la conexión entre estos colectivos, sus territorios y recursos naturales, la centralidad de este vínculo a los efectos de su supervivencia física y cultural, junto con la reproducción de su estructura social y económica, así como sus costumbres, creencias y

69 Corte IDH, Caso Karen Atala e Hijas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párr. 80

70 CIDH. La situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA Ser.L/V/II. Doc.62, párr. 89.

71 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay.Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 273.

72 Corte IDH, Opinión Consultiva OC – 23/17, 15 de noviembre de 2017, párrafos 47-55

73 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párrafo 190

74 Corte IDH, Opinión Consultiva OC – 23/17, párrafo 157.

tradiciones⁷⁵. Al respecto, la CIDH subraya que estos estudios de impacto deben tomar en cuenta tanto los efectos ambientales como sociales e identificar cómo incide un proyecto determinado sobre las formas de vida de estos colectivos⁷⁶.

G.- Derecho a la alimentación y el agua

68. La Comisión y la REDESCA reconocen la importancia material y cultural del derecho a la alimentación y el agua para los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales como vía para garantizar otros derechos, entre ellos, la vida, la integridad personal y la salud⁷⁷. Para estos colectivos, el derecho a la alimentación y el agua se conjuga con los derechos territoriales y medio ambientales por estar íntimamente ligados a las formas tradicionales de producción de alimentos y la obtención del recurso hídrico⁷⁸. Asimismo, se conectan con otros derechos culturales e identitarios, en la medida que la obtención y utilización de estos recursos se desarrolla a través de prácticas culturales tradicionalmente empleadas a estos efectos. En ese sentido, la Corte ha señalado que el derecho a la alimentación no debe entenderse de forma restrictiva. El bien protegido por el derecho no es la mera subsistencia física y, en particular respecto de pueblos indígenas, tiene una dimensión cultural relevante⁷⁹.

H. Derecho a la salud

75.- El SIDH establece que los Estados, en consulta previa y acuerdo con los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales, promoverán sistemas sanitarios interculturales. Aunado a lo anterior, estos colectivos tienen derecho a utilizar, sin ningún tipo de discriminación, todas las instituciones, servicios de salud y atención médica disponibles para la población del país.

76. Adicionalmente, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la salud de pueblos indígenas y afrodescendientes tribales se relaciona con el derecho a sus territorios ancestrales y los recursos naturales existentes en los mismos y de los cuales depende la práctica de la medicina tradicional de estos colectivos⁸⁰. En esa línea, es obligación del Estado adoptar medidas para proteger las plantas medicinales, los animales y los minerales que son necesarios para el pleno disfrute del derecho a la salud de estos pueblos⁸¹.

Luego, dentro de un Capítulo 3 titulado “Desigualdades históricas y situación actual de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales”, se detiene de nuevo, como ya había hecho en el Informe sobre personas afrodescendientes en 2022, en un enfoque interseccional que explica el significado de la arraigada pobreza multidimensional que afecta a los pueblos indígenas tribales y que define como racismo histórico.

“Capítulo 3. Desigualdades históricas y situación actual de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales

3. Diferentes dimensiones de la pobreza

118. La Comisión y la REDESCA advierten que la situación de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales del Norte de Centroamérica y Nicaragua con respecto a sus DESCAs debe ser comprendida desde un enfoque de derechos humanos y considerando el carácter multidimensional de la pobreza. Con base en este enfoque, la pobreza no se analiza solamente a través de la medición de ingresos monetarios de

75 Corte IDH, Opinión Consultiva OC – 23/17, párrafo 169.

76 CIDH. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía. OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, párrafo 37.

77 CIDH. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía. OEA/Ser.L/V/II. Doc.176/19, párrafos 29 a 31.

78 Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 167

79 Corte IDH, Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 254

80 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 168.

81 CIDH, Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, OEA/Ser.L/V/II, 29 de septiembre de 2019, párrafo 310

una determinada población, sino mediante un enfoque de derechos y perspectivas de capacidades. Por lo tanto, la pobreza no se considera un estado de carencia o necesidad, sino una situación de falta de acceso a derechos básicos⁸².

119. La Comisión y la REDESCA reiteran que, en ciertos casos, la pobreza constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. En este sentido, incide en forma negativa sobre otras vulneraciones a los derechos humanos, causando un círculo vicioso de afectaciones y violaciones interconexas, con gravísimas consecuencias en la dignidad de las personas. Por ende, personas, grupos y colectividades que han sido históricamente discriminados, tales como los pueblos indígenas y personas afrodescendientes que viven en situación de pobreza y pobreza extrema en las Américas, han sido y continúan siendo en numerosas ocasiones víctimas de discriminación interseccional y discriminación estructural⁸³.”

4.- Informe temático “Las enfermedades no transmisibles y los derechos humanos en las Américas” (2023)

En varios países iberoamericanos los servicios sanitarios, mediante los que se atiende las enfermedades no transmisibles, se prestan por sujetos privados, lo que plantea la cuestión de deslindar los contenidos de las obligaciones de respetar y garantizar los DESC. Cabe estructurarlo en 10 puntos:

4.1.- Las obligaciones generales de respeto y garantía ex art. 1.1 CADH son aplicables a todos los derechos del tratado, incluso los DESC ex art. 26.

“127. Las obligaciones generales de respeto y garantía, previstas en el art. 1.1 CADH), así como el deber de adoptar disposiciones de derecho interno derivado del art. 2 CADH, son aplicables a todos los derechos consagrados en el tratado, incluidos los económicos, sociales, culturales y ambientales, protegidos en el artículo 26 de esta Convención y a través de su conexidad con otros derechos. La CIDH considera que las obligaciones de respeto y garantía alcanzan a los Estados que no son parte de la CADH, por virtud de la aplicación e interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que es fuente de obligaciones jurídicas para todos los Estados Miembros de la OEA”.

4.2.- La obligación de respetar también se incumple por tolerancia estatal con la entidad privada

“128. Conforme la obligación de respetar, prevista en el art. 1.1 CADH, es ilícita cualquier acción del poder público que viole los derechos protegidos por la Convención. En ciertos supuestos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Sistema Interamericano) ha reconocido que el actuar de las entidades privadas puede generar responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación de respeto. Como lo han dicho la Comisión y la REDESCA, la obligación de respetar implica que “los Estados deban abstenerse de desplegar conductas vinculadas a actividades empresariales que contravengan el ejercicio de los derechos humanos”

129. En este sentido, un Estado incumple su deber de respetar por acciones u omisiones de entes empresariales: (i) si la empresa actúa siguiendo las instrucciones de ese Estado parte o bajo su control o dirección; (ii) cuando una entidad empresarial está facultada para ejercer atribuciones del poder público; o (iii) en el caso y en la medida en que el Estado reconoce ese comportamiento. Bajo estos supuestos, por ejemplo, los actos u omisiones de entidades privadas que presten servicios públicos como el de salud o los de cualquier institución en salud, así como las actuaciones de una empresa que actúa bajo las “instrucciones o amparo” del Estado, pueden acarrear responsabilidad estatal, en específico, por el incumplimiento del deber de respeto. Por otro lado, el Sistema Interamericano ha reconocido que la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación de respeto también puede acontecer bajo la doctrina de la complicidad, que se actualiza cuando frente al actuar de terceros se evidencia “alguna

82 CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, 7 de septiembre de 2017, párrafos 74-5.

83 CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, párrafo 167

situación de aquiescencia, tolerancia o colaboración estatal”. En estas circunstancias, la CIDH ha señalado la aplicación de la atribución directa de responsabilidad estatal por complicidad con empresas”.

4.3.- El incumplimiento reiterado de los deberes estatales de prevención e investigación que integran la obligación de garantía es una forma de tolerancia e implica una violación de la obligación de respeto

“130. Asimismo, la REDESCA recuerda que los Estados tienen la obligación general de garantizar los derechos humanos previstos en la CADH, de conformidad con su art. 1.1. Esta obligación acarrea el deber de organizar todo el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta al ejercicio del poder público, de manera que se asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. La CIDH ha considerado que el “incumplimiento de las obligaciones de garantía a los derechos humanos en relación con actos de particulares puede tener implicaciones respecto de la obligación de respeto”. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el incumplimiento sostenido de los deberes de prevención e investigación se configura como una forma de tolerancia que implica la violación de la obligación de respeto”.

131. La Corte IDH ha desarrollado el deber de debida diligencia en relación con la obligación de garantía, mismo que acarrea el deber de tomar todas las medidas necesarias para prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. En este sentido, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado puede acarrear su responsabilidad internacional, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. De esta manera, y reiterando lo dicho en el informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, la CIDH y la REDESCA consideran que si el Estado conoce de hechos o actividades concretas atribuibles a una empresa, con efectos o repercusiones en su jurisdicción que atentan contra los derechos humanos, y en caso de que el Estado también incumpla con sus deberes de garantía, la omisión constitutiva de responsabilidad indirecta puede adquirir forma de tolerancia y aquiescencia, y por tanto podría ser materia de análisis bajo el deber de respeto”.

4.4.- La obligación de garantía exige una conducta aún más activa respecto de los grupos en situación de especial vulnerabilidad

“133. La obligación de garantía exige una conducta aún más activa en caso de que la víctima pertenezca a un grupo en situación de especial vulnerabilidad. En estos casos, se deben tener en cuenta las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho dentro de las cuales se encuentran su condición personal y su situación específica. En el mismo sentido, la Corte IDH ha considerado que la obligación de garantía, al igual que la obligación de respeto, tratándose, por ejemplo, del derecho a la salud, requiere prestar especial atención a los grupos vulnerables y marginados.

El deber de adoptar disposiciones de carácter interno ex art. 2 alcanza a todas las disposiciones jurídicas e incluso a la efectiva aplicación práctica. También es exigible “alinearse las decisiones de tributación, presupuesto y gasto público con los principios de derechos humanos”

134. Por otra parte, el deber de adoptar disposiciones de carácter interno, establecido en el art. 2 CADH, exige que los Estados modifiquen y adecuen su legislación interna para garantizar los derechos reconocidos en la CADH y guarda relación con la exigencia de ejercer el control de convencionalidad. Esta obligación acarrea el deber de eliminar las normas y prácticas que contravengan las garantías previstas en la CADH, así como la de expedir normas y desarrollar prácticas dirigidas a la efectiva observancia de tales garantías. De igual modo, esta CIDH ha señalado que el deber de adoptar medidas de adecuación normativa también es aplicable respecto de los derechos consagrados en la Declaración Americana

135. Igualmente, la Corte IDH ha considerado que la obligación derivada del art. 2 de la Convención “no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos”. En este sentido, la REDESCA recuerda que en el marco de la audiencia pública temática “Control del gasto público, políticas fiscales y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina”, realizada en el 168 periodo de sesiones de la CIDH, las asociaciones participantes

hicieron hincapié en la importancia de alinear las decisiones de tributación, presupuesto y gasto público con los principios de derechos humanos, con el objetivo de garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Dado que una adecuada política fiscal puede contribuir “a la inversión necesaria para el cumplimiento de los derechos humanos, en particular los derechos económicos y sociales, y a la rendición de cuentas entre el Estado y la ciudadanía”, esta Relatoría Especial considera que la adecuación del marco fiscal dirigida al goce efectivo de los derechos humanos, es una de las medidas que los Estados deberían adoptar e implementar en cumplimiento de la obligación de garantía, en concordancia con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno”.

4.5.- La obligación de garantizar comprende prevenir, regular, fiscalizar, investigar y sancionar

“137. [...] La CIDH y la REDESCA han identificado cuatro deberes de los Estados comprendidos dentro de la obligación de garantía, tratándose de actividades empresariales: (i) prevenir violaciones a los derechos humanos; (ii) regular y adoptar disposiciones de derecho interno; (iii) fiscalizar; e (iv) investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para las víctimas. El contenido de cada uno de estos deberes tiene características propias que, como fue dicho, deben ser analizadas en cada caso y “poseen una relación recíproca e interconectada que contribuye al cumplimiento de la obligación general de garantía y puede tener consecuencias respecto de la obligación estatal de respetar los derechos humanos según el caso particular”.

4.6.- Deber de prevenir violaciones a los derechos humanos

“138. En atención al contenido de la obligación de garantizar los derechos humanos, de conformidad con el art 1.1 CADH, los Estados tienen el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos por medio de la adopción de “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos”. La estrategia de prevención de violaciones de derechos humanos “debe ser integral, es decir, debe buscar prevenir los factores de riesgo”, e implica el fortalecimiento de las instituciones para que puedan actuar efectivamente frente a las situaciones que entrañan un riesgo para los derechos humanos.

139. El deber de prevención estatal en el marco de las relaciones entre particulares está condicionado a i) que el Estado tenga o haya debido tener conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato, ii) la situación particular de las personas afectadas y iii) determinar si el Estado adoptó las medidas razonables para evitar que el riesgo se materializara. Las medidas de prevención deben ser determinadas a la luz del contexto, el derecho o derechos afectados, y tomando en cuenta el deber reforzado de garantía frente a personas que requieren una protección especial del Estado. De igual modo, la previsibilidad de un riesgo específico en contextos que implican un deber reforzado de prevención obliga a los Estados a que produzcan o tomen en cuenta información estadística que permita el diseño y la evaluación de políticas públicas. Asimismo, la CIDH ha reconocido que la obligación de garantía y el deber específico de prevención pueden ser incumplidos cuando el Estado “genere o consolide una situación de riesgo para el disfrute de los derechos humanos”.

140. Entre las medidas que materializan el deber de prevención de los Estados, la Comisión ha identificado, entre otras, la adecuación del marco jurídico interno para regular la actuación de las empresas en relación con los derechos humanos, la adopción de políticas para proteger los derechos humanos frente a actividades empresariales riesgosas, y establecer o fortalecer los mecanismos judiciales para abordar casos de violaciones de derechos humanos en que estén involucradas empresas.

141. Ante la prevalencia de ENT y de los factores de riesgo asociadas a ellas en la región de las Américas, y teniendo en cuenta el conocimiento que tienen los Estados sobre los riesgos y el impacto adverso en los derechos humanos de estas enfermedades, la REDESCA considera que los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir su desarrollo a nivel poblacional, entre ellas a través de la adopción de normas. [...]”

4.7 Deberes de regular actividades empresariales

“142. Los deberes de regular, supervisar y fiscalizar se derivan de los arts. 1.1 y 2 CADH que exigen a los Estados adoptar todas las medidas, incluyendo las disposiciones de derecho interno necesarias para

asegurar el goce de los derechos reconocidos en la CADH y el Protocolo Adicional CADH en materia de DESCAs. Los Estados se encuentran obligados a adoptar regulaciones para que las empresas tomen acciones dirigidas a respetar los derechos humanos, evitar que sus operaciones violen o contribuyan a violar derechos humanos, así como a subsanar las vulneraciones de tales derechos cuando ocurran. La REDESCA recuerda que, junto con la existencia de un marco jurídico, los Estados deben tener un aparato institucional que vele por el cumplimiento de este.

143. El deber de regular debe dirigirse también a que las empresas realicen procesos internos de debida diligencia para identificar, prevenir y corregir violaciones de derechos humanos, procesos que son independientes del cumplimiento del deber de debida diligencia por parte de actores estatales, que se abordó previamente. Si bien la obligación de realizar evaluaciones continuas de los riesgos para los derechos humanos debe ser cumplida por las empresas, la misma debe estar regulada por el Estado. Al igual que la Corte IDH, la Comisión considera que el deber de regulación es aplicable a todas las empresas, con independencia de su tamaño y sector, de manera que sus responsabilidades deben identificarse en virtud de su actividad y del riesgo que conllevan para los derechos humanos”.

4.8. Supervisar y fiscalizar actividades empresariales

“144. La Corte IDH ha estimado que el deber estatal de supervisar y fiscalizar la conducta de terceros privados es especialmente relevante cuando su conducta “interfiere indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal”, así como cuando el derecho a la salud, como bien público, esté en juego o se trate de la prestación de un servicio de interés público, como el de salud. En ese sentido, la Corte IDH ha reconocido que las actividades de algunas industrias pueden generar un mayor riesgo para la vida de las personas, como aconteció en un caso relativo de entidades a cargo del manejo de bancos de sangre. El deber de supervisar y fiscalizar en contextos de prestación de servicios de salud, debe “orientarse a la finalidad de asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”, e incluye la obligación de crear mecanismos adecuados para “inspeccionar instituciones, sean éstas públicas o privadas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o profesionales”.

145. En el Sistema Interamericano se ha considerado que distintas industrias con impacto en los derechos humanos deben ser supervisadas y fiscalizadas, como sucede en los casos de las maquilas, la industria agrícola y las empresas que se dedican a la pesca submarina para asegurar que respeten los derechos laborales; de las empresas de seguridad privada por ser una fuente frecuente de violencia; y de las empresas extractivas, de explotación o desarrollo pues “por su naturaleza, suelen representar serios riesgos a los derechos humanos” En relación con estas últimas, la Comisión ha considerado que el nivel de intensidad en la supervisión y fiscalización depende del “nivel de riesgo que entraña su actividad o conducta”. Así, en un caso relativo a la explosión de una fábrica, la Corte IDH resaltó que los Estados tienen el deber de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades de empresas que acarrearán “riesgos significativos” para la vida e integridad de las personas sometidas a su jurisdicción.

146. En sentido similar, la Corte IDH ha considerado que los Estados deben supervisar y fiscalizar las actividades que tienen el potencial de causar un “daño significativo” al medio ambiente, a efecto de que “disminuya cualquier amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal”. Algunos ejemplos de actividades que han sido consideradas como generadoras de daños significativos al medio ambiente son las empresas madereras, constructoras, las que realizan actividades extractivas u otros proyectos de desarrollo, y las que llevan a cabo actividades de explotación económica (agrícolas, ganaderas, madereras y otras). La Relatoría Especial resalta que los deberes de supervisión y fiscalización también resultan aplicables a otros ámbitos, dado que la obligación de garantía atañe a todos los derechos protegidos por los instrumentos interamericanos. Así, la Corte IDH ha señalado que el deber de prevención abarca todos los derechos reconocidos en la CADH, incluyendo la alimentación adecuada y el agua. Por lo tanto, dado que el objetivo de los deberes de supervisión y fiscalización es que agentes y entidades públicas, y entidades y personas privadas cumplan con respetar los derechos humanos, también resultarían aplicables frente a actividades empresariales que afectan o ponen en riesgo otros derechos, como el derecho a la alimentación adecuada.

147. La CIDH ha considerado que el deber de supervisar y fiscalizar es más estricto en función de la actividad y la naturaleza de la empresa. Así, por ejemplo, si las empresas involucradas “tienen vínculos estrechos con el Estado, por ser de su propiedad o respecto de las que pueden ejercer control o influencia”, le es exigible al Estado un deber de supervisión más estricto respecto de sus actividades. Asimismo, la CIDH considera que todas las empresas cuyas actividades generan o incrementan el nivel de riesgo para los derechos humanos deben ser supervisadas y fiscalizadas, con independencia de su tamaño o sector, y que este deber es más estricto si se trata de actividades empresariales que inciden en bienes públicos”.

4.9.- Consecuencias para las ENT

“148. Ante la grave situación de las ENT, la REDESCA considera que los Estados tienen el deber de regular las actividades de las empresas cuyo actuar está ligado a los factores de riesgo de estas enfermedades, así como las de aquellas involucradas en la prestación de servicios de salud relacionados con la detección y tratamiento de las mismas. Igualmente, las empresas cuyas actividades están relacionadas con los factores de riesgo modificables de las ENT, y que por lo tanto tienen implicaciones para la vida, integridad personal y salud de las personas, deben ser sujetas a fiscalización y supervisión. Adicionalmente, las empresas que proveen servicios de salud en el contexto de ENT, deben ser supervisadas por la relación de su labor con el derecho a la vida, la integridad personal y la salud, además de por prestar un servicio de interés público”.

4.10.- Deber de investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para las víctimas

“149. Toda persona cuyos derechos han sido vulnerados tiene derecho a obtener “de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los arts 8 y 25 de la Convención”. La CIDH ha insistido que “la ausencia de investigación, sanción y acceso a reparación efectiva ante violaciones de derechos humanos atribuibles a terceros, como pueden ser las empresas, puede comprometer la responsabilidad del Estado ya que tales actos resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público al dejarlos impunes”. En relación con el deber de investigar, la Corte IDH requiere que se realicen “todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias”, “por medio de todos los medios legales disponibles y estar orientada a la determinación de la verdad”.

150. En los casos en que las empresas están involucradas en violaciones de derechos humanos, la CIDH considera que es necesario que los Estados aseguren el reconocimiento de garantías específicas del debido proceso para las partes, como la debida motivación, la igualdad de armas, la imparcialidad y el plazo razonable. Asimismo, la CIDH ha considerado que la presencia de condiciones de desigualdad real “obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”. Lo anterior con el objeto de evitar que la situación social o económica disímil de las partes litigantes acarree una desigual posibilidad de defensa, ya que en muchas ocasiones las empresas tienen la posibilidad de contratar servicios de representación legal altamente calificado y pagar los gastos que demandan los procesos judiciales, mientras que los denunciantes pueden no estar en condiciones de pagar los gastos que los procesos implican.

151. En el informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, la CIDH y la REDESCA notaron que en muchos casos en los que empresas están vinculadas en la violación de derechos humanos, el acceso a la justicia no está garantizado, de manera que las personas y comunidades tienen poca probabilidad de obtener una reparación efectiva. Algunos de los factores que impactan en la investigación, sanción efectiva y adecuada reparación son la falta de voluntad política para enfrentar el problema, legislaciones inadecuadas, la influencia de las empresas o captura corporativa sobre entidades públicas, la corrupción, la falta de asistencia legal a las víctimas, la estructura y funcionamiento de carácter transnacional de las empresas, entre otros.

152. Recordando que para la CIDH el reconocimiento de los DESCAs impone el deber de “contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva”, la REDESCA insiste que, dada la dimensión colectiva de los DESCAs y que su vulneración “suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados”, es importante que existan mecanismos de acceso a la justicia de naturaleza colectiva que permitan la participación adecuada de los sujetos

activos o de los grupos de víctimas a lo largo de las diferentes diligencias y etapas procesales. Asimismo, estos mecanismos permiten que los actores sociales fiscalicen políticas públicas y supervisen a empresas cuyas actividades tienen una incidencia perjudicial en el goce de los DESC. Algunos ejemplos que la CIDH ha reconocido como mecanismos de acceso a la justicia de naturaleza colectiva son las acciones amparo colectivo, las acciones de tutela, las acciones de inconstitucionalidad, entre otros”.

5.- Informe temático “Pobreza, Cambio Climático y DESC en Centro América y México, en el Contexto de Movilidad Humana”

La movilidad humana, provocada por la pobreza u otras circunstancias de necesidad, coloca a la persona en una situación particularmente vulnerable, por lo que los Estados resultan obligados a dispensarle atención específica.

329. En el caso de las personas en situación de movilidad humana, la Corte Interamericana ha señalado que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de sus derechos humanos, en tanto generalmente se encontrarían en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). A juicio de la Corte, dicha condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). En este marco, esta situación deriva en el establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

330. De esta manera, en la Opinión Consultiva OC-18/03 la Corte indicó que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes y señaló que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que este principio tiene un carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Sin detrimento de ello, la Corte reconoció que ello no se traduce en que los Estados no puedan iniciar acciones hacia las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, por lo que, en este sentido, podrán otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos.

El acceso a los DESC no debe ser objeto de condicionamiento en relación con el estatuto administrativo, de modo que instituciones que suministran los servicios públicos no pueden exigir la regularidad de la situación migratoria

337.- En términos generales, tal como fue desarrollado por la Comisión, las instituciones que suministran los servicios públicos no pueden exigir la regularidad de la situación migratoria o el estatuto de refugiado reconocido para prestar los respectivos servicios a las personas que los soliciten, en tanto el acceso a los DESC no debe ser objeto de condicionamiento en relación con el estatuto administrativo o nivel de protección (migrante regular, persona reconocida como refugiada o bajo otro estatuto). De esta manera, el solo hecho de “ser persona” es suficiente para que deba ser garantizado el goce efectivo de los DESC. Así, todo solicitante de protección internacional debe tener acceso a la salud, educación, vivienda, seguridad y otros, en condiciones de igualdad con los nacionales.

343. Sobre el derecho a la salud, es de destacar que las personas migrantes enfrentan serias dificultades para acceder a los servicios de salud por el mero hecho de ser migrantes, a lo que se suman otros factores como la discriminación, el idioma y las barreras culturales o su situación legal – dicha situación siendo más gravosa para quienes no cuentan con documentación-. En este marco, es de reiterar que la Comisión ha establecido que todo migrante tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y a los determinantes subyacentes de la salud, por lo que no se puede denegar la atención médica a una persona migrante por razón de su situación migratoria, ni se le pueden negar los servicios de salud por falta de documentos de identidad. Así, tienen el derecho, independientemente de su situación migratoria

o su origen, a recibir la misma atención médica que los nacionales, incluyendo servicios de salud sexual, reproductiva y mental.

344. Aunado a lo anterior, la Corte IDH ⁸⁴, aún cuando no se había avanzado en la justiciabilidad directa de los DESCA, estableció que los Estados tienen la obligación de brindar atención médica en casos de emergencias en todo momento a las personas migrantes en situación irregular, y por tanto deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables. En esta línea, se indicó el deber de garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles, con especial consideración de los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación.

Las personas en situación de movilidad humana ven agravada su vulnerabilidad en tiempos de crisis sanitarias porque viven en la calle o en condiciones adecuadas, sin mencionar que si están de algún modo privados de libertad de movimiento los lugares de detención están hacinados o en todo caso no es posible la distancia física que resulta conveniente.

356. Respecto a las personas en situación de movilidad humana, la Comisión y la REDESCA destacan que los fenómenos migratorios, ya sea por razones económicas o por búsqueda de protección, requieren de los Estados un abordaje prioritario a partir de los principios de solidaridad, cooperación y responsabilidad compartida en contexto de pandemia, con enfoque sobre la garantía de acceso a los mecanismos de protección y garantía de no-devolución a personas cuya vida e integridad están en riesgo. En ese sentido, hechos como una pandemia, pueden no sólo agravar la situación de personas anteriormente desplazadas, sino que puede convertirse en causas de nuevos movimientos migratorios, internos o internacionales, con características forzadas, y observa que la inclusión no discriminatoria en los países de acogida es el mecanismo más efectivo de prevención

357. Atendiendo a esta situación, la Comisión y la REDESCA observaron que incluso en el marco de la pandemia por el COVID-19, se dieron situaciones donde se limitó el acceso a ciertos DESCA a personas en situación de movilidad. Por ejemplo, en sus observaciones preliminares de la visita de trabajo virtual a México, señalaron que las restricciones impuestas para prevenir contagios por COVID-19 se tradujeron en i) limitaciones en el acceso a derechos como vivienda, alimentación, agua potable y atención en salud en condiciones de igualdad; y ii) denuncias de hacinamiento y falta de higiene adecuadas dentro de las estaciones migratorias, estancias provisionales o espacios habilitados para ello, en donde las personas aguardan la resolución de sus procedimientos en una situación análoga a la detención

VI.3.- Los informes de país y los informes anuales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elabora también informes específicos de país y en los más recientes dedica una atención especial a los derechos económicos, sociales y culturales. En los últimos años ha publicado los que se enuncian a continuación.

- Informe Situación de Derechos Humanos en Honduras (2024)
- Cohesión Social: el desafío para la consolidación de la democracia en Bolivia (2014)
- Situación de los Derechos Humanos en el Perú en el contexto de las protestas sociales (2023)
- Situación de Derechos Humanos en Chile (2022)
- Situación de los derechos humanos en El Salvador (2021)
- Situación de derechos humanos en Brasil (2021)

Por otra parte, la Relatoría especial sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (REDESCA) de la CIDH da a conocer un informe anual de actividades, en el que incluye un análisis de la situación de los DESCA país por país.

A unos y a otros informes se hará cumplida referencia en los apartados correspondientes de las partes tercera y cuarta de este estudio, por referirse a las experiencias propias de los distintos países.

⁸⁴ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, cit., párrafos 108 y ss.

VI.4.– Las medidas cautelares

El artículo 25 del Reglamento CIDH⁸⁵ apodera a la Comisión para adoptar medidas cautelares cuando se presenta una situación “grave” y “urgente” de producirse un “daño irreparable” para un derecho humano. El apartado 5 permite a la Comisión adoptar excepcionalmente este tipo de medidas inaudita parte. Con motivo de la aplicación de este mecanismo, la CIDH ha tenido ocasión de establecer estándares interamericanos de derechos sociales, especialmente del derecho a la salud.

Destaca la Resolución 32/2021, dictada en las Medidas Cautelares No. 216-2021 (7 mujeres embarazadas de la etnia Wichí respecto de Argentina) y acordada el 16 de abril de 2021. El 12 de marzo de 2021 se instó de la Comisión que requiriese a la República Argentina la protección de los derechos de las mujeres embarazadas de la etnia Wichí que se encontrarían escondidas en el monte de Formosa en condiciones precarias, debido al temor de ser detenidas arbitrariamente por la policía y ser llevadas a centros de detención y confinamiento con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19. La CIDH otorgó la medida cautelar inaudita parte, en los términos siguientes:

89. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el presente asunto reúne prima facie los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad contenidos en el artículo 25 de su Reglamento. En consecuencia, esta solicita a Argentina que: a) adopte las medidas necesarias para proteger los derechos a la vida, integridad personal y salud de las beneficiarias. En particular, la adopción de medidas inmediatas que posibiliten el acceso a una atención médica adecuada, según los estándares internacionales aplicables. Estas medidas deben ser adoptadas de conformidad con el consentimiento previo, informado y libre de las beneficiarias, y con una perspectiva de pertinencia cultural y lingüística, tomando en cuenta su cosmovisión indígena y con un enfoque de género; y, b) concierte las medidas a adoptarse con los representantes y las beneficiarias;

Entre los razonamientos que le llevaron a adoptar esa decisión, la CIDH se refirió a los estándares interamericanos del derecho a la salud, con las especialidades que reviste cuando se trata de mujeres indígenas. Resalta en particular lo siguiente:

“63. En este mismo sentido, la Comisión ha desarrollado ampliamente estándares interamericanos relacionados con la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y adolescentes, con especial atención a las que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, como las mujeres indígenas. Como garantes de su cultura, las mujeres indígenas poseen una herencia ancestral invaluable y, por lo tanto, la violencia contra ellas tiene repercusiones tanto a nivel individual como colectivo. En particular, la CIDH ha señalado el deber de obtener el consentimiento previo, libre y plenamente informado antes de realizar cualquier procedimiento médico. Este deber exige que el personal médico cualificado proporcione información adecuada, completa, fiable, comprensible y accesible sin amenazas, coacciones ni incentivos de ningún tipo. En el caso de las mujeres indígenas, la información debe presentarse en su propio idioma y de manera culturalmente apropiada, respetando sus tradiciones y creencias¹⁶. Asimismo, la CIDH ha observado la existencia de factores culturales que pueden operar como barreras en el acceso a los servicios de salud materna, como por ejemplo, los servicios de salud que son ofrecidos sin tomar en consideración las expectativas, tradiciones y creencias de las mujeres indígenas”.

La CIDH, en Resolución 50/2021, de 11 de julio, levantó esta medida cautelar.

Otras medidas cautelares sobre derechos sociales, entre otras muchas, son las siguientes: a) Resolución 7/2020, Medida Cautelar No. 708-19 (Pobladores de las Zonas Aledañas al Río Santiago respecto de México), sobre el derecho al agua y el derecho a un medio ambiente sano; Resolución 4/2021, Medida

85 Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1° de agosto de 2013.

cautelar No. 1286-18 (Veinte personas diagnosticadas con Esclerosis Múltiple), también sobre el derecho a la salud.

VII.- La delimitación de estándares de protección de los DESCAs por la Corte IDH

VII.1.- Tutela de los DESCAs por conexidad: la utilidad del concepto de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos

La Corte IDH afirma la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, de modo que la falta de garantía de uno de los calificados como DESCAs repercute en que no haya un disfrute efectivo del resto de derechos humanos, también de los derechos civiles y políticos. Este enfoque es relevante porque, durante todo el tiempo en que prevaleció el criterio jurisprudencial de que el cumplimiento de los DESCAs no era enjuiciable directa y autónomamente por la Corte IDH, le permitió a este órgano jurisdiccional considerar alegaciones de afectación a uno de estos derechos con ocasión de examinar su repercusión sobre un derecho civil o político⁸⁶.

Muy ilustrativo es el fallo en el caso Suárez Peralta (2013)⁸⁷, donde examina el derecho a la salud por su implicación en el derecho a la integridad personal ex art. 5.1 CADH. Dice:

“130. En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. Por esta razón, se debe determinar si en el presente caso se garantizó la integridad personal consagrada en el artículo 5.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma.

131. Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. [...]

132. Por tanto, esta Corte ha señalado que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto.

⁸⁶ Los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE proyectan su eficacia en muy distintos sectores específicos. Cfr. La irradiación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Arzo Santisteban, X. (coord.), en especial el capítulo titulado “El derecho a la dignidad en la Constitución Española y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, Martín Sevillano, K, págs. 31 y ss.

⁸⁷ Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

Otros ejemplos son Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 117; Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43; y Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 171.

Puede verse, con la mención adicional de otros casos, en la doctrina Hernández Corchete, Juan Antonio (2020), “El contenido constitucional de los derechos sociales. Técnicas de interpretación constitucional de la norma legal, en *Manual para la Buena Gestión de la Seguridad Social*”, páginas 28 y ss.

133. Por consiguiente, la Corte estima necesario analizar, en el marco del deber de garantía, prevención y protección del derecho a la integridad personal, si el Estado ha cumplido diligentemente con su obligación de regular, supervisar y fiscalizar a las entidades que, en este caso, prestaron servicios de salud a la señora Melba Suárez Peralta”.

Es muy ilustrativo este caso Suárez Peralta porque expone la visión disidente de algunos jueces de la Corte IDH, que luego terminó haciéndose mayoría a partir del caso Lagos del Campo. El voto disidente del juez Ferrer Mac-Gregor dice:

“2. Si bien concuro con el sentido del fallo asumido por unanimidad de votos, estimo que el Tribunal Interamericano pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que el presente caso llegara al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al “derecho a la salud” debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana.

3. Desde mi perspectiva, esta situación pudo haberse considerado de manera explícita para que dentro de las consideraciones de [la Sentencia] se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma. Lo anterior, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el art 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre el derecho a la salud y entendiendo la justiciabilidad directa de dicho derecho social —y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles—, lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el art.1.1 Pacto de San José”.

La Corte IDH cambia su doctrina mayoritaria, para aceptar la justiciabilidad directa como derechos autónomos de los DESCAs, a partir del caso Lagos del Campo (2017). Sin embargo, incluso con posterioridad a ese momento, sigue utilizando en sus razonamientos el criterio de la conexidad, si bien que ahora es un motivo más y no el único como era antes. En prácticamente todos los casos que la Corte IDH identifica un DESCa como derecho autónomo añade que, debido a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, se producen afectaciones de alguno de los derechos civiles o políticos, muy a menudo del derecho a la vida y a la integridad personal, pero también a otros. Sirvan dos ejemplos.

El primer ejemplo es la Opinión Consultiva OC-23/17 (2017), donde la Corte IDH examina cómo afectan los daños ambientales a los derechos humanos. Aparte de afirmar un nuevo derecho autónomo al “medio ambiente sano”, señala en el párrafo 64 que los daños ambientales “pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio”

“63. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

64. Ahora bien, además del derecho a un medio ambiente sano, como se mencionó previamente, los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Sin embargo, algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental (supra párrs. 47 a 55). Los derechos especialmente vinculados al medio ambiente se han clasificado en dos grupos: i) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos (por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud o a la propiedad), y ii) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales,

también identificados como derechos de procedimiento (tales como derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo)”

El segundo ejemplo es el Caso Rodríguez Pacheco (2023)⁸⁸:

“114. En lo que respecta a la relación del deber de garantía (art.1.1) con el art 5.1 CADH, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del art 5.1 CADH. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación. Además, el art 26 CADH, el cual reconoce los derechos económicos sociales, culturales y ambientales, se configura como un artículo marco que integra distintos derechos y remite a la Carta OEA”). De los artículos 34.i, 34.l y 45.h de la referida Carta OEA se deriva la inclusión en dicho instrumento del derecho a la salud, por lo que este Tribunal, en diferentes precedentes, ha reconocido que ese derecho es protegido a través del mencionado art 26 CADH”.

En fin, este caso Rodríguez Pacheco (ya citado) muestra la visión de la tutela por conexidad que tiene la minoría de la Corte IDH. El voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto dice lo siguiente:

“3. En previas oportunidades he expresado las razones por las cuales considero que existen inconsistencias lógicas y jurídicas en la posición jurisprudencial asumida por la mayoría de la Corte, sobre la justiciabilidad directa y autónoma de los DESCAs a través del art 26 CADH. Esta posición desconoce las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, cambia la naturaleza de la obligación de progresividad, ignora la voluntad de los Estados plasmada en el Protocolo de San Salvador y mina la legitimidad del Tribunal; solo por mencionar algunos argumentos.

4. Además, en atención a las particularidades del caso, me permito reiterar mi postura sobre el alcance de los principios de interdependencia e indivisibilidad en relación con la interpretación al art 26 CADH. Dichos principios señalan que todos los derechos tienen igual jerarquía e importancia y que el disfrute de un derecho depende de la realización de otros. Sin embargo, esto no implica que automáticamente se deban incorporar los DESCAs como derechos autónomos y justiciables al contenido de la Convención. Si bien es cierto que los derechos están intrínsecamente conectados y que el respeto y disfrute de ciertos derechos y libertades no puede justificar la denegación de otros, este argumento no es suficiente para modificar la competencia de un tribunal. De hecho, los principios de indivisibilidad e interdependencia y la idea según la cual se debe prestar ‘la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales’, son consistentes con un análisis de los DESCAs desde la perspectiva de la conexidad, pues su aplicación no implica una expansión ilimitada de las competencias de la Corte, pero sí permite un entendimiento amplio de los derechos protegidos por la Convención, que implique el respeto y garantía de todos los derechos humanos, incluidos los DESCAs.”

VII.2.– *Justiciabilidad de los DESCAs como derechos autónomos: consideraciones generales, opinión de la mayoría y votos disidentes*

1.- Origen y consolidación

La Corte IDH inicialmente rechazaba que los DESCAs pudieran ser justiciables ante ella directamente, como derechos autónomos. En el caso Lagos del Campo (2017, citado *ut supra*) cambió el criterio, admitiendo que el derecho al trabajo (en su vertiente de estabilidad en el empleo) fuese justiciable como derecho autónomo. Dijo:

88 Caso Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2023, Serie C, Nº 504.

“[...] este Tribunal tiene el derecho a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. [...] los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones. Asimismo, resulta pertinente notar que si bien el art 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica también en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los arts 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los arts 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

143. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el art 26 CADH, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta OEA. Ahora bien, los arts 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social” para la protección de tales derechos. Desde su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte señaló que: [...] Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

144. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del art 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, el art 29.d CADH dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

145. Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del art 26 en relación con la Carta OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto corpus iuris internacional; inter alia: el art 6 PIDESC, el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los arts. 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los arts 6 y 7 del Protocolo Adicional a la CADH, el art 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el art 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el art 1 de la Carta Social Europea y el art. 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos”.

Luego, en los años siguientes, se ha consolidado este criterio en decenas de sentencias. Quizá sea el Caso Cuscul Pivaral (2018, citado *ut supra*) en el que mejor se exponen las razones que sostienen este criterio, que combinan argumentos de interpretación literal, sistemática, y teleológica, junto con otros métodos de interpretación subsidiarios. Dice:

“B.1. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

75. La Corte procederá a interpretar el art 26 CADH y su relación con los arts 1.1, 2, 62 y 63 CADH, para así determinar lo siguiente: i) si el art 26 reconoce derechos, ii) cuál es el alcance de las obligaciones para los Estados en relación con esos derechos, y iii) si la Corte tiene competencia para analizar violaciones a dichos derechos. Para ello, el Tribunal recurrirá a la [Convención de Viena ...], que implica la aplicación simultánea y conjunta de la buena fe, el sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, el objeto de estos y el objeto y fin de aquel. Por ello, como es su jurisprudencia constante, la Corte hará uso de los métodos de interpretación estipulados en los arts 31 y 32 Convención de Viena para llevar a cabo dicha interpretación. Asimismo, la Corte utilizará, en lo pertinente, las normas de interpretación que se desprenden del art 29 CADH.

B.1.1. Interpretación literal

76. En primer lugar, corresponde realizar una interpretación basada en el sentido corriente de los términos previstos por art 26 CADH: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

77. La Corte recuerda que, de conformidad con la Convención de Viena, los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. De igual forma, el Tribunal ha establecido que este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. En ese sentido, al tratarse de un texto de derechos humanos, resulta idónea la interpretación basada en criterios objetivos, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio de las partes contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos humanos tanto frente al Estado como frente a otros Estados.

78. Sobre el particular, la Corte considera que el sentido corriente que ha de atribuirse a la norma prevista en el art 26 CADH es que los Estados se comprometieron a hacer efectivos “derechos” que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta OEA. En ese sentido, este Tribunal advierte que si bien la Carta OEA consagra “principios” y “metas” tendientes al desarrollo integral, también se refiere a ciertos “derechos”, tanto de manera explícita como implícita. De esta forma, de una interpretación literal del texto del art 26 es posible afirmar que se refiere precisamente al deber de los Estados de lograr la efectividad de los “derechos” que sea posible derivar de la Carta OEA. El texto de la norma debe ser interpretado de forma tal que sus términos adquieran sentido y un significado específico, lo que en el caso del art 26 implica entender que los Estados acordaron adoptar medidas con el objetivo de dar plena efectividad a los “derechos” reconocidos en la Carta OEA.

79. Asimismo, la Corte considera que la mención del art 26 que se refiere a los Estados se comprometen a “adoptar providencias”, “para lograr progresivamente la plena efectividad” de los derechos que se derivan de la Carta OEA debe ser entendido como una formulación acerca de la naturaleza de la obligación que emana de dicha norma, y no acerca de la falta de existencia de obligaciones en sentido estricto para los Estados. La Corte recuerda que existen obligaciones formuladas en términos similares al art 26 reconocidos en otros artículos de la Convención, sin que exista controversia respecto a que éstos imponen obligaciones exigibles en el plano internacional. En particular, el Tribunal recuerda que el art 2 CADH reconoce la existencia del compromiso programático de los Estados de adoptar “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos y libertades reconocidos por la Convención, lo cual ha dado lugar a que la Corte evalúe en su jurisprudencia si el Estado ha cumplido con la adopción de dichas ‘medidas’.

80. Al respecto, la Corte coincide con la interpretación realizada por el Comité DESC sobre el alcance y naturaleza del art 2.1 PIDESC.[...]. El CDESC ha interpretado que si bien el PIDESC contempla una realización paulatina de los derechos reconocidos por dicho tratado, y que tiene en cuenta las restricciones de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De igual forma, el mismo Comité estableció que el concepto de ‘progresiva efectividad’ constituye un reconocimiento de que la efectividad de dichos derechos se logrará con el paso del tiempo, sin embargo también señaló que: el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales

81. La Corte reitera [...] que la flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades de cumplimiento de sus obligaciones de progresividad conforme al art 26 implica, esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para

responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

B.1.2. Contexto interno – interpretación sistemática

82. En segundo lugar, [...] el Tribunal resalta que, según el criterio sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. En este sentido, la Corte ha considerado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del art 31 Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del art 31), esto es, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En el marco de una interpretación sistemática de la Convención se deben tener en cuenta todas las disposiciones que la integran y los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ella, como por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante también “Declaración Americana”), por cuanto permiten verificar si la interpretación dada a una norma o término en concreto es coherente con el sentido de las demás disposiciones.

83. En este sentido, la Corte destaca que los alcances de los derechos que se derivan del art 26 CADH deben ser entendidos en relación con el resto de las cláusulas de la Convención Americana y de otros instrumentos relevantes para su interpretación. Al respecto, la Corte ha observado que si bien el art 26 se encuentra en el Capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los arts 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los arts 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”). De esta forma, la Corte considera que las obligaciones generales de “respeto” y “garantía”, conjuntamente con la obligación de “adecuación” del art 2 CADH, aplican a todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales.

84. En consecuencia, al existir una obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contemplados por el art 26, en los términos del art 1.1 CADH, la Corte tiene competencia para calificar si existió una violación a un derecho derivado del artículo 26 en los términos previstos por los arts 62 y 63 de la Convención. Este último artículo prevé que cuando exista una violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado, y dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de un derecho. Asimismo, la Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que, en virtud del art 1.1, todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos establecidos en la Convención. Así, la Corte considera que ahí donde sea posible identificar una acción u omisión atribuible al Estado, que vulnere un derecho protegido por el art 26, la Corte podrá determinar la responsabilidad del Estado por dicho acto y establecer una reparación adecuada.

85. El Tribunal advierte que el hecho de que los derechos derivados del art 26 estén sujetos a las obligaciones generales de la Convención Americana no sólo es resultado de cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad recíproca existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales, culturales y ambientales. Al respecto, la Corte ha reconocido que ambas categorías de derechos deben ser entendidas integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. De igual forma, el Tribunal advierte que el Preámbulo de la Convención, así como diversas cláusulas de la Declaración Americana, muestran que tanto los derechos civiles y políticos, como los DESCA, fueron reconocidos por los Estados de la región como derechos esenciales de la persona humana. En ese mismo sentido, el Preámbulo del Protocolo Adicional a la CADH reconoce: la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por

cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

86. Para este Tribunal, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos reconocidos por la Convención Americana niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Esta condición atañe no sólo al reconocimiento de los DESCAs como derechos humanos protegidos por el art 26, sino también a los aspectos de competencia de este Tribunal para conocer sobre violaciones a los mismos sobre la base de dicho artículo. Al respecto, la Corte recuerda que ejerce jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones sobre la base de los arts 62 y 63 CADH, entre los que se encuentra el art 26. Asimismo, de manera complementaria, la Corte recuerda que, como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, este Tribunal tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence) y, por otra parte, “que la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (art 62.1 CADH) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, de resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción”.

87. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte reconoce que una interpretación sistemática del art 26 CADH implica tomar seriamente en consideración los límites de la competencia de la Corte en relación con otros instrumentos del Sistema Interamericano que se refieran a los DESCAs. En ese sentido, el Tribunal advierte la tensión que puede existir en relación con la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a los derechos derivados de la Carta OEA, a través de una aplicación de los arts 26, 1.1, 2, 62 y 63 CADH, y la competencia que reconoce el art 19.6 del Protocolo de San Salvador. En efecto, éste último instrumento prevé que en caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del art 8 y en el art 13 del Protocolo fuesen violados por una acción imputable a un Estado Parte, tal situación podría dar lugar a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los arts 44 a 51 y 61 a 69 CADH. No queda duda que la voluntad de los Estados sobre la competencia de la Corte para pronunciarse sobre violaciones al Protocolo de San Salvador encuentra sus límites en los derechos sindicales y el derecho a la educación.

88. Sin embargo, la Corte considera que el hecho de que el art 19.6 del Protocolo de San Salvador establezca límites sobre la competencia de este Tribunal para conocer exclusivamente sobre violaciones a determinados derechos a través del sistema de peticiones individuales, no debe ser interpretado como un precepto que limite el alcance de los derechos protegidos por la Convención, ni sobre la posibilidad de la Corte para conocer sobre violaciones a estos derechos. Por el contrario, el Tribunal advierte que una interpretación sistemática y de buena fe de ambos tratados lleva a la conclusión de que, al no existir una restricción expresa en el Protocolo de San Salvador, que limite la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a la Convención, ésta limitación no debe ser asumida por este Tribunal. Asimismo, la Corte recuerda que el hecho de que los Estados adopten protocolos o tratados relacionados con materias específicas, y definan la competencia de este Tribunal para conocer sobre aspectos definidos de dichos tratados, no implica una limitación a la competencia de este Tribunal para conocer sobre violaciones a la Convención Americana sobre aspectos sustantivos que se regulan en ambos tratados. En ese sentido, la Corte recuerda que el art 77 CADH prevé la posibilidad de que cualquier Estado parte o la Comisión sometan a consideración proyectos de protocolo adicionales con la finalidad de ‘incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades’.

89. De esta forma, la Corte considera que no existen elementos para considerar que, con la adopción del Protocolo de San Salvador, los Estados buscaron limitar la competencia del Tribunal para conocer sobre violaciones al art 26 CADH. Al respecto, la Corte advierte que si la Convención Americana no está siendo modificada expresamente con un acto posterior de los Estados, la interpretación que corresponde debe ser la menos restrictiva respecto a sus alcances en materia de protección de los derechos humanos. Asimismo, el Tribunal recuerda que la propia Convención Americana prevé en su art 76 un procedimiento específico para realizar enmiendas a la misma, el cual requiere una aprobación de dos terceras partes de los Estados parte de la Convención. De esta forma, sería contradictorio considerar que la adopción de un Protocolo adicional, que no requiere un margen de aceptación tan elevado como una enmienda a la Convención Americana, puede modificar el contenido y alcance de los efectos de la misma. En consecuencia, la Corte

considera que la mera existencia del art 19.6 del Protocolo de San Salvador no permite inferir conclusiones con consecuencias limitativas respecto a la relación entre los arts 26, 1.1, 2, 62 y 63 CADH.

B.1.3. Interpretación teleológica

90. En tercer lugar, corresponde realizar una interpretación teleológica del art 26 CADH. La Corte recuerda que en una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, los propósitos del sistema regional de protección.

91. El Preámbulo de la Convención Americana hace varias referencias que permiten establecer el objeto y fin del tratado: Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; [...] Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos; Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.

92. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha afirmado que el objeto y fin de la Convención es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. En este sentido, la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su art 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza.

93. Como se indicó, el objeto y fin de tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. Una interpretación teleológica de la norma sería conforme con la conclusión a la cual se arribó por medio de la interpretación literal y sistemática, en el sentido que el art 26 reconoce la existencia de “derechos” que deben ser garantizados por el Estado a todas las personas sujetas a su jurisdicción en los términos previstos por la Convención Americana. El reconocimiento de estos derechos y de la competencia de la Corte para resolver controversias en relación con ellos tienen el objetivo de consolidar un régimen de libertad personal y justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre reconocidos en la Carta OEA, lo cual es claramente compatible con el objeto y fin de la Convención Americana.

B.1.4. Métodos complementarios de interpretación

94. En cuarto lugar, la Corte recuerda que, según el art 32 Convención de Viena, los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de la interpretación realizada de conformidad con los métodos señalados en el art 31. Lo anterior implica que son utilizados de forma subsidiaria.

95. Al respecto, el Tribunal recuerda que el contenido del art 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una ‘mención directa’ a los ‘derechos’ económicos, sociales y culturales; ‘una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación’; así como ‘los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección’, ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo ‘recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires’.

96. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales”. La Corte considera que dichas manifestaciones de los Estados no contradicen la tesis acerca de que el artículo 26 en efecto reconoce “derechos”, que están sujetos a las obligaciones generales que los Estados tienen en virtud de los artículos 1.1 y 2 CADH y que, por ende, son justiciables.”

2.- Votos disidentes y situación actual

En el caso Lagos del Campo formularon votos disidentes (discrepando de que el art. 26 CADH reconociera a los DESCAs como justiciables autónomamente por la Corte IDH) los jueces Vio Grossi y Sierra Porto. Este último ha expresado su disidencia de un modo ininterrumpido en decenas de casos (recientemente en su voto disidente en el Caso Rodríguez Pacheco de 2023, transcrito *ut supra*).

La situación actual es que la Corte IDH mantiene la justiciabilidad directa de los DESCAs, por mayoría, con la disidencia del juez Sierra Porto. Véase Caso Rodríguez Pacheco de 2023, transcrito *ut supra* tanto en el razonamiento de la mayoría como el que expresa la disidencia.

VII.3.- Dos niveles de análisis: ¿qué DESCAs protege el art. 26 CADH y cuáles son sus estándares de protección?

La posición de la Corte IDH es que el artículo 26 reconoce aquellos DESCAs que “se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta OEA”.

Ello exige, en primer término, decidir qué DESCAs se derivan de la Carta OEA, lo que requiere una labor interpretativa porque dicha Carta expresa “metas”, “objetivos” y “principios”. La Corte IDH ha utilizado como criterio hermenéutico general el de integrar la Carta OEA con la Declaración de derechos y deberes del hombre de la OEA. Lo hace por referencia a la Opinión Consultiva OC-10/89, donde la Corte señaló que “[...] Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”.

También ha tomado en cuenta los derechos “reconocidos en materia interna” (en especial en las Constituciones de los Estados parte) y además los previstos en otros tratados internacionales de derechos humanos, pues según el artículo 29 CADH “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Este criterio hermenéutico lo expresó la Corte IDH en el Caso Poblete Vilches⁸⁹, con las siguientes palabras:

“Así, resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCAs), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta OEA, así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio art 29 CADH; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus

⁸⁹ Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 103

iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho”.

En consecuencia, la Corte IDH define los DESCAs contenidos en la Carta OEA y por ello protegidos por el art. 26 CADH y justiciables autónomamente atendiendo (a) a la Declaración de Derechos y Deberes del hombre de la OEA; (a) a las normas internas de los Estados Parte, en especial las de rango constitucional; y (c) otros tratados integrantes del corpus iuris internacional.

Utilizando este razonamiento, la Corte IDH ha establecido hasta ahora que derivan de la Carta OEA (y por ello son derechos reconocidos por el art. 26 CADH) los siguientes: (a) el derecho al trabajo en especial estabilidad laboral; (b) el derecho a la salud; (c) el derecho a la seguridad social, en su dimensión de derecho a una pensión de jubilación de los trabajadores; (d) el derecho a un medio ambiente sano.

El segundo nivel de análisis es el relativo a la fijación de los estándares de protección de aquellos DESCAs que se entiendan incorporados al art. 26 CADH, lo que la Corte IDH realiza a partir de las reglas interpretativas del art. 29 CADH y del análisis del corpus iuris internacional, en los términos que se analizarán específicamente derecho por derecho.

VII.4.- Derecho al trabajo (estabilidad laboral): incorporación al art. 26 CADH y estándares de protección

La Corte IDH incorpora a la protección del art. 26 CADH el derecho al trabajo (estabilidad laboral) en el Caso Lagos del Campo, en los términos que se indicó *ut supra*.

A continuación, y a partir del corpus iuris internacional, la Corte IDH fija los estándares de protección de este derecho⁹⁰, indicando lo siguiente:

“146. Por tanto, al analizar el contenido y alcance del art 26 CADH en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el art 29 b, c, y d de la misma, la aludida protección a la estabilidad laboral aplicable al caso concreto.

147. En este sentido, el Comité DESC, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”

148. A manera ilustrativa, el Convenio 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su art 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente. En similar sentido se encuentra lo dispuesto en la Recomendación No. 143 OIT sobre representantes de los trabajadores que requiere adoptar medidas apropiadas y recursos accesibles para la tutela de los representantes de los trabajadores (*supra*, párr. 126).

149. Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe

90 Canessa Montejó, M. (2017), “La Protección Interamericana de la Libertad Sindical y de la Estabilidad Laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú”, *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Vol 8, N° 16, páginas 143-149.

disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos (infra, párrs. 174, 176 y 180).

150. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

151. En el caso concreto, el señor Lagos del Campo había trabajado como obrero aproximadamente 13 años en la referida empresa, y al momento de los hechos ocupaba el cargo de Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa y delegado pleno ante el CONACI. Con motivo de las manifestaciones recogidas en la entrevista publicada en la revista La Razón, en el contexto de las elecciones internas, el señor Lagos del Campo fue despedido bajo la causal de haber realizado una falta grave de palabra contra el empleador. El señor Lagos del Campo impugnó dicha decisión ante los órganos competentes, la cual fue avalada en segunda instancia, al considerar que el despido se habría dado bajo causa justificada. Dicha decisión fue recurrida ante diversas instancias internas sin haber encontrado tutela, particularmente, respecto de su derecho a la estabilidad laboral, al alegarse causas injustificadas o carentes de motivos para el despido y afectaciones al debido proceso. Es decir, frente al despido arbitrario por parte de la empresa (supra, párr. 132) el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros. Por ende, no se le reinstaló en su puesto de trabajo ni recibió ninguna indemnización ni los beneficios correspondientes.

152. Con motivo de ello, el señor Lagos del Campo perdió su empleo, la posibilidad de acceder a una pensión por jubilación, así como ejercer sus derechos como representante de los trabajadores. Tal incidente tuvo como consecuencia ciertas repercusiones en su vida profesional, personal y familiar (supra, párr. 72). Al respecto, Lagos del Campo declaró en la audiencia pública ante la Corte que entre las consecuencias de su despido fueron las siguientes: [No pudo acceder a una jubilación porque] [faltaban cinco años según las leyes para poder acceder a una jubilación digna para poder sobrevivir, pero todo eso est[uvo] conculcado porque no contaba en ese entonces con el requisito que era o exigía la ley de presidente. [...] Durante la dictadura de ese gobierno [...], lamentablemente todo ciudadano o trabajador después de los cincuenta ya no tenía acceso a ninguna empresa ni a un puesto rentable. [...] [Además que] después de tantos largos años de sufrimiento, de pedir justicia nacional, en este caso internacional, [...] sufr[ió] [en el 2015] [afectaciones a su salud] [...].

153. En vista de lo anterior, la Corte concluye que, con motivo del despido arbitrario del señor Lagos del Campo, se le privó de su empleo y demás beneficios derivados de la seguridad social, ante lo cual el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, en interpretación del art 26 CADH, en relación con los arts 1.1, 13, 8 y 16 de la misma, en perjuicio del señor Lagos del Campo”.

También sobre derecho al trabajo, la Corte IDH se ha pronunciado en el Caso Aguinaga Aillon Vs Ecuador⁹¹ y en el Caso Guevara Diaz Vs Costa Rica⁹².

VII.5.– El derecho al medio ambiente sano: incorporación al art. 26 y estándares de protección

La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-23/17⁹³, resuelve que el art. 26 contiene un derecho autónomo a “un medio ambiente sano”.

En el párrafo 64 la Corte IDH aprecia que “los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos”, entre ellos a la vida y a la integridad personal, que es la perspectiva con la que Colombia

91 Caso Aguinaga Aillón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2023. Serie C No. 483.

92 Caso Guevara Díaz Vs. Costa Rica. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2022. Serie C No. 453

93 Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A, No. 23. (15 de noviembre de 2017). Basaure Miranda, I. M., “El derecho a un medioambiente sano en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Estudios de Deusto*, Vol. 69/1, enero-junio 2021, págs. 141-163.

había solicitado la opinión consultiva y que es abordada por la Corte IDH en el capítulo VIII de la misma⁹⁴. Adicionalmente a esas afectaciones, la Corte IDH resuelve que existe un derecho autónomo “a un medio ambiente sano” protegido en el art. 26 CADH. A argumentar la existencia de este derecho autónomo destina los párrafos 56 a 63, cuyos términos son los siguientes:

“B. Derechos humanos afectados por la degradación del medio ambiente, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano

56. En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el art 11 del Protocolo de San Salvador:

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

57. Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los DESCAs protegidos por el art 26 CADH, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el art 29 de la misma (supra párr. 42). La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

58. Este Tribunal resalta que el derecho a un medio ambiente sano está reconocido explícitamente en las legislaciones internas de diversos Estados de la región, así como en algunas normas del corpus iuris internacional, adicionales al Protocolo de San Salvador mencionado previamente (supra párr. 56), tales como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia y la Carta Árabe de Derechos Humanos”.

Y, una vez hecho esto, procede a fijar los estándares internacionales conforme a los que se protege este derecho, a lo que destina los párrafos 59 a 63, en los términos siguientes:

“59. El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.

60. El Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador ha indicado que el derecho al medio ambiente sano, tal como está previsto en el referido instrumento, conlleva las siguientes cinco obligaciones para los Estados: a) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir; b) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos; c) promover la protección del medio ambiente; d) promover la preservación del medio ambiente, y e) promover el mejoramiento

94 Dice el párrafo 69 de la OC-23/17: “En la presente Opinión Consultiva, la Corte se pronunciará, en el capítulo VIII, sobre las obligaciones sustantivas y de procedimiento de los Estados en materia de protección del medio ambiente que surgen del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, por ser estos los derechos sobre los cuales Colombia consultó al Tribunal. No obstante, como se deriva de las consideraciones anteriores, otros múltiples derechos podrían verse afectados por el incumplimiento de estas obligaciones, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales protegidos por el Protocolo de San Salvador, la Convención Americana y otros tratados e instrumentos, específicamente, el derecho a un medio ambiente sano”

del medio ambiente. Asimismo, ha establecido que el ejercicio del derecho al medio ambiente sano debe guiarse por los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, común a otros derechos económicos, sociales y culturales. A efectos de analizar los informes de los Estados bajo el Protocolo de San Salvador, en 2014 la Asamblea General de la OEA aprobó ciertos indicadores de progreso para evaluar el estado del medio ambiente en función de: a) las condiciones atmosféricas; b) la calidad y suficiencia de las fuentes hídricas; c) la calidad del aire; d) la calidad del suelo; e) la biodiversidad; f) la producción de residuos contaminantes y manejo de estos; g) los recursos energéticos, y h) el estado de los recursos forestales

61. Por su parte, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha destacado que el derecho a un medio ambiente sano impone a los Estados la obligación de adoptar medidas razonables para prevenir la contaminación y degradación ecológica, promover la conservación y asegurar un desarrollo y uso de los recursos naturales ecológicamente sostenibles, así como supervisar y fiscalizar proyectos que pudieran afectar el medio ambiente.

62. Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medioambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.

63. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal”.

VII.6.– El derecho a la salud: incorporación al art. 26 y estándares de protección

En el Caso Poblete Vilches (citado *ut supra*), la Corte IDH establece por primera vez que el derecho a la salud es un DESCa protegido por el art. 26 CADH. Utiliza el mismo enfoque ya reseñado, atendiendo a la Carta OEA, a la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre (por su conexión con la Carta OEA), a la legislación interna y al corpus iuris internacional (estos dos últimos referentes por mandato del art. 29 CADH). Los términos en que lo hace son los siguientes:

“105. Una vez establecido lo anterior, y siendo que esta Corte se pronunciará por primera ocasión respecto el derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los DESCa, el Tribunal procede a verificar la consolidación de éste como derecho justiciable a la luz de la Convención, a través de los siguientes puntos de análisis.

a) Derivación a la Carta OEA

106. Respecto al derecho a la salud protegido por el art 26 CADH, la Corte observa que los términos del mismo indican que se trata de aquel derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta OEA. Ahora bien, el art 34.i y 34.l de la Carta establece, entre los objetivos básicos del desarrollo integral, el de la ‘defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica’, así como de las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna. Por su parte, el art 45.h destaca que ‘[la persona] solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones mediante la aplicación de principios y mecanismos’, entre ellos el: ‘h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social’.

b) Declaración Americana

107. Asimismo, la Corte ha reiterado la integración de la Declaración Americana en la interpretación de la Carta de la OEA. Así, desde su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte señaló que: [...] [L]os Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

108. Por su parte, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que: '[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza'.

109. En este sentido, el artículo XI de la Declaración Americana permite identificar el derecho a la salud al referir que toda persona tiene derecho 'a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad'. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que 'la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales'.

110. En vista de lo anterior, la Corte considera que el derecho a la salud es un derecho protegido por el art 26 de la Convención. A continuación, este Tribunal procede a verificar el alcance y contenido de este derecho para efectos del presente caso

c) Legislación interna

111. El art 29.b de la Convención Americana dispone expresamente que '[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados' [...].

112. Al respecto, en la Constitución chilena vigente al momento de los hechos y en la actualidad, se dispone en su art 19, inciso 9, 'asegurar a todas las personas el derecho a la protección de la salud, protegiendo el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo'. Asimismo, la regulación interna también desarrolla el alcance de este derecho.

113. Además, la Corte observa un amplio consenso regional en la consolidación del derecho a la salud, el cual se encuentra reconocido explícitamente en diversas constituciones y leyes internas de los Estados de la región, entre ellas: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

d) Corpus iuris internacional sobre el derecho a la salud

114. Asimismo, el derecho a la salud está consagrado por un vasto corpus iuris internacional; inter alia: el art 25.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; el art 12 PIDESC, el art 10 del Protocolo Adicional CADH. Además, el derecho a la salud se reconoce en el art 5 e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el art 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el art 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, y el art 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este derecho también se encuentra plasmado en varios instrumentos regionales de derechos humanos, como en el art 17 de la Carta Social de las Américas; el art 11 de la Carta Social Europea de 1961, en su forma revisada; el art 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y recientemente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (cabe señalar que, sobre esta última, por razones de temporalidad, no resulta exigible en relación con los hechos del caso en análisis). Además, el

derecho a la salud ha sido reconocido en la sección II, apartado 41, de la Declaración y Programa de Acción de Viena, y en otros instrumentos y decisiones internacionales.”

Una vez identificado el derecho a la salud como uno de esos DESCAs que incorpora el art. 26 CADH, la Corte IDH procedió a determinar los estándares de protección que implica ese derecho. Importa destacar que la Corte IDH fija los estándares de protección con atención específica a las dimensiones del derecho a la salud que resultan implicadas en cada supuesto sobre el que se pronuncia.

En el Caso Poblete Vilches eran dos las vertientes implicadas: 1) las situaciones de urgencia médica; y 2) la atención a personas mayores, que son un grupo especialmente vulnerable. Lo hace en los siguientes términos:

1) Estándares sobre el derecho a la salud aplicables a situaciones de urgencia médica

“118.[...] Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino [como] estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

119. En primer lugar, la operatividad de dicha obligación comienza con el deber de regulación, por lo que la Corte ha indicado que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad.

120. En segundo lugar, tomado en cuenta la Observación General No. 14 del Comité DESC, este Tribunal se ha referido a una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que deben satisfacerse en materia de salud. A saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

121. En vista de ello, esta Corte estima que para efectos de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes estándares:

a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas.

b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos.

c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población.

d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad (infra párrs. 161, 162 y 166).

122. En tercer lugar, y como condición transversal de la accesibilidad, la Corte recuerda que el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, por lo que de conformidad con el art 1.1 CADH no son permitidos tratos discriminatorios ‘por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’. Al respecto, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el art 1.1 CADH, no son un

listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. Así, la Corte ha señalado que la edad, es también una categoría protegida por esta norma. En este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, se encuentra tutelada por la Convención Americana. Esto comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos.

123. Al respecto, la Corte reitera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En tal sentido, la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vía de igualdad.

124. En cuarto lugar, la Corte sostuvo en el caso Suárez Peralta que el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas. Al respecto, la Corte ha señalado que cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, la atribución de responsabilidad puede surgir por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo. La Corte ha sostenido que “una eventual atención médica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten con la debida calificación para tales actividades, podría conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o a la integridad del paciente”. De esta forma, dicha obligación de supervisión y fiscalización se debe actualizar de manera constante, particularmente cuando de los servicios de urgencia médica se trate”.

2) Respeto de las personas mayores en materia de salud

“125. La Corte destaca la oportunidad de pronunciarse por primera ocasión de manera específica sobre los derechos de las personas mayores en materia de salud.

126. Este Tribunal, verifica el importante desarrollo y consolidación de estándares internacionales en esta materia. Así, el art 17 del Protocolo de San Salvador, contempla el derecho a la salud de las personas mayores; el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas de Edad en África, y la Carta Social Europea. Particular atención merece la reciente adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual reconoce que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación, entre otras. Asimismo, observa demás desarrollos en la materia, tales como: los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, la Proclamación sobre el Envejecimiento, la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, así como otros de carácter regional, tales como: la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe, la Declaración de Brasilia, el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la Salud de las Personas Mayores, incluido el Envejecimiento Activo y Saludable, la Declaración de Compromiso de Puerto España, la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe.

127. Tales instrumentos internacionales reconocen un catálogo mínimo de derechos humanos, cuyo respeto es imprescindible para el más alto desarrollo de la persona mayor en todos los aspectos de su vida y en las mejores condiciones posibles, destacando en particular el derecho a la salud. Asimismo, las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas. Respecto al derecho a la salud, sea en la esfera privada como en la pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación. Se desprende también un avance en los estándares internacionales en materia de derechos de las personas mayores, al entender y reconocer la vejez de manera digna y por ende el trato frente a ella. Así, resalta en la región diversas agendas de mayor inclusión del adulto mayor en las

políticas públicas, a través programas de sensibilización y valorización del adulto mayor en la sociedad, la creación de planes nacionales para abordar el tema de la vejez de manera integral, así como también sus necesidades, la promulgación de leyes y la facilitación del acceso a sistemas de seguridad social.

128. Por su parte, la Observación General N°6 del Comité de DESC, resalta el deber de los Estados Partes del Pacto (PIDESC) de tener presente que mantener medidas de prevención, mediante controles periódicos, adaptados a las necesidades de las mujeres y de los hombres de edad, cumple un papel decisivo; y también la rehabilitación, conservando la funcionalidad de las personas mayores, con la consiguiente disminución de costos en las inversiones dedicadas a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales. Al respecto, en la Observación General N° 14 del Comité DESC se detallan las cuestiones sustantivas que se derivan de la aplicación del derecho a la salud y se tratan cuestiones concretas relacionadas con las personas mayores, incluida “la prevención, la curación y la rehabilitación [...] destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores [...] [y] la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad”. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha referido también respecto a la protección de los derechos de las personas mayores.

129. En cuanto a la jurisprudencia regional sobre el derecho a la salud de las personas mayores, las decisiones de altas cortes de algunos Estados de la región han desarrollado la tutela de los derechos de las personas mayores en materia interna, destacando la necesidad de brindar una protección especial para el adulto mayor.

130. En este sentido, esta Corte destaca como un hecho ineludible que la población está envejeciendo de manera constante y considerable. El cambio vertiginoso del escenario demográfico en los países de la región presenta retos y desafíos, por lo cual este impacto en los derechos humanos hace necesario que los Estados se involucren para dar respuesta de manera integral, a fin de que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos especiales desde la prevención y promoción de salud. Para ello, resulta necesario también el involucramiento por parte de la sociedad a fin de brindar a las personas adultas mayores de calidad de vida. Al respecto, el perito Dr. Javier Santos, precisó en audiencia que: ‘[El] adulto mayor es un paciente vulnerable en general; es un paciente que va a necesitar no solamente del médico sino de la sociedad para llevarlo adelante. Ya no se habla más de expectativa de vida [...] [s]e habla de años de vida libre de enfermedad [...] por eso es que necesita el apoyo de todo el Estado. Nos tenemos que involucrar todos para que tengamos la mayor cantidad de años de vida [de calidad] [...] [t]odos vamos a envejecer si tenemos suerte [...]. Lo que tenemos que hacer es formar gente y formar el medio, la sociedad para que tengamos el lugar correcto para ser tratados’.

131. La Corte nota que, en muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud. Sobre el particular, resalta la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Asimismo, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico - paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación (infra párr. 162).

132. En vista de lo anterior, la Corte resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia. El Tribunal ha sostenido que, al menos, estos ‘deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal’. Por lo tanto, esta Corte considera que, respecto de las personas adultas mayores, como grupo en situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud. Lo anterior se traduce en la obligación de brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias de manera eficiente y continua. En consecuencia, el incumplimiento de dicha

obligación surge cuando se les niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, pudiendo también ocasionar una vulneración de otros derechos”.

La Corte IDH resuelve de nuevo sobre el derecho a la salud en el Caso Cuscul Pivaral (citado *ut supra*). Allí fija los estándares de protección en materia de derecho a la salud de las personas que viven con VIH.

Estándares sobre el derecho a la salud aplicables a personas que viven con el VIH

“108. El acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Al respecto, la Corte ha retomado el criterio sobre que el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental¹¹⁶. En el mismo sentido, el Tribunal ha considerado que los Estados deben adoptar medidas dirigidas a regular el acceso a los bienes, servicios e información relacionados con el VIH, de modo que haya suficientes prestaciones y servicios de prevención y atención de los casos de VIH. También ha señalado que los Estados deben tomar las medidas necesarias para asegurar a todas las personas el suministro de y la accesibilidad a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH, incluidos la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las infecciones oportunistas y de las enfermedades conexas.

109. En este sentido, la Corte advierte que la Asamblea General de la ONU en la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (en adelante también “Agenda 2030”) previó el objetivo de lograr una vida sana y promover el bienestar universal de las personas en todas las edades, contemplando las condiciones de vulnerabilidad que presentan diferentes personas como aquellas que viven con VIH/SIDA. De esta forma, los Estados, incluido Guatemala, acordaron realizar las acciones necesarias para que para el año 2030 se ponga fin a epidemias como el SIDA y a otras enfermedades transmisibles como el VIH. Además, los Estados se comprometieron a lograr la cobertura sanitaria universal, la cual incluye el acceso a medicamentos y a vacunas para todos.

110. La Corte también ha señalado que una respuesta eficaz al VIH requiere un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. En primer lugar, esta obligación requiere la disponibilidad en cantidades suficientes de antirretrovirales y otros productos farmacéuticos para tratar el VIH o las enfermedades oportunistas. En ese sentido, el perito Ricardo Boza Cordero explicó que el tratamiento antirretroviral permite controlar el virus en los diferentes fluidos del organismo, pero que no lo elimina. Por esta razón, el tratamiento antirretroviral debe ser estrictamente vigilado y darse por toda la vida después de que la enfermedad haya sido diagnosticada, pues de suspenderse el virus sale de las células y se divide con gran rapidez, con el agravante de que las cepas virales serán resistentes a los fármacos que un paciente esté tomando. En consecuencia, el tratamiento antirretroviral debe ser permanente y constante de acuerdo con el estado de salud del paciente y con sus requerimientos médicos y clínicos.

111. En segundo lugar, la Corte recuerda que la obligación del Estado de garantizar el derecho a la salud de personas que viven con el VIH requiere la realización de pruebas diagnósticas para la atención de la infección, así como el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades oportunistas y conexas que puedan surgir. La realización de pruebas de laboratorio que permiten la cuantificación de linfocitos TCD4+ y TCD8+ en sangre periférica, así como de la cantidad del VIH en el plasma, es fundamental para el adecuado tratamiento antirretroviral. De esta forma, los exámenes CD4 y de carga viral deben ser realizados cada 6 meses o un año a todos los pacientes que viven con el VIH, y los exámenes de genotipo deberán ser realizados en tanto un paciente tenga un tratamiento con medicamentos para conocer la posible resistencia a medicamentos antirretrovirales. Adicionalmente, el tratamiento se debe extender a aquellas enfermedades oportunistas y conexas, las cuales aparecen cuando las defensas de un paciente están muy bajas.

112. En tercer lugar, la Corte reitera que la atención para personas que viven con el VIH incluye la buena alimentación y apoyo social y psicológico, así como atención familiar, comunitaria y domiciliaria. En efecto, la atención y apoyo a personas que viven con el VIH no se limita a los medicamentos y los sistemas

formales de atención sanitaria, y en cambio exigen tener en cuenta las distintas necesidades de las personas que viven con el VIH. En particular, el apoyo social, que incluye las actividades para el suministro de alimento, el apoyo emocional, y el asesoramiento psicosocial, mejora el cumplimiento de la terapia antirretroviral y mejora la calidad de vida de las personas que viven con el VIH. En el mismo sentido, el apoyo nutricional contribuye para mantener el sistema inmunitario, gestionar las infecciones relacionadas con el VIH, mejorar el tratamiento para el VIH, sostener niveles de actividad física, y prestar apoyo a una calidad de vida óptima.

113. Asimismo, el Tribunal ha reiterado que las tecnologías de prevención del VIH abarcan los preservativos, lubricantes, material de inyección estéril, fármacos antirretrovíricos (por ej., para revertir la transmisión materno infantil o como profilaxis posexposición) y, una vez desarrollados, microbicidas y vacunas seguros y eficaces. El acceso universal, basado en los principios de los derechos humanos, requiere que todos estos bienes, servicios e información no sólo estén disponibles y sean aceptables y de buena calidad, sino también que estén al alcance físico de todos y sean asequibles para todos. De igual forma, la Corte considera que el acceso a un tratamiento médico debe tener en consideración a los avances técnicos de la ciencia médica.

114. De esta forma, y en relación con lo anteriormente mencionado, el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención.

115. Así, la primera obligación que se desprende del deber de garantizar el derecho a la salud es la obligación de regular la protección al derecho a la salud para las personas que viven con el VIH. En ese sentido, la Corte constata que la Constitución de Guatemala reconoce que el goce a la salud es un derecho fundamental del ser humano, y que el Estado tiene el deber de velar por la salud y la asistencia social de todos sus habitantes (supra párr. 41). Asimismo, el Tribunal constata que el Código de Salud establece la obligación del Estado, a través del Ministerio de Salud Pública, de realizar acciones a fin de velar por la prestación del servicio de salud a los guatemaltecos en forma gratuita, y prevé que el Estado deberá asignar los recursos necesarios para el financiamiento público de los servicios de salud (supra párr. 43). En relación con el tratamiento a de enfermedades de transmisión sexual y el SIDA, la Corte constata que el Código de Salud establece que el Ministerio de Salud apoyará el desarrollo específico de programas de educación, detección, prevención y control de ETS, VIH/SIDA (supra párr. 43).

116. De manera específica, la Corte advierte que la Ley General para el Combate al VIH/SIDA (supra párr. 45) reconoce la infección del VIH como un problema social de urgencia nacional. Esta misma Ley prevé que “[t]oda persona con diagnóstico de VIH/SIDA deberá recibir atención integral de inmediato”, y que el Ministerio de Salud Pública deberá proveer los servicios de atención a las personas que viven con el VIH, la cual deberá atender sus necesidades físicas, psicológicas y sociales. Asimismo, dicha ley prevé que el Ministerio de Economía y Finanzas implementará un programa que permita el acceso a medicamentos antirretrovirales de calidad, a precios accesibles a personas que viven con el VIH. En el mismo sentido, el Tribunal advierte que el Reglamento de la Ley General para el combate al VIH/SIDA (supra párr. 46) establece que el Ministerio de Salud deberá contar con el equipo básico y los insumos necesarios que permitan una atención integral de calidad, lo cual requiere que dicho Ministerio proporcione en las unidades atención integral de calidad, incluyendo el acceso a medicamentos antirretrovirales de acuerdo a los Protocolos nacionales de tratamientos de VIH/SIDA (supra párr. 46).

117. En consideración de lo anterior, esta Corte observa que la normativa citada instituía, desde al menos el año 1985, el derecho a la salud como un derecho constitucionalmente protegido, y desde el año 1997 el Código de Salud establecía la obligación del Estado de proveer servicios de educación, detección, prevención y control del VIH. Asimismo, la Corte advierte que, desde el año 2000, fue adoptada una normativa específica para la atención y el seguimiento al VIH/SIDA. En razón de lo anterior, la Corte considera que el

Estado reguló ⁹⁵adecuadamente la protección al derecho a la salud para personas que viven con el VIH en Guatemala. Corresponde a la Corte verificar si el Estado cumplió con su deber de garantía del derecho a la salud para las presuntas víctimas del caso, para lo cual dividirá su análisis en dos momentos: i) antes del año 2004, y ii) con posterioridad a ese año”.

La Corte IDH se ocupa del derecho a la salud, como tercera ocasión, en el Caso Hernández Vs Argentina. Allí fijó estándares de protección del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, estableciendo que:

“87. [...]el Tribunal recuerda que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad persona. Asimismo, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. En relación con la atención a la salud, el cumplimiento del requisito de calidad requiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud, además de ser aceptables desde un punto de vista cultural, deben ser apropiados desde el punto de vista científico y ser de buena calidad. Al respecto, la Corte recuerda que numerosas decisiones de organismos internacionales invocan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos (en adelante, ‘Reglas sobre Tratamiento de Reclusos’ a fin de interpretar el contenido del derecho de las personas privadas de la libertad a un trato digno y humano, lo cual se relaciona con la garantía de su derecho a la salud, como normas básicas respecto de su alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio físico, entre otros.

88. En particular, en relación con las Reglas sobre Tratamiento de Reclusos, los Estados deben proveer atención médica calificada, inclusive psiquiátrica, a las personas privadas de libertad, tanto en situaciones de emergencia como para efectos de atención regular, ya sea en el propio lugar de detención o centro penitenciario o, en caso de no contar con ello, en los hospitales o centros de atención en salud donde corresponda otorgar ese servicio. El servicio de atención de la salud debe mantener historiales médicos adecuados, actualizados y confidenciales de todas las personas privadas de libertad, lo cual debe ser accesible para esas personas cuando lo soliciten. Esos servicios médicos deben estar organizados y coordinados con la administración general del servicio de atención en salud general, lo cual implica establecer procedimientos adecuados y expeditos para el diagnóstico y tratamiento de los enfermos, así como para su traslado cuando su estado de salud requiera cuidados especiales en establecimientos penitenciarios especializados o en hospitales civiles. Para hacer efectivos estos deberes, son necesarios protocolos de atención en salud y mecanismos ágiles y efectivos de traslado de prisioneros, particularmente en situaciones de emergencia o enfermedades graves.

89. En ese sentido, la Corte considera que el Estado estaba obligado a garantizar que la presunta víctima fuera examinada por un médico para verificar cuáles eran las causas de su estado gripal y el dolor en el oído que manifestaba, para así detectar las causas de dichos padecimientos y brindar un tratamiento médico en caso de ser necesario[...].”

La Corte IDH se ha pronunciado sobre el derecho a la salud muchas más veces, en cada una de ellas fijando estándares de protección de ese derecho por referencia a situaciones específicas. Así lo hizo, entre otros en el caso Guachalá Chimbo Vs Ecuador⁹⁶ sobre el derecho al consentimiento informado de una persona con discapacidad mental⁹⁷, en el caso Caso Brítez Arce Vs. Argentina⁹⁸, respecto de los servicios de salud durante el embarazo, parto y posparto.

95 Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395

96 Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423

97 Hitters, J.C (2021), “Personas con discapacidad. Internación y tratamiento. Derecho al consentimiento informado. El fallo de la Corte IDH y la condena al Estado de Ecuador”, Revista de la Facultad de Derecho n° 5, pp 266 a 282.

98 Caso Brítez Arce Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474

VII.7.– El derecho a la seguridad social: incorporación al art. 26 CADH y estándares de protección

La Corte IDH ha incorporado a la protección del art. 26 CADH al derecho a la seguridad social en el Caso Muelle Flores Vs. Perú⁹⁹. Lo ha dicho en los siguientes términos:

“172. Para identificar aquellos derechos que pueden ser derivados interpretativamente del art 26, se debe considerar que este realiza una remisión directa a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta OEA. De una lectura de este último instrumento, la Corte advierte que reconoce a la seguridad social en su artículo 3.j) al señalar que “la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera”. Asimismo, el artículo 45.b) de la Carta OEA establece que “b) [e]l trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”. Asimismo, el artículo 45.h) de la Carta establece que “el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo”, por lo que los Estados convienen en dedicar esfuerzos a la aplicación de ciertos principios y mecanismos, entre ellos el “h) [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social”. Por su parte, en el art 46 de la Carta los Estados reconocen que ‘para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad’.

173. De esta forma, la Corte considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta OEA. En particular, de los distintos enunciados se deduce que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas. En vista de lo anterior, la Corte considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el art 26 CADH”.

Y a continuación ha procedido a determinar los estándares de protección de este derecho, destacando los siguientes aspectos:

“186. El Comité DESC ha establecido en su Observación General No. 19 sobre ‘el derecho a la seguridad social’ que este derecho abarca el obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en diversas circunstancias (infra párr. 187), en particular por la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a la vejez.

187. De igual forma, la Observación General No. 19 del Comité DESC ha establecido el contenido normativo del derecho a la seguridad social y destacó que incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales. En cuanto a sus elementos fundamentales destacó los siguientes:

a) Disponibilidad: El derecho a la seguridad social requiere, para ser ejercido, que se haya establecido y funcione un sistema, con independencia de que esté compuesto de uno o varios planes, que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate. Este sistema debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz. Los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho.

b) Riesgos e imprevistos sociales: debe abarcar nueve ramas principales a saber: i) atención en salud; ii) enfermedad; iii) vejez; iv) desempleo; v) accidentes laborales; vi) prestaciones familiares; vii) maternidad; viii) discapacidad, y ix) sobrevivientes y huérfanos. En cuanto la atención en salud, los Estados Partes tienen

99 Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375

la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud, que deben ser asequibles. En cuanto a la vejez, los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para establecer planes de seguridad social que concedan prestaciones a las personas de edad, a partir de una edad determinada prescrita por la legislación nacional.

c) Nivel suficiente: las prestaciones, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud. Además, los Estados Partes deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden. Los métodos aplicados deben asegurar un nivel suficiente de las prestaciones. Los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.

d) Accesibilidad: la cual a su vez incluye: i) cobertura: todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, sin discriminación. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos; ii) condiciones: las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes; iii) asequibilidad: si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, éstas deben definirse por adelantado. Los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos; iv) participación e información: los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema. El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional y garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente, y v) acceso físico: las prestaciones deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, y hacer las cotizaciones cuando corresponda [...]. e) Relación con otros derechos: el derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos económicos, sociales y culturales.

188. Asimismo, la Observación General No. 19 ha establecido que el derecho a acceder a la justicia forma parte del derecho a la seguridad social, por lo que las personas o grupos que hayan sido víctimas de una violación de su derecho a la seguridad social deben tener acceso a recursos judiciales o de otro tipo eficaces, tanto en el plano nacional como internacional, así como a las reparaciones que corresponda.

189. Asimismo, los Estados tienen la obligación de facilitar el ejercicio del derecho a la seguridad social, adoptando medidas positivas para ayudar a los individuos a ejercer dicho derecho. No solo deben facilitar dicho ejercicio, sino también garantizar que “antes de que el Estado o una tercera parte lleven a cabo cualquier medida que interfiera en el derecho de una persona a la seguridad social, las autoridades competentes deberán garantizar que esas medidas se apliquen de conformidad con la ley y con el Pacto, lo cual supondrá: a) la posibilidad de consultar efectivamente a los afectados; b) la publicidad oportuna y completa de información sobre las medidas propuestas; c) el aviso previo con tiempo razonable de las medidas propuestas; d) recursos y reparaciones legales para los afectados; y e) asistencia letrada para interponer recursos judiciales. [...]”.

190. Ahora bien, la Corte considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social, incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. En virtud de

lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (arts 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.

191. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte nota que el presente caso no versa sobre las obligaciones de progresividad derivadas del art 26 CADH, sino que se refiere a la falta de concretización material del derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, del señor Muelle Flores, debido a la falta de cumplimiento y ejecución de sentencias dictadas a su favor a nivel interno en el marco de la privatización de la empresa estatal, efectuado luego de su jubilación. El señor Muelle Flores adquirió su derecho a la pensión bajo un régimen de contribuciones administrado por el Estado, es decir que adquirió el derecho a recibir una pensión luego de haber realizado aportes durante varios años. La legalidad de su incorporación a dicho régimen fue confirmado a nivel interno (supra párr. 74).

192. En este sentido, con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del presente caso, las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes: a) el derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser administrado o supervisado y fiscalizado por el Estado (en caso de que sea administrado por privados); b) garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuadas y de accesos suficientes a la atención de salud, sin discriminación; c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión, es decir que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ella. Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho, como por ejemplo la privatización de una empresa; d) las prestaciones por pensión de jubilación deben ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores, y e) se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concretización material del derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno”.

La Corte IDH también ha resuelto sobre la base de la protección que el art. 26 CADH da al derecho a la seguridad social en el Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú¹⁰⁰. Este caso, como el anterior, se refiere al derecho a la seguridad social de personas que tenían un vínculo laboral, por lo que la Corte IDH aún no ha proyectado el derecho a la seguridad social más a personas sin vínculo laboral¹⁰¹.

VII.8.– La obligación de realización progresiva de los DESCA

El art 26 CADH prevé que los Estado Parte están obligados a la realización progresiva de los derechos que en él encuentran cobertura. Esta obligación de realización progresiva se planteó expresamente por las partes en el Caso Cuscul Pivaral y la Corte IDH resolvió en los siguientes términos¹⁰²:

“140. La Corte recuerda que una de las controversias del presente caso se refiere a si el Estado violó el principio de progresividad contenido en el art 26 CADH, por las alegadas medidas regresivas que habría adoptado en detrimento a la plena realización del derecho a la salud para personas que viven con el VIH en Guatemala. En ese sentido, los representantes sostuvieron que el Estado, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una epidemia de VIH en su territorio, adoptó medidas regresivas y no dispuso del

100 Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 39

101 Martínez Martínez, V. L. (2022). “Contenido esencial y justiciabilidad de la seguridad social”, *Dikaion*, 31(1), 177–209.

102 Ferrer Mac Gregor, E. (2020), “La exigibilidad del derecho a la salud y la obligación de progresividad y no regresividad”, *Interamericanización de los DESCA: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, páginas. 243-274; Díaz Galán, E. y Bertot Triana, H (2019), “El Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018 de la corte interamericana de derecho humanos: un paso más de una línea jurisprudencial polémica en la protección de los derechos sociales, económicos y cultural”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 13, No. 2, páginas 63 a 88.

máximo de sus recursos disponibles para prevenir la propagación del virus y garantizar el derecho a la salud. Específicamente, los representantes se refirieron a las barreras legales en materia de patentes que han impedido el abastecimiento permanente de medicamentos de bajo costo por parte del sistema de salud público. De igual forma, los representantes se refirieron a obstáculos en materia de contratación administrativa y a actos de corrupción.

B.4.1.1. Estándares sobre el derecho a la salud aplicable en relación con el principio de progresividad

141. La Corte considera pertinente reiterar lo señalado anteriormente, en el sentido que, en virtud del artículo 26 CADH, este Tribunal es plenamente competente para analizar violaciones a los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta OEA (supra párr. 97). Asimismo, el Tribunal reitera que existen dos tipos de obligaciones que derivan de dichas normas: aquellas de exigibilidad inmediata, y aquellas de carácter progresivo. Respecto a las segundas, la Corte considera que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo y que, en esa medida, ‘requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad’.

142. El Tribunal también ha determinado que en el marco de dicha flexibilidad en cuanto al plazo y modalidades de realización, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido.

Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

143. Como correlato de lo anterior, la Corte ha considerado que se desprende un deber – si bien condicionado – de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Tribunal ha retomado lo señalado por el CDESC en el sentido que ‘las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga’. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá ‘determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso’. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que esta faceta del principio de progresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se trate”.

PARTE SEGUNDA

El tercer tercio del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI se ha caracterizado por la ampliación de los derechos humanos exigibles más allá de las tradicionales libertades civiles y políticas. Los textos constitucionales de los países iberoamericanos, en ocasiones directamente y en otras por apertura a los tratados internacionales, han consagrado la seguridad social y la salud como derechos plenamente justiciables. Estos derechos, entiende el constituyente de la inmensa mayoría de estos países, son tan inherentes a la dignidad humana como cualesquiera otros.

En esta segunda parte muestra la situación de esta evolución en diecinueve países de la región iberoamericana. Para ello se adopta una estructura en dos niveles de análisis por cada país. De un lado, se analiza su texto constitucional con el fin de resaltar los derechos sociales que contemplan y los principios jurídicos específicos que los vivifican. Al mismo tiempo se ofrecen detalles de cómo se configura en cada texto constitucional el sistema de tutela jurisdiccional que protege especialmente la realización práctica de los derechos humanos. De otro, se transcriben los textos relevantes para facilitar su consulta al lector interesado en sus textos constitucionales.

CAPÍTULO PRIMERO. ARGENTINA

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, DE 22 DE AGOSTO DE 1994

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

Reconoce varios derechos sociales a lo largo de su articulado. Destaca el párrafo 3° del artículo 14 bis (derecho a la seguridad social y al acceso a una vivienda digna) y el artículo 42 (derecho a la protección de la salud, si bien que referido limitadamente a los consumidores).

Más importante aún es que el artículo 75 (en su inciso 22) otorga jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y algunos otros que se refieren de un modo más específico a algunos derechos sociales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación apoya con regularidad el reconocimiento constitucional del derecho a la salud, a través de este artículo 75 (inciso 22), en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema).

Véase por ejemplo CSJ 417/2018/CS1. B., C. B. y otro c/ IOSPER y otros s/ acción de amparo, de 21 de octubre de 2021, que reconoció el derecho al costo de un producto terapéutico indicado por un médico neurólogo a un joven con discapacidad. El voto del Presidente Rosatti afirma: “A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en diversos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 323:3229 in re “Campodónico de Beviacqua”; 321:1684; 323:1339, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten)”¹⁰².

II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO PRIMERO. DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

Artículo 14 bis, párrafo 3

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

CAPÍTULO SEGUNDO. NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

Artículo 42.

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; [...]

¹⁰² Véase para más información, SCJN, Suplemento de jurisprudencia sobre el Derecho a la Salud, actualizado a 24 de octubre de 2023.

SEGUNDA PARTE. AUTORIDADES DE LA NACIÓN

TÍTULO PRIMERO. GOBIERNO FEDERAL

SECCIÓN PRIMERA. DEL PODER LEGISLATIVO

CAP. IV. ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

Artículo 75 inciso 22

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

CAPÍTULO SEGUNDO. BOLIVIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, DE 9 DE FEBRERO DE 2009

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

La Primera Parte (“Bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías”) tiene como Título II el destinado a “Derechos fundamentalísimos, Derechos fundamentales y Garantías”. Su Capítulo Quinto se dedica a los “Derechos Sociales y económicos”. Interesa en especial su Sección II que está rubricada “Derecho a la Salud y a la Seguridad Social”, la cual se compone de los artículos 35 a 45.

También dentro de la Primera Parte se halla un Título IV que contempla las garantías jurisdiccionales de los derechos reconocidos. Su Capítulo Segundo prevé varias acciones de defensa. Algunas de estas acciones son cauces de protección muy específicas, como resulta ser el caso de la Acción de Libertad y de la Acción de Protección de Privacidad, pero en la Sección Segunda y con el nombre de “Acción de amparo constitucional” hallamos un mecanismo de tutela jurisdiccional de carácter completamente general, pues expresamente se proyecta sobre “los derechos reconocidos en la Constitución y la ley”.

II.- Transcripción de textos

PRIMERA PARTE. BASES FUNDAMENTALES DEL ESTADO. DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS

TÍTULO II. DERECHOS FUNDAMENTALÍSIMOS, DERECHOS FUNDAMENTALES y GARANTÍAS

CAPÍTULO QUINTO. DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS

SECCIÓN I. DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

[...]

SECCIÓN II. DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 35.

- I.- El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud.
- II.- El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Artículo 36.

- I.- El Estado garantizará el acceso al seguro universal de salud.
- II.- El Estado controlará el ejercicio de los servicios públicos y privados de salud, y lo regulará mediante la ley.

Artículo 37.

El Estado tiene la obligación indeclinable de garantizar y sostener el derecho a la salud, que se

constituye en una función suprema y primera responsabilidad financiera. Se priorizará la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades.

Artículo 38.

- I.- Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado, y no podrán ser privatizados ni concesionados.
- II.- Los servicios de salud serán prestados de forma ininterrumpida.

Artículo 39.

- I.- El Estado garantizará el servicio de salud público y reconoce el servicio de salud privado; regulará y vigilará la atención de calidad a través de auditorías médicas sostenibles que evalúen el trabajo de su personal, la infraestructura y el equipamiento, de acuerdo con la ley.
- II.- La ley sancionará las acciones u omisiones negligentes en el ejercicio de la práctica médica.

Artículo 40.

El Estado garantizará la participación de la población organizada en la toma de decisiones, y en la gestión de todo el sistema público de salud.

Artículo 41.

- I.- El Estado garantizará el acceso de la población a los medicamentos.
- II.- El Estado priorizará los medicamentos genéricos a través del fomento de su producción interna y, en su caso, determinará su importación.
- III.- El derecho a acceder a los medicamentos no podrá ser restringido por los derechos de propiedad intelectual y comercialización, y contemplará estándares de calidad y primera generación.

Artículo 42.

- I.- Es responsabilidad del Estado promover y garantizar el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional, rescatando los conocimientos y prácticas ancestrales desde el pensamiento y valores de todas las naciones y pueblos indígena originario campesinos.
- II.- La promoción de la medicina tradicional incorporará el registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.
- III.- La ley regulará el ejercicio de la medicina tradicional y garantizará la calidad de su servicio.

Artículo 43.

La ley regulará las donaciones o trasplantes de células, tejidos u órganos bajo los principios de humanidad, solidaridad, oportunidad, gratuidad y eficiencia.

Artículo 44.

- I.- Ninguna persona será sometida a intervención quirúrgica, examen médico o de laboratorio sin su consentimiento o el de terceros legalmente autorizados, salvo peligro inminente de su vida.
- II.- Ninguna persona será sometida a experimentos científicos sin su consentimiento.

Artículo 45.

- I.- Todas las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a acceder a la seguridad social. II. La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social. III. El régimen de seguridad social cubre atención por enfermedad, epidemias y enfermedades catastróficas; maternidad y paternidad; riesgos profesionales, laborales y riesgos por labores de campo; discapacidad y necesidades especiales; desempleo y pérdida de empleo; orfandad, invalidez, viudez, vejez y muerte; vivienda, asignaciones familiares y otras previsiones sociales. IV. El Estado garantiza el derecho a la jubilación, con carácter universal, solidario y equitativo. V. Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y posnatal. VI. Los servicios de seguridad social pública no podrán ser privatizados ni concesionados.

TÍTULO IV. GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y ACCIONES DE DEFENSA

CAPÍTULO SEGUNDO. ACCIONES DE DEFENSA

SECCIÓN SEGUNDA. ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Artículo 129

La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

Artículo 130

- I. La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.
- II. La Acción de Amparo Constitucional podrá interponerse en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial.
- III. La autoridad o persona demandada será citada en la forma prevista para la Acción de Libertad, con el objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la presentación de la Acción.
- IV. La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información de la autoridad o persona demandada y, a falta de ésta, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante. La autoridad judicial examinará la competencia de la servidora pública o del servidor público o de la persona demandada y, en caso de encontrar cierta y efectiva la demanda, concederá el amparo solicitado. La decisión que se pronuncie se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo.
- V. La decisión final que conceda la Acción de Amparo Constitucional será ejecutada inmediatamente y sin observación. En caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la Acción de Libertad. La autoridad judicial que no proceda conforme con lo dispuesto por este artículo, quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley.

CAPÍTULO TERCERO. BRASIL

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, DE 5 DE OCTUBRE DE 1988

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

Este texto constitucional se promulgó el 5 de octubre de 1988 y ha sido modificado por más de 100 enmiendas constitucionales hasta diciembre de 2023. En materia de derechos sociales hay variados focos donde poner la atención:

- 1) al artículo 6, que se integra en el Capítulo II del Título II. Este artículo 6, que reconoce expresamente el derecho a la salud, a la previsión social y a la vivienda, ha sido afectado por las enmiendas constitucionales número 90 (de 2015) y número 114 (de 2021);
- 2) al Título VIII (“Del Orden Social”). El artículo 193 prevé que se asegurará, bajo forma de la ley, la participación social en la “formulación, de monitoreo, de control y de evaluación de dichas políticas [sociales]”. Y luego su Capítulo II destina secciones separadas a las disposiciones generales en materia de seguridad social (Sección I), a la salud (Sección II), a la previsión social (Sección III) y a la asistencia social (Sección IV). Estos preceptos han sido objeto de un número importante de enmiendas constitucionales, que se detallan en el texto (por ejemplo, con la indicación “Incorporado por la EC 114/2021”).
- 3) al Título VIII (“Del Orden Social”). El artículo 193 prevé que se asegurará, bajo forma de la ley, la 3) No hay un cauce especial en la Constitución para la tutela de los derechos sociales, pero el modo en que la Constitución de 1988 configura el sistema judicial en general atribuye a los jueces y tribunales fuertes facultades de control sobre el resto de poderes públicos. La consecuencia ha sido que, ante el reconocimiento constitucional del derecho a la salud, las personas insatisfechas han judicializado masivamente su tutela. Como muestra, el 2018 se interpusieron 2.228.531 acciones relativas a cuestiones de salud (Souza, Gurgel y Mussa, 2020, “Consecuencias políticas e institucionales de la judicialización de la salud en Brasil y Colombia”, Revista Derecho y Salud, n° 4, 2020, página 65).

II.- Transcripción de textos

TÍTULO II. DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO II. DE LOS DERECHOS SOCIALES

Artículo 6.

Son derechos sociales: la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, la recreación, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a las personas desamparadas, de conformidad con esta Constitución. (Modificado por la EC 90/2015)

Párrafo único. Todo brasileño en situación de vulnerabilidad social tendrá derecho a un ingreso básico familiar, garantizado por el poder público en programa permanente de transferencia de ingreso, cuyas normas y requisitos de acceso serán determinados por ley, cumpliendo con la legislación fiscal y presupuestaria. (Incorporado por la EC 114/2021).

TÍTULO VIII. DEL ORDEN SOCIAL

CAPÍTULO I. DISPOSICIÓN GENERAL

Artículo 193.

El orden social tiene como base la primacía del trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social. Párrafo único. El Estado ejercerá la función de planificación de las políticas sociales, asegurando, bajo forma de la ley, la participación de la sociedad en los procesos de formulación, de monitoreo, de control y de evaluación de dichas políticas. (Incorporado por la EC 108/2020)

CAPÍTULO II. DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SECCIÓN I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 194.

La seguridad social comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relacionados con la salud, la previsión y la asistencia social. Párrafo único. Corresponde al Poder Público, de conformidad con la ley, organizar la seguridad social con base en los siguientes objetivos:

- I.- la universalidad de la cobertura y de la atención;
- II.- la uniformidad y equivalencia de los beneficios y servicios para las poblaciones urbanas y rurales;
- III.- la selectividad y la distribución en la prestación de los beneficios y servicios;
- IV.- la irreductibilidad del valor de los beneficios;
- V.- la equidad en la forma de participación en los gastos de funcionamiento;
- VI.- la diversidad de la base de financiación, identificando en rúbricas contables específicas para cada área, los ingresos y gastos relacionados con las acciones de salud, previsión y asistencia social, preservando la naturaleza contributiva de la previsión social; (Modificado por la EC 103/2019)
- VII.- el carácter democrático y descentralizado de la administración, mediante la gestión cuadripartita, con la participación de los trabajadores, empleadores, jubilados y el Gobierno en los órganos colegiados. (Modificado por la EC 20/1998)

Artículo 195.

La seguridad social será financiada por toda la sociedad, de forma directa e indirecta, en los términos establecidos por la ley, mediante recursos provenientes de los presupuestos de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios, y de las siguientes contribuciones sociales:

- I.- de los empleadores, las empresas y las entidades equiparadas a estas de conformidad con lo establecido por la ley, con incidencia sobre: (Modificado por la EC 20/1998) a) la nómina salarial y otros ingresos del trabajo pagados o acreditados, por cualquier título, a una persona física que presta servicios, incluso sin vínculo laboral; (Incorporada por la EC 20/1998) b) los ingresos o la facturación; (Incorporada por la EC 20/1998) c) las ganancias; (Incorporada por la EC 20/1998)
- II.- de los trabajadores y de los demás asegurados de la previsión social, y se podrán establecer alícuotas progresivas de acuerdo con el monto del salario de contribución, sin gravar las contribuciones sobre la jubilación y pensión otorgadas por el Régimen General de la Previsión Social; (Modificado por la EC 103/2019)

III.– sobre los ingresos de los concursos de pronósticos;

IV.– de los importadores de bienes o servicios del exterior, o de aquellos equiparados a estos por la ley; (Incorporado por la EC 42/2003)

V.– sobre bienes y servicios, en los términos de una ley complementaria. (Incorporado por la EC 132/2023)

Párrafo 1. Los ingresos de los estados, del Distrito Federal y de los municipios destinados a la seguridad social se incluirán en los respectivos presupuestos, no formando parte del presupuesto de la Unión.

Párrafo 2. La propuesta de presupuesto de la seguridad social se elaborará de manera integrada por parte de los órganos responsables de la salud, la previsión y la asistencia sociales, tomando en cuenta las metas y prioridades establecidas en la ley de directrices presupuestarias, garantizando la gestión de sus respectivos recursos a cada área.

Párrafo 3. La persona jurídica en deuda con el sistema de seguridad social, según lo establecido por la ley, no podrá celebrar contratos con el Poder Público ni recibir beneficios o incentivos fiscales o de crédito.

Párrafo 4. La ley podrá establecer otras fuentes para garantizar el mantenimiento o la expansión de la seguridad social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154, I.

Párrafo 5. No se podrá crear, aumentar o ampliar ningún beneficio o servicio de la seguridad social sin la fuente de financiamiento total correspondiente.

Párrafo 6. Las contribuciones sociales a que se refiere este artículo solo podrán exigirse después de que haya transcurrido el plazo de noventa días contados desde la fecha de publicación de la ley que las hubiere instituido o modificado, siendo inaplicable lo dispuesto en el artículo 150, III, b.

Párrafo 7. Las entidades de beneficencia de asistencia social que cumplan con los requisitos establecidos por ley estarán exentas de las contribuciones a la seguridad social.

Párrafo 8. El productor, el mediero, el aparcero, y el arrendatario rurales y el pescador artesanal, así como sus respectivos cónyuges que ejerzan sus actividades en régimen de economía familiar, sin empleados permanentes, contribuirán a la seguridad social mediante la aplicación de una alícuota sobre el resultado de la comercialización de la producción y tendrán derecho a los beneficios de conformidad con la ley. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 9. Las contribuciones sociales previstas en el apartado I del enunciado de este artículo podrán tener alícuotas diferenciadas basadas en la actividad económica, el uso intensivo de mano de obra, el tamaño de la empresa o la condición estructural del mercado de trabajo, también se permite la adopción de bases gravables diferenciadas, pero únicamente en el caso de las letras b y c del apartado I del enunciado de este artículo. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 10. La ley definirá los criterios para la transferencia de recursos al sistema único de salud y las acciones de asistencia social de la Unión a los estados, el Distrito Federal y los municipios, y de los estados a los municipios, observando la contrapartida de recursos respectiva. (Incorporado por la EC 20/1998)

Párrafo 11. Quedan prohibidas la concesión de moratoria y el pago a plazos que exceda los 60 (sesenta) meses, y de conformidad con la ley complementaria, la remisión y la amnistía de las contribuciones sociales a las que se refieren la letra a del apartado I y el apartado II del enunciado de este artículo. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 12. La ley definirá los sectores de actividad económica para los cuales las contribuciones gravables, de conformidad con lo dispuesto en los apartados I, b; y IV del enunciado de este artículo, serán no acumulativas. (Incorporado por la EC 43/2003)

Párrafo 13. (Derogado por la EC 103/2019)

Párrafo 14. Para calcular el período de cotización de un asegurado del Régimen General de Previsión Social únicamente se computarán los meses cotizados, cuyo importe de cotización sea igual o mayor que la cotización mínima mensual requerida para su categoría profesional, se permitirá la agrupación de cotizaciones. (Incorporado por la EC 103/2019)

Párrafo 15. La contribución prevista en el inciso V del caput podrá tener su alícuota fijada por ley ordinaria. (Incorporado por la EC 132/2023)

Párrafo 16. Las disposiciones del artículo 156-A, párrafo 1, I a VI, VIII, X a XIII, párrafo 3, párrafo 5, II a VI y IX, y párrafos 6 a 11 y 13 se aplican a la contribución prevista en el inciso V del caput. (Incorporado por la EC 132/2023)

Párrafo 17. La contribución prevista en el inciso V del caput no formará parte de su propia base de cálculo ni la de los impuestos previstos en los artículos 153, VIII, 156-A y 195, I, letra “b”, y IV, y de la contribución al Programa de Integración Social prevista en el artículo 239. (Incorporado por la EC 132/2023)

Párrafo 18. Una ley establecerá las hipótesis de devolución de la contribución prevista en el inciso V del caput a las personas físicas, incluso en relación a límites y beneficiarios, con el objetivo de reducir las desigualdades de renta. (Incorporado por la EC 132/2023)

Párrafo 19. El reembolso a que se refiere el párrafo 18 no se computará en los ingresos corrientes netos de la Unión a efectos de lo dispuesto en los artículos 100, párrafo 15, 166, párrafos 9, 12 y 17, y 198, párrafo 2. (Incorporado por la EC 132/2023)

SECCIÓN II. DE LA SALUD

Artículo 196.

La salud es un derecho de todos y un deber del Estado que ha de ser garantizado mediante la estructuración de políticas sociales y económicas destinadas a reducir el riesgo de padecer enfermedades y otras contingencias, así como el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

Artículo 197.

Son de relevancia pública las acciones y servicios de salud, correspondiendo al Poder Público disponer, en los términos que establezca la ley, sobre su reglamentación, fiscalización y control, debiendo su ejecución realizarse directamente o a través de terceros y, así mismo, por persona física o jurídica de derecho privado.

Artículo 198.

Las acciones y servicios públicos de salud integran una red regionalizada y jerarquizada y constituyen un sistema único, organizado de acuerdo con las siguientes directrices: I – la descentralización, cuenta con una única dirección en cada esfera de gobierno; II – la atención integral, con prioridad para actividades preventivas, sin perjuicio de los servicios asistenciales; III – la participación de la comunidad.

Párrafo 1. El sistema único de salud será financiado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195, con recursos del presupuesto de la seguridad social, de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios, además de otras fuentes. (Párrafo único reenumerado como párrafo 1 por la EC 29/2000)

Párrafo 2. La Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios aplicarán anualmente en acciones y servicios públicos de salud recursos mínimos procedentes de la asignación de porcentajes calculados sobre: (Incorporado por la EC 29/2000) I – en el caso de la Unión, el ingreso corriente neto del respectivo ejercicio financiero no puede ser inferior al 15% (quince por ciento); (Modificado por la EC 86/2015) II – en el caso de los estados y del Distrito Federal, el producto de los impuestos a que se refieren los artículos 155 y 156-A y los recursos a que se refieren los artículos 157 y 159, I, letra “a”, y II, deducidas de las cuotas transferidas a los respectivos municipios; (Modificado por la EC 132/2023) III – en el caso de los municipios y del Distrito Federal, el producto de los impuestos a que se refieren los artículos 156 y 156-A y los recursos a que se refieren los artículos 158 y 159, I, letra I “b”, y párrafo 3. (Modificado por la EC 132/2023)

Párrafo 3. La ley complementaria, que se reevaluará al menos cada cinco años, establecerá: (Incorporado por la EC 29/2000) I – el porcentaje a que se refieren los apartados II y III del párrafo 2; (Modificado por la EC 86/2015) II – los criterios de prorrateo de los recursos de la Unión relacionados con la salud destinados a los estados, al Distrito Federal y a los municipios, y de los estados destinados a sus respectivos municipios, con el objetivo de reducir progresivamente las disparidades regionales; (Incorporado por la EC 29/2000) III – las normas de fiscalización, evaluación y control de los gastos en salud en las esferas federal, estatal, distrital y municipal. (Incorporado por la EC n. 29/2000) IV – (Derogado) (Modificado por la EC 86/2015)

Párrafo 4. Los gestores locales del sistema único de salud podrán admitir agentes de salud comunitaria y agentes de control endémico por medio de un proceso de selección pública, según la naturaleza y complejidad de sus funciones y requisitos específicos para su desempeño. (Incorporado por la EC 51/2006)

Párrafo 5. La ley federal establecerá reglas sobre el régimen jurídico, el salario base profesional nacional, las directrices para los planes de carrera y la reglamentación de las actividades de los agentes de salud comunitaria y agentes de control endémico, correspondiendo a la Unión, de conformidad con la ley, prestar asistencia financiera complementaria a los estados, al Distrito Federal y a los municipios, para el cumplimiento de dicho salario base. (Modificado por la EC 63/2010)

Párrafo 6. Además de los supuestos previstos en el párrafo 1 del artículo 41 y en el párrafo 4 del artículo 169 de la Constitución Federal, los funcionarios que ejerzan funciones equivalentes a las de agente de salud comunitaria o de agente de control endémico podrán perder el cargo en caso de incumplimiento de los requisitos específicos, fijados por la ley, para su ejercicio. (Incorporado por la EC 51/2006)

Párrafo 7. El salario de los agentes comunitarios de salud y de los agentes de combate a las endemias queda bajo responsabilidad de la Unión, y le corresponde a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios establecer, además de otras consideraciones y ventajas, incentivos, ayudas, bonificaciones e indemnizaciones, a fin de valorizar el trabajo de dichos profesionales. (Incorporado por la EC 120/2022)

Párrafo 8. Los recursos destinados al pago del salario de los agentes comunitarios de salud y de los agentes de combate a las endemias serán consignados en el presupuesto general de la Unión con dotación propia y exclusiva. (Incorporado por la EC 120/2022)

Párrafo 9. El salario de los agentes comunitarios de salud y de los agentes de combate a las endemias no será inferior a 2 (dos) salarios mínimos, transferidos por la Unión a los Municipios, a los Estados y al Distrito Federal. (Incorporado por la EC 120/2022)

Párrafo 10. Los agentes comunitarios de salud y los agentes de combate a las endemias tendrán también, en razón de los riesgos inherentes a las funciones desempeñadas, jubilación especial y, sumado a sus salarios, un adicional por insalubridad. (Incorporado por la EC 120/2022)

Párrafo 11. Los recursos financieros transferidos por la Unión a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios para el pago del salario o de cualquier otra ventaja de 190 sumario los agentes comunitarios de salud y de los agentes de combate a las endemias no serán objeto de inclusión en el cálculo para fines del límite de gasto en personal. (Incorporado por la EC 120/2022)

Párrafo 12. Ley federal instituirá pisos salariales profesionales nacionales para el enfermero, el técnico de enfermería, el auxiliar de enfermería y la partera, a ser observados por personas jurídicas de derecho público y de derecho privado. (Incorporado por la EC 124/2022)

Párrafo 13. La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, hasta el final del ejercicio financiero que fuera publicada la ley que trata el párrafo 12 de este artículo, adecuarán la remuneración de los cargos o de los respectivos planes de carreras, cuando hubiera, de modo de cumplir con los pisos establecidos para cada categoría profesional. (Incorporado por la EC 124/2022)

Párrafo 14. Le compete a la Unión, en los términos de la ley, prestar asistencia financiera complementaria a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios y a las entidades filantrópicas, así como también a los prestadores de servicios contratados que cumplan, como mínimo, 60 % (sesenta por ciento) de sus pacientes por el sistema único de salud, para el cumplimiento de los pisos salariales que trata el párrafo 12 de este artículo. (Incorporado por la EC 127/2022)

Párrafo 15. Los recursos federales destinados a los pagos de la asistencia financiera complementaria a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios y a las entidades filantrópicas, así como también a los prestadores de servicios contratados que cumplan, como mínimo, 60 % (sesenta por ciento) de sus pacientes por el sistema único de salud, para el cumplimiento de los pisos salariales que trata el párrafo 12 de este artículo serán consignados en el presupuesto general de la Unión con dotación propia y exclusiva. (Incorporado por la EC 127/2022)

Artículo 199.

La iniciativa privada tiene libertad para prestar servicios de salud.

Párrafo 1. Las instituciones privadas podrán participar de manera complementaria en el sistema único de salud, de acuerdo con sus directrices, mediante un contrato de derecho público o un convenio, dando preferencia a las entidades filantrópicas y a las entidades sin ánimo de lucro.

Párrafo 2. Se prohíbe la asignación de recursos públicos para ayudas o subvenciones a las instituciones privadas con fines de lucro.

Párrafo 3. Se prohíbe la participación directa o indirecta de empresas o capitales extranjeros en la asistencia a la salud en el País, salvo en los casos previstos por la ley.

Párrafo 4. La ley establecerá reglas sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para trasplante, investigación y tratamiento, así como la colecta, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, quedando prohibido todo tipo de comercialización.

Artículo 200.

Corresponde al sistema único de salud, además de otras funciones, de conformidad con lo establecido por la ley: I – controlar y fiscalizar procedimientos, productos y sustancias de interés para la salud y participar en la producción de medicamentos, equipos, inmunobiológicos, hemoderivados y otros insumos; II – llevar a cabo acciones de vigilancia sanitaria y epidemiológica, así como cuidar la salud de los trabajadores; III – organizar la formación de recursos humanos en el área de salud; IV – participar en la formulación de políticas y en la implementación de acciones de saneamiento básico; V – incrementar en su área de actividad el desarrollo científico y tecnológico y la innovación; (Modificado por la EC 85/2015) VI – fiscalizar e inspeccionar los alimentos, incluyendo el control de su contenido nutricional, así como las bebidas y el agua para el consumo humano; VII – participar en el control y la fiscalización de la producción, transporte, almacenamiento y uso de sustancias y productos psicoactivos, tóxicos y radiactivos; VIII – colaborar en la protección del medio ambiente incluyendo el ámbito laboral.

SECCIÓN III. DE LA PREVISIÓN SOCIAL

Artículo 201.

La previsión social se organizará con sujeción al Régimen General de Previsión Social, de carácter contributivo y afiliación obligatoria, observando criterios que preserven el equilibrio financiero y actuarial, y de conformidad con lo establecido por la ley, tendrá por objeto: (Modificado por la EC 103/2019) I – la cobertura de eventos por incapacidad laboral temporal o permanente y edad avanzada; (Modificado por la EC 103/2019) II – la protección de la maternidad, especialmente a las mujeres embarazadas; (Modificado por la EC 20/1998) III – la protección a los trabajadores se quedan sin empleo contra su voluntad; (Modificado por la EC 20/1998). IV – las asignaciones familiares y el subsidio por prisión para los dependientes de los asegurados de bajos ingresos; (Modificado por la EC 20/1998) V – la pensión de viudez sea hombre o mujer, al cónyuge o pareja y sus dependientes, observando lo dispuesto en el párrafo 2. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 1. No se podrán adoptar requisitos y criterios diferenciados para la concesión de beneficios, con excepción de la posibilidad de determinar la edad y el tiempo de cotización distintos a la regla general para otorgar la jubilación exclusivamente a favor de los asegurados, en los términos que disponga la ley complementaria: (Modificado por la EC 103/2019) I – con discapacidad, habiendo sido sometido previamente a evaluación biopsicosocial realizada por un equipo multiprofesional e interdisciplinario; (Incorporado por la EC 103/2019) II – que realicen actividades de riesgo por exposición efectiva a agentes químicos, físicos y biológicos perjudiciales para la salud, o la asociación de estos agentes, quedando prohibida la caracterización por categoría profesional u ocupación. (Incorporado por la EC 103/2019)

Párrafo 2. Ningún beneficio que sustituya el salario de contribución o el ingreso laboral del asegurado tendrá un valor mensual inferior al salario mínimo. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 3. Todos los salarios de contribución utilizados para el cálculo de los beneficios serán debidamente actualizados, de conformidad con lo establecido por la ley. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 4. Se garantiza el reajuste de los beneficios para preservar con carácter permanente su valor real, de acuerdo con los criterios definidos por la ley. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 5. La afiliación al Régimen General de Previsión Social en calidad de asegurado facultativo está prohibida para aquellas personas que participen de un régimen propio de previsión. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 6. La gratificación por navidad de los jubilados y pensionistas tendrá como base el valor de los ingresos del mes de diciembre de cada año. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 7. La jubilación está garantizada bajo el Régimen General de Previsión Social, en los términos establecidos por la ley, sujeto a las siguientes condiciones: (Modificado por la EC 20/1998) I – sesenta y cinco años de edad, si es hombre, y sesenta y dos años de edad, si es mujer, sujeto al tiempo mínimo de contribución; (Modificado por la EC 103/2019) II – sesenta años de edad, si es hombre, y cincuenta y cinco años de edad, si es mujer, para los trabajadores rurales y para los que realicen sus actividades en régimen de economía familiar, incluyendo entre estos últimos al productor rural, el garimpeiro y el pescador artesanal. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 8. El requisito de la edad contemplado en el apartado I del párrafo 7 se reducirá en cinco años, para los profesores que comprueben el tiempo de ejercicio efectivo en sus funciones docentes en la educación infantil, básica y media, de conformidad con lo establecido en la ley complementaria. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 9. El cómputo recíproco del tiempo de contribución a los efectos de la jubilación y la compensación financiera entre el Régimen General de Previsión Social y los regímenes propios de previsión social, y entre estos, estará garantizado, de conformidad con los criterios establecidos por la ley. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 9-A. El tiempo de servicio militar prestado en las actividades a que se refieren los artículos 42, 142 y 143 y el tiempo de contribución al Régimen General de Previsión Social o a un régimen propio de previsión social serán abonables al cómputo recíproco del tiempo de contribución a efectos del pase a la reserva y el retiro militar

o la jubilación. La compensación financiera se deberá pagar entre los ingresos por contribuciones a los militares y los ingresos por contribuciones a otros regímenes. (Incorporado por la EC 103/2019)

Párrafo 10. La ley complementaria podrá reglamentar la cobertura de beneficios no programados, incluidos los derivados de accidentes laborales, los cuales deberán ser atendidos de manera concurrente por el Régimen General de Previsión Social y por el sector privado. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 11. Los ingresos habituales de los trabajadores, por cualquier título, serán incorporados al salario a efectos de la contribución previsional y la consiguiente repercusión en los beneficios, en los casos y en la forma que las leyes prescriban. (Incorporado por la EC 20/1998)

Párrafo 12. La ley establecerá un sistema especial de inclusión previsional, con alícuotas diferenciadas, para atender a los trabajadores de bajos ingresos, incluidos aquellos que se encuentran en una situación informal, y aquellos sin ingresos propios que se dediquen exclusivamente al trabajo doméstico en su ámbito residencial, siempre que hagan parte de familias de bajos ingresos. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 13. La jubilación otorgada a la persona asegurada contemplada en el párrafo 12 tendrá un valor de 1 (un) salario mínimo. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 14. Se prohíbe computar tiempo de contribución ficticio con el fin de otorgar beneficios previsionales y de cómputo recíproco. (Incorporado por la EC 103/2019)

Párrafo 15. La ley complementaria establecerá prohibiciones, reglas y condiciones para la acumulación de beneficios previsionales. (Incorporado por la EC 103/2019)

Párrafo 16. Los empleados de los consorcios públicos, de las empresas públicas, de las sociedades de economía mixta y de sus subsidiarias se jubilarán forzosamente, sujetos a que hayan cumplido el período mínimo de contribución, al alcanzar la edad máxima mencionada en el apartado II del párrafo 1 del artículo 40, en los términos establecidos por la ley. (Incorporado por la EC 103/2019)

Artículo 202.

El régimen de previsión privada complementario está organizado de manera autónoma con respecto al Régimen General de Previsión Social, la participación será de carácter facultativo, se basa en la constitución de reservas que garanticen el beneficio contratado, y será reglamentado por una ley complementaria. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 1. La ley complementaria a que hace referencia este artículo garantizará al participante de los planes de beneficios de las entidades de previsión privada, el pleno acceso a las informaciones relacionadas con la gestión de sus respectivos planes. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 2. Las contribuciones de los empleadores, los beneficios y las condiciones contractuales previstas en los estatutos, reglamentos y planes de beneficios de las entidades de previsión privada, no forman parte del contrato de trabajo de los participantes y, a excepción de los beneficios otorgados, no forman parte de la remuneración de los participantes, de conformidad con lo establecido por la ley. (Modificado por la EC 20/1998)

Párrafo 3. Se prohíbe el aporte de recursos a las entidades de previsión privada por parte de la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, sus entidades autárquicas, fundaciones, empresas públicas, sociedades de economía mixta y otras entidades públicas, salvo en calidad de patrocinador, en cuyo caso, bajo ninguna circunstancia, su contribución normal podrá exceder la de los asegurados. (Incorporado por la EC 20/1998)

Párrafo 4. La ley complementaria regulará la relación entre las entidades de previsión complementaria y la Unión, los estados, el Distrito Federal o los municipios, incluso sus entidades autárquicas, fundaciones, sociedades de economía mixta y empresas controladas directa o indirectamente, mientras sean patrocinadores de planes de beneficios previsionales. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 5. La ley complementaria a que se refiere el párrafo 4 se aplicará, en lo que corresponda, a las empresas privadas que sean titulares de permisos o concesiones para prestar servicios públicos, cuando patrocinen planes de beneficios en entidades de previsión complementaria. (Modificado por la EC 103/2019)

Párrafo 6. Una ley complementaria establecerá los requisitos para la designación de los miembros directivos de las entidades de previsión complementaria cerradas instituidas por los patrocinadores mencionados en el párrafo 4 y regulará la inclusión de los participantes en los colegiados e instancias de toma de decisiones en las que sus intereses sean objeto de discusión y deliberación. (Modificado por la EC 103/2019)

SECCIÓN IV. DE LA ASISTENCIA SOCIAL

Artículo 203.

Se prestará asistencia social a quienes la necesiten, independiente de su contribución a la seguridad social, y dicha asistencia incluye: I – la protección a la familia, a la maternidad, a la infancia, a la adolescencia y a la vejez; II – el amparo a los niños y a los adolescentes en situación de vulnerabilidad social; III – la promoción de la integración en el mercado laboral; IV – la habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad y la promoción de su integración en la vida comunitaria; V – la garantía de la asignación mensual de un salario mínimo a las personas con discapacidad y a los ancianos que demuestren que no tienen los medios para su manutención o que su familia no se lo proporcione, de conformidad con lo que disponga la ley. VI – la reducción de la vulnerabilidad socioeconómica de familias en situación de pobreza o de extrema pobreza. (Incorporado por la EC 114/2021)

Artículo 204.

Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social se llevarán a cabo con recursos del presupuesto de la seguridad social, previstos en el artículo 195, además de otras fuentes, y se organizarán con base en las siguientes directrices: I – la descentralización político-administrativa, cuya coordinación y normas generales corresponderán a la esfera federal y la coordinación y la ejecución de los respectivos programas a las esferas estatal y municipal, así como a las entidades de beneficencia y de asistencia social; II – la participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles.

Párrafo único. Los estados y el Distrito Federal tienen facultad para vincular hasta cinco décimas por ciento de sus ingresos fiscales netos a los programas de apoyo a la 196 sumario inclusión y promoción social, quedando prohibida la asignación de esos recursos al pago de: (Incorporado por la EC 42/2003) I – gastos de personal y cargas sociales; (Incorporado por la EC 42/2003) II – servicio de la deuda; (Incorporado por la EC 42/2003) III – cualquier otro gasto corriente no vinculado de manera directa a las inversiones o acciones amparadas. (Incorporado por la EC 42/2003)

CAPÍTULO CUARTO. CHILE

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El Capítulo III de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 lleva por rúbrica “De los derechos y deberes constitucionales” y aparece encabezado por el artículo 19, que enumera los derechos que la Constitución asegurar “a todas las personas”. Adviértase que los derechos reconocidos se refieren de un modo universal todas las personas, en lugar de usar la expresión más limitada de todos los ciudadanos. Entre estos derechos se contiene el derecho a la protección de la salud (apartado 9º) y el derecho a la seguridad social (apartado 18º).

La garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales es el llamado “recurso de protección”, regulado en el artículo 20, que remite su enjuiciamiento a las “Cortes de Apelaciones respectivas”, pero cabe impugnar sus sentencias ante la Corte Suprema¹⁰³.

Los derechos sociales también se pueden tutelar mediante las acciones de inconstitucionalidad atribuidas al Tribunal Constitucional. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1710, de 6 de agosto de 2010, en la que el Tribunal declaró de oficio la inconstitucionalidad de las reglas que permitían a las ISAPRE modificar los planes de salud aumentando el precio de estos al tratarse de mujeres o adultos mayores, por vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social (considerando 144)¹⁰⁴.

II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO III. De los derechos y deberes constitucionales

Artículo 19.

- La Constitución asegura a todas las personas:
- 2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;
- 9º. El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá

103 Rol 9317 del 18 de enero de 2008 de la Corte Suprema. El recurso de protección resuelto por la Corte de Apelaciones declaró la obligación del Estado de entregar gratuitamente un tratamiento de alto costo a paciente con cáncer de mamas, del derecho a la vida e integridad física y síquica, salud física y mental en el tratamiento del derecho a la salud, establecido en la Constitución y en el PIDESC. La Corte Suprema chilena ratificó el fallo afirmando la obligación del Estado de avanzar progresivamente en el más pleno reconocimiento de los derechos humanos.

104 Nash, C y Paz, G (2011), “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011)” Justicia constitucional y derechos fundamentales (Bazán, V. y Nash, C. editores), páginas 123 y ss. Ver también, Jordán, T. (2013), “El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, núm. 1, 2013, pp. 333-380; y Zúñiga, A., “Isapres, tribunal constitucional y distribución del derecho a cuidado sanitario”, *Revista médica de Chile*, vol.141, no.4.

establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;

- 18°. El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social;

Artículo 20.

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del No. 8. del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

CAPÍTULO QUINTO. COLOMBIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, APROBADA EN 1991 Y MODIFICADA EN 2005 Y 2009

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

Dentro del Título II (“De los derechos, las garantías y los deberes”), el Capítulo 2 se rubrica “De los derechos sociales, económicos y culturales”, reconociendo la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer (artículo 43), el derecho a la seguridad social (artículo 48, modificado por el Acto Legislativo nº 1 de 2005), la atención a la salud como servicio público¹⁰⁵ (artículo 49, modificado por el Acto Legislativo nº 1 de 2009) y el derecho a una vivienda digna (artículo 51), aparte de prever especialidades para los niños (artículos 44 y 50).

El artículo 49 no reconoce la salud como un derecho sino como un servicio público. Ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional resolviendo acciones de tutela (Sentencia T-760 de 2008) la que, sobre la base de los tratados internacionales de derechos humanos, le ha otorgado el rango de derecho autónomo¹⁰⁶. Luego en 2015, la Ley 1751 (Ley Estatutaria en Salud) contiene un artículo 2 que establece “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”. A pesar de esta legislación, las acciones de tutela tienen un papel central en la garantía de la salud como derecho efectivo¹⁰⁷.

También dentro del Título II, el Capítulo 4 (“De la protección y aplicación de los derechos”) dispone los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalecen en el orden interno y que los derechos consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con ellos, lo que abre la puerta a que los órganos jurisdiccionales apliquen los derechos humanos reconocidos según el contenido declarado por los órganos encargados de la interpretación de dichos tratados internacionales de derechos humanos.

La Constitución colombiana destaca especialmente en cuanto a las garantías constitucionales de carácter jurisdiccional. Prevé dos cauces muy abiertos para que cualquier persona pueda reclamar del Tribunal Constitucional la interpretación de los derechos humanos (también de los derechos sociales) conforme a su contenido internacionalmente declarado, que se conocen como (a) acción de tutela (artículo 86), que permite reclamar situaciones concretas; y (b) acción de

¹⁰⁵ El artículo 49 no reconoce la salud como un derecho sino como un servicio público. Ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional resolviendo acciones de tutela la que, sobre la base de los tratados internacionales de derechos humanos, le ha otorgado el rango de derecho autónomo. Uso de la acción de tutela en Colombia, desde su establecimiento en el texto constitucional, ha sido muy extenso en el tema del derecho a la salud, llevando a que la Corte Constitucional proferiera jurisprudencia en esta materia a través de la Sentencia T-760 de 2008, en la cual reconoce la salud como derecho fundamental y le da un carácter autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, indicando que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud

¹⁰⁶ “La pandemia por Covid 19: el derecho a la salud en tensión un estudio cualitativo exploratorio en Chile, Colombia, Costa Rica y México” San José, Costa Rica, noviembre 2021, pág. 80, “El uso de la acción de tutela en Colombia, desde su establecimiento en el texto constitucional, ha sido muy extenso en el tema del derecho a la salud, llevando a que la Corte Constitucional proferiera jurisprudencia en esta materia a través de la Sentencia T-760 de 2008, en la cual reconoce la salud como derecho fundamental y le da un carácter autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, indicando que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”

¹⁰⁷ Ibid., pág. 84, “en Colombia anualmente se interponen un promedio de 110.000 tutelas en salud (entre 1999 y 2019 se interpusieron 2.251.239), que revelan la violación constante que hace el SGSSS del derecho a la salud, en donde la gente tutela lo que deben entregarle las aseguradoras de salud en el paquete que está financiado, pero que éstas no dan, producto de las barreras de atención interpuestas (Defensoría del Pueblo, 2020). Durante la pandemia, a pesar del confinamiento se hizo uso de ella y las cifras refieren a que se interpusieron 70.000 y que, para abril de 2021, en solo 4 meses ya iban en 78.000 (El País, 2021)”. Además, para un análisis del papel destacado de las acciones de tutela en relación al disfrute del derecho a la salud en el contexto del sistema carcelario, véase Huertas, O., Benítez, C. y Manrique, F.E. (2020), “Perspectiva analítica y comparada del estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario y penitenciario en Colombia”, *Misión jurídica*, vol 13, nº 19, págs. 234-251.

inconstitucionalidad (artículo 241), que habilita a cualquier persona para impugnar una disposición de rango legislativo.

II.- Transcripción de textos

CAPÍTULO 2. DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

Artículo 43.

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Artículo 44.

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

[...]

Artículo 48.

Modificado por Acto Legislativo 01 de 2005, artículo 1

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en

vigencia de este Acto Legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos.

Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

Para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo.

Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados.

PAR. 1º— A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública.

PAR. 2º— A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.

Artículo 49.

Acto Legislativo No. 02 de 2009, artículo 1º.

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Asimismo, establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están prohibidos, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Asimismo, el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

Artículo 50.

Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

Artículo 51.

Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

CAPÍTULO 4. DE LA PROTECCIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS

Artículo 86.

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Artículo 93.

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

TÍTULO VIII. DE LA RAMA JUDICIAL

CAPÍTULO 4. DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Artículo 241.

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

CAPÍTULO SEXTO. COSTA RICA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1949,
reformada en 1961 (seguros sociales), en 1968 (tratados internacionales)
y en 1996 (derecho a la salud)

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El derecho a la salud no se reconoce con carácter general en la Constitución, pues su artículo 46 (último párrafo) es muy limitado, disponiendo que “los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud”. Esta falta la ha superado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, declarando que el derecho a la salud se garantiza a través de reconocer y proteger el derecho a la vida humana (art. 21), si bien añade que también está comprendido en el derecho a la seguridad social del artículo 73¹⁰⁸.

El artículo 73 reconoce el derecho a la seguridad social de los trabajadores en situaciones de necesidad (enfermedad, invalidez, maternidad y otras); y el artículo 177 alude a la universalización de los seguros sociales.

El artículo 7 ordena que los tratados internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa revestirán “autoridad superior a las leyes”. Además, la Sala Constitucional estableció que, cuando los instrumentos internacionales son de mayor beneficio para las personas u otorgan mayor protección a sus derechos humanos, prevalecen sobre la Constitución.

Costa Rica ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 29 de noviembre de 1968 y su Protocolo Facultativo el 23 de septiembre de 2014. También ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 2 de marzo de 1970 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 29 de septiembre de 1999.

La garantía jurisdiccional de los derechos humanos se halla principalmente en el mecanismo denominado recurso de amparo, que está previsto en el art. 48. No parece que su inclusión en el Título IV (De los derechos y garantías individuales”) sea un obstáculo, pues su ámbito expreso de aplicación viene delimitado por los “derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”.

108 Cfr. Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución No. 13505 – 2006, de 12 de septiembre de 2006, Considerando III

“III. EL DERECHO A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL Es cierto, como lo indican los jueces consultantes, que del derecho a la vida (artículo 21 de la Constitución Política) ha derivado la Sala la existencia del derecho fundamental a la salud. Sin embargo, también ha reconocido que el artículo 73 Constitucional lo contiene. En él, ese derecho se erige como un derecho fundamental que se encarga a una entidad pública, la Caja Costarricense de Seguro Social, todo lo cual constituye un elemento importante del Estado social de derecho vigente en Costa Rica, a la par del principio cristiano de justicia social (artículo 74 *ibíd.*). Además, en la jurisprudencia constitucional, los derechos contenidos en el artículo 73 –derecho a la salud, derecho a la seguridad social– pueden ser considerados legítimamente como límites al ejercicio de otros derechos también reconocidos en el ordenamiento constitucional”

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I. LA REPÚBLICA

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 7.- Reformado por Ley No. 4123 del 31 de mayo de 1968

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

TÍTULO IV DERECHOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES

Artículo 21.-

La vida humana es inviolable.

Artículo 46.- Reformado por el artículo 1° de la ley N° 7607 de 29 de mayo de 1996

Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

ARTÍCULO 48.- Reformado por el artículo 1° de la ley N° 7128 de 18 de agosto de 1989

Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

TÍTULO V DERECHOS Y GARANTÍAS SOCIALES

Artículo 73.- Reformado por Ley No. 2737 del 12 de mayo de 1961

Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

CAPÍTULO SÉPTIMO. CUBA

CONSTITUCIÓN REPÚBLICA DE CUBA 2019

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El 24 de febrero de 2019 tuvo lugar la aprobación en referéndum de la vigente Constitución de la República de Cuba.

Dentro del Título V (Derechos, deberes y garantías”), el Capítulo II se destina a los derechos, sin diferenciar los civiles y políticos de los derechos sociales.

La Comisión Americana de Derechos Humanos, en un Informe de País que fue aprobado el 3 de febrero de 2020, analiza esta nueva Constitución y destaca una serie de cuestiones relevantes en materia de derechos. Primero, que la Constitución “establece los derechos a la salud, educación, trabajo, vivienda, medio ambiente, alimentación y agua potable. La gran mayoría de esos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales estaban plasmados en la Constitución anterior como objetivos o deberes del Estado, pero no como derechos de la población cubana”. Segundo, que la Constitución señala que “el Estado, la sociedad y las familias tienen obligaciones respecto a las personas adultas mayores y las personas en situación de discapacidad”. Tercero, que “la CIDH saluda que la nueva Constitución haga referencia a las dos garantías indicadas por la CIDH en su informe de país que no estaban en el texto constitucional previo sobre el derecho de acceso a la justicia y presunción de inocencia. Tales garantías están contenidas en los artículos 92 y 95”. Cuarto, que “la Comisión nota que el artículo 8 establece que la Constitución de la República de Cuba prima sobre los tratados internacionales”¹⁰⁹.

En conclusión, la Constitución cubana de 2019 configura la atención de algunas necesidades vitales de la persona como verdaderos derechos, pero no da rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos. Tampoco prevé un cauce especial para la garantía efectiva de estos derechos, aunque se reconoce por primera vez la garantía de acceso a la tutela judicial en general para los derechos e intereses legítimos.

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I. FUNDAMENTOS POLÍTICOS

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

ARTÍCULO 1

Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva.

¹⁰⁹ CIDH (2020), Situación de los derechos humanos en Cuba, páginas 40 y ss.

ARTÍCULO 8

Lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional. La Constitución de la República de Cuba prima sobre estos tratados internacionales.

TÍTULO V. DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS

CAPÍTULO II. DERECHOS

ARTÍCULO 68

La persona que trabaja tiene derecho a la seguridad social. El Estado, mediante el sistema de seguridad social, le garantiza la protección adecuada cuando se encuentre impedida de laborar por su edad, maternidad, paternidad, invalidez o enfermedad.

Asimismo, de conformidad con la ley, el Estado protege a los abuelos u otros familiares del menor de edad, en función del cuidado y atención a este.

En caso de muerte de la persona que trabaja o se encuentra pensionada, el Estado brinda similar protección a su familia, conforme a lo establecido en la ley.

ARTÍCULO 69

El Estado garantiza el derecho a la seguridad y salud en el trabajo mediante la adopción de medidas adecuadas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales.

La persona que sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional tiene derecho a la atención médica, a subsidio o jubilación en los casos de incapacidad temporal o permanente de trabajo o a otras formas de protección de la seguridad social.

ARTÍCULO 70

El Estado, mediante la asistencia social, protege a las personas sin recursos ni amparo, no aptas para trabajar, que carezcan de familiares en condiciones de prestarle ayuda; y a las familias que, debido a la insuficiencia de los ingresos que perciben, así lo requieran, de conformidad con la ley.

ARTÍCULO 71

Se reconoce a todas las personas el derecho a una vivienda adecuada y a un hábitat seguro y saludable.

El Estado hace efectivo este derecho mediante programas de construcción, rehabilitación y conservación de viviendas, con la participación de entidades y de la población, en correspondencia con las políticas públicas, las normas del ordenamiento territorial y urbano y las leyes.

ARTÍCULO 72

La salud pública es un derecho de todas las personas y es responsabilidad del Estado garantizar el acceso, la gratuidad y la calidad de los servicios de atención, protección y recuperación.

El Estado, para hacer efectivo este derecho, instituye un sistema de salud a todos los niveles accesible a la población y desarrolla programas de prevención y educación, en los que contribuyen la sociedad y las familias.

La ley define el modo en que los servicios de salud se prestan.

ARTÍCULO 73

La educación es un derecho de todas las personas y responsabilidad del Estado, que garantiza servicios de educación gratuitos, asequibles y de calidad para la formación integral, desde la primera infancia hasta la enseñanza universitaria de posgrado.

El Estado, para hacer efectivo este derecho, establece un amplio sistema de instituciones educacionales en todos los tipos y niveles educativos, que brinda la posibilidad de estudiar en cualquier etapa de la vida de acuerdo a las aptitudes, las exigencias sociales y a las necesidades del desarrollo económico-social del país.

En la educación tienen responsabilidad la sociedad y las familias.

La ley define el alcance de la obligatoriedad de estudiar, la preparación general básica que, como mínimo, debe adquirirse; la educación de las personas adultas y aquellos estudios de posgrado u otros complementarios que excepcionalmente pueden ser remunerados.

ARTÍCULO 74

Las personas tienen derecho a la educación física, al deporte y a la recreación como elementos esenciales de su calidad de vida.

El sistema nacional de educación garantiza la inclusión de la enseñanza y práctica de la educación física y el deporte como parte de la formación integral de la niñez, la adolescencia y la juventud.

El Estado crea las condiciones para garantizar los recursos necesarios dedicados a la promoción y práctica del deporte y la recreación del pueblo, así como para la preparación, atención y desarrollo de los talentos deportivos.

ARTÍCULO 75

Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado.

El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras.

ARTÍCULO 76

Todas las personas tienen derecho al agua.

El Estado crea las condiciones para garantizar el acceso al agua potable y a su saneamiento, con la debida retribución y uso racional.

ARTÍCULO 77

Todas las personas tienen derecho a la alimentación sana y adecuada. El Estado crea las condiciones para fortalecer la seguridad alimentaria de toda la población.

CAPÍTULO III. LAS FAMILIAS

ARTÍCULO 88

El Estado, la sociedad y las familias, en lo que a cada uno corresponde, tienen la obligación de proteger, asistir y facilitar las condiciones para satisfacer las necesidades y elevar la calidad de vida de las personas adultas mayores. De igual forma, respetar su autodeterminación, garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y promover su integración y participación social.

ARTÍCULO 89

El Estado, la sociedad y las familias tienen la obligación de proteger, promover y asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad. El Estado crea las condiciones requeridas para su rehabilitación o el mejoramiento de su calidad de vida, su autonomía personal, su inclusión y participación social.

CAPÍTULO VI. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

ARTÍCULO 92

El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla.

CAPÍTULO OCTAVO. ECUADOR

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008 (Constitución de Montecristi)

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

En el preámbulo de la Constitución se alude a la noción del “buen vivir” (“Decidimos construir una nueva forma de convivencia pública, en diversidad y en armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”). Dentro del Título II (“Derechos”) se le dedica el Capítulo Segundo (“Derechos del Buen Vivir”), destacando la Sección Séptima (“Salud”) y la Sección Octava (“Trabajo y Seguridad Social”). Además dentro del Título VIII (“Régimen del Buen Vivir”) hay un Capítulo Primero (“Inclusión y Equidad”) que se compone por varias Secciones, la Segunda sobre “Salud” (artículos 358 a 366) y la Tercera sobre “Seguridad Social” (artículos 367 a 374).

El artículo 32 reconoce la salud como un derecho humano para todos, también para los extranjeros, conectándolo según los estándares del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas con sus determinantes sociales (“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir”)¹¹⁰. Más precisos aún son el artículo 362 (los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios) y el artículo 363 (el Estado será responsable de universalizar la atención en salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura).

El artículo 34 reconoce el derecho a la seguridad social, que sujeta a los “principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación”. Además, su apartado segundo exige que su disfrute sea “efectivo”, extendiendo su ejercicio pleno también a quien no trabaja por cuenta ajena.

Siguiendo el enfoque de no discriminación material de los órganos del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, orientado a garantizar que nadie queda atrás a pesar de su vulnerabilidad, destina el Capítulo tercero a consagrar en los artículos 35 a 55 las reglas específicas para las “personas y grupos de atención prioritaria”.

Muy importante es el artículo 11 de la Constitución. Su párrafo 3 ordena que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Y además proclama, también en línea con los estándares internacionales de los derechos sociales, los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos, así como el principio de progresividad.

La Constitución prevé garantías jurisdiccionales específicas frente a la vulneración de derechos humanos, que son la acción de protección (artículo 88) y la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional (artículo 94). Esta última solo tiene carácter subsidiario (una vez agotados las vías ordinarias existentes de tutela jurisdiccional). Según el Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de 6 de

110 Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 0012-09-SIS-CC, 8 de octubre de 2009. Partiendo de que las garantías constitucionales deben vincularse a su tutela efectiva y de que el artículo 32 de la Constitución reconoce el derecho a la salud, considera inconstitucional la privación al reclamante de sus beneficios por jubilación y cesantía, pues afectará “la calidad de vida del accionante que asegure salud, alimentación, recreación, vivienda etc”, y ordena en consecuencia la reparación integral, alcanzado a los beneficios de salud.

mayo de 2020, 2 de las 3.847 acciones sobre las que la Corte ha dictado sentencia, solo en 19 causas se ha alegado una vulneración del derecho a la salud (lo que equivale al 0,53 %). Respecto de esas acciones, la Corte se refirió a dicho derecho en 42 sentencias y en 5 de ellas determinó que había sido vulnerado. En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado la obligación del Estado de actuar de manera preventiva para permitir un desarrollo adecuado de las capacidades físicas y psicológicas de todas las personas, así como de prestar atención médica, tratar enfermedades y suministrar medicamentos”.

II.- Transcripción de textos

TÍTULO II. DERECHOS

CAPÍTULO PRIMERO. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS

Artículo 11

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.
4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

[...]

CAPÍTULO SEGUNDO. DERECHOS DEL BUEN VIVIR

SECCIÓN SÉPTIMA. SALUD

Artículo 32

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

SECCIÓN OCTAVA. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 34

El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.

[...]

CAPÍTULO TERCERO. DERECHOS DE LAS PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA (ARTÍCULOS 35 A 55)

SECCIÓN PRIMERA. ADULTAS Y ADULTOS MAYORES [...]

SECCIÓN SEGUNDA. JÓVENES [...]

SECCIÓN TERCERA. MOVILIDAD HUMANA [...]

SECCIÓN CUARTA. MUJERES EMBARAZADAS [...]

SECCIÓN QUINTA. NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES [...]

SECCIÓN SEXTA. PERSONAS CON DISCAPACIDAD [...]

SECCIÓN SÉPTIMA. PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS [...]

SECCIÓN OCTAVA. PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD [...]

SECCIÓN NOVENA. PERSONAS USUARIAS Y CONSUMIDORAS [...]

TITULO III. GARANTIAS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO TERCERO. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

SECCIÓN SEGUNDA. ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Artículo 88.

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

SECCIÓN SEXTA. ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Artículo 93.

La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

SECCIÓN SÉPTIMA. ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN

Artículo 94.

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado

TITULO VIII. REGIMEN DEL BUEN VIVIR

CAPÍTULO PRIMERO. INCLUSIÓN Y EQUIDAD

[...]

SECCIÓN SEGUNDA. SALUD

Artículo. 358

El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional.

Artículo. 359

El sistema nacional de salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud; abarcará todas las dimensiones del derecho a la salud; garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles; y propiciará la participación ciudadana y el control social.

Artículo 360.

El sistema garantizará, a través de las instituciones que lo conforman, la promoción de la salud, prevención y atención integral, familiar y comunitaria, con base en la atención primaria de salud; articulará los diferentes niveles de atención; y promoverá la complementariedad con las medicinas ancestrales y alternativas. La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad.

Artículo 361

El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector.

Art. 362

La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.

Artículo. 363

El Estado será responsable de: 1. Formular políticas públicas que garanticen la promoción, prevención, curación, rehabilitación y atención integral en salud y fomentar prácticas saludables en los ámbitos familiar, laboral y comunitario. 2. Universalizar la atención en salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura. 3. Fortalecer los servicios estatales de salud, incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud. 4. Garantizar las prácticas de salud ancestral y alternativa mediante el reconocimiento, respeto y promoción del uso de sus conocimientos, medicinas e instrumentos. 5. Brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución. 6. Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto. 7. Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales. 8. Promover el desarrollo integral del personal de salud.

Artículo 364

Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasio-

nales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco.

Artículo. 365

Por ningún motivo los establecimientos públicos o privados ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia. Dicha negativa se sancionará de acuerdo con la ley.

Artículo 366

El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado. Los recursos públicos serán distribuidos con base en criterios de población y en las necesidades de salud. El Estado financiará a las instituciones estatales de salud y podrá apoyar financieramente a las autónomas y privadas siempre que no tengan fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones, cumplan las políticas públicas y aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos. Estas instituciones estarán sujetas a control y regulación del Estado.

SECCIÓN TERCERA. SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 367.

El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

Artículo 368

El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.

Artículo 369

El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente. La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada.

Artículo 370

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social.

Artículo 371

Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado. Los recursos del Estado destinados para el seguro universal obligatorio constarán cada año en el Presupuesto General del Estado y serán transferidos de forma oportuna. Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.

Artículo 372

Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio. Los fondos provisionales (sic) públicos y sus inversiones se canalizarán a través de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; su gestión se sujetará a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente.

Artículo 373

El seguro social campesino, que forma parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, será un régimen especial del seguro universal obligatorio para proteger a la población rural y a las personas dedicadas a la pesca artesanal; se financiará con el aporte solidario de las personas aseguradas y empleadoras del sistema nacional de seguridad social, con la aportación diferenciada de las jefas o jefes de las familias protegidas y con las asignaciones fiscales que garanticen su fortalecimiento y desarrollo. El seguro ofrecerá prestaciones de salud y protección contra las contingencias de invalidez, discapacidad, vejez y muerte. Los seguros públicos y privados, sin excepción, contribuirán al financiamiento del seguro social campesino a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Artículo 374

El Estado estimulará la afiliación voluntaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior, y asegurará la prestación de contingencias. El financiamiento de estas prestaciones contará con el aporte de las personas afiliadas voluntarias domiciliadas en el exterior.

CAPÍTULO NOVENO. EL SALVADOR

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR (1983)

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El artículo 1 sitúa a la persona humana como fin del Estado, imponiéndole que garantice su salud, su bienestar económico y la justicia social. Se destina, dentro del Título II (“Los derechos y garantías fundamentales de la persona”), un Capítulo II a los “Derechos sociales”, destacando el establecimiento de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio¹¹¹ (artículo 50) y la configuración de la salud de los habitantes como un bien público (artículo 65)¹¹². Es de particular interés que “el Estado dará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible. En este caso, toda persona está obligada a someterse a dicho tratamiento” (artículo 66).

El artículo 144 coloca a los tratados internacionales por encima de la ley, pero no les da jerarquía constitucional.

La garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales consiste principalmente en que “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución” (artículo 247). No obstante, durante la pandemia de COVID 19 se manifestó útil para proteger derechos humanos (y no solo la libertad personal) el habeas corpus¹¹³.

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I.

CAPÍTULO ÚNICO. LA PERSONA HUMANA Y LOS FINES DEL ESTADO

Art. 1.

El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. (12)

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

111 No obstante, a partir de 1998 entra en vigencia la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP), que crea un sistema basado en la capitalización individual y encarga la administración de los fondos a sujetos privados (Administradoras de Fondos de Pensiones). Una explicación detallada se puede consultar en Rivera M. y Cisneros G. (2019). Documento técnico base de propuesta de política pública: Seguridad social. FUNDAUNGO, UCA, UDB y FLACSO Programa El Salvador. El Salvador.

112 A este artículo 65 hace referencia, con el fin de resaltar que había regulación sobre el derecho a la salud en El Salvador al tiempo de los hechos, la Corte IDH en el Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441, párr. 188 y nota 207.

113 La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Hábeas Corpus 148-2020, 26 de marzo de 2020, resolvió dentro del proceso no. 148-2020, que todas las personas que seguían privadas de su libertad en dependencias policiales o administrativas distintas a un sitio acondicionado de cuarentena sanitaria con base en dicho decreto, debían ser inmediatamente conducidas a sus viviendas o lugares de residencia para cumplir con la cuarentena domiciliar, cumpliendo con los protocolos sanitarios establecidos por las autoridades de salud y los que cada caso requiera. Véase para un análisis más detallado el informe temático de la Comisión IDH titulado “La situación de los derechos humanos en El Salvador”, aprobado el 14 de octubre de 2021.

TÍTULO II. LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

CAPÍTULO II. DERECHOS SOCIALES

SECCIÓN SEGUNDA. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Art. 50.

La seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y forma.

Dicho servicio será prestado por una o varias instituciones, las que deberán guardar entre sí la adecuada coordinación para asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos.

Al pago de la seguridad social contribuirán los patronos, los trabajadores y el Estado en la forma y cuantía que determine la ley.

El Estado y los patronos quedarán excluidos de las obligaciones que les imponen las leyes en favor de los trabajadores, en la medida en que sean cubiertas por el Seguro Social.

SECCIÓN CUARTA. SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL

Art. 65.

La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento. El Estado determinará la política nacional de salud y controlará y supervisará su aplicación.

Art. 66.

El Estado dará asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos, y a los habitantes en general, cuando el tratamiento constituya un medio eficaz para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible. En este caso, toda persona está obligada a someterse a dicho tratamiento.

Art. 67.

Los servicios de salud pública serán esencialmente técnicos. Se establecen las carreras sanitarias, hospitalarias, paramédicas y de administración hospitalaria.

Art. 68.

Un Consejo Superior de Salud Pública velará por la salud del pueblo. Estará formado por igual número de representantes de los gremios médico, odontológico, químico farmacéutico, médico veterinario, laboratorio clínico, psicología, enfermería y otros a nivel de licenciatura que el Consejo Superior de Salud Pública haya calificado para tener su respectiva junta; tendrá un Presidente y un Secretario de nombramiento del Órgano Ejecutivo. La ley determinará su organización. (19) El ejercicio de las profesiones que se relacionan de un modo inmediato con la salud del pueblo, será vigilado por organismos legales formados por académicos pertenecientes a cada profesión. Estos organismos tendrán facultad para suspender en el ejercicio profesional a los miembros del gremio bajo su control, cuando ejerzan su profesión con manifiesta inmoralidad o incapacidad. La suspensión de profesionales podrá resolverse por los organismos competentes de conformidad al debido proceso. (19) El Consejo Superior de Salud Pública conocerá y resolverá de los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones pronunciadas por los organismos a que alude el inciso anterior.

Art. 69.

El Estado proveerá los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios, por medio de organismos de vigilancia. Asimismo el Estado controlará la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que puedan afectar la salud y el bienestar.

Art. 70.

El Estado tomará a su cargo a los indigentes que, por su edad o incapacidad física o mental, sean inhábiles para el trabajo.

TÍTULO VI ÓRGANOS DEL GOBIERNO, ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS**CAPÍTULO I ÓRGANO LEGISLATIVO****SECCIÓN TERCERA TRATADOS****Artículo 144.**

Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

CAPÍTULO III. ÓRGANO JUDICIAL**Artículo 174.**

La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el habeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7a. del Art. 182 de esta Constitución.

TÍTULO IX ALCANCES, APLICACIÓN, REFORMAS Y DEROGATORIAS**Artículo 247.**

Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

CAPÍTULO DÉCIMO. GUATEMALA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, DE 1985 Y CON REFORMAS DE 1993

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El marco jurídico guatemalteco contiene diversas disposiciones relativas a la protección del derecho a la salud y a las obligaciones del Estado relacionadas con la atención a personas que viven con el VIH/SIDA.

El artículo 1 resalta que “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona”. El Título II se dedica a los derechos humanos y, dentro de su Capítulo II (“Derechos sociales”), hay una Sección Séptima relativa a “Salud, seguridad y asistencia social”, que viene conformada por los artículos 93 a 100.

Según el artículo 93, “[e]l goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna”. Sobre la extensión de la obligación del Estado en materia, el artículo 94 dispone que “el Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes” y que “[d]esarrollará, a través de sus instituciones acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social”. Además, el artículo 95 reconoce que “[l]a salud de los habitantes de la Nación es un bien público”, y que “[t]odas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento”¹¹⁴.

El artículo 100 es de destacar especialmente porque se ocupa del derecho a la seguridad social. Dice que “[e]l Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación”, y que “[s]u régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria”.

Proclama que en materia de derechos humanos, los tratados internacionales ratificados por Guatemala “tienen preeminencia sobre el derecho interno”, no debiendo tener relevancia que se ubique este precepto dentro del Capítulo I sobre “Derechos individuales”.

La garantía jurisdiccional que permite a las personas defender sus derechos se instrumenta a través del amparo, cuyas apelaciones se confían a la Corte de Constitucionalidad (artículos 265 y 272), y de las acciones concretas de inconstitucionalidad que corresponde decidir al Tribunal Constitucional (artículos 266 y 272).

114 La Corte IDH (Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359, parr. 115) señala, en un asunto que dirimía la responsabilidad de Guatemala por violar el derecho a la salud por falta de atención médica de 49 enfermos de VIH, que “la primera obligación que se desprende del deber de garantizar el derecho a la salud es la obligación de regular la protección al derecho a la salud para las personas que viven con el VIH. En ese sentido, la Corte constata que la Constitución de Guatemala reconoce que el goce a la salud es un derecho fundamental del ser humano, y que el Estado tiene el deber de velar por la salud y la asistencia social de todos sus habitantes (supra párr. 41)”. En dicho párrafo 41 había aludido a los artículos 93 a 95 de la Constitución.

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I. LA PERSONA HUMANA, FINES Y DEBERES DEL ESTADO

CAPÍTULO ÚNICO.

ARTICULO 1. *Protección a la Persona.*

El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.

TITULO II DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I DERECHOS INDIVIDUALES

Artículo 44. *Derechos inherentes a la persona humana.*

Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

Artículo 46. *Preeminencia del Derecho Internacional.*

Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

CAPÍTULO II DERECHOS SOCIALES

SECCIÓN SÉPTIMA SALUD, SEGURIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL

ARTICULO 93. *Derecho a la salud.*

El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.

ARTICULO 94. *Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social.*

El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

ARTICULO 95. *La salud, bien público.*

La salud de los habitantes de la Nación es un bien público. Todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento.

ARTICULO 96. *Control de calidad de productos.*

El Estado controlará la calidad de los productos alimenticios, farmacéuticos, químicos y de todos aquellos que puedan afectar la salud y bienestar de los habitantes. Velará por el establecimiento y programación de la atención primaria de la salud, y por el mejoramiento de las condiciones de saneamiento ambiental básico de las comunidades menos protegidas.

ARTICULO 97. *Medio ambiente y equilibrio ecológico.*

El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga

el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación.

ARTICULO 98. Participación de las comunidades en programas de salud.

Las comunidades tienen el derecho y el deber de participar activamente en la planificación, ejecución y evaluación de los programas de salud.

ARTICULO 99. Alimentación y nutrición.

El Estado velará porque la alimentación y nutrición de la población reúna los requisitos mínimos de salud. Las instituciones especializadas del Estado deberán coordinar sus acciones entre sí o con organismos internacionales dedicados a la salud, para lograr un sistema alimentario nacional efectivo.

ARTICULO 100. Seguridad social.

El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria.

El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 de esta Constitución, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo.

La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada.

El Organismo Ejecutivo asignará anualmente en el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, una partida específica para cubrir la cuota que corresponde al Estado como tal y como empleador, la cual no podrá ser transferida ni cancelada durante el ejercicio fiscal y será fijada de conformidad con los estudios técnicos actuariales del instituto.

Contra las resoluciones que se dicten en esta materia, producen los recursos administrativos y el de lo contencioso-administrativo de conformidad con la ley. Cuando se trate de prestaciones que deba otorgar el régimen, conocerán los tribunales de trabajo y previsión social.

TITULO VI. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO II. AMPARO

Artículo 265. Procedencia del amparo.

Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

Artículo 266. Inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos.

En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.

Artículo 267. Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general.

Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.

CAPÍTULO IV. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD**Artículo 272. Funciones de la Corte de Constitucionalidad.**

La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad. b) Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República; c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268; d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia; e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad; g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial; h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.

CAPÍTULO UNDÉCIMO. HONDURAS

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS, 1982 (DECRETO NUMERO N° 131, 11 de Enero 1982)

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El Título III (“Declaraciones, Derechos y Garantías”) se inicia con el artículo 59, que dispone que “la persona humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado”. Dentro de él, se reconocen expresamente el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud. Al reconocimiento constitucional de ambos derechos hace referencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁵.

El relevante estatus de los tratados internacionales de derechos humanos resulta de los artículos 15 y siguientes. Según el artículo 18, prevalecen en caso de conflicto sobre la ley, comprendiendo la Constitución. El artículo 17 contempla un procedimiento especial de aprobación para los tratados que afecten a una disposición constitucional.

La garantía jurisdiccional de los derechos de las personas se logra por mediación del llamado “recurso de amparo”, regulado en el artículo 313 y cuyo conocimiento se atribuye en última instancia a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁶.

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I. DEL ESTADO

CAPÍTULO III. DE LOS TRATADOS

ARTÍCULO 15.

Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respecto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales. Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional.

ARTÍCULO 16.

Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno.

ARTÍCULO 17. *Reformado por Decreto No. 237-2012, de 23 de enero del 2012*

Cuando un Tratado Internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución, simultáneamente el precepto constitucional afectado debe ser modificado en el mismo sentido por el mismo procedimiento, antes de ser ratificado el Tratado por el Poder Ejecutivo.

115 Caso de los Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, parr. 82 y 89, respectivamente.

116 Francisco Daniel Gómez Bueso (2005), “El derecho de amparo en honduras conforme a la nueva ley sobre justicia constitucional”, Foro Constitucional Iberoamericano, n° 12 (2005-2006).

ARTICULO 18.

En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley prevalecerá el primero.

ARTICULO 19.

Ninguna autoridad puede celebrar o ratificar tratados u otorgar concesiones que lesionen la integridad territorial, la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por el delito de traición a la patria. La responsabilidad en este caso es imprescriptible.

ARTICULO 20.

Cualquier tratado o convención que celebre el Poder Ejecutivo referente al territorio nacional, requerirá la aprobación del Congreso Nacional por votación no menor de tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros.

ARTICULO 21.

El Poder Ejecutivo puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales con estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherirse a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso, al que deberá informar inmediatamente.

TITULO III. DE LAS DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

CAPITULO I. DE LAS DECLARACIONES

ARTICULO 59. Reformado por Decreto No. 191-94, 15 de diciembre

La persona humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable. Para garantizar los derechos y libertades reconocidos en esta.

CAPITULO VI. DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ARTICULO 142

Toda persona tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido. Los servicios de Seguridad Social serán prestados y administrados por el Instituto Hondureño de Seguridad Social que cubrirá los casos de enfermedad, maternidad, subsidio de familia, vejez, orfandad, paros forzosos, accidentes de trabajo, desocupación comprobada, enfermedades profesionales y todas las demás contingencias que afecten la capacidad de producir. El Estado creará Instituciones de Asistencia y Previsión Social que funcionarán unificadas en un sistema unitario estatal con la aportación de todos los interesados y el mismo Estado.

ARTICULO 143.

El Estado, los patronos y los trabajadores, estarán obligados a contribuir al financiamiento, mejoramiento y expansión del Seguro Social. El régimen de seguridad social se implantará en forma gradual y progresiva, tanto en lo referente a los riesgos cubiertos como a las zonas geográficas y a las categorías de trabajadores protegidos.

ARTICULO 144.

Se considera de utilidad pública la ampliación del régimen de Seguridad Social a los trabajadores de la ciudad y del campo.

CAPITULO VII. DE LA SALUD**ARTICULO 145.**

Reformado por Decreto No.237-2012, de 23 de enero del 2012,

Se reconoce el derecho a la protección de la salud. El deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas.

ARTICULO 146.

Corresponde al Estado por medio de sus dependencias y de los organismos constituidos de conformidad con la Ley, la regulación, supervisión y control de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos.

ARTICULO 147.

La Ley regulará la producción, tráfico, tenencia, donación, uso y comercialización de drogas psicotrópicas que solo podrán ser destinadas a los servicios asistenciales de salud y experimentos de carácter científico, bajo la supervisión de la autoridad competente.

ARTICULO 148.

Crease el Instituto Hondureño para la Previsión del Alcoholismo, Drogadicción y Farmacodependencia, el que se regirá por una ley especial.

ARTICULO 149.

El Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, coordinará todas las actividades públicas de los organismos centralizados y descentralizados de dicho sector, mediante un plan nacional de salud, en el cual se dará prioridad a los grupos más necesitados. Corresponde al Estado supervisar las actividades privadas de salud conforme a la ley.

ARTICULO 150.

El Poder Ejecutivo fomentará los programas integrados para mejorar el estado nutricional de los hondureños.

TITULO IV. DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**CAPITULO I. DEL HABEAS CORPUS, HABEAS DATA Y EL AMPARO (Denominación modificada por decreto 243/2003)****ARTICULO 183.- Reformado por Decreto 237/2012, de 23 de enero**

El Estado reconoce la garantía de amparo.

En consecuencia toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de esta, tiene derecho a interponer recurso de amparo: 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos

o garantías que la constitución establece; y 2. Para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución.

Cuando la acción de amparo se interpusiese ante un órgano Jurisdiccional incompetente éste debe remitir el escrito original al órgano Jurisdiccional competente.

El Recurso de Amparo se interpondrá de conformidad con la Ley.

TÍTULO V. DE LOS PODERES DEL ESTADO

CAPÍTULO XII. DEL PODER JUDICIAL

ARTICULO 313.- Reformado por Decreto 237/2012, de 23 de enero

La Corte Suprema de Justicia, tendrá las atribuciones siguientes:

[...]

5) Conocer de los recursos de Habeas Corpus, Habeas Data, Casación, Amparo, Revisión e Inconstitucionalidad de conformidad con la Constitución y la Ley;

[...]

ARTICULO 316.- Reformado por Decreto No.237-2012, de 23 de enero

La Corte Suprema de Justicia está organizada en salas, una de las cuales es la de lo Constitucional, integrada por cinco (5) Magistrados, cuando las sentencias de las salas se pronuncien por unanimidad de votos, se deben proferir en nombre de la Corte Suprema de Justicia y tendrán el carácter de definitivas. Cuando no haya unanimidad en la toma de decisión del asunto, los magistrados que hayan participado en la sala, no deben integrar el pleno.

La Sala de lo Constitucional tendrá las atribuciones siguientes: 1) Conocer, de conformidad con esta Constitución y la ley, de los recursos de Hábeas Corpus o exhibición personal, Habeas Data, Amparo, inconstitucionalidad y Revisión;

[...]

CAPÍTULO DUODÉCIMO. MÉXICO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, de 1917, última reforma publicada 22 de marzo de 2024

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

En materia de derechos humanos, incluidos los derechos sociales, es central la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011, por que se abre a los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos. Dio nueva redacción al artículo 1, que dispone que “las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”, que esos derechos se interpretarán conforme con los tratados internacionales, en el sentido que les den los órganos encargados de su aplicación, que en el ámbito regional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, reconoce expresamente los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, así como el principio de progresividad, con lo que se coloca en la línea de los estándares que se han establecido internacionalmente para los derechos sociales.

En una reforma de 1983 se incorporó al artículo 4 el derecho de toda persona “a la protección de la salud”. Y en una reforma de 2020 se ha previsto en ese artículo la “extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social”. En ese mismo artículo 4, en reformas sucesivas de 1983, 2012 y 2020, se han añadido referencias específicas a determinantes sociales de la salud como (a) el derecho a un “medioambiente sano”, (b) el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible; y (c) el derecho a una vivienda digna, aparte de prever (también en el mismo artículo 4) reglas especiales para grupos más necesitados (niños, discapacitados, adultos mayores), incluido el derecho a percibir apoyos económicos no contributivos¹¹⁷.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia de 15 de octubre de 2014¹¹⁸, combina los artículos 1 y 4 de la Constitución para declarar que se había vulnerado el derecho a la salud por la omisión de ejecutar el proyecto denominado “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”. La sentencia adopta como punto de partida que el artículo 4 reconoce el derecho a la salud. A continuación lo interpreta, como consecuencia del artículo 1, a la luz del artículo 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el sentido que le dio el Comité respectivo en su Observación General 14.

La garantía jurisdiccional de protección de los derechos humanos consiste en el juicio de amparo, según prevé el artículo 103, párrafo primero de esta Constitución.

117 Derecho a la Salud en México (2015), Coord. Oliva López Arellano y Sergio López Moreno.

118 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 378/2014, Segunda Sala, Min. Alberto Pérez Dayán, sentencia de 15 de octubre de 2014, México.

II.-Transcripción de textos

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO I DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

Artículo 1.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 4.

La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia (Párrafo reformado DOF 06-06-2019)

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará. (Párrafo adicionado DOF 13-10-2011)

Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social (Párrafo adicionado DOF 03-02-1983. Reformado DOF 08-05-2020).

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. (Párrafo adicionado DOF 28-06-1999. Reformado DOF 08-02-2012).

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. (Párrafo adicionado DOF 08-02-2012)

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. (Párrafo adicionado DOF 07-02-1983).

[...]

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. (Párrafo adicionado DOF 18-03-1980. Reformado DOF 07-04-2000, 12-10-2011)

[...]

El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley. Para recibir esta prestación tendrán prioridad las y los menores de dieciocho años, las y los indígenas y las y los afromexicanos hasta la edad de sesenta y cuatro años y las personas que se encuentren en condición de pobreza. (Párrafo adicionado DOF 08-05-2020)

Las personas mayores de sesenta y ocho años tienen derecho a recibir por parte del Estado una pensión no contributiva en los términos que fije la Ley. En el caso de las y los indígenas y las y los afromexicanos esta prestación se otorgará a partir de los sesenta y cinco años de edad. (Párrafo adicionado DOF 08-05-2020)

El Estado establecerá un sistema de becas para las y los estudiantes de todos los niveles escolares del sistema de educación pública, con prioridad a las y los pertenecientes a las familias que se encuentren en condición de pobreza, para garantizar con equidad el derecho a la educación. (Párrafo adicionado DOF 08-05-2020)

Toda persona tiene derecho a la movilidad en condiciones de seguridad vial, accesibilidad, eficiencia, sostenibilidad, calidad, inclusión e igualdad. (Párrafo adicionado DOF 18-12-2020)

El Estado promoverá el desarrollo integral de las personas jóvenes, a través de políticas públicas con enfoque multidisciplinario, que propicien su inclusión en el ámbito político, social, económico y cultural del país. La Ley establecerá la concurrencia de la Federación, entidades federativas, Municipios y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, para esos efectos.

TÍTULO TERCERO

CAPÍTULO IV. DEL PODER JUDICIAL

Artículo 103. (Reformado DOF 29-01-2016)

Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la autonomía de la Ciudad de México; y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO. NICARAGUA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, aprobada en 1987 y con sucesivas reformas hasta 2024 (Texto Consolidado)

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El artículo 4 dispone que el Estado “reconoce a la persona, la familia y la comunidad como el origen y el fin de su actividad, y está organizado para asegurar el bien común, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano de todos y cada uno de los nicaragüenses”. Dentro del Título IV (“Derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense”), se destina el Capítulo III a los derechos sociales, entre los que se enuncia el derecho a la salud (artículo 59; en el artículo 105 se garantiza “la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables”), así como a sus determinantes sociales como el derecho a un ambiente saludable, a la protección contra el hambre y a una vivienda digna (artículo 60, 63 y 64). En el mismo capítulo se reconoce “el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo” (artículo 62).

Estos derechos deben entenderse a la luz de los estándares internacionales porque el artículo 46 dispone que toda persona goza de la plena vigencia de los derechos consignados en los tratados internacionales de derechos humanos, incluyendo expresamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La garantía jurisdiccional de los derechos humanos viene dada por el Recurso de Amparo (artículos 45 y 188), cuya competencia corresponde a la Corte Suprema de Justicia (artículo 164) y cuya articulación se remite a la Ley de Justicia Constitucional (artículo 190).

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 4

El Estado nicaragüense reconoce a la persona, la familia y la comunidad como el origen y el fin de su actividad, y está organizado para asegurar el bien común, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano de todos y cada uno de los nicaragüenses, bajo la inspiración de valores cristianos, ideales socialistas, prácticas solidarias, democráticas y humanísticas, como valores universales y generales, así como los valores e ideales de la cultura e identidad nicaragüense.

TÍTULO IV. DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS DEL PUEBLO NICARAGÜENSE

CAPÍTULO I. DERECHOS INDIVIDUALES

Artículo 27

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.

Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país.

El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

Artículo 45

Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal, de amparo, o de hábeas data, según el caso y de acuerdo con la Ley de Justicia Constitucional.

Artículo 46

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

CAPÍTULO III. DERECHOS SOCIALES

Artículo 56

El Estado prestará atención especial en todos sus programas a los discapacitados y los familiares de caídos y víctimas de guerra en general.

Artículo 57

Los nicaragüenses tienen el derecho al trabajo acorde con su naturaleza humana.

Artículo 58

Los nicaragüenses tienen derecho a la educación y a la cultura.

Artículo 59

Los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación.

Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma.

Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen.

Artículo 60

Los nicaragüenses tienen derecho de habitar en un ambiente saludable, así como la obligación de su preservación y conservación. El bien común supremo y universal, condición para todos los demás bienes, es la madre tierra; ésta debe ser amada, cuidada y regenerada. El bien común de la Tierra y de la humanidad nos pide que entendamos la Tierra como viva y sujeta de dignidad. Pertenece comunitariamente a todos los que la habitan y al conjunto de los ecosistemas.

La Tierra forma con la humanidad una única identidad compleja; es viva y se comporta como un único sistema autorregulado formado por componentes físicos, químicos, biológicos y humanos, que la hacen propicia a la producción y reproducción de la vida y que, por eso, es nuestra madre tierra y nuestro hogar común.

Debemos proteger y restaurar la integridad de los ecosistemas, con especial preocupación por la diversidad biológica y por todos los procesos naturales que sustentan la vida.

La nación nicaragüense debe adoptar patrones de producción y consumo que garanticen la vitalidad y la integridad de la madre tierra, la equidad social en la humanidad, el consumo responsable y solidario y el buen vivir comunitario.

El Estado de Nicaragua asume y hace suyo en esta Constitución Política el texto íntegro de la Declaración Universal del Bien Común de la Tierra y de la Humanidad.

Artículo 61

El Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo, en la forma y condiciones que determine la ley.

Artículo 62

El Estado procurará establecer programas en beneficio de los discapacitados para su rehabilitación física, sicosocial y profesional y para su ubicación laboral.

Artículo 63

Es derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos.

Artículo 64

Los nicaragüenses tienen derecho a una vivienda digna, cómoda y segura que garantice la privacidad familiar. El Estado promoverá la realización de este derecho.

TÍTULO VI. ECONOMÍA NACIONAL, REFORMA AGRARIA Y FINANZAS PÚBLICAS

CAPÍTULO I. ECONOMÍA NACIONAL

Artículo 105

Es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transportes, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas, serán reguladas por la ley en cada caso.

Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad. Los trabajadores de la educación y la salud participarán en la elaboración, ejecución y seguimiento a los planes, programas y proyectos dirigidos al sector, y se regirán por las leyes correspondientes.

Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno infantil. Se desarrollará el modelo de salud familiar y comunitaria.

ria. Los servicios estatales de la salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación.

[...]

TÍTULO VIII. DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

CAPÍTULO V. PODER JUDICIAL

Artículo 164

Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

[...]

- 3) Conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución, de acuerdo a la Ley de Justicia Constitucional.

TÍTULO X. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, SU REFORMA Y DE LAS LEYES CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO II. CONTROL CONSTITUCIONAL

Artículo 188

Se establece el Recurso de Amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política.

Artículo 189

Se establece el Recurso de Exhibición Personal en favor de aquellos cuya libertad, integridad física y seguridad, sean violadas o estén en peligro de serlo.

Artículo 190

Se establecen también los siguientes recursos y mecanismos de control constitucional:

- 1) El Recurso de Habeas Data como garantía de tutela de datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, de naturaleza pública o privada, cuya publicidad constituya invasión a la privacidad personal y tenga relevancia con el tratamiento de datos sensibles de las personas en su ámbito íntimo y familiar. El Recurso de Habeas Data procede a favor de toda persona para saber quién, cuándo, con qué fines y en qué circunstancias toma contacto con sus datos personales y su publicidad indebida.

[...]

- 3) El control de constitucionalidad en caso concreto como un mecanismo incidental de control. Cuando en un caso sometido al conocimiento de autoridad judicial, ésta considere que una norma de cuya validez depende el fallo es contraria a la Constitución, deberá proceder a declarar su inconstitucionalidad para el caso en concreto. Las partes en el proceso pueden solicitar la inconstitucionalidad de una norma que se esté aplicando al caso. La autoridad judicial deberá pronunciarse sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión.

[...]

La Ley de Justicia Constitucional regulará los recursos y mecanismos establecidos en este capítulo.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO. PANAMÁ

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DE 1972, REFORMADA EN 1978, 1983, 1993, 1994 y 2004.

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

La reforma de 1983 añadió a la Constitución de Panamá los derechos sociales, entre ellos el derecho a la salud y a la seguridad social (artículos 109 y siguientes) y dispuso en el artículo 17 que es función de las autoridades de la República “asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales”.

No obstante, los derechos sociales tuvieron un mero valor programático hasta que la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia de 21 de agosto de 2008, otorgó a los tratados de derechos humanos vigentes en Panamá rango constitucional. Partió de que la reforma constitucional de 2004 introdujo en el artículo 17 un segundo párrafo (“Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”) e interpretó esa nueva disposición en conexión sistemática con otros preceptos constitucionales y con la Convención Americana de Derechos Humanos, concluyendo que los tratados internacionales de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad¹¹⁹.

La garantía jurisdiccional de los derechos y garantías que la Constitución consagra se encuentra en el llamado recurso de amparo, que está expresamente previsto en el artículo 54, si bien su plena efectividad para garantizar los derechos sociales resulta aún imperfecta¹²⁰.

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I. EL ESTADO PANAMEÑO

ARTÍCULO 4.

La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

TÍTULO III. DERECHOS Y DEBERES INDIVIDUALES Y SOCIALES

CAPÍTULO 1. GARANTIAS FUNDAMENTALES

ARTÍCULO 17.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

119 Mejía Edward, J. (2019), El control de constitucionalidad en Panamá, Revista de la Sala Constitucional, nº 1.

120 Vega Atencio, B. E. (2024). Tutela Judicial Efectiva de los Derechos Sociales en Panamá. *Anuario De Derecho*, (53), 166–176.

ARTICULO 54.

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.

CAPITULO 6. SALUD, SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL**ARTICULO 109.**

Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

ARTICULO 110.

En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación: 1. Desarrollar una política nacional de alimentación y nutrición que asegure un óptimo estado nutricional para toda la población, al promover la disponibilidad, el consumo y el aprovechamiento biológico de los alimentos adecuados. 2. Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental. 3. Proteger la salud de la madre, del niño y del adolescente, garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia. 4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectiva o individualmente, a toda la población. 5. Crear, de acuerdo con las necesidades de cada región, establecimientos en los cuales se presten servicios de salud integral y suministren medicamentos a toda la población. Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos. 6. Regular y vigilar el cumplimiento de las condiciones de salud y la seguridad que deban reunir los lugares de trabajo, estableciendo una política nacional de medicina e higiene industrial y laboral.

ARTICULO 111.

El Estado deberá desarrollar una política nacional de medicamentos que promueva la producción, disponibilidad, accesibilidad, calidad y control de los medicamentos para toda la población del país.

ARTICULO 112.

Es deber del Estado establecer una política de población que responda a las necesidades del desarrollo social y económico del país.

ARTICULO 113.

Todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido. Los servicios de seguridad social serán prestados o administrados por entidades autónomas y cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, invalidez, subsidios de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo, enfermedades

profesionales y las demás contingencias que puedan ser objeto de previsión y seguridad sociales. La Ley proveerá la implantación de tales servicios a medida que las necesidades lo exijan. El Estado creará establecimientos de asistencia y previsión sociales. Son tareas fundamentales de éstos la rehabilitación económica y social de los sectores dependientes o carentes de recursos y la atención de los mentalmente incapaces, los enfermos crónicos, los inválidos indigentes y de los grupos que no hayan sido incorporados al sistema de seguridad social.

ARTICULO 114.

El Estado podrá crear fondos complementarios con el aporte y participación de los trabajadores de las empresas públicas y privadas a fin de mejorar los servicios de seguridad social en materia de jubilaciones. La Ley reglamentará esta materia.

ARTICULO 115.

Los sectores gubernamentales de salud, incluyendo sus instituciones autónomas y semiautónomas, integranse orgánica y funcionalmente. La Ley reglamentará esta materia.

ARTICULO 116.

Las comunidades tienen el deber y el derecho de participar en la planificación, ejecución y evaluación de los distintos programas de salud.

ARTICULO 117.

El Estado establecerá una política nacional de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO. PARAGUAY

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY, 1992

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El artículo 1 constituye la República del Paraguay como un Estado social de Derecho, cuya forma de gobierno será una democracia “fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.

Dentro de la Parte I, el Título II (“De los derechos, de los deberes y de las garantías”) se descompone en varios capítulos (concretamente XII): a) el artículo 6, como parte del derecho a la vida (Capítulo I), reconoce la promoción de la calidad de vida de sus habitantes; b) el artículo 46, al referirse a la igualdad de las personas (Capítulo III), adopta un criterio de igualdad real, al declarar que “no se admiten discriminaciones” y que “el Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien”; c) el Capítulo VI se destina al derecho a la salud, destacando el artículo 59; y d) el Capítulo VIII, relativo al derecho al trabajo, reconoce el derecho a la seguridad social (artículo 95) y el derecho a una vivienda digna (artículo 100)¹²¹.

En la Parte II (“Del ordenamiento político de la república”) se establece, en el artículo 137 (“Supremacía de la Constitución”), la posición constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

Las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales se regulan en el Capítulo XII (y último) del Título II de la Parte I, previéndose (a) la declaración de inconstitucionalidad; (b) el habeas corpus; (c) el amparo; d) el habeas data¹²².

II.- Transcripción de textos

PARTE I. DE LAS DECLARACIONES FUNDAMENTALES, DE LOS DERECHOS, DE LOS DEBERES Y DE LAS GARANTÍAS

TÍTULO I. DE LAS DECLARACIONES FUNDAMENTALES

Artículo 1 - DE LA FORMA DEL ESTADO Y DE GOBIERNO

La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes.

La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

TÍTULO II. DE LOS DERECHOS, DE LOS DEBERES Y DE LAS GARANTÍAS

CAPÍTULO I. DE LA VIDA Y DEL AMBIENTE

121 Un análisis actual de la efectividad de los derechos sociales constitucionalizados, Cfr. Pereira Fukuoka, M (2022), *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales y su relación con la política de protección social*, Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy), Asunción.

122 Mendonça, J.C., (2009) «La supremacía constitucional y su control», en *Centro de Estudios Constitucionales*, 95 a 126, en especial 121 a 124 sobre la funcionalidad del amparo como garantía de los derechos constitucionales.

SECCIÓN I. DE LA VIDA

Artículo 6 - DE LA CALIDAD DE VIDA

La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad.

El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes.

CAPÍTULO III. DE LA IGUALDAD

Artículo 46 - DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS

Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Artículo 47 - DE LAS GARANTÍAS DE LA IGUALDAD

El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2. la igualdad ante las leyes; 3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

Artículo 48 - DE LA IGUALDAD DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LA MUJER

El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.

CAPÍTULO VI. DE LA SALUD

Artículo 68 - DEL DERECHO A LA SALUD

El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.

Artículo 69 - DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Se promoverá un sistema nacional de salud que ejecute acciones sanitarias integradas, con políticas que posibiliten la concertación, la coordinación y la complementación de programas y recursos del sector público y privado.

Artículo 70 - DEL RÉGIMEN DE BIENESTAR SOCIAL

La ley establecerá programas de bienestar social mediante estrategias basadas en la educación sanitaria y en la participación comunitaria.

CAPÍTULO VIII. DEL TRABAJO

SECCIÓN I. DE LOS DERECHOS LABORALES

Artículo 95 - DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado. Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio.

Artículo 100 - DEL DERECHO A LA VIVIENDA

Todos los habitantes de la República tienen derecho a una vivienda digna. El Estado establecerá las condiciones para hacer efectivo este derecho, y promoverá planes de vivienda de interés social, especialmente las destinadas a familias de escasos recursos, mediante sistemas de financiamiento adecuados.

CAPÍTULO XII. DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Artículo 131 - DE LAS GARANTÍAS

Para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución, se establecen las garantías contenidas en este capítulo, las cuales serán reglamentadas por la ley.

Artículo 132 - DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

La corte suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley.

Artículo 133 - DEL HABEAS CORPUS

Esta garantía podrá ser interpuesto por el afectado, por sí o por interpósita persona, sin necesidad de poder por cualquier medio fehaciente, y ante cualquier Juez de Primera Instancia de la circunscripción judicial respectiva.

El Hábeas Corpus podrá ser:

1. Preventivo: en virtud del cual toda persona, en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física, podrá recabar el examen de la legitimidad de las circunstancias que, a criterio del afectado, amenacen su libertad, así como una orden de cesación de dichas restricciones.
2. Reparador: en virtud del cual toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso. El magistrado ordenará la comparecencia del detenido, con un informe del agente público o privado que lo detuvo, dentro de las veinticuatro horas de radicada la petición. Si el requerido no lo hiciese así, el Juez se constituirá en el sitio en el que se halle recluida la persona, y en dicho lugar hará juicio de méritos y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiere cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existiesen motivos legales que autoricen la privación de su libertad, la dispondrá de inmediato; si hubiese orden escrita de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quien dispuso la detención.

3. Genérico: en virtud del cual se podrán demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los dos casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal. Asimismo, esta garantía podrá interponerse en casos de violencia física, psíquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad.

La ley reglamentará las diversas modalidades del hábeas corpus, las cuales procederán incluso, durante el Estado de excepción. El procedimiento será breve, sumario y gratuito, pudiendo ser iniciado de oficio.

Artículo 134. DEL AMPARO

Toda persona que, por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley.

El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

- Si se tratara de una cuestión electoral, o relativa a organizaciones políticas, será competente la justicia electoral.
- El amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales, ni en el proceso de formación, sanción y promulgación de las leyes.

La ley reglamentará el respectivo procedimiento. Las sentencias recaídas en el Amparo no causarán estado.

Artículo 135 - DEL HABEAS DATA

Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre si misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

PARTE II. DEL ORDENAMIENTO POLÍTICO DE LA REPÚBLICA

TÍTULO I. DE LA NACIÓN Y DEL ESTADO

CAPÍTULO I. DE LAS DECLARACIONES GENERALES

Artículo 137. DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

TÍTULO II. DE LA ESTRUCTURA Y DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO

CAPÍTULO III. DEL PODER JUDICIAL

SECCIÓN II. DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Artículo 259. DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES.

Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

[...]

- 4) conocer y resolver, en instancia original, los hábeas corpus, sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales;
- 5) conocer y resolver sobre inconstitucionalidad;

Artículo 260. DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional:

- 1) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y
- 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.

El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

CAPÍTULO DECIMOSEXTO. PERÚ

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993, con sus sucesivas reformas hasta abril de 2024

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

El artículo 1 establece el respeto de la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado¹²³.

Dentro del Título I (“De la persona y de la sociedad”), hay un capítulo II dedicado a “los derechos sociales y económicos”, que reconoce en el artículo 7 el derecho a la protección de la salud¹²⁴ y en el 7 A uno de sus determinantes sociales más importantes (“el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable”). Por su parte, el artículo 10 “reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social”¹²⁵.

La Constitución, como se ha puesto de relieve por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹²⁶, también recoge las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos: a) el artículo 55 prevé que “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”; b) la disposición final y transitoria cuarta dispone que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

La garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales está regulada de un modo especial en el artículo 200. De entre los distintos recursos que se prevén para asegurar la supremacía constitucional destaca el recurso de amparo. Además, es muy relevante a estos efectos la disposición final y transitoria undécima, que dispone que “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”. La razón es que el desarrollo legislativo del recurso de amparo lo excluye de estas disposiciones. El Tribunal Constitucional ha sorteado este obstáculo haciendo referencia a la conexión de los derechos sociales con el derecho a la vida¹²⁷.

123 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 07435-2006-AC/TC. Se apoya en la dignidad de la persona humana para imponer al Estado el deber de garantizar los derechos sociales de la salud pública y la autodeterminación reproductiva, concretados en la obligación de entregar a las mujeres necesitadas la píldora del día siguiente de manera gratuita.

124 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 2945-2003-AA/TC. El Tribunal Constitucional, con apoyo en el artículo 7 de la Constitución, ordenó la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de un enfermo de VIH/SIDA, así como la realización de exámenes periódicos (fundamentos 28 a 32). Más detalles en Landa Arroyo, C (2012), “Los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional de América Latina”, Revista IUS ET VERITAS, N° 45, Diciembre 2012, páginas 228 y siguientes.

125 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 1417-2005-AA/TC. En su fundamento jurídico 37.c.) afirmó que “(...) dado que el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un ‘mínimo vital’, es decir, ‘aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)’”.

126 *Situación de Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales*, Informe aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 23 de abril de 2023, página 10. Allí se resalta que En el ámbito interamericano, Perú es parte de 1) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en el décimo quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de diciembre de 1985 (sancionada por Resolución Legislativa N.º 25286, del 12 de diciembre de 1990, ratificada el 28 de marzo de 1991); 2) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer/ Convención de Belém do Pará, adoptada en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, el 9 de junio de 1994 (ratificada por Perú el 4 de junio de 1996); 3) El “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales/Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988 (ratificado por Perú el 4 de junio de 1995). 4) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, ratificada el 7 de octubre de 2001, El Estado firmó, pero no ratificó, La “Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas conexas de intolerancia”, el 25 de octubre de 2016.

127 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente No. 2945-2003-AA/TC, fundamentos jurídicos 3 a 6.

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I. DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD

CAPÍTULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Artículo 1.

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

CAPÍTULO II. DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS

Artículo 4.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 7.

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Artículo 7-A. Reformado en 2017

El Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

Artículo 9.

El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Artículo 10.

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

Artículo 11.

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

Artículo 12.

Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

TÍTULO II. DEL ESTADO Y LA NACIÓN**CAPÍTULO II DE LOS TRATADOS****Artículo 55.**

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Artículo 56.

Los tratados deben ser aprobados por el Senado, con el voto de la mitad más uno del número legal de sus miembros, antes de su ratificación por el voto de la mitad más uno del número legal de sus miembros, antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados con la misma votación, los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

TÍTULO V DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**Artículo 200.**

Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.
No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales procedimiento emanadas de regular.
3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución.
4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

[---]

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Undécima. Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO. REPÚBLICA DOMINICANA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, PROCLAMADA EL 26 DE ENERO DE 2010.

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

La Constitución constituye la República Dominicana como un Estado Social y Democrático de Derecho, que se funda en el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales (artículo 7). Y declara que “es función esencial del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva” (artículo 8 y en términos similares el artículo 38). Destaca, por tanto, como elementos centrales la dignidad de la persona y el desarrollo personal con base en determinados criterios, como el de igualdad material (aparte de los citados previamente, el artículo 39.3) y el de progresividad.

El Capítulo I del Título II lleva la denominación de “derechos fundamentales”, abarcando como tales tanto los “derechos civiles y políticos” (Sección I) como los “derechos económicos y sociales” (Sección II). En esta última se reconocen expresamente el derecho a la seguridad social (artículo 60) y el derecho a la salud (artículo 61), este último precisando algunas de las obligaciones que supone para el Estado, algunas relativas a determinantes sociales de la salud como “el acceso al agua potable” y “el mejoramiento de la salud”. También aparecen constitucionalizados algunos determinantes sociales de este último, como es el caso del derecho a una vivienda digna, y ciertas reglas específicas referidas a grupos vulnerables como menores, personas de la tercera edad y discapacitados (artículos 56 a 58).

El artículo 74.3, inscrito en el Capítulo III de ese mismo Título II (“De los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales”) dispone que los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado dominicano tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado. Sin embargo, hay una cierta incertidumbre sobre si la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido debidamente ratificada.

La garantía jurisdiccional de los derechos constitucionalizados viene determinada por el juicio de amparo, cuya competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales, si bien cabe el “recurso de revisión constitucional contra sentencia de amparo” ante el Tribunal Constitucional, como se desprende de combinar el artículo 185.4 (“será competente en única instancia: [...] de cualquier otra materia que disponga la ley” con la Ley N° 37-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procesos Constitucionales (artículo 94, “Todas las sentencias emitidas por el juez de amparo pueden ser recurridas en revisión por ante el Tribunal Constitucional en la forma y bajo las condiciones establecidas en esta ley”).

El Tribunal Constitucional a través de esta garantía procesal ha reconocido la efectiva justiciabilidad de los derechos sociales constitucionalizados.¹²⁸ Veamos algunos ejemplos recientes especialmente relevantes.

128 Medina Reyes, R. (2021), “Una radiografía constitucional de los derechos sociales”, *Revista Saber y Justicia*, 2 (20), 5-34.

—Derecho a la vivienda. TC/0100/14, 10 junio 2014, en el numeral 11.20 afirma que “El derecho a una vivienda es considerado como un derecho social, el cual le impone al Estado la responsabilidad de llevar a cabo las acciones necesarias para propiciar las condiciones que hagan posible el acceso a este derecho para que cada ciudadano pueda lograr tener una vivienda apta para la vida humana y en condiciones de dignidad”.

—Derecho a la seguridad social. La Sentencia TC/0479/21, de 16 de diciembre, reconoció una pensión de “antigüedad” más allá de la regulación positiva, apoyándose para ello en el derecho constitucional a la seguridad social. En las letras l) y m) del apartado “conocimiento del tribunal” se separa de que el derecho a la seguridad social tiene naturaleza prestacional y programática (TC/0050/21) y adopta un enfoque basado en la constitucionalización de los derechos humanos, considerando el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, reforzado cuando el accionante es una persona de la tercera edad. Razona como sigue:

“l. Asimismo, en la citada Sentencia TC/0050/21, este colegiado reiteró que el derecho a la seguridad social se encuentra íntimamente vinculado a las posibilidades económicas del Estado; es decir, que su naturaleza es prestacional y programática. Anteriormente, mediante TC/0203/13 se estableció al respecto el criterio transcrito a continuación que, a su vez, fue ratificado en la Sentencia TC/0405/19: «[...] El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, como tal inherente a la persona, y es, asimismo, un derecho prestacional, en la medida en que implica un derecho a recibir prestaciones del Estado [...]. El derecho a la seguridad social constituye la garantía del derecho a vivir una vida digna frente al desempleo, la vejez, la discapacidad o la enfermedad. Sin embargo, el derecho a la seguridad social se sustenta en los principios de universalidad y solidaridad, y puede ser reivindicado mediante la acción de amparo; los jueces deben ponderar las particularidades de cada caso concreto».

m. Al tenor de esta misma línea jurisprudencial, consideramos importante destacar que mediante la aludida Sentencia TC/0405/19, este colegiado dictaminó además la necesidad de «salvaguardar el mantenimiento de las condiciones que auspician la vida digna de una persona de la tercera edad». Es decir, otorgó prevalencia a las referidas condiciones sobre las leyes adjetivas regulatorias del ámbito social”

—El derecho a la salud como derecho fundamental. Esa misma Sentencia TC/0479/21, de 16 de diciembre, debido a que el accionante tenía diagnosticada una enfermedad, razona que “el derecho a la salud es fundamental, que ha sido reconocido en el artículo 61 de la Carta Sustantiva” (apartado p) y declara que en el caso había sido lesionado.

—El derecho a un mínimo vital como derecho constitucionalizado. En la Sentencia TC/0366/19 estimó que la pensión de un sobreviviente reviste una dimensión iusfundamental, cuya fuente se deriva del derecho a la dignidad humana, en los términos siguientes: “Este tribunal constitucional entiende que procede rechazar la inadmisibilidad por existir otra vía efectiva e idónea para conocer del caso de la especie, pues la pensión de un sobreviviente reviste una dimensión iusfundamental vinculada estrechamente al derecho a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de la familia y de los niños, niñas y adolescentes, que se proyecta sobre el denominado derecho a un mínimo vital, derecho fundamental derivado del propio derecho a la dignidad humana y que se refiere al derecho a unos recursos mínimos garantizados para solventar las necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, educación), que en este caso serían solventados con la pensión cuya asignación se persigue. De ahí que el amparo resulta la vía más efectiva”. También en relación a pensiones véase la Sentencia TC/0380/23, de 13 de junio (apartado l).

II.- Transcripción de textos

TÍTULO I. DE LA NACIÓN, DEL ESTADO, DE SU GOBIERNO Y DE SUS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO II. DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Artículo 7.

Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 8.- Función esencial del Estado.

Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

TÍTULO II. DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES FUNDAMENTALES

CAPÍTULO I. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

SECCIÓN I. DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 38.- Dignidad humana.

El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

Artículo 39.- Derecho a la igualdad.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal. En consecuencia:

- 1) La República condena todo privilegio y situación que tienda a quebrantar la igualdad de las dominicanas y los dominicanos, entre quienes no deben existir otras diferencias que las que resulten de sus talentos o de sus virtudes;
- 2) Ninguna entidad de la República puede conceder títulos de nobleza ni distinciones hereditarias;
- 3) El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusión;
- 4) La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género;

- 5) El Estado debe promover y garantizar la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas a los cargos de elección popular para las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia y en los organismos de control del Estado.

SECCIÓN II DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Artículo 54.- Seguridad alimentaria.

El Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuarios, con el propósito de incrementar la productividad y garantizar la seguridad alimentaria.

Artículo 56.- Protección de las personas menores de edad.

La familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, conforme a esta Constitución y las leyes.

En consecuencia: 1) Se declara del más alto interés nacional la erradicación del trabajo infantil y todo tipo de maltrato o violencia contra las personas menores de edad. Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos por el Estado contra toda forma de abandono, secuestro, estado de vulnerabilidad, abuso o violencia física, psicológica, moral o sexual, explotación comercial, laboral, económica y trabajos riesgosos; 2) Se promoverá la participación activa y progresiva de los niños, niñas y adolescentes en la vida familiar, comunitaria y social; 3) Los adolescentes son sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta.

Artículo 57.- Protección de las personas de la tercera edad.

La familia, la sociedad y el Estado concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Artículo 58.- Protección de las personas con discapacidad.

El Estado promoverá, protegerá y asegurará el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad, así como el ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades. El Estado adoptará las medidas positivas necesarias para propiciar su integración familiar, comunitaria, social, laboral, económica, cultural y política.

Artículo 59.- Derecho a la vivienda.

Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales. El Estado debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de viviendas y asentamientos humanos de interés social. El acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada es una prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de vivienda.

Artículo 60.- Derecho a la seguridad social.

Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado estimulará el desarrollo progresivo de la seguridad social para asegurar el acceso universal a una adecuada protección en la enfermedad, discapacidad, desocupación y la vejez.

Artículo 61.- Derecho a la salud.

Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia: 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran; 2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales.

CAPÍTULO II. DE LAS GARANTÍAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**Artículo 68.- Garantías de los derechos fundamentales.**

La Constitución garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley.

Artículo 70.- Hábeas data.

Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Artículo 71.- Acción de hábeas corpus.

Toda persona privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera ilegal, arbitraria o irrazonable, tiene derecho a una acción de hábeas corpus ante un juez o tribunal competente, por sí misma o por quien actúe en su nombre, de conformidad con la ley, para que conozca y decida, de forma sencilla, efectiva, rápida y sumaria, la legalidad de la privación o amenaza de su libertad.

Artículo 72.- Acción de amparo.

Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.

Párrafo.- Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo.

CAPÍTULO III. DE LOS PRINCIPIOS DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación.

La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

- 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;
- 2) Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad;
- 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;
- 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

TÍTULO VII DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.

Artículo 185.- Atribuciones.

El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia:

- 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;
- 2) El control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo;
- 3) Los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares;
- 4) Cualquier otra materia que disponga la ley.

CAPÍTULO DECIMOCTAVO. URUGUAY

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY DE 1987, EN SU TEXTO VIGENTE DE 1997

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

En Uruguay los derechos sociales surgen en la Constitución de 1934. En palabras de Gros (2003: 81): “Las Constituciones anteriores, siguiendo la tradición constitucional del liberalismo, se habían limitado a declarar el deber del Estado de proteger ciertos derechos innatos del individuo, como la libertad, la igualdad, etcétera. La Carta del 34, aparte de ciertas ampliaciones de los textos anteriores, e inspirándose en las Constituciones de la post guerra europea, incluyó un conjunto de normas que reconocen derechos de con tenido económico y social, respecto de los cuales el Estado no asume ya una actitud pasiva —reconociendo al individuo sólo una facultad de hacer—, sino que, por el contra rio, declara derechos que implican para el Estado el deber de brindar o de dar a los individuos determinado apoyo económico o social, definiendo también la actitud que el Estado debe asumir frente a la familia, la maternidad, la enseñanza, el trabajo, la vivienda, el derecho obrero, la propiedad intelectual, la riqueza artística e histórica del país, los monopolios, los sindicatos, la huelga y los funcionarios públicos.”¹²⁹

La Constitución vigente se aprobó inicialmente en 1987 y recoge en el Capítulo II de la Sección II una serie de derechos sociales, como el derecho a la salud (según el artículo 44, “El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”)¹³⁰ o a una vivienda decorosa (artículo 45) y algunas dimensiones del derecho a la seguridad social, como la protección de la familia, la infancia y la juventud, a las mujeres durante el embarazo, parto y puerperio y su asistencia en caso de des amparo, la especial asistencia a las adolescencias en conflicto con la ley (artículos 40 a 43), la obligación del Estado a brindar protección a personas con discapacidades crónicas carentes de recursos o que estén inhabilitadas para el trabajo (artículo 46) la previsión de las jubilaciones generales y los seguros sociales (artículo 87)¹³¹.

Como salta a la vista, se trata de una constitucionalización de los derechos sociales más débil que en otros textos supremos de la región. Esta característica se salva con el juego combinado de los artículos 7 (“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad”), 72 (“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana”) y 332 (“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos [...] no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva”). Mediante estos preceptos los derechos constitucionalizados adquieren carácter dinámico y cabe integrarlos con los tratados internacionales de derechos humanos. Además, de ellos se deriva la categorías clásicas de derechos preexistentes y derechos consagrados¹³².

La garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales se obtiene a través de la “acción de amparo”, que se plantea ante los órganos del Poder Judicial, existiendo la posibilidad de apelar. No está regulada expresamente en la Constitución, pero la doctrina científica y la jurisprudencia la deriva directamente de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución. Permite, por tanto, reclamar la

129 Gros Espiell, Héctor (2003): Evolución constitucional del Uruguay. FCU, Montevideo, 3ª edición.

130 Mirador DESCA, Informe 01 Derecho a la Salud (2021).

131 Mirador DESCA, Informe 01 Derecho a la Seguridad Social (2022).

132 Gamarra Antes, D. (2022), “Sobre los derechos en la constitución uruguaya. Una propuesta de revisión conceptual”, Revista Facultad de Derecho, 53.

efectividad del conjunto dinámico de derechos que resulta de la integración de los tratados internacionales de derechos humanos. Su virtualidad práctica es muy desigual. Es un cauce efectivo para la tutela efectiva del derecho a la salud, permitiendo obtener con regularidad la entrega gratuita de tratamientos médicos y medicamentos de alto costo. Véase la siguiente serie de amparos enjuiciados (2017/248, 2018/331, 2019/634, 2020/753, 2021/953, 2023/1600), con un alto porcentaje de estimación¹³³. Sin embargo, apenas funciona para el resto de derechos sociales (entre 1 de octubre de 2018 y 1 de octubre de 2019 solo hubo 22 juicios de amparo “no médicos” resuelto en apelación¹³⁴).

II.- Transcripción de textos

SECCIÓN II. DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS

CAPITULO I

Artículo 7.

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 8.

Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

CAPITULO II

Artículo 40.

La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Artículo 41.

El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten. La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

Artículo 42.

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él. La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

133 Exp. ref. N° 3/1771/2022 (acceso a la información pública), 9 de mayo de 2022

134 Risso Ferrand, M., Garat, M. P., Rainaldi, S., Guerra, M., Kazarez, M., y Pintos, E. (2020). La acción de amparo en Uruguay. Complemento de investigación. Revista de Derecho, 22, 160-177

Artículo 43.

La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer.

Artículo 44.

El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Artículo 45.

Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin.

Artículo 46.

El Estado dará asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo. El estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales.

Artículo 47.

La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La Ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

Artículo 67.

Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales.

CAPITULO III**Artículo 72**

La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

SECCIÓN XIX. DE LA OBSERVANCIA DE LAS LEYES ANTERIORES DEL CUMPLIMIENTO Y DE LA REFORMA DE LA PRESENTE CONSTITUCIÓN

CAPITULO IV

Artículo 332

Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

CAPÍTULO DECIMONOVENO. VENEZUELA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, de 1999

I.- Análisis de los DESC reconocidos y de las vías de su tutela jurisdiccional

Dentro del Título III, titulado “De los derechos humanos y garantía, y de los deberes”), se afirman en el Capítulo I los principios de progresividad e interdependencia en el ejercicio irrenunciable de los derechos humanos y se destina todo el Capítulo V a tratar “De los derechos sociales y de las familias”.

Entre los contenidos constitucionalizados en este Capítulo V, destaca muy en especial el artículo 83 que reconoce el derecho a la salud como un derecho social fundamental, entendido además no únicamente como la ausencia de enfermedades, sino como un conjunto determinante de factores que garantizan la calidad de vida, el bienestar socioeconómico y el acceso a los servicios públicos fundamentales para vivir en condiciones dignas. Asimismo se reconoce la dimensión de participación en el fomento y defensa de la salud. Por su parte, el artículo 86 reconoce el derecho a la seguridad social para garantizar la salud y enfrentar contingencias vitales, además de cualquier otra circunstancia de previsión social. Se prevé también el derecho de los menores a una atención específica; el derecho a la seguridad social relativo a las pensiones de vejez (artículo 80), el derecho de los discapacitados o personas con necesidades especiales (artículo 81) y el derecho a una vivienda digna (artículo 82)¹³⁵.

Además, el artículo 19 dispone que “el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”. Constitucionaliza así principios tan avanzados de los derechos sociales como el de progresividad y el de indivisibilidad¹³⁶.

A pesar de todo ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resalta en su Informe de País correspondiente al año 2017 el deterioro de la situación de derechos humanos que se vive en Venezuela. Afirma, como observación de principio, que “las alteraciones del Estado de Derecho y sistema democrático en Venezuela se presentan en un contexto de retrocesos y débil capacidad institucional para garantizar niveles adecuados de vida a la población. La CIDH advierte con preocupación la existencia de una profunda crisis económica y social en Venezuela, caracterizada por un significativo aumento de la pobreza y la pobreza extrema, así como de enormes dificultades de acceso a alimentos, medicamentos, servicios de salud y vivienda adecuada por grandes sectores de la población”¹³⁷.

135 Pereira Jardim, L. y Heredia Martínez, H. (2014), “Conjeturas sobre el derecho social y la salud en Venezuela”, *Revista latinoamericana derecho social*, n.18.

136 Palacios Romeo, F. y Gutiérrez Alvarado, G. (2019), “Constitución bolivariana de Venezuela ¿constitucionalismo social neoclásico o insurgente?”, en *Constitucionalización de Derechos Sociales: análisis de los procesos constituyentes recientes en África y América Latina, y perspectivas de futuro*, Coordinado por Quim Arrufat e Irene Escorihuela. Editado por el Observatori DESC, páginas 45 y ss.

137 CIDH (2017), “Institucionalidad democrática, estado de derecho y derechos humanos en Venezuela: Informe de país”, que destina las páginas 221 a 252 a un epígrafe titulado “Pobreza y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, examinando por separado la pobreza, la alimentación, la salud, la educación, la vivienda y el impacto en la movilidad humana.

TÍTULO III. DE LOS DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS, Y DE LOS DEBERES

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 19.

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Artículo 21.

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas. 4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

CAPÍTULO V DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DE LAS FAMILIAS

Artículo 75.

El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Artículo 76.

La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos. El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirles cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos.

o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Artículo 77.

Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

Artículo 78.

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 79.

Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y, en particular, para la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley.

Artículo 80.

El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.

Artículo 81.

Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, le garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana.

Artículo 82.

Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales que incluyan un hábitat que humanice las relaciones familiares, vecinales y comunitarias. La satisfacción progresiva de este derecho es obligación compartida entre los ciudadanos y ciudadanas y el Estado en todos sus ámbitos. El Estado dará prioridad a las familias y garantizará los

medios para que éstas, y especialmente las de escasos recursos, puedan acceder a las políticas sociales y al crédito para la construcción, adquisición o ampliación de viviendas.

Artículo 83.

La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

Artículo 84.

Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud.

Artículo 85.

El financiamiento del sistema público nacional de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado regulará las instituciones públicas y privadas de salud.

Artículo 86.

Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.

PARTE TERCERA

Si la última generación de textos constitucionales de los países iberoamericanos destaca por algo es por constitucionalizar la seguridad social y la salud como derechos exigibles y rodearlos de garantías de tutela jurisdiccional. Sin embargo, ante el bajo nivel de aplicación de estos contenidos constitucionales, han sido los tribunales nacionales quienes, directamente a partir del reconocimiento constitucional de estos derechos sociales, han accedido a las reclamaciones de los particulares y, en consecuencia, ordenado la satisfacción en su favor.

El resultado de esta intensa judicialización es una copiosa jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, que fija criterios útiles a seguir por las instituciones de gestión de la seguridad social para alcanzar el objetivo de elevar sustancialmente el grado de realización práctica de tales derechos sociales. En esta tercera parte se destacan los hitos principales de esta doctrina jurisprudencial en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México y Perú.

CAPÍTULO PRIMERO. ARGENTINA

1.- Sentencia Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (La Plata) del 3 de septiembre de 2020 (obligación de proveer elementos de protección a los trabajadores de salud de un hospital)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado, en su cuadernillo de seguimiento titulado “Implementación e Impactos de la Resolución No. 1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, la relevancia de esta resolución de la Cámara de Apelación de lo C-A de la Provincia de Buenos Aires recaída en la Causa N° 25947-E CCALP “Ledesma Nuñez Natalia Liliana y otros c/ Gobierno Provincia Buenos Aires s/ amparo”, poniendo de relieve que:

“El 3 de septiembre de 2020, la Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata confirmó una sentencia de primera instancia del Tribunal del Trabajo No. 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora que ordenó al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires proveer elementos de protección a los trabajadores de salud de un hospital, en un plazo de 48 horas. La decisión de primera instancia había sido impugnada por la Fiscalía de Estado por considerar, entre otras cosas, que no se demostró que el Ministerio había incurrido en omisión ilegal. La decisión de confirmación de la sentencia de primera instancia se fundamentó, entre otras disposiciones, en la recomendación 10 de la Resolución No. 1/2020 de la CIDH.

La Cámara de Apelación desestimó la impugnación de la Fiscalía de Estado tras considerar que no se acreditó que el juez de primera instancia incurrió en error al emitir la orden al Ministerio de Salud. Asimismo, señaló que tampoco se acreditó que el Ministerio hubiese cumplido totalmente con la entrega de los insumos previstos en protocolos al personal de salud. Además, afirmó que los trabajadores de la salud se encuentran en una situación de mayor exposición y extrema vulnerabilidad en el contexto de la emergencia sanitaria, lo cual genera obligaciones a cargo del Estado para el resguardo de los derechos involucrados. En este sentido, para la Cámara privar o limitar el acceso del personal de salud a los elementos de protección personal contradice principios en juego vinculados al derecho a la salud y a las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo que aseguren la protección de la integridad de las y los trabajadores.

Para apoyar este argumento, la Cámara de Apelación recordó que la Resolución No.1/2020 establece ‘que existen ciertas categorías de trabajos que exponen especialmente a las personas a mayores riesgos de ver afectados sus derechos humanos por la pandemia y sus consecuencias, tales como personas trabajadoras de la salud’. Además, citó la recomendación 10, por medio de la cual se insta a los Estados a asegurar la disponibilidad y provisión de material de bioseguridad, insumos y suplementos médicos esenciales de uso del personal de salud, fortalecer su capacitación técnica y profesional para el manejo de pandemias y crisis infecciosas, garantizar la protección de sus derechos y disponer de recursos específicos mínimos para enfrentar estas situaciones.

La citada resolución desarrolló su argumentación con apoyo principalmente en el derecho constitucional a la vida y a la salud de los trabajadores sanitarios, así como en el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador (reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia ‘Spoltore vs. Argentina’ de fecha 9 de junio de 2020). Cabe destacar por su especial interés los siguientes términos que se extractan de sus páginas 9 a 12:

“En estas condiciones, se evidencia que una solución que prive o limite el acceso del personal de salud a todos los elementos de protección personal –contemplados en los propios protocolos

elaborados por la Administración– frente a la grave situación de emergencia sanitaria actual, se hallaría en pugna con los principios axiológicos en juego, vinculados con la protección del derecho a la salud y a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la integridad de los trabajadores (arts. 14 bis, 16, 28, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; I, XI, XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3, 23, 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7, 10 del Protocolo de San Salvador –ley 24.658–; 7, 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 36 inciso. 8, 39 incisos. 1 y 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

La Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, del 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, destaca entre otros estándares que, en el marco de la pandemia ocasionada por el virus Covid-19: ‘Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son (...) el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia’” Asimismo, dispuso: ‘El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.’

En la misma línea, la Resolución 1/2020 ‘Pandemia y Derechos Humanos en las Américas’, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el día 10-IV-2020 consideró: ‘...que existen ciertas categorías de trabajos que exponen especialmente a las personas a mayores riesgos de ver afectados sus derechos humanos por la pandemia y sus consecuencias, tales como personas trabajadoras de la salud (...)’. De igual modo, dentro de las recomendaciones formuladas, previó: 10. ‘Asegurar la disponibilidad y provisión oportuna de cantidades suficientes de material de bioseguridad, insumos y suplementos médicos esenciales de uso del personal de salud, fortalecer su capacitación técnica y profesional para el manejo de pandemias y crisis infecciosas, garantizar la protección de sus derechos, así como la disposición de recursos específicos mínimos destinados a enfrentar este tipo de situaciones de emergencia sanitaria.’

A ello se ha de agregar el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador, que ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una reciente sentencia, dictada en el caso ‘Spoltore vs. Argentina’ en fecha 9 de junio de 2020 que, si bien se suscitó en el contexto de un proceso laboral contra una empresa privada, resulta plenamente aplicable a los trabajadores del sector público. Allí se sostuvo que: “(...) el artículo 45.b) de la Carta de la OEA establece que ‘[e]l trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar’. De esta forma, la Corte considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias para derivar su existencia y reconocimiento implícito de la Carta de la OEA. En vista de lo anterior, la Corte considera que es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención (...)”.

Desde ese mirador, continuó: ‘La Corte considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección del derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador, incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata), los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las salvaguardas reconocidas para el derecho a condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador... Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad...’

En esa sentencia, al recordarse que los derechos laborales y el derecho a la seguridad social incluyen las garantías del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, “tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que “Esto mismo es aplicable al derecho a las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador”.

De las consideraciones precedentes se sigue que la cuestión debatida en estos autos es inherente al derecho a la salud –comprendido dentro del derecho a la vida–, que cuenta con especial protección en la carta magna local y ha sido reafirmado a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional citados precedentemente, de manera tal que su ejercicio no se torne ilusorio (conf. C.S.J.N. causas: “Campodónico de Beviacqua”, sent. del 24-X-02; “Monteserin”, sent. del 16-VI-01; “Asociación Benghalensis”, sent. del 1-VI-00; “Mestres”, sent. del 14-IX-04; doct. S.C.B.A. en la causa B-65.238, “Toledo”, sent. 5-XI-03, entre muchas otras), al recibir protección constitucional directa y operativa”. >>

2.- Sentencia Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (La Plata) del 30 de junio de 2020 (obligación de proveer elementos de protección a los trabajadores de salud de un hospital)

La acción fue promovida por el Sr. Héctor O. Méndez, en representación de su madre, con el fin de que se ordenase al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires que, con regularidad suficiente mientras se mantenga la pandemia, entregase al Establecimiento Geriátrico en que la misma se encuentra internada tanto Test rápidos preventivos de serología como Test de PCR por hisopado para el personal y demás insumos sanitarios específicos, todo ello al efecto de prevenir la introducción del virus COVID 19 dentro de ese Hogar y la infección tanto de los empleados como de los internados. Asimismo, se reclama una medida cautelar tendiente a que se ordene, entretanto recae el fallo sobre el fondo, que el Ministerio de Salud realice tales suministros.

El magistrado de primera instancia rechaza la medida cautelar. Entiende que prima facie no se advierte un actuar u omisión contrario a derecho por parte de la aquí demandada, desde que a tenor de las propias manifestaciones de la parte actora resulta que “hasta el momento no se ha registrado ningún afectado entre el personal e internados”, y que conforme lo dictaminado por los expertos solo deben hisoparse los pacientes sintomáticos y no debe realizarse monitoreo periódico de asintomáticos.

La Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo [causa “MENDEZ, HECTOR OSCAR C/ MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/AMPARO (INFOREC 10)”], por una mayoría de 2 a 1, revoca ese fallo y, con base en los derechos constitucionales y convencionales de respeto de la salud, en especial de grupos especialmente vulnerables como las personas de edad avanzada, ordena que cautelarmente se entreguen los suministros solicitados.

Uno de los jueces que conforman la mayoría razona como sigue:

“c) En ese marco, considero que procede admitir la diligencia precautoria pretendida, toda vez que, analizadas las constancias agregadas a la causa, en el delimitado marco cognoscitivo propio de las diligencias cautelares, cabe decir que, en el caso concreto, se acreditan suficientemente los requisitos para su procedencia, ponderados de conformidad a la índole de los bienes que se procuran tutelar y al compromiso que, sobre aquéllos, la no adopción de tal medida –de carácter preventivo– resulte susceptible de ocasionar (arts. 75 inc. 22º, Const. Nac.; 11, 31, 36 incs. 5º y 8º, 39, Const. Prov.; 9, 25 y concs., Ley 13.928 –texto según Ley 14.192–; 230, 232 y concs., CPCC).

Cabe recordar, en primer lugar, el especial contexto actual imperante, donde el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de lo cual se tomaron diversas medidas en nuestro país –en que rige en la actualidad el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el DNU N° 297/20–, reflejando dicha coyuntura, la grave emergencia sanitaria nacional y los bienes jurídicos tutelados en ciernes (la vida y la salud, arts. 75 inc. 22 y 23 CN).

Asimismo, ninguna duda cabe en cuanto a la mayor situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas mayores frente a un posible contagio de COVID-19, habiéndose elaborado desde la órbita de la autoridad sanitaria bonaerense recomendaciones para la prevención en residencias de personas mayores de edad, al considerarla “población vulnerable”, procurando evitar la introducción del COVID-19 en tales establecimientos [...]

En ese contexto, se revigora el mandato constitucional del artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional –y art. 36 incs. 5 y 6 de nuestra Constitución provincial–, y el consecuente deber de promover medidas de acción positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales, en resguardo de un grupo de extrema vulnerabilidad como son los ancianos y su salud –más aún ante la presencia de alguna discapacidad, como en autos–.

Tales circunstancias tornan necesaria la adopción de medidas no sólo paliativas sino principalmente y en especial de tinte preventivas, con carácter urgente, en salvaguarda de la integridad de la población de mayor riesgo ante el virus y del equipo de salud que la asiste.

Máxime ponderando que el aludido mandato constitucional ha de aggiornarse en un marco situacional como el actual, que va variando día tras día y amerita ponderar el comportamiento, evolución y variación epidemiológica que se presenta en cada momento y lugar determinados, reflejado ello –en lo que al caso puntual de los geriátricos refiere– en cuanto resultan de público conocimiento –y así también lo refiere el amparista con documentación respaldatoria, v. documental, presentación del 29/4/20– los contagios ocurridos en el seno de hogares de ancianos y la gravedad de la situación epidemiológica en el área metropolitana bonaerense.

En particular, cabe traer a colación cuanto refieren los expertos de la Asesoría Pericial La Plata, en cuanto dictaminaran –en fecha 28/4/20– que “...la utilización de test rápidos de detección del COVID-19 ofrece la posibilidad de aumentar las capacidades diagnósticas del Sistema Nacional de Salud. Las pruebas rápidas de detección del COVID-19 permiten obtener resultados en 15 minutos y tienen un formato fácil de utilizar por parte del personal sanitario...”, puntualizando que en el ámbito ex-

trahospitalario, “...Se priorizará la utilización de los test en residencias de personas mayores y centros sociosanitarios con el objetivo de detectar precozmente los casos e investigar los posibles brotes”.

Por lo demás, es dable entender que la solución aquí propiciada se encuentra en línea con las actuales medidas de acción que ha comenzado a implementar la autoridad sanitaria provincial, con carácter preventivo –es decir, aún ante la inexistencia de casos sospechosos y/o confirmados de COVID19–, en la medida que se ha encarado la ejecución de protocolos de acción en establecimientos geriátricos –“metodología de pooles”–, consistentes en efectuar testeos de múltiples personas mayores y equipos de salud para evaluar la incidencia del virus en tales poblaciones vulnerables (v. sitio web oficial del Ministerio de Salud provincial, 4–6–20, https://www.gba.gob.ar/saludprovincia/noticias/la_provincia_implementa_un_novedoso_sistema_de_control_en_geriatricos; v. asimismo, presentación del amparista del 17–6–20).

En ese marco, reviste relevancia recordar que el derecho a la salud representa uno de los corolarios del derecho a la vida, y su reconocimiento como prerrogativa personalísima posee expresa raigambre constitucional con la incorporación como Ley Suprema de los tratados internacionales que así lo receptan (art. 75 inc. 22º, Const. Nac.; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25–1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros).

Cabe sumar, así, y en esa télesis, la importancia que cobra la normativa constitucional–convencional universal y regional en materia de derechos humanos y la interpretación particular y general que sus órganos realizan a través de los distintos mecanismos de intervención (como responsables últimos de la inteligencia de los mandatos asumidos por los Estados parte, en términos de protección de derechos humanos), jerarquía fortalecida por la Corte Suprema a través de disímiles precedentes (CSJN, “Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa ‘Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores– Provincia del Chubut’ y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV ‘Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional– Ministerio de Relaciones ExterioresProvincia del Chubut’”, sent. del 6/8/2013).

Dicho Supremo Tribunal recogió así tales pautas, en cuanto a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22º de la Ley Suprema), ha reafirmado “el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas” (“Fallos”, 321:1684, 323:3229).

Así, en un caso como el de autos, debe darse primacía efectiva al derecho a la vida y salud comprometidos en autos, toda vez que, tal como lo sostuvo la CSJN, “el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional” (“Fallos”, 302:1284; 310:112). También ha dicho que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (“Fallos”, 316:479, 323:3229).

En particular, se destaca cuanto emerge del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, contemplando en particular, que se deberán adoptar medidas que aseguren “...la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (art. 12, inc. c), así como la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (inc. d).

Finalmente, resta enfatizar que la obligación de adoptar medidas aun en subsidio desde el Poder Judicial surge clara a la luz de lo expresado –también obligatoriamente para todos los jueces y funcionarios– por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los derechos de las personas con discapacidad (CIDH. Caso “Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 31 de agosto de 2012 Serie C Nº 246, Resumen Oficial, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>), así como a mérito de lo dispuesto en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a cuyo respecto dijera la CIDH que “el modelo social para abordar la discapacidad debe considerar las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva, y que pueden ser de índole física o arquitectónica, comunicativa, actitudinal o socioeconómica, y toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos, siendo insuficiente a los fines de esa protección que los Estados se abstengan de violar los derechos pues es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad y esto implica la obligación de los Estados de propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que aquellas limitaciones sean desmanteladas, y en esta inteligencia resulta necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras”.

d) En tal particular contexto, ponderando los derechos comprometidos en riesgo, de una mujer mayor de avanzada edad y discapacitada, cabe adoptar un criterio protectorio en función de los bienes en juego, el compromiso vital de los mismos, su condición (acumulativa) de sujeto preferente constitucional y convencionalmente impuesto (mujer mayor y discapacitada), el alcance de las obligaciones en clave constitucional–convencional existentes y asumidas (arts. 5, 14, 33, 42 y 75 incs. 22 y 23, Const. Nac.; I, XI y concs., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 y concs., Declaración Universal de Derechos Humanos; 4, 5 y concs., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 24 y concs., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, 12 y concs., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1, 16 inc. 4, y concs., Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; 36 incs. 5, 6 y 8 y concs., Const. Prov.; 1 y concs., Ley 6982; 1 y concs., Ley 10.592; 22 y concs. CCA).

Bajo una justa hermenéutica inherente al “control de convencionalidad” que corresponde adoptar para analizar la presente petición, es dable poner de manifiesto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 10 de abril del presente año expidió la Resolución N.º 1/20 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, en la cual no sólo advierte la afectación a la vigencia de los derechos humanos a causa de la COVID– 19, tales como la libertad, salud, integridad personal, trabajo, etc.; además, establece recomendaciones que los Estados de la Región deben considerar previamente al dictado de sus medidas de contención de la pandemia, a fin de que se respeten los derechos humanos.

En este sentido, y en particular, sobre los grupos en situación de vulnerabilidad (mujeres, niños, adolescentes, personas LGBTI, personas con discapacidad, personas trabajadoras, adultos mayores etc), exhorta que los Estados, al momento de tomar decisiones de emergencia ante la COVID–19, deben aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a su impacto diferenciado.

En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco de su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada para la crisis derivada de la pandemia del COVID–19 (SACROI COVID–19), urge a los Estados a brindar una protección reforzada a las personas mayores de la región,

quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, y a adoptar las medidas necesarias para garantizar sus derechos, de acuerdo con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y con los estándares y las recomendaciones de su Resolución No. 01/20 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”.

La CIDH manifiesta su preocupación por la situación de vulnerabilidad de más de 76 millones de personas mayores que viven en la región, la cual se ha visto seriamente agravada por el COVID-19, debido a un nivel de riesgo mayor, por su susceptibilidad al contagio. En este contexto, a la CIDH le preocupan profundamente los altos índices de infección, ingresos en hospitales y mortalidad de personas mayores registrados en el último mes. La Comisión urge a los Estados a garantizarles el derecho a la salud física y mental, adoptando las medidas necesarias a fin de prevenir los contagios, en todos los ámbitos y particularmente en residencias de largo plazo, hospitales y centros de privación de libertad. Para ello deben priorizarles el acceso a las pruebas de COVID-19.

Así, se impone adoptar un criterio favorable dada la índole de los derechos en juego, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, y los agravios del recurrente (cfr. doctr. art. 384, CPCC, art. 25, ley 13.928, texto según ley 14.192).

Desde esa óptica, merituando la documentación acompañada, se aprecian preliminarmente, cumplimentado los recaudos –“verosimilitud del derecho” y “peligro en la demora”– del accionante en obtener la provisión de los test e insumos médicos requeridos.

En particular, el peligro en la demora surge prístino en tanto la medida procura tutelar a una persona mayor que integra –junto con los restantes ancianos alojados en el establecimiento– un grupo de riesgo por razones etarias, y que en caso de un contagio de COVID-19, presenta en general complicaciones de salud más severas que las de personas más jóvenes, en gran parte de los casos con alcances irreversibles.

Dentro de un razonable margen de probabilidades, que corresponde formular, la medida solicitada, reluce razonable a fin de evitar un grave e inminente perjuicio que podría tornarse en una situación irreparable; ello así a los fines de asegurar la vigencia cierta del derecho a la salud y a la vida que asiste a los destinatarios de la medida, frente a un riesgo inminente, por la edad avanzada de los mismos, que sólo solicitan la atención preventiva y adecuada, para ser diagnosticados tempranamente, a fin de procurar la atención en tiempo vital de las posibles consecuencias que genera la presente pandemia para esos grupos especialmente expuestos y vulnerables al compromiso del derecho a la salud y la vida.

Por último, no se advierte que la medida precautoria ordenada pueda ocasionar una grave afectación al interés público. Antes bien, una debida estrategia sanitaria preventiva, de atención temprana de un test que diagnostique la existencia de una enfermedad, genera para el estado, el conocimiento primario de posibles casos que pudieran estar ocultos, con la consiguiente y probable expansión silenciosa de la pandemia social, con efectos de graves consecuencias al sistema de salud pública.

Todo ello, sin que lo propiciado signifique juicio definitivo sobre el mérito del asunto, ni dispense al juez de la causa del dictado posterior de la sentencia conclusiva, o bien del pronunciamiento necesario en el marco de celeridad en que se inscribe la contienda (art. 15, Const. Prov.).

e) A mérito de las consideraciones expuestas, propongo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocando el decisorio de grado, y admitir la medida cautelar solicitada, ordenando al Ministerio de Salud provincial a suministrar al Establecimiento Geriátrico “Hogar de Sostén y Mantenimiento Finosa” en que se encuentra internada la señora Esther Cocconi, en el plazo de cinco (5) días, los Test rápidos preventivos de serología para la misma así como para los restantes ancianos allí alojados, y todo el personal que desempeña labores en dicho establecimiento, con la periodicidad necesaria para

monitorear el estado de salud de las personas involucradas, según los protocolos técnicos específicos, hasta tanto se dicte sentencia en autos; suministrando los Test de PCR por hisopado de resultar ello procedente según el resultado que arrojaran los primeros; con costas a la demandada vencida (arts. 75 incs. 22, 23 y conchs., Const. Nac.; 11, 20 inc. 2, y 36 incs. 5, 6 y 8, Const. Prov.; 5, 9, 16 inc. 2, 17, 17 bis, 19, 25 y conchs., ley 13.928 conf.– texto según ley 14.192”).

3.– Medidas específicas de protección de la salud de las personas privadas de libertad

3.1.– Acordada No. 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal del 13 de abril de 2020

Este documento, que consiste en una recomendación que pretende orientar de un modo uniforme las decisiones de los tribunales penales, parte de las recomendaciones realizadas por organismos internacionales de Derechos Humanos en relación a la situación de especial riesgo para la salud en que se encuentran las personas privadas de libertad. Recuerda, en especial, que “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exhortó a los Estados a adoptar medidas alternativas a la privación total de la libertad, siempre que fuera posible, evitando el hacinamiento en las cárceles, lo que puede contribuir con la propagación del virus”. Este exhorto se materializó en particular en las recomendaciones 45 y 46 de su Resolución 1/2020, titulada Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. A partir de estos fundamentos jurídicos, esta Acordada razona como sigue:

<< La situación pandémica del coronavirus (COVID-19) tiene la potencialidad de afectar particularmente a personas que se encuentran privadas de su libertad, máxime teniendo en cuenta las condiciones actuales de emergencia carcelaria formalmente declarada (Resolución de Emergencia Carcelaria, RESOL-2019-184-APNMJ, del 25 de marzo de 2019).

Que estas especiales circunstancias exigen la adopción de medidas concretas por parte de los poderes del Estado para el adecuado resguardo de uno de los sectores más vulnerables, sobre quienes, además, existe un deber de garantía, que exige –en estas especiales circunstancias– un abordaje humanitario.

[...]

Así, surgen diversas medidas a recomendar desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, para aliviar la situación de hacinamiento carcelario con el fin de disminuir los factores de riesgo y facilitar la atención sanitaria ante casos de COVID 19. Por el otro, para responder al entorno de aquellos internos que están dentro de alguno de los grupos de vulnerabilidad frente a la pandemia.

En uno y otro supuesto las decisiones han de estar reguladas por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, han de distinguirse entre los estándares con los que se pondera la sobrepoblación penitenciaria y aquellos con los que se analiza la especial vulnerabilidad de algunas de las personas privadas de su libertad.

[...]

En virtud de estas consideraciones, de manera excepcional mientras dure la emergencia sanitaria, en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo 4 del CPPN, con fines humanitarios y con el objetivo de alcanzar el debido cumplimiento de las funciones jurisdiccionales, y posibilitar una mayor dinámica y operatividad a las normas en vigor –dentro del marco legal expresamente establecido–, acordamos el dictado de las reglas y recomendaciones que figuran a continuación.

[...]

ACORDARON:

- 1) Recomendar el estricto cumplimiento de las Acordadas 2 y 3 de esta Cámara [anteriores a la pandemia y referidas a las situación de mujeres embarazadas y con hijos menores].
- 2) Recomendar a los tribunales de la jurisdicción que adopten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder, respecto de:
 - a) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la Ley 24390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso;
 - b) Personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta;
 - c) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión;
 - d) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos;
 - e) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas;
 - f) Personas con mayor riesgo para la salud, como adultos mayores, personas con discapacidades que puedan exponerlas a un mayor riesgo de complicaciones graves a causa del COVID-19, y personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas como enfermedades coronarias, diabetes, enfermedad pulmonar y VIH. Las evaluaciones en cada caso deberían determinar si es posible proteger su salud si permanecen detenidas y considerar factores como el tiempo de pena cumplido y la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención, para los procesados. >>

3.2.- Pautas de procedimiento destinadas al diagnóstico diferencial de la enfermedad del COVID-19 por parte de los profesionales de la salud del Servicio Penitenciario Federal

El Servicio Penitenciario Federal dispuso la aplicación de las “Pautas de procedimiento destinadas al diagnóstico diferencial del COVID-19 por parte de los profesionales de la salud del Servicio Penitenciario Federal”.

Como pone de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³⁸, estas pautas indican que la Resolución No. 1/2020 de la CIDH insta a los Estados a aplicar perspectivas interseccionales que presten especial atención a las necesidades de las personas privadas de libertad y a otros grupos en especial situación de vulnerabilidad, tales como, personas mayores, mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas LGBTI y personas con discapacidad, en el marco de las medidas de contención y atención de la pandemia por COVID-19.

Y ajustándose a esa recomendación, el Servicio Penitenciario Federal señaló que las medidas para prevenir y controlar la propagación del COVID-19 deben adoptarse en el marco de un trato digno y no discriminatorio, y considerar especialmente los colectivos de personas mayores, mujeres, mujeres embarazadas, niños y niñas, personas trans, personas usuarias de los servicios de salud mental y personas con discapacidad. Asimismo, las pautas indican que las personas trans privadas de libertad que requieran aislamiento deberán ser alojadas en los espacios determinados según

¹³⁸ Cuadernillo de seguimiento titulado “Implementación e Impactos de la Resolución No. 1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en las América”,

su género auto-percibido, y que las madres con hijas e hijos menores de edad deben contar un espacio específicamente acondicionado a sus necesidades. Las pautas también señalan que cada establecimiento penitenciario debe conformar un grupo de trabajo integrado por profesionales de salud entrenados en el uso de equipo de protección personal y manejo de pacientes con COVID-19 e incluyen lineamientos para la implementación de medidas dirigidas a preservar la salud mental de las personas privadas de libertad durante la pandemia.

En fin, estas pautas son dictadas con una perspectiva de derechos humanos y diferencial, es decir orientada a satisfacer en el contexto de la pandemia las necesidades y condiciones de las personas privadas de la libertad, con atención a que se hallan insertos en grupos de especial vulnerabilidad o de arraigada desigualdad.

4.- Sentencia Cámara de Apelación de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (con sede en La Plata) del 27 de agosto de 2020 (obligación de suministrar alimentos a los niños en edad escolar en sus domicilios)

El confinamiento de la población impuesto para controlar la difusión de la pandemia del COVID 19 afectó de un modo especial a los niños en edad escolar. No solo perdieron la enseñanza presencial, sino también los derechos sociales asociado a frecuentar las clases, como por ejemplo el servicio alimentario que se materializaba durante el horario escolar. Una reacción frente a la pandemia con enfoque en los derechos fundamentales exigía suministrar dicho servicio alimentario en sus domicilios. La Corte de Apelación Contencioso Administrativa de la Provincia de Buenos Aires impuso este servicio alimentario domiciliario en el juicio cautelar recaído en la causa N° 25698-E CCALP “ARATA FACUNDO Y OTROS C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AUTOSATISFACTIVA”, apoyando su argumentación en derechos sociales constitucionales y convencionales en los siguientes términos:

<<< En este contexto, se advierte que una solución que prive o limite el acceso de los jóvenes destinatarios del programa a una alimentación adecuada se hallaría en pugna con los valores axiológicos en juego, vinculados con la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de grave riesgo social (arts. 14 bis, 16, 28, 75 incs. 22 y 23 de la Constitución nacional; VII, XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 19, 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24, 27.3 de la Convención de los Derechos del Niño; 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.3.b del Protocolo de San Salvador –ley 24.658–; 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; conc. leyes provincial 13298 con las reformas de la ley 13634 y nacional 26061).

En este aspecto, procede destacar la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de fecha 9-IV-2020, que, en el marco de la pandemia ocasionada por el virus Covid-19 ha expresado: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia”. Asimismo, dispuso: “En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades

elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle.”

En la misma línea, el derecho a una alimentación adecuada ha sido reconocido en la Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el día 10 de abril de 2020, que incluyó expresamente dentro de los grupos en situación de especial vulnerabilidad, a las niñas, niños y adolescentes, al establecer: “...B.III. Grupos en situación de especial vulnerabilidad: Recordando que al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: (...) niñas, niños y adolescentes (...)”.

De igual modo, dentro de las recomendaciones formuladas, previó: 4. “Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs, tales como acceso a agua potable, acceso a alimentación nutritiva (...), asegurando efectiva protección social, incluyendo, entre otros, el otorgamiento de subsidios, rentas básicas u otras medidas de apoyo económico.” 5. “Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCAs, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales.” 67. “Dar atención especial a los niños, niñas y adolescentes, que viven en la calle o en zonas rurales. Las medidas de atención especial deben considerar las condiciones económicas y sociales y, además, considerar que los efectos de la pandemia son diferenciados para cada grupo poblacional de NNA debido al contexto social en que están insertados, incluida la brecha digital (...)”

Acerca de la titularidad de los derechos, en situaciones de extrema adversidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva n. 17 (del 28.08.2002), sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, además de los deberes que tanto la familia como el Estado tienen vis-a-vis los niños, a la luz de los derechos de éstos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, advirtió que los niños son sujetos titulares de derechos y no simples objetos de protección (CIDH, del voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sent. de 2 de septiembre de 2004 asimismo sus precedentes, entre otros “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala) de 1999-2001; todo ello en principios universales que trascienden la situación particular que originara el caso –en lo puntual niños en situación de privación de libertad–). En ese mismo sentido, además de las normas superiores consignadas, nuestras leyes –que recogen sus postulados– destacan el interés superior del niño (niños, niñas y adolescentes) que, en primer lugar se nutre de su específica condición de titulares y sujetos de derechos (Ley 13298 con las reformas de la ley 13634, art. 4 inc. a); ley 26061 art. 3 inc. a)).

En esta dirección, el Máximo Tribunal local ha expresado: “...que la Constitución nacional, la provincial y los tratados internacionales aplicables contienen cláusulas específicas que resguardan un nivel adecuado de vida, tendiente a asegurar la salud, la alimentación, la vivienda y el cuidado de los niños, ello según surge de los arts. VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 4 inc. 1 y 19

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); 24 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo demás, corresponde al juez por su especial situación dentro del orden jurídico como guardián y curador del derecho velar activa y eficazmente por la aplicación de los mismos. El contenido de estos tratados expresa principios que deben ser actuados concretamente so pena de quedar convertidos en una mera expresión declamatoria, que más que afirmar, herirían la conciencia y el valor intrínsecamente humano del derecho. Una alimentación adecuada y una vivienda digna están inseparablemente vinculadas a la vida como sustrato ontológico de la personalidad y son indispensables para el disfrute de otros derechos humanos. Una y otra se encuentran reconocidas como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, base común de la armonía social...” (v. causa SCBA A 70.138 “B.A.F.”, sent. del 3-VII-13 que, en línea con mi criterio en minoría sentado en dicho precedente –v. sent. CCALP de fecha 3-II-09– revocó la decisión adoptada por la mayoría de esta Alzada).

Caber tener presente las decisiones orientadoras en materia de prestaciones sociales, que guardan semejanza sustancial con la cuestión de estos autos, desde el vértice de una materia con intensidad de resguardo jurídico que obliga a los estados preservar, tanto en el orden interno como en el supranacional convencional, que forma parte de la Constitución (art. 75 inc. 22 CN; cfr. mi voto en causa N° 7053, “Benítez”, sent. del 3-II-09; así también causas N° 19.331, “Serrano”, res. del 17-XI-16 en materia cautelar; N° 18.054, “Caetano Dos Santos”, sent. del 3-III-16; N° 15.373, “Montiel”, sent. del 13-V-14; N° 12.373, “Correa”, sent. del 10-XI-11, entre muchas).

Se sigue que la cuestión debatida en estos autos se halla relacionada –o más aún, es inherente– al derecho a la salud –comprendido dentro del derecho a la vida–, que cuenta con especial protección en la carta magna local y ha sido reafirmado a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 incs. 22 y 23 C.N.; asimismo arts. 11, 36 inc. 8° de la Const. Prov., art. 12 inc. C del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), de manera tal que su ejercicio no se torne ilusorio (conf. C.S.J.N. causas: “Campodónico de Beviacqua”, sent. de fecha 24-X-02; “Monteserín”, sent. del 16-VI-01; “Asociación Benghalensis”, sent. del 1-VI-00; “Mestres”, sent. 14-IX-04; doct. S.C.B.A. en la causa B-65.238, “Toledo”, sent. 5-XI-03, entre muchas otras), al recibir protección constitucional directa y operativa (conf. precedentes cit.; v. causas mencionadas en el párrafo anterior).

En este marco, a fin de revertir cuanto antes la insostenible situación descrita –vinculada con el incumplimiento (o cumplimiento parcial) de la prestación del servicio alimentario escolar en los términos contemplados en la propia reglamentación (citada precedentemente)– y frente a la situación de grave riesgo en la que actualmente se encuentran los niños, niñas y adolescentes que acuden a comedores escolares, especialmente ponderando el contexto de emergencia actual –situación que no ha sido puesta en tela de juicio por la demandada–, deviene necesario, a efectos de concretar la consecución de la igualdad y el cumplimiento del mandato ético ínsito en todo derecho de asegurar y promover el respeto a la persona humana, la admisión de la manda cautelar con el alcance que seguidamente se propondrá (en este sent. v. causa SCBA A 70.138, cit.). Ello, hasta tanto se resuelva en definitiva el presente proceso, límite temporal fijado por el propio pronunciamiento de grado.

Por lo tanto, sin que lo expuesto implique abrir juicio de valor sobre el fondo del asunto, la denuncia de incumplimiento efectuada por padres y docentes de establecimientos donde funcionan comedores escolares, así como el marco probatorio acompañado a la causa, arrojan convic-

ción bastante a la petición de tutela jurisdiccional, en atención a la naturaleza de los derechos involucrados y las particularidades del caso, habiéndose configurado, en esta etapa liminar, la verosimilitud en el derecho invocada (art. 22 inc. 1 ap. “a, CPCA).>>>

CAPÍTULO SEGUNDO. BRASIL

1.– Supremo Tribunal Federal (Plenario). Referendo de medida cautelar en la demanda de incumplimiento del precepto fundamental, acordado el 21/03/2022.

Con apoyo en los derechos constitucionales, y en especial razonando a partir del derecho a la salud, tanto de los directamente interesados como del resto de la sociedad debido al riesgo de contagio, el Supremo Tribunal Federal ordenó que se administrase a los niños de 5 a 11 años la vacuna relativa al COVID 19 de forma obligatoria, entendiendo esta obligatoriedad no como su aplicación forzosa sino como la obligatoriedad indirecta que procede de que su rechazo conlleva la prohibición de estar o realizar actividades en determinados espacios públicos.

La argumentación, en sus puntos más relevantes, es la siguiente:

- “I – Trata-se da Décima Sexta Tutela Provisória Incidental – TPI formulado por agremiação política no bojo da presente ADPF, que merece ser conhecido por dizer respeito a atos do Poder Executivo Federal praticados no contexto do período excepcional da emergência sanitária decorrente da disseminação ainda incontida da Covid-19, os quais têm o condão de, em tese, fragilizar o direito fundamental à saúde e à vida abrigados nos arts. 5º, 6º e 196 da Lei Maior, configurando atos derivados de autoridades públicas, passíveis, portanto, de impugnação por meio do controle concentrado de constitucionalidade.
- II– As crianças e adolescentes, sujeitos de direitos, são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e destinatários do postulado constitucional da “prioridade absoluta”, de maneira que a esta Corte cabe preservar essa diretriz, garantindo a proteção integral dos menores segundo o seu melhor interesse, em especial de sua vida e saúde, de forma a evitar que contraíam ou que transmitam a outras crianças – além das conhecidas doenças infectocontagiosas como o sarampo, caxumba e rubéola – a temível Covid-19.
- III– Como os menores não tem autonomia, seja para rejeitar, seja para consentir com a vacinação, revela-se indiscutível que, havendo consenso científico demonstrando que os riscos inerentes à opção de não vacinar são significativamente superiores àqueles postos pela vacinação, cumpre privilegiar a defesa da vida e da saúde, em prol não apenas desses sujeitos especialmente protegidos pela lei, mas também de toda a coletividade.
- IV– Constitui obrigação do Estado, inclusive à luz dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, proporcionar à toda a população indicada o acesso à vacina para prevenção da Covid-19, de forma universal e gratuita, em particular às crianças de 5 a 11 anos de idade, potenciais vítimas – aliás, indefesas –, e propagadoras dessa insidiosa virose, sobretudo porquanto já há comprovação científica acerca de sua eficácia e segurança atestada pelo órgão governamental encarregado de tal mister, qual seja, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.
- V– Com a vacinação em massa reduz-se ou elimina-se a do agente infeccioso no ambiente e, por consequência, protege-se a coletividade, notadamente os mais vulneráveis. Além disso, a legitimação tecnológica e científica dos imunizantes contribuiu para o seu emprego generalizado e intensivo em diversos países, pois os programas de vacinação são considerados a segunda intervenção de saúde mais efetiva hoje existente, figurando o saneamento básico na primeira posição.
- VI– Há fundamentos constitucionais relevantes para sustentar a compulsoriedade da vacinação, por tratar-se de uma ação governamental que pode contribuir significativamente para a imunidade coletiva ou, até mesmo, acelerá-la, de maneira a salvar vidas, impedir a

progressão da doença e proteger, em especial, os mais vulneráveis.

- VII– A obrigatoriedade da vacinação é levada a efeito por meio de sanções indiretas, con-substanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou a frequência de certos locais por pessoas que não possam comprovar a sua imunização ou, então, que não são portadoras do vírus, conforme, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF.
- VIII– A defesa da saúde compete a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que, como regra, dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que tem o dever de preservar. Precedentes.
- IX– Neste momento de enorme sofrimento coletivo, não é dado aos agentes públicos ter-giversar no tocante aos rumos a seguir no combate à doença, cumprindo-lhes pautar as respectivas condutas pelos parâmetros estabelecidos na legislação aplicável, com destaque para o rigoroso respeito às evidências científicas e às informações estratégi-cas em saúde, conforme determina o art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, cuja constitu-cionalidade o STF já reconheceu no julgamento da ADI 6.343–MCRef/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.
- X– Estando em jogo a saúde das crianças brasileiras, afigura-se mandatório que os princí-pios da prevenção e da precaução sirvam de norte aos tomadores de decisões no âmbi-to sanitário. E, neste aspecto, as orientações e os consensos da Organização Mundial de Saúde – OMS, bem assim as recomendações de outras autoridades médicas nacionais e estrangeiras, têm destacada importância, representando – conforme entendimento ju-risprudencial do STF – diretrizes aptas a guiar os agentes públicos na difícil tarefa de to-mada de decisão diante dos riscos a saúde colocados pela pandemia, que não poderão ser ignoradas quando da elaboração e execução de políticas no combate à Covid-19, sob pena de configuração de dolo ou, quando menos, de erro grosseiro.
- XI– Constata-se que, conquanto tenha havido um decréscimo relativo de mortes causadas pela Covid-19, a situação, de modo geral, ainda é preocupante, justificando a tomada de medidas enérgicas para debelar a doença, que tem imposto um pesado ônus para a so-ciedade, sobretudo em termos da perda de preciosas vidas humanas.
- XII– Não é possível admitir qualquer recuo no tocante a vacinação, já de longa data rotinei-ramente assegurada pelo Estado a todas as crianças, exigindo-se do Poder Público que aja com lealdade, transparência e boa-fé, sendo-lhe vedado modificar a conduta de forma inesperada, anômala ou contraditória, de maneira a surpreender o administrado ou frustrar as suas legítimas expectativas.
- XIII– Não se mostra admissível que o Estado, representado pelos Ministérios da Saúde e da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, agindo em contradição ao pronunciamento da Anvisa, a qual garantiu formalmente a segurança da Vacina Comirnaty (Pfizer/Whyet) para crianças, além de contrariar a legislação de regência e o entendimento consolida-do do Supremo Tribunal Federal, venha, agora, adotar postura que desprestigia o esfor-ço de vacinação contra a Covid- 19, sobretudo porque, com tal proceder, gerará dúvidas e perplexidades tendentes a impedir que um número considerável de menores sejam beneficiados com a imunização.
- XIV– Embora ainda em uma análise preambular, as Notas Técnicas emitidas pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos – considerada

a ambiguidade com que foram redigidas no tocante a obrigatoriedade da vacinação –, podem ferir, dentre outros, os preceitos fundamentais que asseguram o direito à vida e à saúde, além de afrontarem entendimento consolidado pelo Plenário do STF no julgamento das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF e do ARE 1.267.879/SP.

- XV– De uma leitura mesmo superficial da Nota Técnica do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, percebe-se que a Pasta trata como violação de direitos humanos justamente aquilo que esta Suprema Corte, em data recentíssima, reputou constitucional, a saber: “a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares” imposta àqueles que se negam, sem justificativa médica ou científica, a tomar o imunizante ou a comprovar que não estão infectadas.
- XVI– Afigura-se ainda mais grave a possibilidade de desvirtuamento do canal de denúncias “Disque 100”, que, de acordo com as informações colhidas no sítio eletrônico do Governo Federal, “é um serviço disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de violações de direitos humanos.”
- XVII– Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para, considerando, especialmente, a necessidade de esclarecer-se, adequadamente, os agentes públicos e a população brasileira quanto à obrigatoriedade da imunização contra a Covid-19, determinar ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos que façam constar, tão logo intimados, das Notas Técnicas 2/2022-SECOVID/GAB/SECOVID/MS e 1/2022/COLIB/CGEDH/SNPG/MMFDH, a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, no sentido de que (i) “a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou a frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes”, esclarecendo, ainda, que (ii) “tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”, dando ampla publicidade a retificação ora imposta.”

2.– Superior Tribunal de Justicia, resolviendo Habeas Corpus Nº 568.693. Resolución de 14 de octubre de 2020

El Superior Tribunal de Justicia, ante el hecho de que la reclusión en prisiones sobrepobladas se había convertido en un peligro grave de contagio del COVID 19, estimó un muy innovador habeas corpus colectivo promovido por la Defensoría Pública del Estado de Espirito Santo en relación a todas las personas que estaban en prisión provisional porque no tenían solvencia para pagar la fianza (los efectos del fallo se extienden a las personas que están en la misma situación en el resto de Estados de la Federación). El Tribunal hizo ese pronunciamiento superando ciertos obstáculos legales (inexistencia de habeas corpus colectivo y no previsión legal de que la insolvencia de una persona fuese causa de exención de la prisión preventiva), para lo cual se apoyó en el derecho a la salud en los términos que recogía en relación a esta cuestión la Resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los argumentos principales son los siguientes:

- “9. Busca-se, neste habeas corpus coletivo, a soltura de todos os presos do estado do Espírito Santo que tiveram o deferimento da liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, o que se faz com fulcro na Recomendação n. 62/2020 do CNJ.
- 10. Não se pode olvidar que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n.

62/2020, em que recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

11. Nesse contexto, corroborando com a evidência de notória e maior vulnerabilidade do ambiente carcerário à propagação do novo coronavírus, nota técnica apresentada após solicitação apresentada pela Coordenação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no Distrito Federal – IBCCrim/DF, demonstra que, sendo o distanciamento social tomado enquanto a medida mais efetiva de prevenção à infecção pela Covid-19, as populações vivendo em aglomerações, como favelas e presídios, mostram-se significativamente mais sujeitas a contrair a doença mesmo se proporcionados equipamentos e insumos de proteção a estes indivíduos.
12. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas (ONU), admitindo o contexto de maior vulnerabilidade social e individual das pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, divulgou, em 31/3/2020, a Nota de Posicionamento – Preparação e respostas à Covid-19 nas prisões. Dentre as análises realizadas, a ONU afirma a possível insuficiência de medidas preventivas à proliferação da Covid-19 nos presídios em que sejam verificadas condições estruturais de alocação de presos e de fornecimento de insumos de higiene pessoal precárias, a exemplo da superlotação prisional. Assim, a ONU recomenda a adoção de medidas alternativas ao cárcere para o enfrentamento dos desafios impostos pela pandemia aos já fragilizados sistemas penitenciários nacionais e à situação de inquestionável vulnerabilidade das populações neles inseridas.
13. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) igualmente afirmou, por meio de sua Resolução n. 1/2020, a necessidade de adoção de medidas alternativas ao cárcere para mitigar os riscos elevados de propagação da Covid-19 no ambiente carcerário, considerando as pessoas privadas de liberdade como mais vulneráveis à infecção pelo novo coronavírus se comparadas àquelas usufruindo de plena liberdade ou sujeitas a medidas restritivas de liberdade alternativas à prisão.
14. Por essas razões, somadas ao reconhecimento, pela Corte, na ADPF n. 347 MC/DF, de que nosso sistema prisional se encontra em um estado de coisas inconstitucional, é que se faz necessário dar imediato cumprimento às recomendações apresentadas no âmbito nacional e internacional, que preconizam a máxima excepcionalidade das novas ordens de prisão preventiva, inclusive com a fixação de medidas alternativas à prisão, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19).
15. Nos casos apresentados pela Defensoria Pública do Espírito Santo, a necessidade da prisão preventiva já foi afastada pelo Juiz singular, haja vista não estarem presentes os requisitos imprescindíveis para sua decretação. Diante de tais casos, o Juiz deliberou pela substituição do aprisionamento cautelar por medidas alternativas diversas, optando, contudo, por condicionar a liberdade ao pagamento de fiança.
16. Nos termos em que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução, não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos – notoriamente de menor gravidade – não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo.
17. Ademais, o Judiciário não pode se portar como um Poder alheio aos anseios da sociedade, sabe-se do grande impacto financeiro que a pandemia já tem gerado no cenário econômico brasileiro, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo ou, até mesmo, extirpando a renda do cidadão brasileiro, o que torna a decisão de condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança ainda mais irrazoável.

18. Por fim, entendo que o quadro fático apresentado pelo estado do Espírito Santo é idêntico aos dos demais estados brasileiros: o risco de contágio pela pandemia do coronavírus (Covid-19) é semelhante em todo o país, assim como o é o quadro de superlotação e de insalubridade dos presídios brasileiros, razão pela qual os efeitos desta decisão devem ser estendidos a todo o território nacional”.

3.– Sentencia del Tribunal del estado de Río Grande del Sur de 21 de octubre de 2020 (condiciona la vuelta a las aulas a cumplir protocolos de seguridad sanitaria y una previa inspección de la autoridad competente).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³⁹ resalta que, mediante Decreto 55.465 del 5 de septiembre de 2020, el Gobernador del Estado de Río Grande do Sul decidió levantar las restricciones en las escuelas y permitir el retorno gradual y escalonado de la educación presencial. Frente a esta decisión, docentes y personas trabajadoras del sector de educación acudieron ante el Tribunal aduciendo que persistían diversos obstáculos para el regreso seguro a clases. Solicitaron, en consecuencia, que se ordenara la prohibición de retornar a las clases presenciales o, en su defecto, que se garantizara este regreso en estricto cumplimiento de protocolos de seguridad sanitaria y con la previa inspección de las autoridades competentes.

Para resolver esta controversia, el Tribunal señaló que debían verificarse la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas, teniendo en cuenta el carácter excepcional e inédito de la situación que motivó la decisión del Gobernador. Al respecto, el Tribunal hizo referencia a las recomendaciones 1, 3(f) y 3(g) de la Resolución No. 1/2020, por las que la CIDH estableció que los Estados deben adoptar de manera inmediata, urgente, con la debida diligencia y atendiendo la mejor evidencia científica, todas las medidas necesarias para proteger la vida, salud e integridad personal de las personas frente al riesgo que representa la pandemia. Asimismo, el Tribunal tuvo en cuenta que estas recomendaciones señalan que las medidas estatales que se adopten en el contexto de la pandemia dirigidas a restringir o suspender derechos deben ajustarse a los principios pro persona, de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad.

¹³⁹ Cuadernillo de seguimiento titulado “Implementación e Impactos de la Resolución No. 1/2020 Pandemia y Derechos Humanos en las América”, pág. 10.

CAPÍTULO TERCERO. CHILE

1.-Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol 8574-20 (indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 concedido a ciertos grupos de personas privadas de libertad)

Un grupo de senadores plantea un requerimiento de inconstitucionalidad contra este proyecto de ley por entender que vulnera el principio de igualdad, dado que la distinción entre presos beneficiarios y no beneficiarios depende del tipo de delitos y no de su situación de riesgo frente a la enfermedad COVID 19. La sentencia desestima el requerimiento con la siguiente argumentación:

<<CUARTO.- Que, cuando se enfrenta un desafío jurisdiccional como el planteado por los requirentes no podemos sino encuadrarnos en un principio colectivo plenamente atingente a la materia: el trato humano que le debemos a todos los presos.

a.- El trato humano a los presos como deber general del Estado

QUINTO.- Que el proyecto de ley que controlamos en los artículos 15 y 17 reprochadas no exime al Estado de su obligación de respetar y proteger los derechos humanos de las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios, y nuestra Magistratura es parte del Estado que debe cumplir con sus deberes de promoción, respeto y protección. En Chile, la regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad se encuentra contenida en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

SEXTO.- Que, asimismo, conforme al artículo 5º, inciso segundo de la Constitución, el país ha suscrito diversos tratados internacionales que contienen disposiciones atinentes a la materia, entre los cuales se encuentran la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos (art. 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7 y 10); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5 y 6 N° 3); la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (art. 13); la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros. Asimismo, el Estado chileno reconoce como parte de la normativa internacional las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (Reglas Mandela), las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok) y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.

SÉPTIMO.- Que, siguiendo a la doctrina, se señalan que son tres los principios fundamentales que se desprenden de los tratados internacionales vigentes en Chile que inciden en materia penitenciaria: “primero, la exigencia de trato humano, de acuerdo a la dignidad y valor inherente como personas; segundo, la posición de garante del Estado, en el sentido del deber estatal de asegurar las condiciones mínimas de vida y proteger a los internos contra amenazas a su integridad física o síquica; y tercero, la vigencia general de los derechos distintos de las limitaciones propias del encarcelamiento, en el sentido de minimizar los efectos colaterales que pueda tener la privación de libertad sobre otros derechos” (Arriagada, I. y Silva, G. (2014). La justicia ausente. El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile. En El control judicial de la cárcel en América Latina. Buenos Aires: Ediar, p. 109-110).

OCTAVO.- Que, enseguida, el artículo 4º del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios establece que la actividad penitenciaria “se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales”. A su turno, el artículo 5º, inciso segundo, dispone que “La Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno”. Por último, el artículo

6º, inciso tercero, establece que “La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal”. Respecto a esto último, los artículos 34 y 35 previenen que deberá proveerse atención médica a los internos que lo requieran, en las unidades médicas que existan dentro del establecimiento penitenciario o, excepcionalmente, en recintos hospitalarios externos.

NOVENO.– Que, en consecuencia, aun cuando el proyecto de ley, por razones de política criminal, no beneficie a toda la población privada de libertad de alto riesgo frente al Covid-19, la autoridad penitenciaria está obligada a adoptar todas las medidas conducentes a otorgar la debida protección a dicha población, tal y como lo ha venido haciendo. Cabe señalar, en este sentido, que el proyecto de ley facilitará esta tarea, desde que la conmutación de penas privativas de libertad descongestionará las cárceles. En tal sentido, no se nos escapa que el proyecto tiene beneficiarios directos y otros indirectos. Sin embargo, todos los presos sin excepción deben recibir la protección sanitaria debida y a su respecto se debe promover siempre la creación de las condiciones de higiene y salubridad acordes a la estrategia frente a la pandemia y que permitan el ejercicio de sus derechos efectivamente, removiendo los obstáculos que los impidan, todo ello acorde a la situación extraordinaria que viven.>>

2.– Tribunal Constitucional de Chile.– Sentencia Rol 7442-2019 [14 de mayo de 2020] (la garantía del derecho constitucional a la seguridad social impide disponer de los ahorros previsionales para un fin distinto como satisfacer una deuda hipotecaria.

El litigio subyacente consiste en que una afiliada solicita a su AFP que le permita disponer de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual para destinarlos al pago de una deuda hipotecaria, lo que le resulta denegado con el argumento de que esos fondos están vinculados a la contingencia de vejez. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, ante quien estaba radicado el litigio, dedujo requerimiento de inaplicación ante el Tribunal Constitucional, que lo desestimó con los siguientes argumentos:

<<I. EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO POR EL REQUERIMIENTO

[...]

TERCERO: Que, según el requerimiento, los vicios de inconstitucionalidad que produce la aplicación de los preceptos impugnados en la gestión pendiente consisten en que las normas cuestionadas, al impedir a la recurrente de protección rescatar los dineros acumulados en su cuenta previsional para destinarlos a un fin distinto al de la generación de la prestación de seguridad social que recibe –en este caso, la pensión de vejez– y que le permitirían vivir dignamente, transgreden tanto el derecho de propiedad, que el numeral 24º del artículo 19 de la Carta Fundamental le asegura sobre dichos fondos, como el derecho de seguridad social, contemplado en el numeral 18º del mismo artículo 19.

[...]

II. CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA INFRACCIÓN AL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

QUINTO: Que la Carta Fundamental, en el numeral 18º de su artículo 19, asegura a todas las personas:

“El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

[...]

c) GARANTÍAS DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

DÉCIMOCTAVO: Que, analizando el rol que la Carta Fundamental confía al Estado, incluyendo en él al legislador, para asegurar el acceso de los habitantes al goce de las prestaciones de seguridad social a que se refiere la primera oración del inciso tercero del numeral 18° del artículo 19, este Tribunal ha expresado que “tal mandato conlleva un rol activo, no pasivo; se trata de hacer todo lo posible para que lo encomendado se lleve a cabo. Enseguida, implica garantizar “el acceso”. Ya se observó por esta Magistratura (STC Rol N° 1710) que esta fórmula era la manera en que la Constitución busca hacer viables los derechos sociales que regula (educación, salud y seguridad social). Exige que se permita incorporar o acercar a las personas a un régimen de prestaciones, con o sin cotizaciones obligatorias”. (STC 1572 c. 56).

La garantía a que se refiere la disposición constitucional se vincula, entonces con un deber estatal. La regla constitucional busca aportar un criterio normativo para apreciar la juridicidad de la actuación del Estado y, por ello, constituye una norma material de competencia que llama a la intervención estatal para proteger el derecho a la seguridad social.

Por lo anterior no puede exigirse una determinada y específica forma de comportamiento al Estado en la protección del derecho a la seguridad social. Ello es sin perjuicio, por cierto, de algunas obligaciones que expresamente señala la Constitución que deben cumplir ya el legislador de quórum calificado, en cuanto a regular el ejercicio del derecho (inciso segundo del numeral 18 del artículo 19), ya el Estado, en general, en cuanto a supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social (inciso cuarto del mismo precepto).

DÉCIMONOVENO: Que, en este mismo orden de ideas, el mismo inciso tercero del artículo 19 N° 18° de la Constitución faculta a la ley para establecer cotizaciones obligatorias, constituyendo este mecanismo un medio eficaz para que el Estado garantice el ejercicio del derecho a la seguridad social.

A las cotizaciones obligatorias alude expresamente también el N° 9° del mismo artículo 19, en relación al derecho a la protección de la salud, derecho que, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al de seguridad social, por cuanto el deber del Estado de promover al acceso de las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo (inciso segundo) busca resguardar al individuo frente a ciertas contingencias sociales que puedan poner en peligro o mermar su salud y que un sistema de seguridad social también debe cubrir.

VIGÉSIMO: Que, según el Diccionario de la Lengua Española, “cotización” es “acción y efecto de cotizar” y “cotizar”, por su parte, es “pagar una cuota”, “dicho de una persona: pagar la parte correspondiente de gastos colectivos, las cuotas de la seguridad social”. Esta segunda definición lleva a comprender el concepto como una cuota o porcentaje de la remuneración del trabajador o a un aporte que efectúa el empleador destinado a la seguridad social.

Ahora bien, la obligación de cotizar “se explica por la necesidad de contribuir a financiar el sistema de previsión social que se establece en favor de todos los integrantes de la comunidad nacional, finalidad que no se lograría si la cotización quedara librada del todo a la sola voluntad de éstos y creando consecuentemente el riesgo de no continuar otorgando las pensiones comprometidas” (Alejandro Silva Bascuñán (2010), “Tratado de Derecho Constitucional, tomo XIII, p. 398). De allí que el establecimiento de cotizaciones obligatorias por parte del legislador, sobre la base de la habilitación contenida en el artículo 19 N° 18° de la Carta, es un instrumento de que dispone el Estado para cumplir con su deber de garantizar económicamente el goce del derecho a la seguridad social.

VIGÉSIMOPRIMERO: Que aunque las cotizaciones son una especie de gravamen, ello no obsta a que el servicio de seguridad social pueda prestarse en colaboración con particulares a través de “instituciones públicas o privadas”, como dispone también la primera oración del inciso tercero del N° 18° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en relación con su artículo 1° inciso tercero, y que su financiamiento –como ya se explicó– pueda provenir tanto de aportes privados, como es el que deriva de las cotizaciones obligatorias, como de aportes estatales.

Las cotizaciones, por lo tanto, pueden ingresar a un ente de carácter privado que administre los fondos reunidos –cobrando para ello una comisión– a fin de lograr su mayor rentabilidad, como lo hacen las AFP que regula el DL. 3.500. Lo determinante es que, cualquiera sea el sistema que adopte el legislador, el Estado está obligado a controlar su debido funcionamiento a fin de velar porque se satisfaga el derecho a la seguridad social (inciso final artículo 19 N° 18°).

VIGÉSIMOSEGUNDO: Que, de acuerdo entonces a lo ya expresado, en un sistema contributivo como el regulado por el DL. 3.500, el goce de las prestaciones de seguridad social que otorguen las Administradoras de Fondos de Pensiones se garantiza forzando a sus afiliados a financiarlas mediante las cotizaciones que son descontadas de sus remuneraciones y que ingresan a su cuenta de capitalización individual.

Este Tribunal ha distinguido lo que es el “fondo previsional”, que mantiene cada persona afiliada a una AFP en su cuenta de capitalización individual, de la “cotización” que ingresa a ella. Así ha sostenido que tal fondo, “se forma, de acuerdo a lo que dispone el propio Decreto Ley N° 3.500, como un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre los dineros depositados en él. Cada Fondo de Pensiones está constituido principalmente por las cotizaciones y demás dineros depositados en la cuenta de capitalización individual, por lo cual la propiedad del trabajador sobre dicho “fondo previsional” nace cuando los dineros son depositados en dicha cuenta de capitalización individual; en cambio, sobre las cotizaciones previsionales el trabajador tiene el derecho a exigir al empleador el cumplimiento del deber que tiene de retenerlas, declararlas y depositarlas en dicho fondo o en el de cualquier otro organismo previsional que establezca la ley” (Rol N° 767, c. 13°).

VIGÉSIMOTERCERO: Que, por otra parte, reconociendo que la seguridad social es un concepto rico y comprensivo de todas las medidas que lleven al otorgamiento de prestaciones para garantizar una adecuada protección frente a los estados de necesidad originados por el acaecimiento de una contingencia social, esta Magistratura ha manifestado que “el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19 N° 9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18)” (Rol N° 1710, c. 131). Es por lo anterior que la supresión, en el texto actual, de tales principios de la seguridad social –que se contemplaban expresamente en el inciso tercero del N° 21° del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3, de 1976– según lo que ha expresado este Tribunal, “carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica” (sentencia Rol N° 1287 cc. 25 y 30).

VIGÉSIMOCUARTO: Que, entre tales principios esenciales de la seguridad social, tiene importancia en el caso que nos ocupa el de suficiencia o solvencia, correspondiendo al Estado, y en especial al legislador, velar por su efectiva vigencia. Tal principio persigue que los regímenes previsionales cubran en la forma más amplia la respectiva contingencia social, de manera tal que no se afecte gravemente la capacidad de consumo de quien la sufra. Con ello el Estado cumple con su deber de generar las condiciones sociales que permitan a todos los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible (artículo 1° inciso cuarto).

Buscando definir tal principio, la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, señala que las prestaciones de cualquier sistema de seguridad social “deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud. Para lograr esto, los Estados deben revisar periódicamente los criterios empleados para determinar el nivel suficiente. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente” (Observación General N° 19, aprobada el 23 de diciembre de 2007, p. 8).

VIGÉSIMOQUINTO: Que el principio de suficiencia o solvencia en la Carta Fundamental se encuentra recogido en la disposición constitucional cuando señala que se asegura el acceso al goce de prestaciones “básicas”, es decir, como dice el Diccionario de la Lengua Española, es aquello “que se encuentra en la base de cierta cosa, que es lo más importante o de importancia fundamental”, o sea, se trata de “que la prestación sea suficiente, por lo menos, para asegurar la subsistencia mínima de la persona” (Lanata, ob. cit., p. 28). Es decir, la Constitución le confía al legislador la tarea de regular el ejercicio del derecho sobre la base de que impondrá un nivel mínimo, básico de prestación para asegurar cubrir los estados de necesidad que surjan con motivo de las contingencias sociales.

d) APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS NO VULNERA LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

VIGÉSIMOSEXTO: Que, teniendo presente los antecedentes y argumentos previos relacionados con el derecho a la seguridad social, con su finalidad propia y con el marco constitucional y legal que lo asegura y desarrolla, esta sentencia rechazará la impugnación del requerimiento en relación a la inconstitucionalidad del DL. 3.500 y, en especial, de sus artículos 23, 34 y 51 por vulnerar la primera oración del inciso 3° y el inciso 4° del numeral 18° del artículo 19.

Tales cuestionamientos se fundan, entre otros razonamientos –como señala el auto motivado que contiene el requerimiento, de 17 de septiembre de 2019, de la Iltta Corte de Apelaciones de Antofagasta– en que todo trabajador chileno afiliado a una AFP, al cumplir con los requisitos legales, tendrá “derecho a una pensión de vejez, desvinculada de la remuneración obtenida en el último año de trabajo y relacionada directamente con el monto acumulado, el que puede ser insignificante para los efectos de la pensión y atentatorio contra la persona humana para los efectos de poder llevar una vida holgada en la vejez. En este caso concreto se trata de una profesora que acumuló una cantidad de dinero significativa para responder a sus deudas y hacer una vida normal pero ínfima para los efectos de una pensión al punto que se encuentra en una insolvencia que podría generar la pérdida de su casa” (considerando 3°, que rola a fs. 3 de estos autos constitucionales).

VIGÉSIMOSÉPTIMO: Que, en efecto, en primer lugar, la Iltta. Corte de Apelaciones de Antofagasta, razona en forma abstracta en relación a la generalidad del cuerpo legal, para considerar que éste no satisfaría el principio de suficiencia, integrante de un sistema de previsión social.

Al efecto sostiene que, en el caso concreto, “se trata de una profesora que acumuló una cantidad de dinero significativo para responder a sus deudas y hacer una vida normal pero ínfima para los efectos de una pensión al punto que se encuentra en una insolvencia que podría generar la pérdida de su casa” (fs. 3 vta.), indicando además que la capitalización de los fondos acumulados por la recurrente de protección “no puede utilizarla en su propio beneficio para salir de una insolvencia sobreviniente, desconociéndose la obligación establecida en la misma ley, del Estado, en cuanto a generar una pensión mínima, contradicciones que crea el Decreto Ley referido no sólo contra el derecho de propiedad sino con la garantía constitucional del N° 18 del

mencionado artículo 19 en cuanto la acción del Estado debe estar dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, permitiendo a la ley establecer cotizaciones obligatorias, pero exigiéndole al Estado que supervigile el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, lo que evidentemente en este caso no se da” (fs. 4).

VIGÉSIMOCTAVO: Que, ahora bien, no hay duda de que, en un sistema contributivo como el contemplado en el DL. N° 3.500, la capacidad de ahorro es un factor decisivo para la determinación de las prestaciones previsionales que buscan cubrir los riesgos derivados de las contingencias sociales que cubre el sistema.

Por ello, en un régimen que se financia principalmente con las cotizaciones previsionales, según ha expresado este Tribunal, “la principal dificultad normativa consiste en la búsqueda de garantías efectivas que permitan satisfacer el contenido constitucional de esta clase de derechos fundamentales”. (STC 1.876 c. 16°).

VIGÉSIMONOVENO: Que, sin embargo, al reconocer el derecho a la seguridad social e indicar que el Estado garantiza el acceso a todos los habitantes al goce prestaciones básicas y uniformes, la Constitución garantiza la existencia de un nivel mínimo y obligatorio de prestaciones para proteger a las personas de los riesgos sociales. El monto de la pensión respectiva, conforme al sistema actual de capitalización individual regulado por el DL. 3.500, si bien se calcula principalmente en base a los recursos que haya podido acumular el afiliado durante su vida laboral, se entera también con los que pueda proveerle el Estado en caso de que éstos no sean suficientes para garantizarle una pensión mínima.

Es por ello que, aunque en el sistema contributivo que establece el DL. 3.500 el financiamiento de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia se efectúa con el saldo de los fondos previsionales acumulados antes de que ocurra la contingencia y que se forma con las cotizaciones obligatorias y de rentabilidad que se obtenga por su inversión, la garantía al acceso del goce las prestaciones básicas se expresa no sólo por el dinero así acumulado, sino por haberse agregado a ese régimen contributivo de pensiones un Pilar Solidario, que complementa las pensiones cuando éstas no alcancen un determinado monto.

Si bien el sistema está abierto a que puedan introducirse otros criterios que lleven a salvar las inequidades del mercado del trabajo para mejorar el monto de las pensiones, el Estado cumple con garantizar el acceso a un mínimo de pensión, recayendo, por lo tanto, los cuestionamientos del requerimiento más bien en asuntos de mérito vinculados a una determinada política legislativa y no a vicios de carácter constitucional.

TRIGÉSIMO: Que, por otra parte, la única forma de asegurar que el Estado cumpla con su obligación de garantizar el acceso a una pensión mínima o a la que resulte de un monto superior por la cuantía de los fondos previsionales acumulados, es que la ley exija que los fondos destinados a financiar las prestaciones de la seguridad social tengan ese único objetivo, como disponen los preceptos legales impugnados.

Si tales fondos se destinaran a otros objetivos, el Estado –a través de una sentencia judicial– atendería en contra de su propio deber de supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social, renunciando así a su obligación de velar porque los afiliados al sistema enfrenten adecuadamente sus estados de necesidad. En ese sentido y, en concreto, el problema que plantea el requerimiento recae en determinar si la recurrente de protección debe seguir recibiendo una prestación de seguridad social, en este caso, una pensión de vejez, o no debe recibir pensión alguna. Esta última situación no hay duda que produciría un flagrante atropello a su derecho a la seguridad social.

No puede olvidarse al efecto, como ya se ha señalado en esta sentencia, que el destino de los fondos previsionales es para cubrir únicamente las prestaciones a que se refiere el Decreto Ley 3.500, como son las pensiones por vejez, por invalidez y por sobrevivencia, lo cual permite asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social, cuya supervigilancia está a cargo del Estado.

Destinar tales fondos a otros propósitos entonces desvirtúa la finalidad que persigue la seguridad social, ya que en los beneficios que otorga un sistema de seguridad social hay un interés general comprometido (STC Rol N° 519, c. 13°).

TRIGÉSIMOPRIMERO: Que, por lo tanto, la circunstancia de que la recurrente de protección se encuentre ya pensionada y solicite el retiro íntegro de los fondos que tiene acumulados en su cuenta de capitalización individual, debido a que la jubilación que recibe no le es suficiente para solventar sus gastos vitales –incluyendo el pago de una deuda hipotecaria–, no le habilita para rescatar libremente tales fondos, por cuanto tal retiro sólo cabe en aquellos casos en que el legislador lo ha autorizado excepcionalmente.

En efecto, la ley puede autorizar el retiro parcial o total de los fondos previsionales, pero siempre y cuando detrás de ello existan motivos de seguridad social. Así ocurre, por ejemplo, al regular los artículos 20, 21, 22, 62, 62 bis, 65 bis y 179 del DL. 3.500 lo referente al retiro de los excedentes de libre disposición que queden luego de que el afiliado haya optado por alguna de las modalidades de pensión a que alude el artículo 61: renta vitalicia inmediata, renta temporal con renta vitalicia diferida, retiro programado o renta vitalicia inmediata con retiro programado.

Pero, en el caso concreto, no nos encontramos frente a una de aquellas situaciones en las que extraordinariamente la ley permite acceder a los referidos recursos para garantizar el derecho a la seguridad social, sino ante una solicitud de la señora Ojeda para acceder a los fondos acumulados con el objeto de cubrir ciertos gastos, lo que le conducirá a no poder ejercer el derecho que le asegura el numeral 18 del artículo 19 de la Constitución.

En definitiva, de producirse tal retiro se vulnerarían las disposiciones constitucionales que el requerimiento estima transgredidas, y que dicen relación con la obligación que tiene el Estado de garantizar tanto el acceso al goce de las prestaciones de previsión social como el ejercicio mismo del derecho a la seguridad social. >>

Por otro lado, durante la pandemia del COVID 19 (2020 y 2021) el Congreso chileno elaboró varios proyectos de ley que modificaban la Constitución, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de parte de los fondos previsionales. En dos ocasiones fueron objeto de Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por S.E. el Presidente de la República.

En el primer caso este requerimiento fue estimado por el Tribunal Constitucional en sentencia dictada en el Rol 9797–2020 (30 diciembre 2020). En el segundo caso el Tribunal Constitucional en sentencia dictada en el Rol 10774–2020 (29 de abril de 2021) inadmitió el requerimiento,

<< IX. CONCLUSIÓN

53°. Que, por todo lo expuesto, no pueden darse por establecidos los presupuestos de admisión a trámite del artículo 63 de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura respecto del requerimiento de fojas 1, en tanto establece que el libelo debe contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho, así como señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas correspondiendo resolver que el requerimiento no se acoge a tramitación. >>

De ese modo el proceso continuó y se aprobó la ley N° 21330, que es del siguiente tenor literal:

“Ley N° 21.330, que modifica la carta fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica, (...)”

Artículo único.– Agrégase la siguiente disposición transitoria en la Constitución Política de la República:

QUINCUAGÉSIMA. (...)”

A partir de la publicación en el Diario Oficial de esta reforma y hasta los 365 días siguientes, los pensionados o sus beneficiarios por renta vitalicia podrán, por una sola vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de sus rentas vitalicias hasta por un monto equivalente al diez por ciento del valor correspondiente a la reserva técnica que mantenga el pensionado en la respectiva compañía de seguros para cubrir el pago de sus pensiones, con un tope máximo de ciento cincuenta unidades de fomento.

El retiro que efectúen los pensionados o sus beneficiarios que opten por solicitarlo, se imputará al monto mensual de sus rentas vitalicias futuras, a prorrata, en forma proporcional y en igual porcentaje que aquel que represente el monto efectivamente retirado.

Las reglas relativas a la intangibilidad y naturaleza de estos recursos, la tramitación de la solicitud, el pago de pensiones de alimentos impagas y la información a las autoridades correspondientes, incluida la Comisión para el Mercado Financiero, contenidas en los incisos precedentes de esta disposición, serán aplicables a las solicitudes de anticipos que efectúen los pensionados o sus beneficiarios por rentas vitalicias. Con todo, el pago de los fondos solicitados se efectuará al pensionado o sus beneficiarios en un plazo máximo de treinta días corridos, contados desde la recepción de la solicitud. La Comisión para el Mercado Financiero dictará las instrucciones necesarias para la aplicación de los incisos precedentes”.

Esa disposición transitoria de la Constitución ha sido objeto numerosas veces requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que han sido rechazados por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la sentencia dictada en el Rol 11560–2021 [26 de abril de 2022], que apoya el rechazo en la siguiente argumentación conclusiva:

<< XV. CONCLUSIONES

130. A partir de todo lo expuesto, se concluye que la normativa cuestionada no es precepto legal, sino norma constitucional vigente, como ya lo declarara expresamente este tribunal en el proceso Rol N° 10.774, por lo que esta Magistratura carece de competencia para enjuiciarla y el presente proceso nunca debió superar la etapa de admisibilidad>>

3.– Tribunal Constitucional de Chile.– Sentencia Rol 7642–2019 [25 de marzo de 2020] (es inconstitucional el precepto que prohíbe instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en locales destinados al despacho de recetas médicas en que se prescriben lentes)

El art. 126 del Código Sanitario prohibía instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en locales destinados al despacho de recetas médicas en que se prescriben lentes. El Tribunal Constitucional de Chile consideró en un proceso de inconstitucionalidad (sentencia recaída en el Rol 6597–2019) que, al carecer de justificación en relación a la mejor prestación del derecho a la salud, suponía una distinción discriminatoria para las actividades prohibidas. A esta misma conclusión ha llegado el Tribunal Constitucional en varios requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como el resuelto mediante sentencia Rol 7642–2019.

Su argumentación principal es la siguiente:

<<PRIMERO. Acorde con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimeros de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar el artículo 126, inciso segundo parte final, del Código Sanitario, por infringir derechos garantizados por la Carta Fundamental.

[...]

I.- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES PREVIOS

[...]

TERCERO. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. Por sentencia de 14 de noviembre de 2019 (Rol N° 6597), expedida conforme al artículo 93, incisos primero, N° 7°, y decimosegundo, de la Constitución Política de la República, este Tribunal declaró la inconstitucionalidad del referido precepto legal por contravenir el artículo 19, N° 2°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

[...]

III.- REITERACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE POR QUÉ EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO ES INCOMPATIBLE CON EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO ARBITRARIAMENTE.

[...]

DECIMOQUINTO. Sin perjuicio de la existencia de otras vulneraciones constitucionales asociadas, la interrogante fundamental de relevancia constitucional dice relación con la compatibilidad de la norma examinada con la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 19, N° 2°, de la Constitución: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Dicho de otra manera, el dilema puede expresarse así: ¿existe una justificación que sustente racionalmente una diferencia legal de trato en virtud de la cual la utilización conjunta o no de un mismo recinto físico determina la prohibición o no del desarrollo de dos actividades lícitas y con funciones expresamente reconocidas por el ordenamiento jurídico, como son, por un lado, las de recepción y despacho de recetas en que se prescriben lentes con fuerza dióptrica –realizados por establecimientos de óptica– y, por el otro, las de evaluación de vicios de refracción ocular y prescripción de lentes ópticos correctivos –efectuadas por médicos o tecnólogos médicos con mención en oftalmología?

Este Tribunal considera que no existe tal justificación y que, por lo tanto, la disposición legal examinada infringe la prohibición constitucional aludida, tal como se declaró, en su oportunidad, en las sentencias de inaplicabilidad sobre la materia.

C) SE INFRINGE EL ARTÍCULO 19, N° 2°, DE LA CONSTITUCIÓN

DECIMOSEXTO. IDENTIFICACIÓN DE DIFERENCIACIONES QUE DERIVAN DEL PRECEPTO LEGAL EXAMINADO.

Como ya lo adelantáramos, el precepto legal bajo análisis establece una incompatibilidad absoluta para el ejercicio de dos actividades en un mismo lugar físico. Por lo mismo, la norma tiene como destinatario no sólo a los establecimientos de óptica, sino también a los profesionales médicos y tecnólogos médicos vinculados –se entiende– al área de la oftalmología.

La distinción principal que hace la disposición legal y de la cual derivan consecuencias radicalmente opuestas es entre el ejercicio de profesiones médicas o de tecnología médica al interior de establecimientos ópticos y afuera de éstos. Es decir, hay una discriminación en consideración a la ubicación física en que se ejercen las actividades.

Una segunda diferenciación de trato que se deriva de la norma legal examinada es aquella que aparece al contrastarla con lo regulado respecto de otras especialidades y establecimientos del área de la salud, para las cuales no existe una regla como la del artículo 126º, inciso segundo, oración final, del Código Sanitario. En otras palabras, hay un segundo tipo de discriminación, pero esta vez atendiendo a la especialidad del rubro de la salud involucrado.

DECIMOSÉPTIMO. ACERCA DEL GRADO DE ESTRICTEZ CON QUE HAN DE EVALUARSE LAS RAZONES QUE JUSTIFICARÍAN LA DIFERENCIA DE TRATO.

Todo precepto legal al hacer distinciones efectúa clasificaciones, las cuales deben configurarse de forma tal que no pugnen con criterios de racionalidad, los que pueden ser menos o más exigentes.

Si bien las normas legales tienen una vocación de generalidad (lo que tiene algún reconocimiento en el artículo 63, Nº 20º de la Constitución) no está vedada la posibilidad de que leyes concretas favorezcan o graven a grupos específicos. Sin que signifique una regla absoluta, se debe tener presente, no obstante, que mientras más acotada es la categoría que será objeto del trato diferente, más y mejores deben ser las razones que han de ser ofrecidas para justificarlo.

Del mismo modo, la justificación requerida para consagrar diferencias basadas en normas que establezcan prohibiciones en términos absolutos debe ser más poderosa o exigente que regulaciones menos intrusivas.

Los dos factores recién mencionados y que se presentan en la especie pueden servir de base para sostener que corresponde evaluar la fortaleza de la justificación de la diferenciación legal de una manera exigente.

No obstante lo anterior, y tal como se explicará, ni siquiera es necesario aplicar un estándar de valoración estricto para concluir que se está en presencia de una diferenciación legal carente de razonabilidad y, por lo mismo, arbitraria.

DECIMOCTAVO. ACERCA DE LA AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN RACIONAL SUFICIENTE BRINDADA POR EL LEGISLADOR.

La ausencia de justificación racional suficiente de la norma legal analizada comienza a quedar al descubierto si se revisa la historia de la ley de las diferentes modificaciones sobre el particular, la cual es escasa, errática e inespecífica.

Escasa, porque a diferencia de lo sostenido por el Consejo de Defensa del Estado, sólo consta en el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, en el primer trámite constitucional, que la norma examinada nace a raíz de una indicación para agregar “al final del inciso segundo [del artículo 126] una oración que prohíbe instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en los establecimientos de ópticas”. (Historia de la Ley Nº 20.724, p. 152).

Erráticas e inespecíficas, porque las justificaciones posteriores a la inclusión de esta oración, vertidas tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, hacen referencia a evitar la “integración vertical” entre ópticas y tecnólogos médicos con mención en oftalmología, pero sin indicar la forma en que se produciría esta denominada “integración”, cuál sería el efecto beneficioso para los pacientes de esta prohibición en comparación con sus costos, o por qué la incidencia del riesgo que se busca evitar es mayor en el caso de las ópticas y no en otras actividades económicas del área de la salud.

DECIMONOVENO. ¿EXISTE RACIONALIDAD EN LA VINCULACIÓN –SUBYACENTE A LA REGLA LEGAL EXAMINADA– ENTRE LA FINALIDAD SUPUESTAMENTE BUSCADA, EL MEDIO O SOLUCIÓN PREVISTO Y LA AGRUPACIÓN DE SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDA LA NORMA?

Asumiendo que el origen o explicación de las diferencias de trato involucradas en el precepto legal examinado se deben no a la presión de grupos de interés intentando satisfacer –en todo o en parte– un interés privado, sino a una iniciativa inspirada en consideraciones de interés público, es menester intentar identificar –si es que es posible– la racionalidad del vínculo entre la finalidad buscada, el medio o “solución” que la ley establece y la clasificación que la ley hace para determinar la agrupación de sujetos a quienes va dirigida la norma.

VIGÉSIMO. La principal razón esgrimida por quienes respaldan el precepto legal es que constituiría un medio adecuado y eficiente para cumplir con los propósitos de impedir la integración vertical en el negocio de la salud visual. Se evitaría, así, de manera eficaz, la consolidación de situaciones de conflicto de interés de los profesionales del área de la oftalmología que eventualmente pudieran tener interés en el negocio de los establecimientos ópticos. Más específicamente, se ha sostenido que con la norma se impide una integración vertical del negocio (no confundir con la crítica usual a la estructura de mercado en el ámbito previsional privado) al evitar la prescripción innecesaria de artículos ópticos que podrían redundar en una agudización de los problemas de salud oftalmológica de la población.

VIGÉSIMO PRIMERO.

Acerca de la primera discriminación. Atendiendo, en primer lugar, a la vinculación entre la finalidad recién mencionada y el medio o solución dispuesto en la norma examinada, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿qué relevancia o incidencia puede tener para solucionar un eventual problema de sobre– indicación de lentes ópticos (con efectos negativos en la salud pública) la existencia de una separación física, la cual incluso podría cumplirse funcionando en un recinto distinto, pero aldaño? Este Tribunal ha afirmado en la totalidad de las causas anteriores sobre la materia y lo vuelve confirmar ahora, que el medio es irrelevante para la consecución de la finalidad invocada.

En efecto, y tal como ha sido manifestado permanentemente a partir del primero de los casos conocidos por esta Magistratura, “si esa fuera la razón, el medio elegido por el legislador sería inidóneo para tal propósito. Si todo lo que se exige al legislador, bajo un estándar poco exigente de evaluación es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que pueden sustentarse por medio de la argumentación racional, no se ve cómo puede cumplirse, en este caso, dicho estándar. No existe conexión racional mínimamente cercana entre medio y fin”.

La falta de congruencia resulta notoria. A modo ilustrativo, considérese la siguiente situación. Por un lado, se supone problemática (digno de prohibición) la cercanía física (hay cercanías físicas no prohibidas) entre un centro médico, un establecimiento óptico y el público que concurre a comprar lentes ópticos. Por el otro, sin embargo, la ley acepta como no problemático que un optómetra o un médico ejerza bajo subordinación y dependencia de una empresa de óptica e, incluso, que éste se desempeñe en una ubicación muy próxima a dicho tipo de establecimiento, pero separada físicamente.

Si se aplicara un escrutinio más estricto respecto de la justificación de la diferenciación legal analizada, la arbitrariedad sería igual o más patente. Quizás el adjetivo apropiado para calificarla sería de “absurda”. Nos parece que es suficientemente sugerente plantear este test más exigente

a modo de pregunta: ¿es la prohibición del artículo 126° del Código Sanitario la única manera de evitar el pretendido problema de abuso derivado de una identificación entre ejercicios profesionales y actividades de venta? La respuesta es negativa.

VIGÉSIMO SEGUNDO.

Acerca de la segunda discriminación. En consideración, ahora, a la diferenciación de trato que aparece al contrastar la prohibición legal bajo análisis con lo regulado respecto de otras especialidades y establecimientos del área de la salud, cabe concluir que la clasificación de los sujetos destinatarios de la norma de aquellos excluidos también resulta arbitraria.

En el área de la salud no existe otra disposición análoga a la que es objeto de cuestionamiento. No existe, por ejemplo, norma expresa que prohíba a los cirujanos dentistas prescribir tratamientos dentales cuyos insumos se adquieran u obtengan en el mismo recinto en que se realiza la atención. Igualmente, no existe norma que prohíba a los médicos cirujanos la prescripción de exámenes, prótesis, órtesis o intervenciones quirúrgicas que se vendan en el mismo recinto en el cual mantienen su consulta. En efecto, la manera de hacer frente al propósito declarado como finalidad es muy diferente, en su modalidad e intensidad, a la prevista por el mismo Código Sanitario para los otros establecimientos y profesiones del área de la salud.

VIGÉSIMO TERCERO. CONSIDERACIONES FINALES. Sin perjuicio de todo lo señalado precedentemente, es útil tener presente que no se está en presencia de un escenario regulatorio carente de medidas conductuales de diferente naturaleza respecto del bienestar de los pacientes (ver al respecto el acápite III A), sobre “el contexto jurídico”). Entre éstos, queremos reiterar la existencia de ciertos deberes de colaboración, tales como el deber de información o advertencia a los que están sujetos los establecimientos ópticos, los deberes de derivación de pacientes por parte de tecnólogos médicos a médicos cirujanos especialistas, y el reconocimiento expreso de la posibilidad de participación conjunta de médicos oftalmólogos y tecnólogos médicos especializados en oftalmología u optómetras en la atención del enfermo para su recuperación. Igualmente, no debieran obviarse aquellas obligaciones que puedan derivar de la aplicación de la ley de derechos y deberes de los pacientes.

VIGÉSIMO CUARTO. Asimismo, dado que la norma examinada goza de rechazo por parte de los tecnólogos médicos con mención en oftalmología y optómetras, y respaldo por parte del gremio de los médicos oftalmólogos, aun cuando la regla legal es igualmente aplicable a ambos tipos de profesionales, cabe preguntarse por la razón de ser de dicha disparidad.

Una primera posibilidad es que los médicos cirujanos oftalmólogos asumen que sin la prohibición que establece la norma, ellos mismos, al igual que los tecnólogos y optómetras, serían éticamente vulnerables. Incluso más, implicaría asumir que una medida estructural de prohibición de emplazamiento físico conjunto en el ejercicio de dos actividades fuera un resguardo ético necesario para los profesionales del área oftalmológica (médicos incluidos), mas no para otro tipo de profesionales de la salud.

Una segunda posibilidad es que el efecto práctico de la norma sea disímil entre uno u otro tipo de profesional de la salud visual, esto es, que resultare un obstáculo para el desarrollo profesional de los tecnólogos u optómetras e inocua para los médicos oftalmólogos, los cuales no tendrían dificultades de emplazamiento para el ejercicio de sus actividades. Este tipo de consideración podría explicar la ausencia de rechazo, pero no necesariamente el activo respaldo por la mantención de la norma. Se requeriría algo más.

A pesar que ambos tipos de profesionales de la salud visual se encuentran autorizados para emitir prescripciones o recetas, se ha argumentado que el propósito de la norma es evitar los riesgos de prescripción excesiva de lentes ópticos. Al respecto caben dos posibilidades (no mutuamente

excluyentes) para entender la posición de quienes están por respaldar el precepto examinado: (i) los tecnólogos médicos y optómetras no estarían capacitados para recetar anteojos y/o (ii) los tecnólogos médicos y optómetras (a diferencia de los médicos oftalmólogos) serían éticamente vulnerables a la cercanía física con los establecimientos de óptica por consideraciones económicas, sea porque los médicos oftalmólogos tendrían un nivel de integridad mayor, o porque, simplemente, la norma carece de implicancia práctica para estos últimos. Evidentemente, tanto la posibilidad (i) como la (ii) no podrían constituir justificaciones válidas de interés público de la norma bajo análisis. En el caso (i) porque sería abiertamente incoherente con un pilar de la regulación legal en vigor, y en el caso (ii) porque dejaría entrever que, por diferencias económicas entre ambos tipos de profesionales para el desempeño de sus funciones (y que incidirían en el disímil efecto práctico de la norma), los médicos oftalmólogos estarían en un pie superioridad ética respecto de los tecnólogos médicos u optómetras.>>

CAPÍTULO CUARTO. COLOMBIA

1.– Sentencia C-277/21 de la Corte Constitucional de Colombia (sobre la regresividad de que los trabajadores informales que no alcancen el salario mínimo se vinculen obligatoriamente al piso de protección social)

La crisis económica generada por la pandemia del COVID-19 dio lugar a un alto nivel de informalidad, siendo muchas las personas que trabajaban solo a tiempo parcial y percibiendo retribuciones inferiores al salario mínimo. En el año 2020 se dictó el Decreto 1174 que imponía que este conjunto de personas fuese vinculado obligatoriamente al piso de protección social, que implicaba una cierta protección de seguridad social pero inferior a la dispensada en el régimen contributivo.

Se planteó ante la Corte Constitucional una demanda de inconstitucionalidad, en la que venía a suscitarse de un modo principal si ese régimen jurídico resultaba contrario en relación al principio de no regresividad. La Corte, en su Sentencia C-277/21, dictada con fecha de 19 de agosto de 2021, razonó extensamente. Caben resaltarse los siguientes términos:

“Aplicación del juicio de regresividad a la medida analizada

113. A continuación, la Sala analizará la constitucionalidad de la medida con base en el entendimiento que de ella se hizo en los fundamentos jurídicos anteriores y el juicio de no regresividad. Para tal efecto, aplicará los siguientes presupuestos^[311]: i) la medida afecta o no el ámbito de exigibilidad inmediata del derecho en términos de discriminación y de garantía de contenido esencial; ii) la disminución o no del nivel de satisfacción previamente alcanzado; y, iii) aplicación del juicio de progresividad y no regresión propiamente dicha. Aquel implica un test de proporcionalidad en sentido estricto. En este escenario, la Corte verificará que la medida: a) persiga una finalidad constitucionalmente imperativa; b) el instrumento utilizado sea idóneo; c) la medida sea necesaria; y, d) la herramienta sea proporcional en sentido estricto. Lo anterior, bajo el entendido de que, al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, la carga de probar estos elementos es más exigente y recae en el Estado.

El Piso de Protección Social no es una medida discriminatoria

114. La Sala se aparta de la comprensión de la norma realizada por los demandantes y algunos de los intervinientes. En tal sentido, considera que el PPS no es un instrumento discriminatorio porque recae sobre un grupo de personas que ingresan al mercado laboral formal y que, en razón a la especial condición de su vinculación basada en el trabajo parcial y la remuneración inferior al salario mínimo, son destinatarios de medidas diferenciadas que aseguran mínimos de asistencia social y tienen justificación constitucional.

En otras palabras, se trata de trabajadores informales que carecen de vinculación por contrato de trabajo o por prestación de servicios o, aún con aquella, tienen ingresos inestables e inferiores a un salario mínimo legal mensual y carecen de acceso a las medidas mínimas de protección social. En tal perspectiva, este grupo no puede entenderse como trabajadores formales y excluir cualquier forma de comparación. La norma tiene destinatarios específicos que son aquellas personas que están en la informalidad y les permite ingresar al sistema laboral formal bajo condiciones específicas en términos de acceso a mínimos de protección social. En este punto, la medida estudiada no es un instrumento de discriminación o de precarización de la dignidad humana. Por el contrario, actúa como un mecanismo de punto de partida y no de llegada.

115. En efecto, se trata de una herramienta basada en los principios de progresividad y de universalidad en la garantía de la seguridad social. Aquella está focalizada hacia un grupo particularmente vulnerable porque está excluido de estos contenidos mínimos de protección. Dicha condición se genera por las barreras de acceso derivadas de la economía informal de la que obtienen sus ingresos. El principal obstáculo es la imposibilidad de cubrir los aportes requeridos para ingresar al régimen contributivo en salud y al sistema de pensiones. Se trata de personas que no pueden obtener los beneficios del régimen contributivo, pero tampoco pueden acceder a las afiliaciones en el régimen subsidiado. Bajo esa perspectiva, la medida utiliza mecanismos diferenciados y alternativos que no están restringidos por la Constitución y, que, por el contrario, han resultado admisibles como es el caso del régimen subsidiado y los BEPS. Estos tienen la capacidad de garantizar un *punto de partida* en materia de protección de derechos de seguridad social de esta población. Lo anterior, porque contiene un mandato de garantía de mínimos irreductibles basados en las posibilidades formales y materiales existentes y que ofrece el sistema de seguridad social del país.

Conforme a lo expuesto, la Sala considera que la verificación de la existencia de discriminación en el marco del juicio de regresividad no es un simple cotejo silogístico de instrumentos particulares de protección. Por el contrario, en un escenario como el de la referencia, el análisis se basa en la necesidad de establecer si las medidas permiten alcanzar garantías mínimas de satisfacción de derechos que deben maximizarse progresivamente.

116. En este caso, el Piso de Protección Social es un instrumento secundario y alternativo que permite transitar de la informalidad a la formalización laboral. Además, define y garantiza unos mínimos contenidos irreductibles en materia de seguridad social y de dignidad humana a quienes no tienen definida su protección social. No es un punto de llegada como lo advierten los demandantes y gran parte de los intervinientes. De ahí que, no se trate de un escenario de precarización laboral sino de acceso al mercado laboral formal y a la seguridad social en condiciones dignas mínimas e irreductibles de un grupo social que no ha accedido a ella. Sobre lo anterior, la Sala insiste en la necesidad de que el Estado y la sociedad se tomen en serio los compromisos de la progresividad, que aseguren el goce efectivo y pleno de estos postulados cuando se trata de grupos de especial protección constitucional por la vulnerabilidad derivada de la economía informal.

La medida admite interpretaciones que pueden implicar una disminución del nivel de satisfacción previamente alcanzado

117. La Sala analizará este presupuesto a partir de dos escenarios derivados del alcance de la norma:

- i) el de los trabajadores informales que ingresan al mercado laboral y deben afiliarse al PPS;
- y, ii) el de los trabajadores formales que están en el régimen general y que pueden resultar afectados por la modificación de sus condiciones de trabajo y de seguridad social para ser trasladados al Piso de Protección Social.

118. *Sobre los trabajadores que ingresan al mercado laboral y deben afiliarse al PPS.* Los destinatarios de la medida hacen parte de un grupo especialmente vulnerable y sin acceso efectivo a trabajos formales y mecanismos de protección de seguridad social. Por tal razón, el PPS, entendido como una medida de *punto de partida*, no desmejora sus condiciones previas. Por el contrario, les garantiza unos contenidos mínimos de protección de seguridad social y dignidad. La Sala insiste en que esta medida es alternativa y no desplaza la posibilidad de acceder al régimen general, ni mucho menos, releva el mandato de progresividad que deben materializar el Estado y los empleadores. En otras palabras, contrario a lo expresado por los

demandantes y algunos intervinientes, la medida analizada es la expresión del principio de progresividad focalizado a una población altamente vulnerable con la finalidad de garantizar “el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad”.

Sin embargo, la Corte advierte que en este escenario la comprensión del alcance de la expresión “*deberán*” puede implicar un escenario regresivo y contrario al principio de progresividad. En efecto, la ambigüedad de la norma en este sentido y la imposibilidad de establecer su alcance a partir de una interpretación sistemática del mecanismo generaría la imposibilidad de que los destinatarios de la norma negocien las condiciones contractuales que incluyen la afiliación de un determinado régimen. Por el contrario, el desarrollo reglamentario habilita a que la decisión se encuentre al arbitrio del empleador, quien puede, voluntariamente, definir el régimen de seguridad social para sus trabajadores y asumir directamente los costos del mismo. Esta situación denota una asimetría contractual que podría afectar la posibilidad de alcanzar niveles de protección mayores y, por el contrario, implicaría una disminución de la protección pretendida. Ante esta circunstancia, la Sala evaluará la proporcionalidad de dicha comprensión de la norma en el capítulo respectivo.

119. *Sobre los trabajadores que están en el régimen general y pueden verse afectados por la modificación de su situación laboral y de seguridad social.* En este escenario, la Sala advierte que algunos intervinientes expresaron que la norma puede utilizarse para desmejorar la situación de los trabajadores que se encuentran en el régimen general laboral y de seguridad social. A continuación, la Sala analizará ambas posturas con base en el juicio de proporcionalidad.

Juicio de proporcionalidad de la medida analizada

120. Luego de revisar la norma acusada en términos generales y de identificar interpretaciones que pueden afectar la prohibición de no regresividad, la Sala abordará el estudio de proporcionalidad de la misma. Para tal efecto, analizará en términos generales el Piso de Protección Social y, seguidamente, verificará la constitucionalidad o no de las interpretaciones que, *prima facie*, resultan regresivas.

121. *En términos generales*, el piso de protección social no es regresivo y supera el juicio de proporcionalidad. La Sala arriba a tal conclusión con base en los siguientes argumentos:

- 121.1. *Persigue finalidades constitucionalmente imperativas:* en efecto, la medida busca garantizar el principio de universalidad en el acceso a contenidos mínimos de seguridad social a población vulnerable. Particularmente, aquella que deriva su sustento de la economía informal y que enfrenta a barreras para el goce efectivo de dichas garantías. Lo anterior, al prever un *punto de partida* mediante mecanismos alternativos y complementarios en materia de salud, riesgos de vejez y laborales. En ese mismo escenario, pretende realizar un objetivo imperioso relacionado con la formalización laboral, no solamente como garantía del trabajo decente, porque asegura un ingreso estable y periódico para el empleado y su grupo familiar. También, es un mecanismo dinamizador de la economía y de superación de la vulnerabilidad derivada de la economía informal. Finalmente, es un instrumento que permite avanzar en la progresividad de los mencionados postulados porque establece unos mínimos irreductibles y fortalece el compromiso de ampliar su contenido y satisfacción mediante políticas públicas focalizadas, eficiente y eficaces.
- 121.2. *La medida es idónea:* por las siguientes razones: i) fomenta la formalización laboral mediante la generación de incentivos para los empleados y los patronos. De una parte, para los trabajadores porque les ofrece un escenario de trabajo formal y digno que les permite superar las barreras económicas y de seguridad social derivadas de la informalidad. De

otra, para los empleadores, que podrán operar bajo un esquema excepcional de vinculación laboral y de carga prestacional, mientras persistan las condiciones que les impide contratar a sus trabajadores en las condiciones del régimen general; ii) los contenidos mínimos contemplados en el PPS están garantizados mediante instrumentos complementarios del sistema de seguridad social. Aquellos, no están prohibidos y, en el caso del régimen subsidiado y los BEPS, han sido avalados en su constitucionalidad por esta Corporación. Sobre el seguro inclusivo, los reparos de los demandantes están dirigidos a la supuesta desfinanciación del fondo que administra los recursos. Lo anterior, porque para tales fines, solo se destina el 1% del total del aporte del patrono. La Sala considera que este argumento no genera la falta de idoneidad de la medida, puesto que se refiere a aspectos de configuración normativa que escapan al análisis adelantado en esta oportunidad por esta Corporación. En este punto, la Corte considera que no es un mecanismo prohibido por la Constitución y que resulta idóneo para amparar las garantías mínimas en materia de riesgos laborales bajo el esquema de seguros.

Ahora bien, en este escenario, la Corte precisará los siguientes aspectos: i) la idoneidad de la medida en relación con la normativa vigente que permite cotizaciones al sistema general de seguridad social por tiempo parcial; y, ii) la presunta desprotección de las mujeres trabajadoras en condición de embarazo. A continuación, la Sala abordará los mencionados temas.

- 121.3. *La idoneidad de la medida y la normativa que permite cotizaciones al sistema general de seguridad social por tiempo parcial:* la **Ley 100 de 1993** permite la cotización al sistema general de seguridad social en pensiones de trabajadores a tiempo parcial. En efecto, el artículo 17 *ejusdem* establece:

“ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 40 del Decreto Ley 2106 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), suprimirán los trámites y procedimientos de cobro de las deudas a cargo de las entidades públicas del orden nacional que formen parte del Presupuesto General de la Nación, obligadas a pagar aportes patronales al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, originadas en reliquidaciones y ajustes pensionales derivados de fallos ejecutoriados, que hayan ordenado la inclusión de factores salariales no contemplados en el ingreso base de cotización previsto en la normatividad vigente al momento del reconocimiento de la pensión.

En todo caso las entidades de que trata esta disposición, efectuarán los respectivos reconocimientos contables y las correspondientes anotaciones en sus estados financieros. Los demás cobros que deban realizarse en materia de reliquidación pensional como consecuencia de una sentencia judicial, deberá efectuarse con base en la metodología actuarial que se establezca para el efecto por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”

Por su parte, el artículo 18 de esa normativa, contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. <Inciso 4. y párrafo modificados por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. (El artículo 5 de la Ley 797 de 2003 transcribe todo el artículo). El nuevo texto es el siguiente:> La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

PARÁGRAFO 1º. *En aquellos casos en los cuales el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, o ingresos como trabajador independiente o por prestación de servicios como contratista, en un mismo período de tiempo, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, o ingreso devengado de cada uno de ellos, y estas se acumularán para todos los efectos de esta ley sin exceder el tope legal. Para estos efectos, será necesario que las cotizaciones al sistema de salud se hagan sobre la misma base.*

En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente. *Las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional, a efectos de que éste le complete la cotización que les haga falta y hasta un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.” (Énfasis agregado)*

Con base en lo anterior, las normas expuestas tienen un alcance general caracterizado por: i) la obligatoriedad de las cotizaciones al sistema general de pensiones por contrato de trabajo y de prestación de servicios; ii) el ingreso base de cotización no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente; y, iii) las personas que perciban ingresos inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, podrán ser beneficiarias del Fondo de Solidaridad Pensional para completar la cotización hasta un salario mínimo legal mensual vigente.

Por su parte, el **Decreto 2616 de 2013** reguló la cotización a seguridad social para trabajadores dependientes que laboran periodos inferiores a un mes. El artículo 2º consagra que dicha normativa se aplica a los trabajadores dependientes que: i) estén vinculados laboralmente; ii) tengan contrato a tiempo parcial, es decir, por periodos inferiores a 30 días; y, iii) reciban como remuneración un valor inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Aquellos estarán afiliados a los sistemas de pensiones, riesgos laborales y subsidio familiar en los términos que establecen las normas generales, a través de las Administradoras de pensiones, de Riesgos Laborales y las Cajas de Compensación Familiar. En materia de base de cotización, el

decreto estableció que aquella corresponde a una cuarta parte (1/4) del salario mínimo mensual vigente denominada cotización mínima semanal. En relación con riesgos profesionales, el ingreso base de cotización será el salario mínimo mensual. Sobre esas reglas, la cotización se realizará con base en la siguiente tabla:

Días laborados en el mes	Monto de la cotización
Entre 1 y 7 días	Una (1) cotización mínima semanal
Entre 8 y 14 días	Dos (2) cotizaciones mínimas semanales
Entre 15 y 21 días	Tres (3) cotizaciones mínimas semanales
Más de 21 días	Cuatro (4) cotizaciones mínimas semanales (equivalen a un salario mínimo mensual)

En referencia al porcentaje de cotización, el artículo 7° de la mencionada normativa establece que: “El monto de cotización que le corresponderá al empleador y al trabajador, se determinará aplicando los porcentajes establecidos en las normas generales que regulan los Sistemas de Pensiones, Riesgos Laborales y Subsidio Familiar.” Finalmente, ante la imposibilidad de acceder a la pensión, los trabajadores destinatarios del decreto, pueden trasladar sus recursos al mecanismo BEPS.

En suma, se trata de una normativa que tiene las siguientes características: i) permite la cotización a seguridad social de trabajadores dependientes, no por prestación de servicios, que ganen menos de un salario y por periodos inferiores a 30 días; ii) la base de la cotización tiene como referente el salario mínimo. En efecto, la cotización mínima semanal es una cuarta parte (1/4) del salario mínimo; iii) los trabajadores y los empleadores concurren al pago del monto de la cotización en los términos de la normativa general.

Conforme a lo expuesto, la Sala considera que la normativa que permite la cotización de trabajadores a tiempo parcial no le resta idoneidad al PPS. Lo anterior, por las siguientes razones:

- La regulación actual puede conducir a la informalidad. Las cifras expuestas en esta providencia y que corresponden a los periodos previos a la pandemia y la crisis generada por aquella, dan cuenta del aumento de la informalidad en el país y de la desafiliación del sistema de seguridad social en salud y pensión. En particular, porque le exige al trabajador, que no percibe el salario mínimo mensual, pagar en los términos de la regulación general el porcentaje para la respectiva cotización, lo que configura una circunstancia que desincentiva los procesos de formalización laboral. Lo anterior, se agrava en el escenario en que, por ejemplo, el trabajo por más de 21 días exige la cotización por el total del salario mínimo. Esta medida, dirigida a estos trabajadores, que perciben menos del salario mínimo, también puede resultar desproporcionada. Lo anterior, porque aquellos deben asumir parte del valor destinado a los aportes de salud y pensión.
- La posibilidad de cotizaciones al sistema general de seguridad social por debajo del salario mínimo podría representar una medida regresiva para la seguridad social de los trabajadores, porque las medidas contempladas en el Decreto 2616 de 2013 que autoriza la cotización por semanas no produce una protección real y, por el contrario, puede desestimular la afiliación. En tal sentido, contempla la posibilidad de que los trabajadores trasladen las sumas cotizadas a pensiones al mecanismo BEPS. Lo anterior, permite concluir que no es una medida que, por las actuales condiciones económicas de los trabajadores, asegure el acceso a la pensión.
- Las situaciones contempladas por el PPS no están reguladas en el parágrafo 1° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993. En efecto, se trata de personas que perciben ingresos mensuales inferior-

res al salario mínimo legal mensual vigente. Por esa razón, dicha normativa no le es aplicable. Además, prevé completar el aporte hasta el salario mínimo con cargo al subsidio al aporte del Fondo de Solidaridad Pensional. Aquel, como quedó expuesto previamente, fue desmontado para dar paso al mecanismo BEPS.

- d. Estas medidas no están dirigidas a las personas que tienen vinculación por contrato de prestación de servicios.

En este escenario, el Piso de Protección Social es una medida subsidiaria y complementaria que no desplaza los deberes jurídicos de los empleadores en relación con el régimen general. Aquel, continua vigente y siempre será el mecanismo principal de seguridad social de los trabajadores. Por tal razón, la Sala concluye que la regulación actual que permite la cotización de trabajadores a tiempo parcial y que ganan menos de un mínimo, no le resta idoneidad al PPS. Bajo esa perspectiva, la medida analizada por la Corte corrige las externalidades generadas por la mencionada normativa general en términos de:

- i) se dirige a prevenir riesgos de regresividad; ii) propicia protección real y efectiva del grupo vulnerable caracterizado por quienes tienen contrato laboral o por prestación de servicios, que ganan menos del salario mínimo y trabajan a tiempo parcial, que está en la informalidad y que no es destinatario de los instrumentos tradicionales y generales expuestos previamente; y, iii) promueve la formalización laboral.

- 121.2.2. *La protección de las trabajadoras embarazadas*: uno de los argumentos de los demandantes, el Ministerio Público y algunos intervinientes en contra de la medida gravitó en torno a la posible desprotección de las trabajadoras en el marco del PPS que están en condición de embarazo y aquellas que están en periodo de lactancia. Lo anterior, básicamente porque en el PPS no tendrían acceso a la licencia de maternidad como si lo tienen las empleadas del régimen contributivo.

Frente a este punto, la Sala considera que la afiliación al régimen subsidiado en salud le ofrece a esta población las garantías mínimas derivadas de su especial vinculación al empleo formal. En efecto, el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 establece que el plan obligatorio de salud—hoy PBS para las mujeres embarazadas cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia. De igual manera, las gestantes y las madres de niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes del ICBF. Esta subvención es en especie y comprende alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de edad referido y que permiten una dieta adecuada.

Para la Corte, este grupo cuenta con unos contenidos mínimos en materia de seguridad social que incluyen atención médica durante y después del embarazo y la entrega de subsidios en especie para las gestantes y las madres con niños menores de un año. En este punto, la Sala reitera que se trata de una medida de punto de partida y que de ninguna manera configura el instrumento principal para esta población. En tal sentido, insiste en que, si bien son garantías mínimas, el Estado y la sociedad no pueden renunciar a la materialización del principio de progresividad. De esta manera, subsiste un deber reforzado de avanzar en la ampliación de las garantías laborales y sociales para estos trabajadores, en especial, para las mujeres embarazadas.

Bajo ese entendido, esta Corporación precisa que, contrario a lo afirmado por la Procuraduría, las trabajadoras gestantes tienen derecho al reconocimiento y entrega de los servicios y la prestación contenida en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993. Una lectura

integral de la norma acusada y de la mencionada disposición permite concluir que las empleadas embarazadas acceden a dichos beneficios con ocasión de su vinculación al régimen subsidiado de salud. Por tal razón, el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019 es exequible pura y simple y no requiere el condicionamiento solicitado por la Vista Fiscal.

En tal escenario, la Corte insiste en que la naturaleza de la disposición acusada es un punto de partida en la protección de este especial grupo. Bajo ese entendido, los esfuerzos institucionales, en particular del Legislador, no se agotan con esta medida. El mandato de progresividad exige avanzar en la consecución del mayor grado posible de protección de las trabajadoras gestantes. Por tal razón, la Sala hace un llamado al Congreso de la República para que continúe con los esfuerzos para consolidar un escenario de protección integral de las mujeres embarazadas, especialmente en escenarios de Piso de Protección Social como en el estudiado en esta oportunidad.

Finalmente, este Tribunal considera que la medida también es idónea porque es un instrumento subsidiario, secundario y complementario que se aplica a quienes no cuentan con protección de la seguridad social en salud antes de dicha vinculación. De ninguna manera, es un mecanismo principal que sustituya al régimen general de seguridad social. Aquel subsiste y siempre deberá preferirse como regulación de las relaciones laborales. La Sala persiste en que es una herramienta con contenidos mínimos irreductibles condicionados a que las causas que los originan se mantengan, particularmente, la capacidad del empleador de vincular a sus trabajadores al sistema general.

- 121.3. *La medida es necesaria:* la Sala considera que el PPS es necesario, particularmente en la actual crisis económica generada por la pandemia de la COVID-19. Como se expuso previamente, el trabajo informal fue uno de los sectores que resultó más afectado por las medidas sanitarias implementadas para contener la enfermedad. De ahí que muchos de sus trabajadores se quedaron sin una fuente de ingresos y cayeron en la pobreza. Por su parte, un número importante de empleados formales se han visto afectados y han migrado a la informalidad. La flexibilización de las medidas sanitarias ha reactivado sectores económicos, pero muchas empresas no podrán operar normalmente y bajo las condiciones de la contratación laboral general. Por lo que, el mercado informal aumentaría y amplificaría las barreras para los trabajadores en términos de ingreso y de acceso a la seguridad social en circunstancias dignas y mínimas.

Por esta razón, el PPS impacta positivamente en todos los actores económicos en un escenario de recesión económica sin precedentes que afecta garantías superiores como la vida digna, el trabajo, la seguridad social y la libertad de empresa. La Corte considera que pueden existir otros instrumentos, como los fiscales para lograr estos objetivos. Sin embargo, aquel por sí solo no generaría los resultados pretendidos, porque no reviste las mismas características y efectos que el PPS tiene en materia de formalización, de garantías mínimas y de reactivación económica. La Sala insiste en el que PPS es una medida que impacta directamente en los costos de producción empresarial, asegura contenidos mínimos en materia de trabajo digno formal y seguridad social y responde a la actual crisis económica generada por la pandemia del COVID-19. En otras palabras, la medida no afecta el núcleo esencial de los derechos al trabajo y a la seguridad social y, por el contrario, pretende su garantía mediante la fijación de mínimos irreductibles de protección que deben ampliarse en el mayor grado posible con fundamento en el principio de progresividad.

Sobre este aspecto, en el escenario del análisis de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos con ocasión del estado de excepción declarado para conjurar la crisis generada por la pandemia del COVID-19, este Tribunal indicó que “(...) a esta Cor-

poración corresponde determinar si al adoptar medidas que impacten los derechos sociales de los trabajadores, tales se constituyen en desmejoras genuinamente inconstitucionales, o si por el contrario se trata de medidas que aun cuando modifican el disfrute de un derecho de esta naturaleza, no afectan su núcleo esencial y son necesarias para conjurar la crisis”.

De igual manera, la Sala considera que la necesidad está demostrada porque el instrumento analizado materializa las Recomendaciones de la OIT. En efecto, el artículo 193 desarrolla la Resolución 202 de 2012 de la siguiente manera:

- a. El Piso de Protección Social tiene el objetivo de prevenir la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social. Está enfocado en un sector de la población que se encuentra en la informalidad y que enfrenta limitaciones para el acceso al mercado laboral formal y a las prestaciones de la seguridad social.
- b. La medida impacta en quienes derivan su sustento de la economía informal y asegura el ingreso al trabajo formal y mínimos de protección social.
- c. El instrumento está orientado por la recomendación de la OIT y su estructura corresponde a la realidad y a la potencialidad del contexto nacional. La concreción del documento internacional no exige un modelo único ni obligaciones específicas para los Estados Parte. Por el contrario, su implementación era facultativa y diferenciada basada en las posibilidades económicas y sociales del país. Sin embargo, dicha recomendación si sugería un mínimo en relación con los desafíos de la universalidad de la seguridad social. Aquel fue abordado por el PPS analizado por la Corte. Ese mecanismo consagró contenidos mínimos en materia de riesgos laborales, de salud y de vejez.
- d. El PPS hace parte del sistema de seguridad social. Tomó instrumentos que ya existían como el régimen subsidiado y los BEPS y los reorientó hacia la consolidación del trabajo formal con la garantía de mínimos de protección que aseguran progresivamente el principio de universalidad de la seguridad social.
- e. La medida analizada por la Corte fue diferenciada, complementaria y subsidiaria. Aquella no de-rogó ni sustituyó el régimen general de protección social. Por el contrario, complementó el esquema de seguridad social existente en el sentido de ampliar la cobertura de los beneficiarios (dimensión horizontal) y de los beneficios (dimensión vertical). Por esta razón, no reemplazó las garantías alcanzadas en materia de seguridad social, sino que configuró un camino adicional para alcanzar la universalidad de la protección social en población vulnerables que no tenían acceso a dichas prestaciones.
- f. El PPS es un punto de partida para un país como Colombia que no contaba con una estrategia de política pública que asegurara real y efectivamente los mínimos esenciales de protección social destinados a población vulnerable en el marco del acceso al trabajo formal. Aquel, es el primer paso hacia la garantía general completa. Esta concepción no riñe con una concepción progresiva de la seguridad social. Por el contrario, es una expresión de dicho postulado porque configura una etapa del aseguramiento que, si bien está destinada al logro de mayores niveles de bienestar y desarrollo social, es transitoria y no definitiva.
- g. El programa analizado no se agota en sí mismo. Las medidas implementadas buscan superar la ruptura entre la seguridad social y el empleo formal que genera la economía informal.

En suma, el Piso de Protección Social es necesario porque desarrolla la Recomendación 202 de 2012 emitida por la OIT. Establece mínimos de protección que no excluyen ni anulan el régimen general de seguridad social. Aquel, está destinado a un grupo vulnerable que deriva su sustento de la economía informal y que, por ende, no tiene ingresos estables ni acceso al sistema de seguridad social. De esta manera, el mecanismo busca superar la ruptura entre la protección social y el empleo formal. Bajo esa perspectiva, es un punto de partida en la materialización del principio de progresividad de la seguridad social en el país.

121.4 *La medida es proporcional en sentido estricto.* La Sala considera que la medida no desconoce contenidos mínimos en materia laboral y de seguridad social. Por el contrario, materializan un ingreso derivado de una fuente formal de empleo y garantías mínimas e irreductibles de protección de derechos sociales. Aquellas, son un punto de partida y no desplazan los regímenes principales sobre la materia. Esta comprensión del mecanismo configura un deber reforzado del Estado y la sociedad de asegurar la progresividad en la satisfacción plena de dichos postulados.

122. ***Sobre las interpretaciones que, prima facie, pueden resultar regresivas.*** La Sala considera que existen lecturas de la disposición acusada que desconocen el mandato de no regresividad y resultan inconstitucionales. A continuación, la Corte expone las razones que sustentan dicha afirmación:

122.1. La expresión “**deberán**” es ambigua y resulta regresiva porque excluye al trabajador de la definición del régimen en seguridad social aplicable a su vinculación laboral. En efecto, puede resultar posible que parte de la negociación de las condiciones salariales cuando el trabajador labora una jornada reducida, se ubique en el pago mediante la cotización completa en el régimen contributivo, lo cual no sería posible por disposición de la ley.

La Sala encuentra que si dicha disposición se entiende como un impedimento para que el empleador y el trabajador acuerden la cotización al régimen contributivo, pese a que la jornada laboral sea reducida y por ende el salario sea inferior al salario mínimo, es desproporcionada en sentido estricto porque si bien persigue un fin constitucional imperioso, relacionado con la necesidad de que dichos vínculos laborales aseguren el principio de universalidad en la asistencia social y, además, sea idóneo y necesario, implica un sacrificio injustificado en los derechos de los trabajadores. Particularmente, en la libertad negocial, en una relación genuinamente asimétrica, para definir el régimen de prestaciones sociales que le será aplicable a su contrato laboral.

En este aspecto, la Sala recuerda que la interpretación integral del PPS, incluida su reglamentación, evidenció que el patrono cuenta con la libertad de elegir el régimen al que vinculará a sus trabajadores. En cualquier caso, debe asumir la totalidad de la contribución al sistema. Sin que se trate de un juicio de validez sobre la norma reglamentaria de la figura, pues su utilización en esta oportunidad está limitada a un escenario de referencia normativa, la Corte considera que la ambigüedad de la disposición tiene un impacto directo en el contenido, alcance y disfrute del derecho a la seguridad social de los trabajadores porque permite escenarios desproporcionados sobre materias que tienen trascendencia constitucional. Por ejemplo, la facultad del patrono para decidir libremente el régimen de asistencia social que rige la relación laboral. Bajo ese entendido, los empleados no pueden estar excluidos de la negociación de sus condiciones laborales, por el contrario, al ser los destinatarios de la asistencia social deben participar activamente en la definición de la misma.

Así las cosas, demostrada la inconstitucionalidad de esa lectura literal, la Corte tendría

que declarar inexecutable la expresión “*deberán*”. Sin embargo, la Sala considera que existe una lectura constitucional de la expresión que permitiría mantenerla en el ordenamiento jurídico y efectivizar en el mayor grado posible los principios en tensión.

En efecto, la expresión “*deberán*” ha de interpretarse en un sentido acorde con el texto constitucional. De esta manera, la lectura de la norma que respeta la Carta es aquella en la que la vinculación laboral formal de las personas que devengan menos de un salario mínimo, debe contar con protección en seguridad social.

Por el contrario, eliminar la palabra mencionada, podría generar un déficit de protección, porque no habría obligación de asistencia social en esta modalidad contractual. Bajo ese entendido, la obligatoriedad recae en la protección social y no en un determinado sistema para tal fin. De otra parte, la Corte precisa que la definición de la asistencia social de los empleados no es una facultad exclusiva del patrono. Aquella debe ser el resultado de acuerdos contractuales en los que el trabajador tiene el derecho de negociar activamente. De igual forma, en el evento en que las partes acuerden la vinculación al régimen general, la Sala considera que debe seguirse la fórmula de financiación planteada en la reglamentación, en la que el patrono asume la totalidad de la carga contributiva. Lo anterior, con base en lo establecido en la regulación del PPS y en la imposibilidad económica del grupo vulnerable para asumir los aportes al régimen contributivo, en caso de que sea este el sistema acordado por las partes.

Esta interpretación podría tener un reparo en términos de la garantía de irrenunciabilidad de los derechos laborales y sociales. Sin embargo, esta Corte considera que, en este caso, no se presenta una renuncia de contenidos mínimos, pues, de conformidad con las normas vigentes en los términos explicados en esta sentencia, las personas que devengan menos de un salario mínimo no tienen el derecho legal a ser vinculadas en el régimen contributivo, de ahí que admitir su afiliación al PPS no implica renunciar a un beneficio que nunca lo tuvieron. La negociación gravitará, entonces, en torno a los medios y mecanismos para garantizarla y no sobre la asistencia social, pues aquella es obligatoria también para esta modalidad contractual. De igual manera, dicha garantía no puede desplazar la libertad negocial que le asiste al trabajador en la definición de los medios de asistencia social que rigen su vinculación laboral.

En suma, la Sala declarará la exequibilidad de la expresión “*deberán*” en el entendido de que esta forma de vinculación laboral también podrá admitir la afiliación al régimen contributivo. La definición del régimen resultará del acuerdo contractual entre el trabajador y el empleador. En cualquier caso, el patrono asumirá los costos de la asistencia social elegida”.

2.- Sentencia SU 109/2022 (declara inconstitucional el trato diferencial de las personas adultas mayores durante la pandemia del COVID 19 en cuanto a las condiciones para salir a la calle)

Con ocasión de luchar frente a la pandemia del COVID 19, contrasta la medida de aislamiento preventivo obligatorio dirigida a personas adultas mayores de 70 años y aquella dirigida al resto de habitantes del país y, de otro lado, contrastan las condiciones impuestas a los mayores de 70 años con las impuestas al resto de los adultos para el desarrollo de actividad física y ejercicio al aire libre. La Corte Constitucional declaró inconstitucional este diferente trato con la siguiente argumentación:

“13.6. La afectación *prima facie* del derecho a la igualdad no está constitucionalmente justificada y, por ende, hubo una restricción desproporcionada de los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de locomoción y el trabajo de los accionantes

192. El trato diferenciado del que fue objeto los accionantes, como personas destinatarias de las medidas dirigidas a los adultos mayores de 70 años, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de locomoción y el trabajo de los mismos. Para explicar esta afirmación, la Sala Plena procederá (i) a establecer el nivel de intensidad del juicio de proporcionalidad aplicable al presente caso y (ii) a partir de este, a analizar la proporcionalidad de la medida diferenciada.

193. *En este caso se debe aplicar un test de intensidad fuerte o estricta.* Si bien las medidas que motivaron las acciones de tutela establecieron un trato diferenciado a partir de la edad como tope máximo para afrontar el aislamiento durante la pandemia de COVID-19, lo cual daría lugar a aplicar un *test* de intensidad intermedia por ser este un criterio de diferenciación *semisospescho*, la Sala Plena considera que es más apropiado dar aplicación a un *test* de intensidad fuerte o estricta, por las siguientes razones.

194. Primero, porque las medidas en cuestión supusieron un impacto fuerte al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual constituye el fundamento de cualquier tipo de libertad y es una emanación directa del principio de dignidad humana, y al derecho a la libertad de locomoción, cuyo goce es presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales. Impactaron de forma importante los referidos derechos, habida cuenta de que las medidas interfirieron en decisiones tan básicas e inherentes a las personas, tales como, cuándo salir de su casa para proveerse de alimentos y elementos de primera necesidad, hacer actividad física en su propio beneficio y desarrollar cualquier actividad que en su autonomía desearan acometer. En ese sentido, atendiendo que en la sentencia C-345 de 2019 se estableció que un *test* de intensidad estricta debe aplicarse cuando la medida “*en principio, impacta gravemente un derecho fundamental*” y dada la afectación descrita a los derechos al libre desarrollo a la personalidad y la libertad de locomoción, la Sala Plena concluye que lo más apropiado es acudir a un *test* de proporcionalidad de intensidad estricta. Segundo, por cuanto la Corte de tiempo atrás ha apelado al *test* de intensidad fuerte o estricta cuando se trata de la afectación a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y libertad de locomoción.

195. A la luz del *test* de intensidad fuerte o estricta, le corresponde a la Sala Plena verificar (i) si el fin perseguido por la medida fue imperioso; (ii) si el medio escogido fue efectivamente conducente; (iii) si dicho medio fue necesario, esto es, si este pudo ser “*reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma*”, y (iv) si los beneficios de la medida “*exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto*”. A continuación, procede la Sala a adelantar el *test* descrito, a efectos de corroborar si las medidas afectaron de forma desproporcionada los derechos de los accionantes.

196. *Las medidas diferenciadas dirigidas a los adultos mayores de 70 años, en el contexto de la pandemia de COVID-19 perseguían un fin constitucionalmente imperioso.* La Sala Plena reconoce que la medida de aislamiento preventivo obligatorio que afectó a los accionantes, como adultos mayores de 70 años, al igual que las condiciones diferenciadas para desarrollar actividad física y ejercicio al aire libre perseguían un fin constitucionalmente imperioso y, además, fue una medida afirmativa. Esto, por cuanto el Gobierno pretendía con las medidas, por una parte, proteger la salud y la vida de los accionantes, quienes, de conformidad con la información científica disponible para aquel momento, formaban parte de un grupo poblacional que tenía mayor probabilidad de desarrollar síntomas graves de COVID-19 e, incluso, de fallecer como consecuencia de contraer la enfermedad. Y, por otra parte, también pretendía proteger la salud y la vida de toda la población colombiana, lo cual, en criterio del Gobierno, se lograba manteniendo la disponibilidad de los servicios hospitalarios, en especial del acceso a las UCI, evitando que estas se saturaran o se desbordaran en su capacidad por una eventual demanda desmedida por parte las personas más propensas a requerir dichos servicios –como los adultos mayores de 70 años–.

197. Por ende, con fundamento en los artículos 2, 11, 46, 48 y 49 de la Constitución y 5 y 11 de la Ley 1751 de 2015 –Ley estatutaria de la salud–, la Sala concluye que el Gobierno perseguía un fin constitucionalmente imperioso con las medidas en cuestión.

198. *Las medidas diferenciadas dirigidas a los adultos mayores de 70 años en el contexto de la pandemia de COVID-19 eran efectivamente conducentes.* Esto es así, por cuanto el aislamiento y las condiciones limitativas impuestas para desarrollar algunas actividades durante el mismo, reducían de manera muy significativa el contacto entre las personas. Esta reducción del contacto social a la vez disminuía la posibilidad de que las personas se contagiaran con el SARS-CoV2, y esto a su turno, la posibilidad de que desarrollaran la enfermedad COVID-19, de que su salud pudiese agravarse por dicha enfermedad y de que, eventualmente, fallecieran como consecuencia de esta.

199. En efecto, el 11 de marzo de 2020, la OMS declaró el COVID-19 como una pandemia. Esto, tras expresar, entre otras cosas, su preocupación por los niveles alarmantes de contagio. De conformidad con varios conceptos especializados, la tasa de contagio del virus que produce la enfermedad COVID-19 era alta en comparación con otros virus respiratorios. Además, según la OMS, “[e]l virus puede propagarse a través de pequeñas partículas líquidas expulsadas por una persona infectada por la boca o la nariz al toser, estornudar, hablar, cantar o respirar”. Así, varios entes reconocieron que el distanciamiento social conducía a la disminución de la transmisión y contagio del virus, al punto que varios, entre ellos la OMS, lo recomendó como una forma de enfrentar el COVID-19 e, incluso, algunos focalizaron dicha recomendación a la población mayor y con mayor vulnerabilidad ante el contagio.

200. De esta manera, la Sala Plena concluye que, con base en la información especializada existente para el momento en que se adoptaron las medidas, el aislamiento de las personas y las condiciones encaminadas a reducir la posibilidad de que hubiese contacto físico cercano entre estas, conducían de forma efectiva a proteger la salud y, en algunos eventos, la vida de los accionantes, del resto de los adultos de 70 años y de la población en general. Lo anterior, teniendo en cuenta la forma de transmisibilidad del virus y los efectos que este generaba en la salud de las personas, especialmente, en aquellas consideradas como más vulnerables al virus.

201. *La medida de aislamiento preventivo obligatorio que aplicó a los accionantes y las condiciones diferenciadas para que estos desarrollaran actividad física y ejercicio al aire libre no eran necesarias en el caso sub examine.* La Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, pese a la finalidad constitucionalmente imperiosa perseguida con las medidas que resultaron aplicables a los accionantes en el marco de la pandemia de COVID-19 y a su efectiva conducencia para

cumplir con dicha finalidad, no era necesario establecer a través de tales medidas un trato diferenciado, más drástico, en el contexto vivido al inicio de la pandemia. La Sala no encuentra una justificación razonable y contundente que permita explicar por qué era indispensable establecer medidas diferentes y más limitativas de derechos para los actores, en lugar de haber optado por un tratamiento igual al del resto de la población y, en particular, al del resto de los adultos, acompañado tal vez de recomendaciones especiales e información suficiente respecto del alto riesgo que representaba el virus para personas como los accionantes. Lo anterior sin perjuicio de la conformidad constitucional de las medidas generales establecidas en el marco de la pandemia, cuyo estudio no es el objeto de la presente decisión.

202. En primer lugar, la protección de los accionantes (como personas que probablemente eran más vulnerables ante el contagio del virus), en un momento en el que aún no había soluciones farmacológicas para curar ni tratar el COVID-19 y en el que era factible enfrentar una sobre carga en el sistema de salud, era posible a través de las medidas que fueron impuestas al resto de la población adulta. Esto es así, toda vez que dichas medidas, por una parte, también establecieron un aislamiento obligatorio que era igualmente conducente para proteger la vida y la salud de la población en general. Y, por otra parte, contemplaron unas condiciones, por cierto, menos drásticas, que también tuvieron en cuenta la necesidad de prevenir al máximo la posibilidad de contagio del virus y respecto de las cuales el Gobierno no explicó por qué si se aplicaban a los adultos mayores llevarían a una propagación desbordada del mismo.

203. Es más, pese a que la Sala preguntó al Gobierno qué otras medidas tuvo en consideración cuando optó por las diferenciadas en relación con los mayores de 70 años, este no señaló haber teniendo en cuenta otras medidas. En contraste, obsérvese, a manera de ejemplo, que en algunos países se optó por medidas no obligatorias para los adultos mayores. Así, en Inglaterra e Irlanda, el Gobierno recomendó a las personas con condiciones de extrema vulnerabilidad ante el contagio del COVID-19 blindarse –*shielding*–. De igual forma, en la provincia de Ontario, Canadá, el gobierno local recomendó a los adultos mayores de 70 años o más a quedarse en casa, sin que se tratase de una medida impositiva. Se trató de recomendaciones, no de medidas obligatorias con base en un criterio etario.

204. Sumado a lo anterior, la Sala considera que no se puede perder de vista que los accionantes son adultos con amplia experiencia de vida, a quienes se les informó con suficiencia, como al resto de la población, acerca del alto riesgo que para ellos significaba el virus y que, como tal, es razonable inferir que en el ejercicio de su autonomía y madurez adoptarían una actitud responsable frente a la situación. Incluso, con base en el material que reposa en el expediente, los accionantes al parecer eran conscientes del riesgo que para ellos implicaba contraer el virus, pero querían ejercer su autonomía con los debidos cuidados. Así, el señor Ricardo Hernández de León –**Caso I**– expresó en el escrito de tutela que pedía un salvoconducto para poder salir y se comprometía *“a cumplir con las normas de las autoridades”*. De igual forma, el señor Rudolf Hommes y los demás accionantes del **Caso II** señalaron que *“el gobierno impone la cuarentena a las personas mayores, en vez de acudir a la persuasión mediante recomendaciones de autocuidado que nosotros estaríamos en capacidad de entender, evaluar y acoger por nuestra propia voluntad”*.

205. Para la Sala, la madurez de los accionantes, derivada de la experiencia que da el transcurso de los años, es un factor importante a tener en cuenta cuando se trata de adoptar medidas limitativas diferenciadas en su favor. Pues, en razón de dicha madurez es plausible pensar que habrá un actuar más responsable ante eventos riesgosos, como el *sub examine*, en contraste con el que sería el actuar de personas mucho más jóvenes. En tal sentido, la Corte ha reconocido que *“el pleno ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad está relacionado con la capacidad que tienen las personas de tomar decisiones, que depende de una voluntad reflexiva formada”*. De

allí, que *“la legitimidad de [...] políticas coactivas de protección se encuentra en proporción inversa al grado de autonomía y competencia de la persona para tomar decisiones libres en relación con sus propios intereses [...]; si la persona es plenamente competente, lo más probable es que la medida en general no se justifique, pues se podría recurrir a otros medios menos lesivos de la autonomía personal, como la educación o el suministro a la persona de información relevante sobre los riesgos en que va a incurrir”*.

206. Adicionalmente, la Sala resalta la importancia y el valor que tiene la población mayor para nuestra sociedad. Además de ser pilares importantes de una familia, son miembros de gran valía para la comunidad, en razón a su experiencia y conocimiento adquiridos con los años. Esto, aunado a la necesidad de reconocer que hoy en día las personas mayores, salvo circunstancias particulares, son activas y productivas y, como tal, tienen mucho que aportar en nuestro entorno. Por ello, la Sala rechaza que de algún modo a los adultos mayores se les dé un trato que de alguna manera los pueda hacer sentir humillados, infantilizados o no autónomos.

207. En línea con lo anterior, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada mediante la Ley 2055 de 2020, reconoce que la persona mayor no debe verse sometida *“a discriminación fundada en la edad”* y debe *“seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades”*. De igual forma, reconoce *“la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos que reconoce las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, al desarrollo humano, social y económico y a la erradicación de la pobreza”*. Así, prohíbe *“la discriminación por edad en la vejez”* y establece en cabeza de las personas mayores, entre otros, el derecho a *“tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos”*. Por último, esta también hace un llamado, que en este momento replica la Sala, a tomar conciencia acerca del *“reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto”*.

208. En segundo lugar, la Sala no encuentra una razón suficiente que justifique que era necesario adoptar medidas diferenciadas, en concreto, en relación con personas como los accionantes – mayores de 70 años–. Esto es así, por cuanto para el momento en que se expidieron las referidas medidas había acuerdo en que a mayor edad mayor vulnerabilidad al COVID-19, pero no era cierto que la edad de 70 años en adelante fuera el criterio determinante o el punto de quiebre para establecer un trato diferenciado. Es decir, que no es posible afirmar que a partir de los 70 años el COVID-19 ocasionaría unos efectos tales, de modo que ese debiera ser el referente para establecer unas condiciones más fuertes en cabeza de los accionantes en el marco de la pandemia. Por el contrario, los documentos especializados hicieron referencia a distintos rangos de edad para señalar la mayor vulnerabilidad (p. ej. más de 60 años, más de 65 años y, particularmente, los mayores de 85 años y 60 a 79 años, entre otros).

209. Al respecto, obsérvese que los organismos internacionales especializados no recomendaron un aislamiento obligatorio especial y diferenciado para las personas adultas mayores de 70 años o unas condiciones particulares para que estas personas desarrollaran actividad física o ejercicio al aire libre. Por el contrario, estos advirtieron acerca de la vulnerabilidad de las personas mayores ante el contagio de COVID-19 y recomendaron adoptar medidas especiales para proteger a estas personas, sin señalar que la forma de hacerlo fuese como se hizo en las medidas de las que fueron destinatarios los accionantes.

210. Lo anterior lleva a afirmar que el criterio de la edad, en concreto el de tener 70 años o más, en el que clasificaban los accionantes, fue el único factor que se tuvo en cuenta para establecer las condiciones en que estas personas debían inicialmente vivir durante la pandemia de COVID-19. La Sala Plena concluye que no era necesario someter a los accionantes a un aislamiento preventivo obligatorio en condiciones diferentes al resto de la población adulta colombiana. Por ello, para la Sala el tratamiento diferenciado del que fue objeto los accionantes no se encuentra constitucionalmente justificado, supuso un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política colombiana que, además, afectó a sujetos que gozan de especial protección constitucional y significó una vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y libertad de locomoción de los accionantes y al derecho al trabajo del señor Dolcey Casas Rodríguez en su faceta de no discriminación. Ahora bien, en la medida en que se concluye que las medidas impuestas a los accionantes no eran necesarias, la Sala culminará en este punto el análisis del *juicio integrado de igualdad*; en tal sentido, no estudiará la proporcionalidad en sentido estricto.

3.- SENTENCIA C-197 DE 2023 (declara inconstitucional la regla que impone a las mujeres 1300 semanas de cotización para pensión de vejez, como a los hombres)

La demanda se dirige contra un apartado del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que exigía a las mujeres 1300 semanas de cotización para obtener la pensión de vejez, al igual que a los hombres. Según el demandante, la norma desconocía el derecho de las mujeres a obtener una protección especial en el ámbito de la seguridad social, para garantizarles la igualdad material en el acceso a la pensión de vejez.

Para dar solución a esta cuestión, la Corte reiteró el derecho de las mujeres a obtener una protección especial en el ámbito laboral y de la vejez en el sistema de seguridad social integral. En este punto, enfatizó las inequidades que padecen las mujeres en materia de protección social y en el aseguramiento en la vejez. También, analizó las medidas adoptadas en el ámbito nacional e internacional para superar la brecha entre mujeres y hombres en dicho escenario.

La Corte concluyó que la norma demandada, aunque se aprecia neutral, resulta inconstitucional, por cuanto genera una situación jurídica de discriminación indirecta para las mujeres que debe superarse. Para que las mujeres puedan acceder a la pensión de vejez deben acreditar las mismas 1300 semanas de cotización que los hombres, sin considerar las barreras y dificultades que enfrentan para acceder y mantenerse en el mercado laboral y asumir las obligaciones del cuidado del hogar, tanto como las que se intensifican cuando llegan a la adultez mayor, agrega el pronunciamiento judicial.

En otras palabras, aunque la medida es efectivamente conducente y necesaria para garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, no lo es para realizar los principios de universalidad y progresividad en relación con el acceso de las mujeres a la pensión de vejez.

Se declaró la inexequibilidad del inciso 2° del numeral 2° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 2° del numeral 2° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el apartado final del inciso 5° del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, en relación con sus efectos para las mujeres.

Ahora bien, y en atención a la necesidad de atender el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, se estableció que los efectos de la decisión se aplicarán a partir del 1 de enero de 2026, por cuanto si para esa fecha no se ha adoptado dicho régimen, se dispuso por la Corte que el número de semanas mínimas de cotización que se exija a las mujeres para obtener la pensión de

vejez en el régimen de prima media se disminuirá en 50 semanas por el año 2026 y, a partir del 1° de enero de 2027, se disminuirá en 25 semanas cada año hasta llegar a 1000 semanas.

La Corte Constitucional contiene unos razonamientos particularmente relevantes en relación al principio de sostenibilidad financiera. Se reproducen a continuación los más importantes:

“El principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones. Reiteración de jurisprudencia

129. El inciso 7° del artículo 48 de la Constitución, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, le impuso al Estado la obligación de garantizar *“la sostenibilidad financiera del Sistema*

Pensional”. En esa medida, la disposición constitucional referida exige que el Legislador garantice que las futuras regulaciones al sistema pensional preserven *“el equilibrio financiero del sistema general de pensiones”*. Si bien este Acto Legislativo aún no había sido adoptado para el momento en que se expidió la Ley 797 de 2003, el control constitucional que adelanta la Corte debe tenerlo en cuenta en su análisis, para establecer si la normativa es actualmente acorde con aquel, pues definió uno de los fines que el Constituyente asigna en el artículo 48 de la Carta, al sistema de seguridad social en pensiones.

130. Según la jurisprudencia, el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional es *“un mecanismo encaminado al logro del cometido de universalidad a través de la solidaridad del Estado y de las personas residentes en Colombia”*. De esta manera, ese mandato guarda una importante relación con la satisfacción misma del derecho a la seguridad social. Al respecto, la Corte ha sostenido que atender a este precepto de forma simultánea con los avances en cobertura *“es una condición dirigida a la preservación del mismo sistema pensional, actual y futuro, y la garantía del derecho fundamental a la seguridad social; teniendo en cuenta, empero, que el compromiso de las autoridades por la garantía de los derechos fundamentales es ineludible”*.

131. En esa misma línea, la Corte ha advertido que ese principio también está relacionado con los requisitos establecidos para otorgar pensiones. De su observancia depende la viabilidad del sistema pensional vigente, para que las futuras generaciones puedan disfrutar de esas prestaciones. Por esa razón, aquel debe guiar la interpretación de las leyes que regulan el reconocimiento de las pensiones.

132. Para esos efectos, ha indicado que el alcance del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional debe delimitarse a partir de dos aproximaciones. La primera, denominada *autorreferente*, indica que la observancia del mandato aludido exige el cumplimiento de las reglas establecidas en el artículo 48 de la Carta. Es decir, de aquellas disposiciones que prohíben *“(i) la existencia de regímenes pensionales especiales o exceptuados; (ii) el cálculo de la cuantía de la pensión a partir de factores diferentes a los que sirvieron para calcular el valor de la cotización; (iii) el reconocimiento de derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes; o (iv) el otorgamiento de pensiones por un valor superior a los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, entre otras”*.

133. Y, la segunda identificada como *heterorreferente*, considera que ese principio le exige al Legislador preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones. En esa medida, para garantizar el mandato constitucional referido, el Congreso debe mantener una adecuada correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y aquellos que deben destinarse a la protección de las contingencias de los afiliados, especialmente en el caso del RPM. De manera que, la sostenibilidad financiera también resultaría afectada si el Congreso establece prestaciones que cumplen las reglas fijadas en el artículo 48 superior, sin analizar y valorar

las posibilidades financieras de su realización.

134. Al respecto, la Sentencia C-110 de 2019 estableció que el Congreso debe debatir de forma específica y explícita el impacto financiero de las reformas propuestas en materia de seguridad social. En esa medida, el control de constitucionalidad de una norma por la presunta vulneración del principio de sostenibilidad financiera, desde una perspectiva *heterorreferente*, debe encaminarse a verificar que la construcción de la norma haya cumplido con las condiciones mínimas de deliberación. En concreto, la Corte debe comprobar si el debate en el Congreso permitió identificar: (i) el impacto de la medida en las finanzas públicas; y, (ii) en caso de ser procedente, las razones del legislativo para no atender el concepto negativo emitido por el Gobierno Nacional durante el trámite legislativo. Esa discusión deberá considerar como mínimo: (a) los costos fiscales de la iniciativa; (b) su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo; (c) el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en caso de haberse presentado; y, (d) las posibles fuentes de financiación del proyecto. En todo caso, el papel del juez constitucional en este asunto debe estar limitado a verificar que el Congreso haya debatido la iniciativa. En ese sentido, la Corte no puede entrar a comparar las proyecciones del marco fiscal de mediano plazo con los costos de la medida implementada por el Congreso, ni evaluar la conveniencia del gasto público, ni establecer una especie de control a la calidad del debate público.

135. La Corte ha entendido que *“la sostenibilidad financiera del sistema pensional, más allá de un principio, es una norma jurídica que establece en cabeza del operador judicial un mandato hermenéutico encaminado a lograr una relación de medio a fin entre esta última sostenibilidad y los propósitos de universalidad, solidaridad e integridad que rigen el sistema de la seguridad social”*. En consecuencia, ha admitido la posibilidad de ponderar la sostenibilidad financiera del sistema pensional a la luz del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Esto, con el objeto de garantizar su adecuada financiación, bajo condiciones de progresividad y universalidad. Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que la aplicación de dicho principio no puede convertirse en barrera o limitante irrazonable para la efectividad de los derechos constitucionales.

136. En suma, la jurisprudencia ha establecido que, en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, el Legislador debe garantizar que las regulaciones en la materia mantengan el equilibrio financiero del sistema. Lo anterior, con el fin de alcanzar la universalidad de las prestaciones, a través de la solidaridad del Estado y de la sociedad. Su verificación debe delimitarse a partir de dos aproximaciones. La primera es autorreferente en la medida en que exige verificar el cumplimiento de las reglas del artículo 48 superior. Y, la segunda es heterorreferente, en cuanto le exige al Legislador preservar el equilibrio financiero entre los ingresos y los gastos del sistema.

Estudio del cargo de inconstitucionalidad

[...]

184. A partir de lo expuesto, la Sala concluye que, bajo el ordenamiento constitucional vigente, la medida es indispensable para garantizar los principios de sostenibilidad financiera y solidaridad que deben informar el funcionamiento del sistema pensional (artículo 48 superior). Se trata de una necesidad relativa en función del sistema pensional vigente, que no puede desconocerse. El requisito uniforme de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez permite que ese régimen cuente con una importante fuente de financiación que proviene de la participación de todos sus afiliados. Aquella le posibilita mantener un balance entre los ingresos y los egresos del sistema. Sin esa participación, el régimen pensional de prima media carecería de los recursos necesarios para pagar las prestaciones presentes y futuras. En ese sentido, reducir las semanas de cotización para las mujeres, sin más consideraciones, implicaría poner en riesgo la posibilidad de que la población presente y futura acceda a las prestaciones de dicho régimen en los términos estable-

cidos en la legislación vigente. Particularmente, porque no hay un mecanismo de financiación capaz de suplir los aportes que le corresponderían a las mujeres. Por lo tanto, la medida es necesaria desde el punto de vista financiero. No existen actualmente otros mecanismos capaces de asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, mediano y largo plazo. Además, se requiere para materializar el principio de solidaridad. Lo anterior, porque involucra a todos los afiliados en la construcción de un fondo común capaz de solventar las prestaciones de las personas afiliadas y sus familias.

185. Con todo, la Corte advierte que la disposición implementada por el Congreso resulta innecesaria si se trata de materializar los principios de universalidad y de progresividad. Las condiciones evolutivas de la sociedad y de sus requerimientos, analizadas en conjunto con la experiencia internacional, permiten evidenciar que existen otros mecanismos que apuntan a garantizar que todos los habitantes del país disfruten de sus derechos a la seguridad social y a la pensión en igualdad de condiciones (principio de universalidad), de forma paulatina hasta garantizar la plena efectividad del derecho a cada persona (principio de progresividad). Aquellos incluyen la implementación de medidas afirmativas en favor de grupos históricamente discriminados, como las mujeres. Lo anterior, con el fin de garantizarles un acceso real y efectivo a las prestaciones previstas en los sistemas sociales de protección en condiciones de igualdad sustancial; y materializar así los principios de universalidad y progresividad que guían al sistema.

186. En materia pensional, un estudio de la OISS señala que los países de la región han adoptado medidas de diversa índole, para asegurar que sus sistemas pensionales garanticen los principios de universalidad y progresividad, a partir de una inclusión real y efectiva de las mujeres.

187. Respecto del acceso a las pensiones, la Organización resaltó que las legislaciones han establecido edades diferenciadas por sexo para obtener la pensión de vejez. Sin embargo, advirtió que esa distinción viene acompañada de una exigencia de cotizaciones uniforme que suele ser más difícil de alcanzar para las mujeres. Al respecto, estudios similares manifestaron que, en principio, la posibilidad de pensionarse antes que los hombres parece una ventaja para las mujeres. En todo caso, esa correlación solo es cierta cuando las mujeres *“han tenido una trayectoria laboral con largo tiempo de cotización y escasas interrupciones (es decir, más parecida a la de los varones), pues el resto de los casos en los que ha habido periodos irregulares y más cortos de cotización, la jubilación a una edad más temprana es claramente una desventaja, sobre todo cuando los periodos mínimos de cotizaciones exigidos para acceder a las prestaciones no se reducen en la misma proporción que la edad de jubilación”*.

188. Adicionalmente, la OISS destacó que la medida descrita no es la única establecida por las legislaciones para reducir la brecha de género en materia pensional. A manera de ejemplo, señaló que países como Ecuador y Venezuela incorporaron mandatos constitucionales que reconocen el valor del trabajo de cuidado no remunerado. También, estableció que varios países han incluido mecanismos pensionales para las personas que no alcanzaron la densidad de cotizaciones exigida en la legislación. Esas medidas otorgan prestaciones reducidas y proporcionales a los periodos de cotización acreditados. Su diseño parte de establecer un tope mínimo de pensión y son financiadas por el Estado. Asimismo, advirtió que cada país determina de forma diferenciada la proporcionalidad entre el beneficio y las cotizaciones. Incluso, algunos, como, Argentina crean medidas *“moratorias”*. En virtud de esos instrumentos, el valor de los aportes faltantes es descontado de la prestación recibida, hasta completarlos. Aunque son previstas como fórmulas neutras, aquellas generan un impacto positivo en las mujeres. Otros, como, Uruguay establecen una reducción de los años de contribución a medida que aumenta la edad de jubilación, *“desde los 25 años de servicios exigidos a la edad de 65 años, hasta los 15 años de servicio que se deben acreditar cuando se jubile a los 70 años”*.

189. Por otra parte, el estudio referido indicó que varios países han introducido distintas fórmulas para compensar las brechas que afrontan las mujeres en materia de aportes. Algunas de las medidas resaltadas por la OISS fueron las cotizaciones ficticias. Explicó que aquellas operan de forma previa al reconocimiento de la pensión. Por ejemplo, “[e]n Bolivia para el cálculo del monto de la pensión de las mujeres, se adicionan 12 meses por cada hijo nacido vivo, hasta un máximo de 36 períodos. En Uruguay también tienen derecho las mujeres a computar un año adicional de servicios por cada hijo o hija nacido vivo o que hayan adoptado siendo menor o con discapacidad. El máximo total es de 5 años”. Por su parte, España cuenta con cuatro mecanismos compensatorios en la materia: (i) considera como cotización efectiva el periodo de maternidad que transcurre en el desempleo; (ii) reconoce como mínimo 112 días de cotización por cada parto, siempre que la trabajadora no haya accedido a la prestación por maternidad; (iii) computa como periodo cotizado máximo 270 días, cuando las personas quedaron desempleadas antes o después del nacimiento del hijo. Si hay controversia respecto de a quién debe concederse, serán otorgados a las mujeres; y, (iv) reconoce los periodos de suspensión del contrato laboral para dedicar a las labores de cuidado de los familiares como cotizaciones.

190. Otro mecanismo destacado fue el reconocimiento de bonos por el nacimiento de hijos. Esa medida consiste en reconocer una suma de dinero en la cuenta de capitalización de la mujer, a la cual podrá acceder un mes después de acreditada la edad pensional. En el caso de Chile, ese monto equivale “al 10% de 18 ingresos mínimos vigentes al mes en que nació el hijo o hija, que no se paga al momento del nacimiento, sino que se deposita en la cuenta de capitalización de la mujer”. Por último, la Organización se refirió a los complementos de las pensiones. Esta medida tiene lugar con posterioridad a la pensión y consiste en incrementar la mesada pensional en un porcentaje determinado de conformidad con el número de hijos. En el caso de España, la prestación incrementa en un 5% para las mujeres que tienen 2 hijos, un 10% para aquellas que tienen 3 y un 15% para quienes tienen 4 hijos o más.

191. A partir de lo expuesto, la Sala advierte que las estructuras de los sistemas de protección social en el mundo han cambiado. Distintos países han generado rupturas con los paradigmas tradicionales, en aras de materializar la eficacia del derecho humano a la seguridad social a cargo del Estado y de la sociedad. Incluso, han considerado oportuno superar la tradicional fórmula jubilatoria, basada en parámetros rígidos de edad pensional y tiempo de cotización. A partir de esa visión flexible de la composición de los sistemas de protección, varios países de la región han adoptado medidas afirmativas para garantizar que las mujeres puedan disfrutar de su derecho fundamental a la seguridad social en condiciones de igualdad, sin desconocer la sostenibilidad financiera de sus sistemas.

192. Lo anterior significa que la exigencia de un mismo estándar de cotizaciones para las mujeres, en relación con los hombres, como requisito de pensión de vejez, no es la única vía para alcanzar la universalidad y progresividad de la prestación. Existen otros mecanismos de política pública que permiten la máxima realización material de esos principios, sin que, *prima facie*, resulte afectada la sostenibilidad financiera del sistema. Aquellos consideran las condiciones históricas de desigualdad que enfrentan las mujeres en el ámbito laboral y sus consecuencias en materia de seguridad social. Es decir, tienen un enfoque de género que permite: (i) materializar el derecho de las mujeres a obtener una protección efectiva y equitativa en el escenario mencionado; y (ii) asegurar que las medidas tendrán una implementación paulatina, hasta que todos los habitantes del país, incluidas las mujeres, accedan a sus derechos a la seguridad social y a la pensión en condiciones de igualdad. En consecuencia, el Congreso de la República cuenta con otras opciones para garantizar los principios de universalidad y progresividad”.>>

CAPÍTULO QUINTO. COSTA RICA

1.– Sala Constitucional. Resolución N° 09738 – 2020, de 29 de Mayo del 2020 (ordena que las cárceles dispongan de un protocolo de atención masiva en caso de contagio de COVID 19).

En el litigio subyacente el recurrente es una persona en situación de prisión que es paciente crónico diagnosticado con diabetes tipo 2 desde hace más de 26 años, de la que derivan serias limitaciones de salud. Solicitó formalmente a las autoridades competentes valorar de manera extraordinaria su caso para su posible salida de prisión e inserción en un régimen semi-institucional. Alegó su estado de salud en conexión con los problemas adicionales asociados a la pandemia de COVID-19 y las condiciones de hacinamiento carcelario del sistema penitenciario nacional.

La Sala Constitucional, aunque rechaza que el solicitante salga de la cárcel y se sujete a un régimen semi-institucional, ordena a las autoridades competentes que elaboren un protocolo de atención masiva para el caso de propagación masiva del COVID 19 dentro del mismo establecimiento carcelario. Para ello se apoya precisamente en los derechos a la salud y a la integridad física de las personas encarceladas, tal como han sido estipulados en relación a la situación de pandemia de COVID 19 por la Comisión y la Corte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Concluye declarando que se ha vulnerado el derecho recogido en el artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica (“La vida humana es inviolable”).

La argumentación, en sus apartados principales, es la siguiente:

<<<VII.– SOBRE LOS PROTOCOLOS DE ATENCIÓN MASIVA EN CASO DE PROPAGACIÓN DEL COVID-19 DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO. De la prueba que consta en autos, la Sala tiene por demostrado [...que], en síntesis, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Justicia afirman que actualmente no se cuenta con un PROTOCOLO DE ATENCIÓN MASIVA EN CASO DE PROPAGACIÓN DEL COVID-19 DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO, situación que pone en peligro la integridad física y la vida de las personas privadas de libertad, por lo que se dirá en el siguiente Considerando.

VIII. – SOBRE LA NECESIDAD DE CONTAR CON PROTOCOLOS DE ATENCIÓN PARA CONTAGIO MASIVO DE COVID-19.– Ahora bien, esta Sala, ha conocido de múltiples casos, donde se acusa la falta de idoneidad de las medidas sanitarias dispuestas, para combatir el Covid-19 dentro del Sistema Penitenciario; todos estos recursos, se han declarado sin lugar, por considerar que las autoridades penitenciarias y sanitarias, han implementado los protocolos necesarios.

Sin embargo, el presente caso es el primero de todos donde de manera concreta y oficial el Ministerio de Salud y el Ministerio de Justicia afirman que actualmente no se cuenta con un PROTOCOLO DE ATENCIÓN MASIVA EN CASO DE PROPAGACIÓN DEL COVID-19 DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Sobre la necesidad de diseño y de implementación, de un protocolo atención de casos masivos, es claro, que la pandemia del COVID 19, es de fácil transmisión, lo que se agrava en los centros penitenciarios, donde existe gran cantidad de personas en espacios físicos reducidos y en los cuales es imposible mantener distanciamiento social para evitar el contagio. También es claro, que las medidas de atención de casos masivos para las personas que se encuentran en libertad, no podrían, en buena parte, iguales.

No es lo mismo, [para] las consecuencias sobre el sistema de salud y sobre la salud pública, un escenario de contagio masivo entre personas en libertad (**1. que pueden aislarse en sus casas; 2. donde no se encuentran encerradas, en condiciones de hacinamiento con decenas, o miles**

de personas; 3. Donde sus familiares le pueden atender y suplir sus necesidades) al caso de un contagio masivo dentro de un centro penal, donde el aislamiento, prácticamente es imposible, por encontrarse la gran mayoría del Sistema Penitenciario en condiciones de hacinamiento. Igualmente, no será la misma velocidad de transmisión –y por ende de saturación del Sistema de Salud– entre la población que se encuentra en libertad, máxime cuando se toma en cuenta, la gran cantidad de personas, que no se encuentran en asentamientos urbanos con gran cantidad de población; pero dicho escenario puede ser radicalmente diferente, para la velocidad de transmisión en un centro penal que cuenta con cientos o miles de personas hacinadas, en un espacio geográfico y estructural, absolutamente limitado.

Y, si a lo anterior le agregamos el agravante, de la inexistencia de protocolos de actuación para mitigar los efectos en la salud de las personas privadas de libertad, por casos de contagio masivo, no queda duda, de estaremos enfrentando próximamente, ante un escenario, donde la salud pública de miles de privados de libertad y del personal penitenciario, sin dejar de lado, la salud pública, se verá seriamente afectada, por el colapso en el Sistema de Salud, que podría generar cientos de casos positivos por Covid-19, que puede generar, en un espacio corto de tiempo, el Sistema Penitenciario.

Como ejemplo de la anterior preocupación, llama la atención, los casos de contagio masivo que se han presentado en el Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular. Es un hecho público y notorio, que el Centro de Aprehensión Temporal para Extranjeros en Condición Irregular, presentó en un espacio de 7 días, 13 casos positivos por Covid-19, desde la confirmación del primero de ellos. A raíz de dicha situación, esta Sala ha conocido de tres casos, por lo menos (20-007956-0007-CO, 20-008570-0007-CO, y 20-008422-0007-CO), donde los tutelados efectivamente forman parte de los casos –masivos– positivos por Covid-19. Al igual que sucede con los informes rendidos por las autoridades recurridas en los casos de centros penales, para los casos anteriormente mencionados, se cuenta con informes [que] son muy detallados en aspectos preventivos, pero omisos en protocolos de actuación en caso de contagio, especialmente de contagio masivo.

La preocupación por la ausencia de protocolos de atención masiva para combatir el Covid-19 en los centros de reclusión no es exclusiva de este Tribunal. Sobre el particular, específicamente sobre el cumplimiento de las obligaciones de garante de las autoridades sanitarias, penitenciarias, hospitalarias y jurisdiccionales, toma especial relevancia, lo dispuesto en la resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos 1/20, del 9 de abril del año en curso, en la que en lo conducente dispone:

“...Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad...”

Dicho documento, específicamente en su parte resolutive y en ejercicio de las funciones que le son conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, formula algunas siguientes recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros y específicamente en lo que corresponde al tema que nos ocupa, sea la población privada de libertad indica:

‘...45.– Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones

con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes.

46.– Asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión. En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones, tales evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables.

47.– Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19, garantizando en particular que todas las unidades cuenten con atención médica...’

La anterior resolución cobra mayor relevancia con lo dispuesto por la Presidencia de la Corte InterAmericana de Derechos Humanos, mediante la “Adopción de Medidas Urgentes, dentro del Caso Vélez Loor Vs. Panamá”, del 26 de mayo de 2020, la cual indica lo siguiente:

“22.– Esta Presidencia destaca la gravedad de que, aun cuando el Estado hubiere dispuesto campamentos en Laja Blanca para trasladar a dichas personas, en La Peñita continúa albergando un alto número de personas que supone, al menos, siete veces más de lo que permitiría su capacidad, lo cual puede favorecer la propagación del COVID-19. Estas alegadas condiciones de hacinamiento y sobrepoblación del establecimiento La Peñita pueden continuar agravándose por las medidas de restricción de la movilidad interna y transfronteriza, que pueden ocasionar un daño irreparable a la vida y a la integridad de las personas allí retenidas por cuestiones migratorias.

23.– Ante la situación expuesta, la Presidenta valora las acciones emprendidas por el Estado de Panamá en el marco de la actual coyuntura de la pandemia del COVID-19, para “minimizar los riesgos y vulnerabilidades sociales” de las personas retenidas en La Peñita así como “[para] poder darle[s] la asistencia humanitaria” (supra Considerando 11). Es positivo que Panamá esté considerando a las personas migrantes como un grupo al cual requiere dirigir acciones sanitarias para mitigar el impacto de dicha enfermedad infecciosa en tanto dicha enfermedad incrementa su situación de vulnerabilidad. Al mismo tiempo, valora como positivo que el Estado afirmó que “está atendiendo a la población del albergue con los estándares establecidos por la OMS” (supra Considerando 11).

24.– Sin embargo, a la luz de los considerandos anteriores, no puede dejar de notar que se trata de una afirmación muy general que no aclara si todas las graves condiciones descritas por las representantes fueron superadas. Esa afirmación no explica cómo se cumplen los estándares de la Organización Mundial de la Salud ante un nivel de sobrepoblación tan elevado. Entre otros aspectos, no es posible conocer cómo en las instalaciones del establecimiento se garantiza una ventilación y una distancia adecuadas entre las personas que se encuentran allí y de quienes realizan funciones, a los fines de prevenir el contagio del COVID-19, tomando en cuenta que, según la información científica disponible a la fecha, el virus se transmite de forma muy eficiente por vía interpersonal, lo cual supone la necesidad de intensificar medidas de distanciamiento e higiene (infra Considerando 30).

25.– (...)30. Por lo tanto, considerando que Panamá tiene una especial posición de garante de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia en las Estaciones de Recepción Migratoria²³, y que la referida enfermedad implica tomar medidas rigurosas para mitigar el riesgo a la vida, la integridad personal y la salud de las personas retenidas, a continuación la Presidenta estima pertinente precisar algunos requerimientos mínimos, de acuerdo a las recomendaciones

existentes disponibles en la actualidad, para la implementación de las medidas necesarias para garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en las Estaciones de Recepción Migratoria en el contexto de la referida pandemia:

a) Reducir el hacinamiento al nivel más bajo posible de forma tal que se puedan respetar las pautas recomendadas de distanciamiento social para prevenir el contagio del virus, teniendo en cuenta especialmente a las personas con factores de riesgo, e incluyendo la posibilidad de examinar medidas alternativas y basadas en la comunidad.

(...) e) Establecer protocolos o planes de actuación para la prevención del contagio del COVID-19 y la atención de personas migrantes infectadas, de acuerdo a las pautas recomendadas. Entre otros aspectos, asegurarse de realizar controles de salud a cada persona que ingrese al establecimiento, verificando si tiene fiebre o síntomas de la enfermedad; realizar la toma de muestras biológicas de todos aquellos casos clasificados como “sospechosos”, y adoptar las medidas de atención médica, cuarentena y/o aislamiento necesarias.

f) Brindar a las personas migrantes acceso gratuito y sin discriminación a servicios de atención en salud, incluyendo aquellos necesarios para enfrentar la enfermedad del COVID-19, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz y al mismo estándar de atención que se encuentra disponible en la comunidad.

(...) i) Adoptar medidas para asegurar la ventilación natural, limpieza máxima, desinfección y recolección de residuos para evitar que la enfermedad se propague.

j) Continuar con la dotación gratuita de mascarillas, guantes, alcohol, toallas desechables, papel higiénico y bolsas de basura, entre otros elementos, tanto para la población que se encuentra en los establecimientos como el personal de custodia y sanitario.

k) Promover, a través de los suministros y la información necesarias, las medidas de higiene personal recomendadas por las autoridades sanitarias, tales como el lavado regular de las manos y del cuerpo con agua y jabón para prevenir la transmisión de dicho virus y de otras enfermedades infecciosas.

(...)

Partiendo de lo expuesto por la Corte Interamericana, resulta claro que existe un marco normativo de acción que debe servir de parámetro de actuación para los estados miembros del sistema interamericano. En conclusión, el caso de los sistemas penitenciarios –que involucra tanto a las personas privadas de libertad, como al personal que allí labora, representa una situación especial de riesgo por tratarse de espacios cerrados hacinados, en los que medidas como el distanciamiento social son difíciles de implementar y la tasa de contagio es muy superior. En relación con estas poblaciones, es más que evidente que por el encierro en esas condiciones representan una condición especial de vulnerabilidad que amerita realizar un abordaje detallado de las medidas adoptadas por las autoridades competentes. En consecuencia, este Tribunal comprueba la lesión al artículo 21 de la Constitución Política, al establecer que a la fecha, existen medidas de prevención, pero no se ha emitido un PROTOCOLO DE ATENCIÓN MASIVA EN CASO DE PROPAGACIÓN DEL COVID-19 DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO, que garantice la atención a la salud de los privados de libertad y por ello lo procedente es declarar con lugar el recurso en este extremo.

IX. – De manera que, el Estado, en la representación del Ministerio de Justicia y Paz, La Dirección General de Adaptación Social, el Instituto Nacional de Criminología, el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense del Seguro Social, deben emitir los lineamientos que sean necesarios para salvaguardar y proteger la atención a la salud y la vida de las personas privadas de libertad, tomando en cuenta aspectos preventivos y la ejecución de planes concretos, viables y efectivos en caso de contagios masivos de COVID-19, en todos los centros penitenciarios del país. Además de cualquier medida que sea necesaria y razonable, dentro de las que debe de contener el PROTOCOLO DE ATENCIÓN EN CASO DE PROPAGACIÓN MASIVA DEL COVID-19 DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO, deberán de estar considerados como mínimo los lineamientos emitidos por la Organización Mundial de la Salud, para prisiones y centros de detención. Entre los aspectos a considerar, debe tomarse en cuenta:

1. la capacidad de camas, en la clínica del CAI, o en los espacios dispuestos para tales efectos, para atender privados de libertad, que figuran como casos sospechosos, casos positivos, o contagio masivo de Covid-19;
2. la capacidad de atención de pacientes en la clínica del CAI, o en los espacios dispuestos para tales efectos; cantidad de espacios de aislamiento y capacidad locativa;
3. En caso de ser necesario, construcción de infraestructura, implementación de Hospitales campaña, o cualquier otra necesidad estructural, para generar nuevos espacios de aislamiento y tratamiento de casos sospechosos, positivos y contagios masivos;
4. Materiales de protección y desinfección, como, mascarillas, guantes, respiradores, medicamentos, personal de enfermería, personal médico profesional y cualquier otro necesario, que sea adicional a los recursos ordinarios con los que ya cuentan los Servicios Médicos del Sistema Penitenciario.

Además, deberán de indicar, ejecutar las acciones de coordinación Interinstitucional, administrativas y presupuestarias, para la obtención de los recursos que se requieren para implementar el protocolo de atención de casos masivos, junto con el cronograma de cumplimiento o de ejecución de cada una de las medidas que se vayan a tomar, según lo ordenado en la parte dispositiva de esta sentencia. >>>

CAPÍTULO SEXTO. EL SALVADOR

1.- Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia con apoyo en recomendaciones de la Resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado, en el Cuadernillo de Seguimiento que examina el impacto de su Resolución 1/2020, varias resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador debido a que, para resolver sobre cuestiones relativas a la pandemia del COVID 19, se fundamentan en un enfoque de derechos humanos, mencionando expresamente algunas de las recomendaciones de dicha Resolución 1/2020. Cabe mencionar los siguientes supuestos.

1.1.- Decisiones de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador emitidas el 27 de julio y el 25 de septiembre de 2020

Considerando la recomendación 3(b) de la Resolución No. 1/2020 de la CIDH, el 27 de julio de 2020 y posteriormente el 25 de septiembre de 2020, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia autorizó la recepción de dos recursos de amparo que habían sido presentados a través de correo electrónico y no presencialmente, a pesar de que las normas que limitaban el derecho a la circulación habían expirado. La Sala consideró que para ese momento todavía constituía un hecho notorio que El Salvador presentaba un elevado número de contagios. Igualmente, tomó en cuenta que, para la OMS, el distanciamiento social constituye una de las medidas para la prevención del coronavirus.

En este sentido, el Tribunal consideró que los habitantes podrían verse imposibilitados de presentar sus peticiones de manera personal, debido a que el Estado aún se encontraba en una etapa de prevención y contención de la enfermedad. Por lo tanto, concluyó que las demandas y escritos remitidos a través de correo electrónico serían analizados mientras se mantuvieran las circunstancias causadas por la pandemia de COVID-19.

En fin, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia reformula los cauces de acceso a la justicia con fundamento en la protección del derecho a la vida, salud e integridad de las personas usuarias del sistema de justicia.

1.2.- Decisión de habeas corpus emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador el 5 de junio de 2020

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dictó la decisión de 5 de junio de 2020 en la que estimó la petición de habeas corpus de una mujer embarazada que, tras acudir a una consulta médica por tos y malestar en el pecho, fue mantenida en un centro de contención del virus de COVID-19 por más de 10 días, aunque no registraba síntomas de la enfermedad y a pesar que las pruebas a que fue sometida fueron de resultado negativo.

La Sala ordenó que se restableciera su libertad partiendo de aplicar con una perspectiva de género las medidas adoptadas para contener la propagación de la pandemia, con mención explícita de la recomendación 49 de la Resolución No. 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Según la Sala, mantener a la mujer solicitante en dicho centro de contención a pesar del resultado negativo de las pruebas de COVID-19 y considerando su estado de embarazo podría afectar irreparablemente sus derechos y los de su hijo.

2.– Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe titulado “Situación de los Derechos Humanos en el Salvador” aprobado el 14 de octubre de 2021

La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como consecuencia de la visita de inspección realizada a El Salvador, ha expresado su preocupación respecto de la situación de los derechos humanos en algunos segmentos de la realidad conectados con cómo se aborda el impacto de la pandemia del COVID 19, concretamente la situación de las personas privadas de la libertad en el contexto de la pandemia del COVID-19 y la movilidad humana en el contexto de la pandemia del COVID-19.

2.1.– Situación de las personas privadas de la libertad en el contexto de la pandemia del COVID-19

“172. La CIDH ha llamado a los Estados de la región a adoptar medidas urgentes para garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de la libertad y de sus familias en el marco de la emergencia sanitaria, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos. Particularmente, de conformidad con los Principios y Buenas Prácticas de la CIDH sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, el Estado salvadoreño tiene el deber ineludible de adoptar medidas concretas e inmediatas para garantizar los derechos a la vida, salud e integridad de las personas privadas de libertad”

2.2.– Movilidad humana en el contexto de la pandemia del COVID-19

“271. En relación con los impactos de las medidas sanitarias adoptadas en el contexto de la pandemia del COVID-19, la CIDH observa que la pandemia estaría agravando la situación de las personas desplazadas, tanto por los impactos directos de la pandemia, como por una reorientación de la estructura institucional diseñada para atender a las víctimas del desplazamiento forzado, tales como la Dirección de Atención a Víctimas del Ministerio de Justicia y sus oficinas locales. La CIDH observa que dichas unidades habrían sido reorientadas para que respondan a las medidas decretadas por el gobierno asociadas a la atención del COVID-19, incluyendo los albergues y logística relacionada con emergencias por las lluvias. Lo anterior, se estaría reflejando en la negativa de atender a las personas con padecimientos de salud diferentes a esta enfermedad, así como en la falta de reconocimiento de las condiciones de vulnerabilidad particulares que enfrentan las víctimas de desplazamiento forzado agravadas por este contexto de crisis sanitaria. A lo anterior, se sumarían a su vez las dificultades que de por sí ya tienen las comunidades en condición de pobreza y de pobreza extrema para acceder a los medios tecnológicos y económicos necesarios para acceder a la educación a distancia.

272. En este sentido, las víctimas de desplazamiento forzado, quienes ya solían enfrentar condiciones económicas desfavorables, estarían viendo un agravamiento significativo de su situación debido a la pandemia y a la ausencia de medidas estatales que garanticen sus derechos, a pesar de que desde este año se pondría en marcha una arquitectura institucional para su protección. En razón de ello, la CIDH recuerda que en su Resolución 1/2020, estableció que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos, en las que se deben implementar enfoques diferenciados respecto a los grupos en situación de especial vulnerabilidad, entre los que se encuentran las personas desplazadas internamente. Asimismo, la CIDH destaca que la reciente legislación nacional y los principios rectores de Naciones Unidas para las personas desplazadas internamente establecen el carácter prioritario que tiene la atención y protección de esta población aún en un contexto de emergencia. En relación con el cierre total o parcial de fronteras, la CIDH advirtió que imponer una medida general para impedir la admisión de personas refugiadas o solicitantes de

asilo, o de personas migrantes de una nacionalidad o nacionalidades en particular, sin evidencia de un riesgo para la salud y sin medidas para proteger contra la devolución, es discriminatorio y contrario a las obligaciones y compromisos internacionales e interamericanos de derechos humanos aplicables. En ese mismo contexto, la Comisión destacó la necesidad de crear y acelerar los mecanismos de repatriación de personas que se encuentran varadas a causa del COVID-19, establecer canales de cooperación, intercambio de información y coordinación entre países de origen, tránsito y destino para garantizar dicho proceso. Asimismo, la CIDH exhortó al Estado a coordinar de forma pronta y segura el retorno asistido de sus connacionales y residentes al país. Ello, con base en lo resuelto por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la Resolución 01/20 sobre Pandemia y Derechos Humanos y la Resolución 4/19 que contiene los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas.

273. Adicionalmente, la CIDH considera fundamental garantizar los principios de no discriminación de las personas en situación de movilidad humana en todos los servicios y políticas de protección en contexto de la pandemia de COVID-19, incluyendo las acciones de recuperación económica y social post pandemia. En particular, llama al Estado a priorizar, en las políticas de salud y de educación, el acceso efectivo de niñas, niños y adolescentes desplazados en condiciones de seguridad y adecuación al contexto de la pandemia.

274. Si bien la CIDH reconoce la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y los esfuerzos que el Estado salvadoreño ha venido implementando para enfrentar los diversos desafíos que genera, siguen siendo de extrema preocupación para la CIDH las condiciones de vida que estas personas y familias se ven forzadas a enfrentar por la falta de una protección especializada por parte del Estado dirigida a disminuir los factores de riesgo del desplazamiento, incluyendo la exposición de las personas desplazadas por la violencia de maras y pandillas”.

CAPÍTULO SÉPTIMO. MÉXICO

1.- AMPARO DIRECTO 9/2018 (declaración de inconstitucionalidad de la omisión de obligación legal de inscribir a las empleadas domésticas en el seguro social)

La Segunda Sala considera que es inconstitucional que los patrones no estén obligados a inscribir a las empleadas domésticas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). Ello, ya que no existe ninguna razón constitucionalmente válida ni razonable por la cual la Ley del IMSS pueda excluir a las trabajadoras domésticas del llamado “régimen obligatorio” de seguridad social, lo cual significa que existe una discriminación legal contra esas trabajadoras.

La argumentación relevante es la siguiente:

“En ese sentido, esta Segunda Sala colige que, el hecho de que las empleadas domésticas no se encuentren contempladas dentro del régimen obligatorio del Seguro Social –dirigido a los trabajadores en general–, no atiende a una diferenciación objetiva y razonable, desde la perspectiva constitucional.

En efecto, se reitera que, para que un trato diferenciado sea acorde con el parámetro de regularidad constitucional, es menester: (I) que la diferenciación persiga una finalidad constitucionalmente válida; (II) que el trato distinto cuestionado sea adecuado para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de alcanzar su fin; y (III) que la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, que guarde una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas.

De los puntos (I) y (II) se precisa que, si la diferenciación reclamada atañe a una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1, primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino que es imperativo” y que “la medida esté directamente conectada con el fin perseguido”.

Al respecto, esta Corte Constitucional estima que en la especie debe aplicarse un escrutinio estricto respecto de la diferenciación reclamada, pues si bien es cierto que la exclusión normativa de las trabajadoras domésticas fue formulada por el legislador en “términos neutrales”, lo cierto es que fácticamente conlleva a una asimetría jurídica que afecta preponderante y desproporionalmente a uno de los grupos o categorías a que se refiere la cláusula de no discriminación contenida en el precepto 1 constitucional: a saber, la discriminación motivada por “el género”.

En efecto, se considera oportuno por principio, señalar que la discriminación de trato, ya sea respecto de normas o actos, puede acontecer tanto de manera directa, como indirecta. Así, la “discriminación directa” se produce cuando, en una situación análoga, las personas reciben un trato menos favorable que otras debido a su condición personal diferente por alguna causa relacionada con un motivo prohibido. Por ejemplo, cuando el trato diferente se encuentra fundado “expresamente” en cuestiones de género, se entiende que se está frente a una discriminación directa.

En cambio, la “discriminación indirecta” significa que las leyes, las políticas o las prácticas públicas o privadas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a un determinado grupo o clase de personas. Así, puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer.

Las leyes, las políticas y los programas que son neutros desde el punto de vista del género pueden, sin proponérselo, perpetuar las consecuencias de la discriminación. Pueden elaborarse tomando como ejemplo, de manera inadvertida, expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre.

Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido que los Estados deberán asegurar que “no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer”. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica “parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra”. Además, la discriminación indirecta “puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación” y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre.

Asimismo, como se ha razonado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación, determina que los Estados “deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”.

En ese sentido, esta Corte Constitucional no puede pasar inadvertido que la diferenciación de trato reclamada y, por ende, la afectación que genera el que la labor doméstica se encuentre excluida del régimen obligatorio del Seguro Social, a virtud del precepto 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, perjudica de manera desproporcionada a las mujeres, a pesar de redactarse en términos neutrales desde el punto de vista del género –por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres–, pues como se ha destacado en anteriores apartados, estadísticamente la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres –nueve de cada diez empleadas del hogar son mujeres–; de ahí que los efectos de las normas reclamadas tienen un impacto negativo que afecta preponderantemente a las mujeres trabajadoras y, por ende, genera un indicio de un trato discriminatorio contra la mujer.

Siendo que, en la determinación del impacto discriminatorio de las leyes, este Tribunal Constitucional considera que la utilización de datos estadísticos y demás información empírica pueden ser significativas y fiables para acreditar, prima facie, la existencia de una discriminación indirecta contra ciertos grupos o clases; como lo es en la especie, la afectación generalizada que resienten las mujeres con motivo de la exclusión normativa de la cobertura social obligatoria del trabajo doméstico, y por ende, el impacto discriminatorio que genera en las mujeres trabajadoras esa medida.

Sobre esa base, se estima que las normas reclamadas, al excluir a las trabajadoras del hogar de la protección del régimen obligatorio del Seguro Social, se traducen en una discriminación indirecta proscrita por el principio de igualdad y equidad, pues esa diferenciación no supera el escrutinio constitucional, respecto a su finalidad imperiosa, idoneidad y proporcionalidad.

Ello, porque este Tribunal no encuentra justificación constitucional alguna para excluir a las trabajadoras domésticas del régimen obligatorio del Seguro Social, pues en todo caso, el hecho de que, conforme a la Ley Federal del Trabajo, dichas trabajadoras realicen un “trabajo especial”, en forma alguna implica que, por ese simple hecho, puedan encontrarse privadas de una adecuada cobertura de seguridad social que permita realizar tal actividad productiva en condiciones dignas.

Tan es así que, a virtud de la fracción I del artículo 12 de la Ley del Seguro Social, se permite que diversos trabajadores sujetos al régimen de trabajos especiales, puedan ser inscritos en el régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social; por lo que no se advierte alguna razón que justifique, desde la óptica constitucional, que a diferencia de otros trabajos especiales, la labor doméstica deba estar excluida del referido régimen de seguridad social, en términos del precepto 13, fracción II, del referido ordenamiento legal.

Por el contrario, esta Sala considera que esa diferenciación implica de suyo, una vulneración del Estado mexicano al principio de accesibilidad del derecho humano a la seguridad social, que se traduce en la máxima de que “[t]odas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación”.

En ese sentido, con el referido trato discriminatorio, las autoridades estatales, lejos de tomar las medidas necesarias para proteger a los grupos más desfavorecidos o marginados, como lo son las mujeres que trabajan en el hogar, al excluirlas del régimen obligatorio del Seguro Social, ha generado y permitido que se incremente la condición de vulnerabilidad y marginación de un grupo de la población que, por sus características, es de por sí bastante vulnerable.

En efecto, el Estado debe tomar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga “para que los sistemas de seguridad social incluyan a los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social”, como lo son, precisamente, las trabajadoras del hogar. Lejos de ello, las normas reclamadas dejan en un papel relegado a las mujeres que realizan labores domésticas quienes resienten, injustificadamente un obstáculo indebido al acceso a las prestaciones sociales estatales que permitan encontrarse protegidas contra circunstancias e imprevistos que coarten sus medios de subsistencia e ingresos, así como poder generar un proyecto de vida en condiciones dignas; fin último al que está llamado el derecho humano a la seguridad social.

Máxime que, como se ha expuesto, el trabajo doméstico “ha sido tradicionalmente objeto de condiciones de trabajo inadecuadas, extensas jornadas, bajos salarios, trabajo forzoso [...] es decir, expuesto a condiciones que están lejos del concepto de trabajo decente”. Al sumarse, a esos escenarios, la exclusión de una adecuada cobertura y protección social, provoca que las trabajadoras del hogar enfrenten una situación de precariedad y olvido social que abona a su condición de marginación y contribuye al incremento de las desigualdades laborales y sociales entre el hombre y la mujer, así como a la perpetuación de estereotipos y prejuicios respecto a la “carencia de valor” que tiene el trabajo doméstico; todo ello afectando la dignidad de las mujeres que se dedican a dicha actividad productiva.

Por ello, se aprecia una renuencia estatal de generar los esquemas y políticas de seguridad social necesarios y adecuados, para que tal grupo altamente vulnerable pueda tener un acceso real a las prestaciones de seguridad social estatales que eviten que tales trabajadoras se vean indebida y desproporcionalmente afectadas, desde una perspectiva económica, en caso de que enfrenten imprevistos y acontecimientos que puedan depararles un riesgo a su proyecto de vida digno –como lo es la enfermedad, la cesantía, la vejez, entre otros–.

A más, debe reiterarse que la extensión de “la seguridad social al trabajo doméstico es una meta digna y un componente necesario en las estrategias destinadas a la lucha contra la pobreza y la exclusión social”. La pobreza se suele interpretar como “la falta de la capacidad básica para vivir con dignidad”. Esta definición reconoce algunas características más generales de la pobreza, como el hambre, una educación deficiente, la discriminación, la vulnerabilidad y la exclusión social, entre otras. Asimismo, al tenor de la Carta Internacional de Derechos Humanos, “la pobreza puede definirse como una condición humana que se caracteriza por la privación continua

o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”.

Aunque la pobreza plantea en muchos sectores cuestiones complejas que no son susceptibles de soluciones sencillas, la aplicación del marco normativo en materia de derechos humanos contribuye a garantizar que diversos elementos fundamentales de las estrategias para combatir la pobreza, como la no discriminación, la igualdad, la participación y la atribución de responsabilidades, reciban la atención continua que merecen. Un enfoque basado en los derechos humanos “proporciona un marco para erradicar la [...] pobreza a largo plazo partiendo del reconocimiento de las personas que viven en ella como titulares de derechos y agentes de cambio”.

Así, los Estados “deben crear un entorno propicio que facilite y promueva la capacidad de las personas, las organizaciones de base comunitaria, los movimientos sociales y otras organizaciones no gubernamentales de combatir la pobreza y empoderar a las personas afectadas por ella para que reivindiquen sus derechos”.

En ese contexto, el cabal cumplimiento de los derechos humanos, en especial, de los derechos económicos y sociales, representa una condición imprescindible para permitir que las personas altamente vulnerables, en marginación y en el estado de pobreza puedan acceder a condiciones de vida más dignas y evitar la degradación, exclusión, estigmatización y, frecuentemente, el olvido de tales grupos de la población; de ahí que es dable colegir que combatir la pobreza y la marginación social no sólo es un imperativo moral, sino también una obligación jurídica en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es por tanto que un débito ineludible para que el Estado pueda mitigar el estado de exclusión social y la pobreza que frecuentemente sufren las trabajadoras del hogar, empieza por generar los medios necesarios para brindar a ese grupo vulnerable una cobertura de seguridad social adecuada, accesible y suficiente, a fin de por una parte, lograr una mayor formalidad en el sector laboral y, por otra, permitir que dichas trabajadoras puedan desarrollar un proyecto de vida digno, mediante el acceso pleno al derecho humano a la seguridad social.

En ese sentido, a juicio de esta Segunda Sala no sólo la exclusión del régimen obligatorio del Seguro Social comporta una actuación discriminatoria que perpetua y fortalece la marginación social de las mujeres que se dedican al hogar, sino que además, esa violación no puede ser solventada o superada, simplemente porque, conforme al sistema jurídico, dichas trabajadoras puedan acceder al llamado régimen voluntario de seguridad social.

Es así, pues esta Corte Constitucional reitera que, como se ha mencionado en anteriores apartados de la presente ejecutoria, en la experiencia internacional “la cobertura voluntaria resulta ineficaz y, por el contrario, la afiliación obligatoria a la seguridad social resulta altamente conveniente y eficaz para un sector como el del trabajo doméstico” considerado usualmente como parte de los “grupos de difícil cobertura”.

Ello, pues el proceso de afiliación de las trabajadoras domésticas a los regímenes de seguro social voluntarios puede constituir una tarea compleja, debido al carácter atípico de la ocupación. En cualquier situación, es muy importante hacer hincapié en la idea de que “la afiliación voluntaria limita por completo cualquier esfuerzo que realicen las instituciones para extender la seguridad social a este grupo”. En efecto, la cobertura voluntaria “carece de efectividad, toda vez que recarga en la trabajadora doméstica la difícil tarea de convencer al empleador para inscribirse en el seguro social”.

Siendo que, acorde con la Organización Internacional del Trabajo, “el carácter obligatorio de la afiliación juega un papel fundamental para la extensión de la cobertura”. De hecho, los casos de mayores índices de cobertura efectiva, en términos de proporción del trabajo doméstico afiliado a regímenes de seguridad social, “se corresponden directamente con el carácter obligatorio de la cobertura”. Conforme a lo anteriormente expuesto, esta Segunda Sala concluye que el hecho de que las trabajadoras domésticas se encuentren excluidas del régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social resulta violatorio del derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones, de ahí que lo procedente es declarar la inconstitucionalidad del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, para los efectos que serán precisados en el último considerando de esta ejecutoria”.

2.– AMPARO EN REVISIÓN 81/2021 (Declaración de inconstitucionalidad de la exigencia de CURP a un extranjero para atender el ejercicio de sus derechos fundamentales en materia de salud)

La CURP o Clave Única de Registro de Población es un identificador poblacional que no está al alcance de los nacionales mexicanos. También los extranjeros la pueden obtener y si no la tienen no pueden acceder a servicios públicos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve en esta sentencia que es inconstitucional negar a un extranjero su solicitud de atención médica de provisión de medicamentos por no disponer de la CURP. Señala la Corte, con apoyo en el derecho a la salud, que éste no se puede condicionar a la obtención de requisito formal como es la CURP.

La argumentación en que se basa principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la siguiente:

“100. OCTAVO. Constitucionalidad del artículo 77 Bis 7, fracción III, de la Ley General de Salud.

101. El Presidente de la República adujo en sus agravios que del correcto análisis del artículo 77 Bis 7 de la Ley General de Salud, se observa que éste no restringe al quejoso la posibilidad de gozar de los beneficios del Sistema de Protección Social en Salud por solicitar que cubra los requisitos previstos en dicho precepto, como es el contar con una Clave Única de Registro de Población, pues dicho requisito no es propio de los ciudadanos mexicanos, toda vez que pueden tramitarla y obtenerla tanto los nacidos en el territorio nacional como las personas extranjeras que se encuentran en el país, por lo que lejos de ser una restricción resulta un requisito aplicable a toda persona en territorio nacional, sin hacer distinción de su nacionalidad.

102. Asimismo, refirió que dicho requisito tiene como objetivo garantizar el derecho de protección a la salud en cuanto a la identidad única de las personas, por lo que su aplicación no resulta discriminatoria hacia las personas de nacionalidad extranjera, ni exclusiva de las personas de nacionalidad mexicana, además de que faculta a la autoridad sanitaria para que se cerciore de la identidad única del individuo beneficiario del Sistema de Protección Social en Salud, por lo que no es un acto discriminatorio para personas extranjeras.

103. Resultan inoperantes los aludidos agravios, pues siguiendo el criterio sustentado por esta Segunda Sala al resolver el amparo en revisión 346/2019, en sesión de dieciséis de octubre de dos mil diecinueve, se advierte que este órgano jurisdiccional sentó criterio en el sentido de que la obtención de la Clave Única de Registro de Población (en adelante la CURP) no puede ser equiparada a un derecho fundamental, dado que el objetivo de su creación es el diseño de un instrumento de registro poblacional por parte de la administración pública, por lo que no es exigible su asignación a todas las personas y, menos puede vincularse su uso o posesión al goce o ejercicio de un derecho fundamental, lo que significa que el Estado no puede exigir la presentación de la CURP para reconocer o prestar un servicio derivado de un derecho: salud, educación o trabajo, porque tal exigencia es una interferencia indebida en el goce y ejercicio de los derechos humanos, lo que es contrario a la Constitución Federal.

104. En efecto, al resolver el amparo en revisión 346/2019, en sesión de dieciséis de octubre de dos mil diecinueve –en lo que interesa para este asunto–, esta Segunda Sala determinó lo siguiente:

“[...] (a) La Clave Única de Registro de Población Durante las últimas décadas del siglo XX, se creó la CURP como parte de una política de registro poblacional. Es un código que homologa o unifica los criterios para el registro de las personas a partir de una serie alfanumérica ordenada compuesta por dieciocho caracteres en los que se codifica información personal (nombre, sexo, fecha y lugar de nacimiento, etcétera).

La CURP se integró al artículo 91 de la Ley General de Población con la reforma de mil novecientos noventa y dos. Cuatro años después, fue adoptada por las dependencias e instancias federales mediante el Acuerdo para la adopción y uso por la Administración Pública Federal de la Clave Única de Registro de Población, referido previamente, cuyas consideraciones explican lo siguiente:

CONSIDERANDO

[...] Que las dependencias y entidades de la administración pública federal, en cumplimiento de las atribuciones que les confiere la ley llevan diversos registros de personas y que en la asignación de las claves necesarias para el ejercicio de derechos se utilizan en gran parte los mismos datos, pero se aplican métodos muy diferentes de integración, lo que origina que los particulares cuenten con números distintos según el trámite o servicio que solicitan; Que por razones de economía, celeridad, eficacia y modernización administrativa, resulta conveniente que en los registros de personas a que se refiere el párrafo anterior, se asigne una clave única, personal e irrepetible, que constituya una respuesta del Gobierno de la República para agilizar los diversos trámites que efectúan los ciudadanos, haciéndose posible la reducción de tiempos en la prestación de servicios y el ejercicio de derechos;

[...] Asimismo, en otras consideraciones del Acuerdo citado, queda asentado que la adopción de la CURP en todos los registros de personas a cargo de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal constituye un “elemento de apoyo” para el diseño y conducción de una “adecuada política de población”, pues conforma “un instrumento de registro y acreditación fehaciente y confiable en la identidad de la población”. Todo esto apunta a que la carencia de CURP no debe interpretarse directamente como un impedimento absoluto para el acceso a trámites y servicios. Si la intención detrás de la clave única es contar con una herramienta de registro que tiene como efecto facilitar y agilizar trámites en las instancias federales, carecer de CURP no puede representar un candado o impedimento para el acceso a servicios o para el ejercicio de derechos.

[...] 7.2 Interferencia en el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales En el apartado anterior, se concluyó que el párrafo tercero del artículo 59 de la Ley de Migración es constitucional debido a que tal precepto por sí mismo no hace una distinción que discrimine. No obstante, la recurrente también se duele de que la falta de asignación de la CURP, en la práctica, le ha impedido el ejercicio y acceso a otros derechos fundamentales como son el derecho al trabajo, la salud y la educación. Sobre este punto, es preciso reiterar que la CURP surgió legalmente como una política de registro poblacional que sirve como insumo para integrar el Registro Nacional de Población.

Por otra parte, también es cierto que en el Acuerdo para la adopción y uso por la Administración Pública Federal de la Clave Única de Registro de Población de mil novecientos noventa y seis se señala que la CURP tiene como efecto una agilización de los trámites de los ciudada-

nos, a partir de la economía, celeridad, eficacia y modernización administrativa en los registros de personas que ejercen sus derechos ante las distintas dependencias y entidades de la administración pública federal. Sin embargo, a pesar de que la CURP pueda generar tales beneficios, tanto a la administración pública federal y local, como a las personas que la posean, la realidad es que el marco jurídico constitucional y convencional impide la subordinación del ejercicio de cualquier derecho fundamental a la posesión de un documento de registro poblacional como es la CURP.

El Estado no puede exigir la presentación de la CURP para reconocer o prestar un servicio derivado de un derecho fundamental: como puede ser la salud, la educación o el trabajo, porque esa exigencia constituye una interferencia indebida en el goce y ejercicio de los derechos 252 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA humanos de las personas, contraria a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados en la materia.

Lo anterior se debe a que los derechos humanos son una clase especial de derechos subjetivos, inherentes y reconocidos a todo ser humano, que revisten propiedades específicas y son protegidos por la Constitución y el derecho internacional. Es su ubicación dentro del apartado material del ordenamiento de mayor jerarquía lo que les otorga su principal característica: la fundamentalidad. Esta condición vuelve a los derechos posiciones reforzadas o resistentes frente a todos los poderes del Estado, que gozan de garantías especiales de las que no disponen otros derechos no fundamentales.

Asimismo, al encontrarse en la cúspide del sistema normativo, se convierten en principios objetivos del ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que deben ser considerados como criterios materiales de validez del resto de las normas del sistema, que deben tenerse en cuenta en toda operación de creación y aplicación de derecho. La importancia del respeto y protección de los derechos humanos no solo debe entenderse desde su visión subjetiva, referente a la individualidad y titularidad de los derechos, sino que también debe advertirse como un conjunto de normas que constituyen la base del estado de derecho. Se trata de un criterio básico de la legitimidad del poder, ya que el Estado se justifica porque sirve al desarrollo objetivo de la dignidad al comprometerse con el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

En este sentido, la validez de todas las normas y actos jurídicos del sistema dependen de su coherencia y armonía con los derechos fundamentales y no al revés. Razón por la cual un instrumento que se implementó como un medio para integrar un registro de población y que, como parte de sus efectos desplegó beneficios y facilidades al acceso de diversos derechos prestados por la administración pública, no puede constituirse ahora en un obstáculo para el ejercicio de esos mismos derechos por parte de una persona o un grupo de personas, independientemente de su condición migratoria. Un país que se precie de contar con un estado de derecho no puede sujetar el ejercicio de los derechos fundamentales a la obtención de un documento que fue diseñado para efectuar el control poblacional e implementado para generar practicidad en el acceso precisamente a los servicios a cargo del Estado.

En este contexto, si bien la recurrente reclama que, en la práctica, por no contar con CURP le ha sido negado el acceso a servicios de salud y educación y que se le ha impedido ejercer su derecho al trabajo, lo cierto es que tal situación no puede desprenderse de lo dispuesto en la norma combatida, sino que proviene de un problema de aplicación e interpretación por parte de las autoridades de las distintas dependencias de la administración pública, derivado de un erróneo o indebido entendimiento del marco normativo y del rol que tienen las respectivas autoridades en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

En todo caso, esos actos de autoridad deberán ser combatidos en lo individual a través de los mecanismos legales dispuestos para tal efecto, porque realizar esa distinción entre personas con CURP y sin ella para negar la prestación de derechos fundamentales, como son la educación, la salud y el trabajo, no cuenta con ningún sustento constitucional (conforme a sus artículos 1, 3, 4, 5 y 123). A fin de reafirmar estas consideraciones, se tiene que, de una revisión de las disposiciones que desarrollan y garantizan el ejercicio de los derechos a la educación, la salud y el trabajo, tanto en las leyes generales como en la normativa emitida por las instancias que proveen los servicios vinculados al ejercicio de estos derechos, en ningún momento, se establece la necesidad restrictiva de contar con la CURP para acceder a ellos. Por el contrario, en diversos ordenamientos se establece explícitamente que la presentación de la CURP no es un requisito indispensable para obtener acceso a los servicios. Por ejemplo, en las reglas para la inscripción a la educación básica de la SEP se especifica: 3.7. Criterios aplicables a la falta de presentación de documentos: En caso de no contar con algún(os) documento(s) de los referido(s) en la Norma 3.3., el Director de la institución educativa pública o particular con autorización, deberá inscribir o reinscribir al alumno al grado que le corresponda de conformidad con lo siguiente:

[...] 3.7.2. Clave Única de Registro de Población (CURP). En el caso de que el educando no cuente con la CURP, el Director de la institución educativa pública o particular con autorización, deberá orientar a la madre, padre de familia o tutor para que acuda a 253 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA a tramitarla ante la autoridad competente. No obstante, el alumno podrá ingresar a los servicios educativos. La presentación de la CURP no es un requisito indispensable para autorizar la inscripción del aspirante. A mayor abundamiento, el año pasado se publicó el Instructivo normativo para la asignación de la Clave Única de Registro de Población, emitido por la Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal de la Secretaría de Gobernación. En las consideraciones de dicho documento, se confirman las principales observaciones que se plantearon desde el Acuerdo de mil novecientos noventa y seis: (i) que la CURP forma un elemento de apoyo para el diseño y conducción de una adecuada política de población, (ii) que la adopción de la CURP es indispensable para la conformación del Registro Nacional de Población, (iii) que las entidades y dependencias federales integran registros de personas y que, al hacerlo, se utilizan casi siempre los mismos datos, (iv) que por razones de economía, celeridad, eficacia y modernización administrativa, resulta conveniente que en dichos registros se asigne una clave única, personal e irrepetible, para agilizar los trámites que efectúan las personas y para reducir los tiempos en la prestación de servicios gubernamentales y el ejercicio de derechos y (v) que es necesario identificar las disposiciones generales para la generación de la CURP en sus diversas modalidades.

Con respecto a este último punto se establecieron las siguientes disposiciones: CUARTO. Asignación de la CURP: La asignación de la CURP se realizará conforme a lo siguiente: [...] 3. Para los extranjeros solicitantes de la condición de refugiado y protección complementaria. 34 Normas Específicas de Control Escolar Relativas a la Inscripción, Reinscripción, Acreditación, Promoción, Regularización y Certificación en la Educación Básica, emitidas el veintinueve de abril de dos mil diecinueve por la SEP. La CURP se asignará a los extranjeros solicitantes de la condición de refugiado y de protección complementaria, que se encuentren en territorio nacional, posterior a la obtención del documento correspondiente expedido por la COMAR, el cual debe contener una CURP por cada persona que se inscriba en dicho documento y debe estar asociada a la CUR. La CURP asignada tendrá carácter temporal, por un periodo no mayor a los 180 días naturales, hasta en tanto la COMAR resuelva, a través de la expedición del documento correspondiente, que se reconoce la condición de refugiado o protección comple-

mentaria.

En este caso, se establecerá el carácter permanente de la CURP una vez que el INM emita el documento migratorio que corresponda. La CURP asignada a los extranjeros que hayan obtenido la constancia de trámite de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado se dará de baja por medio de la DGRNPIP cuando: a. El solicitante de la condición de refugiado abandone el trámite ante la COMAR y se dé por concluido. b. El solicitante presente su desistimiento para continuar con el procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado ante la COMAR. c. La COMAR haya emitido resolución definitiva en sentido negativo a la solicitud de la condición de refugiado o de protección complementaria. d. La Secretaría de Gobernación, por medio de la COMAR, haya cesado, revocado o cancelado el reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria, en términos de lo establecido en la legislación de la materia.

[...] De este instructivo se desprende una política de registro poblacional por parte de la administración pública en la que se puede asignar una CURP temporal a personas que se encuentran en la condición migratoria de la recurrente; condición que podría cambiar a la de residente permanente en caso de que la resolución de su situación como refugiada fuera favorable. Esta Segunda Sala reitera que dicha clave tiene un propósito de registro poblacional que puede tener como efecto benéfico facilitar el acceso a ciertos derechos; sin embargo, no puede ser exigida para el ejercicio de ningún derecho fundamental. Por lo que, con independencia de la eventual emisión de este instructivo, se debe dejar claro que los derechos fundamentales de ninguna manera pueden restringirse por no contar con dicho documento. Para concluir, esta Segunda Sala resalta la obligación que tienen todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Dicha obligación se traduce en eliminar o aligerar todos aquellos obstáculos que puedan impedir que una persona sin CURP goce y ejerza 254 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN IBEROAMÉRICA efectivamente sus derechos fundamentales en condiciones diferentes a aquellas personas que sí la poseen. Toda vez que sería inconsistente reconocer los derechos fundamentales a todas las personas y no admitir que los mismos resultan violados cuando se omite otorgar los medios necesarios o se imponen barreras, de cualquier tipo, para su goce y disfrute.

[...] Finalmente, cabe agregar que en este asunto y en futuros litigios sobre esta materia los tribunales y juzgadores del orden federal habrán de emitir sus fallos en concordancia con los lineamientos establecidos por esta Segunda Sala de la Suprema Corte, procurando en todo caso que las autoridades no hagan depender el ejercicio de los derechos fundamentales a la exhibición de un documento cuya naturaleza y alcance atiende, única y exclusivamente, a aspectos de política pública en materia de control poblacional. [...]

105. Como se puede advertir, en cuanto al tema que particularmente nos ocupa (la obtención de la CURP), esta Segunda Sala al resolver el recurso de revisión en comento, dejó sentados los siguientes puntos torales:

- Señaló que para proceder al estudio de los temas de constitucionalidad planteados en dicho asunto, debía analizarse, primero, la naturaleza de la CURP (antecedentes, objetivo de creación y su regulación).
- En cuanto a dicho estudio, estableció que la CURP se creó como parte de una política de registro poblacional. Dijo, es un código que homologa o unifica criterios para el registro de las

personas a partir de una serie alfanumérica compuesta por caracteres en los que se codifica información personal (nombre, sexo, fecha y lugar de nacimiento, etc.) y que en mil novecientos noventa y dos se integró al artículo 91 de la Ley General de Población, y en mil novecientos noventa y seis fue adoptada por las dependencias e instancias federales mediante el “Acuerdo para la adopción y uso por la APF de la CURP”, en el que se explicó que su adopción constituyó un “elemento de apoyo” para el diseño y conducción de una adecuada política de población, al conformar un instrumento de registro y acreditación fehaciente y confiable en la identidad de la población.

– Con base en ello, apuntó, que la carencia de la CURP no debía interpretarse directamente como un impedimento absoluto para el acceso a trámites y servicios, si su intención era contar con una herramienta de registro cuyo efecto es facilitar y agilizar trámites en las instancias federales.

– Asimismo, siguiendo esa misma línea argumentativa, sostuvo que la obtención de la CURP no podía ser equiparada a un derecho fundamental, dado que el objetivo de su creación fue el diseño de un instrumento de registro poblacional por parte de la administración pública, por lo que no era exigible la asignación de la CURP a todas las personas y, menos podía vincularse su uso o posesión al goce o ejercicio de un derecho fundamental.

– Finalmente, en cuanto al apartado denominado: “Interferencia en el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales”, y considerando que en el caso ahí resuelto la parte recurrente se dolió de que la falta de asignación de la CURP, en la práctica, le impedía el ejercicio y acceso a otros derechos fundamentales como eran el derecho al trabajo, salud y educación, se afirmó que, toda vez que el marco jurídico constitucional y convencional impedían la subordinación del ejercicio de cualquier derecho a la posesión de tal documento, el Estado no podía exigir la presentación de la CURP para reconocer o prestar un servicio derivado de un derecho: salud, educación o trabajo, porque tal exigencia era una interferencia indebida en el goce y ejercicio de los derechos humanos, lo que era contrario a la Constitución Federal, además, realizar esa distinción entre personas con CURP y sin ésta, no contaba con sustento constitucional alguno.

106. Ahora bien, trasladadas tales consideraciones al caso concreto –las cuales resultan de utilidad para resolver el presente asunto–, se advierte que más allá de los razonamientos expuestos por la resolutora federal en cuanto a que el precepto reclamado resulta discriminatorio al excluir implícitamente a los extranjeros con permanencia irregular en el país de afiliarse al Sistema de Protección Social en Salud, al exigirles contar con la Clave Única de Registro de Población; el criterio que debe prevalecer es el definido por esta Segunda Sala al resolver el amparo en revisión 346/2019.

107. Ello, pues tal como ahí quedó determinado por esta Sala, la carencia de la CURP no debe interpretarse directamente como un impedimento absoluto para el acceso a trámites y servicios y su obtención, no puede ser equiparada a un derecho fundamental, dado que el objetivo de su creación solo fue el diseño de un instrumento de registro poblacional por parte de la administración pública, por lo que no es exigible su asignación a todas las personas y, menos puede vincularse su uso o posesión al goce o ejercicio de un derecho fundamental.

108. Sin que sea dable exigir –tal como ahí se dijo–, la presentación de la CURP para reconocer o prestar un servicio derivado de un derecho: salud, educación o trabajo, porque tal exigencia es una interferencia indebida en el goce y ejercicio de los derechos humanos, lo que es contrario a la Constitución Federal; además realizar esa distinción entre personas con CURP y sin ésta, no cuenta con sustento constitucional alguno.

109. En ese sentido, si como se puede advertir, esta Sala en un asunto muy similar al presente (en el que se pronunció sobre si el tercer párrafo del artículo 59 de la Ley de Migración, que prevé que los residentes temporales y permanentes tienen derecho a obtener la Clave Única de Registro de Población, vulneraba los derechos de igualdad y no discriminación y, si esa porción normativa impedía u obstaculizaba que las personas en una condición migratoria distinta, gozaran o ejercieran otros derechos fundamentales, como lo eran el derecho al trabajo, salud y educación), se pronunció específicamente acerca de la inexigibilidad de la CURP para reconocer o prestar un servicio derivado de alguno de tales derechos –salud, educación o trabajo–.

110. Determinando expresamente que el Estado no puede exigir la presentación de la CURP para reconocer o prestar un servicio derivado de un derecho: salud, educación o trabajo, porque tal exigencia es una interferencia indebida en el goce y ejercicio de los derechos humanos, lo que era contrario a la Constitución Federal, además, realizar esa distinción entre personas con CURP y sin ésta, no cuenta con sustento constitucional alguno.>>>

CAPÍTULO OCTAVO. PERÚ

1.– Decreto Supremo No. 014–2020–MC de 29 de septiembre de 2020 (cautelas específicas para evitar el contagio de la enfermedad COVID 19 a los pueblos indígenas por su especial vulnerabilidad)

El Decreto Legislativo N° 1489, de 9 de mayo de 2020, dispone en su artículo 5 que:

“Artículo 5.– Líneas de acción estratégicas para la protección y atención de los pueblos indígenas u originarios, en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el COVID– 19 Son líneas de acción de los ejes desarrollados en el numeral 4.3 del artículo 4, las siguientes:

5.1. Respuesta sanitaria: a) Diagnóstico de casos, vigilancia epidemiológica y acciones de prevención en localidades indígenas. b) Aislamiento de casos positivos y evacuación de pacientes que lo requieran. c) Tratamiento y manejo de casos positivos en localidades indígenas. d) Manejo de defunciones en localidades indígenas.

5.2. Control territorial: a) Identificación de puntos de control fluvial y terrestre en regiones con concentración de localidades indígenas. b) Implementación de acciones de control fluvial y terrestre.

5.3. Abastecimiento de bienes (productos o alimentos) de primera necesidad: a) Localización y dimensionamiento de bienes de primera necesidad en regiones con concentración de localidades con presencia de pueblos indígenas u originarios. b) Coordinación con organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios para identificar las localidades beneficiarias del servicio de entrega de alimentos.

5.4. Información y alerta temprana: a) Elaboración y traducción de materiales informativos en lenguas indígenas y con pertinencia cultural para su difusión en medios de comunicación a nivel nacional, regional y local. b) Mecanismos de monitoreo y alerta de la situación sanitaria en las localidades indígenas.

5.5. Protección de pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial: a) Monitoreo e implementación de sistemas de alerta temprana en los ámbitos con presencia de los PIACI. b) Aplicación de protocolos y medidas para garantizar la salud, seguridad e integridad de los PIACI. c) Implementación de protocolos y medidas de seguridad sanitaria para la atención de población en situación de contacto inicial y su abastecimiento con bienes de primera necesidad”.

El Ministerio de Cultura elaboró y el Presidente aprobó el Decreto Supremo No. 014–2020–MC (29 de septiembre de 2020), de aprobación de los “Lineamientos de actuación en ámbitos geográficos en los que el Ministerio de Cultura ha determinado la presencia o desplazamiento de pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial, así como en sus ámbitos colindantes o aledaños, en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el COVID–19”. En sus Considerandos toma en cuenta las siguientes líneas argumentales:

“El Decreto Legislativo N° 1489, que establece acciones para la protección de los pueblos indígenas u originarios en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Covid–19, tiene por objeto prever medidas extraordinarias y urgentes dirigidas a brindar atención a los pueblos indígenas u originarios, en el marco de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID–19, atendiendo a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, que se agrava en el caso de los

pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial, quienes se caracterizan por su alta vulnerabilidad sociocultural, inmunológica y territorial;

Que, los literales b) y c) del numeral 5.5 del artículo 5 del mencionado Decreto Legislativo, disponen como líneas de acción estratégica para la protección y atención de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial, la aplicación de protocolos y medidas para garantizar la salud, seguridad e integridad de dichos pueblos, así como para la atención de la población en situación de contacto inicial y su abastecimiento con bienes de primera necesidad”.

Este Decreto Supremo, dando cumplimiento a la citada previsión del Decreto Legislativo 1489, señaló lineamientos de actuación que, con motivo de la pandemia, deben ser aplicados en los lugares con presencia de pueblos indígenas, ya estén en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial. Se trata con ello de abordar la pandemia del COVID 19 con un enfoque de derechos humanos diferenciado, reconociendo que repercute de un modo especial en ciertos individuos y grupos.

Las recomendaciones 55 y 56 de la Resolución No. 1/2020 de la CIDH, que resaltan el deber de respetar el no contacto con pueblos indígenas en aislamiento voluntario y de establecer medidas de protección a su favor con la finalidad de proteger su salud, inspiran estos lineamientos, que consisten en pautas de actuación y medidas preventivas a incorporar por las entidades de la administración pública y las entidades privadas autorizadas para prestar servicios públicos o realizar actividades en los lugares donde el Ministerio de Cultura ha identificado la presencia o desplazamiento de pueblos indígenas en situación de aislamiento (PIA) y en situación de contacto inicial (PICI).

El documento define estas categorías. Afirma que se entiende por PIA “el pueblo indígena, o parte de él, que en virtud de su derecho de autodeterminación no desarrolla relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, ha optado por discontinuarlas” y por PICI “el pueblo indígena, o parte de él, que en virtud de su derecho de autodeterminación se encuentra en un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad”.

Estos lineamientos señalan unos principios rectores, en los siguientes términos:

“Los principios rectores que deben orientar las acciones, conductas y procedimientos encaminados a garantizar la protección de los derechos de los PIACI son los siguientes:

- a) el principio pro-homine. Supone la aplicación de la norma que sea más favorable al ser humano y garantice de manera más efectiva los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados de Derechos Humanos ratificados por Perú;
- b) el principio de no contacto. Implica que, en el desarrollo de sus actividades públicas o privadas, quienes se encuentren en zonas próximas a las Reservas Territoriales y/o Indígenas, o en zonas con presencia de pueblos indígenas en situación de aislamientos, deben evitar el contacto debido a su especial situación de vulnerabilidad al no haber desarrollado una respuesta inmunológica adecuada ante el contacto con poblaciones externas.
- c) el principio de prevención. Implica que quien desarrolle actividades en zonas próximas a las Reservas Territoriales o Indígenas o dentro de ellas, debe implementar acciones tendientes a evitar y/o mitigar cualquier impacto o afectación que pudiera llegar a producirse en dichos pueblos.
- d) el principio de autodeterminación. Consistente en el respeto y garantía a la decisión de los PIACI de mantenerse en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial.

- e) el principio de vulnerabilidad. Implica que cualquier actuación o actividad se efectúa considerando que los PIACI se encuentran expuestos a una situación de vulnerabilidad frente a cualquier contacto.
- f) el principio de acción sin daño. Se aplica en materia de salud a los pueblos indígenas en situación de contacto inicial. Conlleva tanto la garantía del derecho a la vida como el establecimiento de medidas que permitan obtener el mayor nivel posible de salud”.

2.– Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 672–2020–MP–FN, de 29 de mayo de 2020 (se abordan los efectos específicos que la pandemia del COVID 19 tiene sobre las mujeres y en especial en materia de violencia de género)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución 1/2020 titulada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptada el 10 de abril de 2020, pone el acento en que la protección de los derechos humanos frente a la enfermedad del COVID 19 debe realizarse con una perspectiva diferencial, con atención específica a cómo afecta a la situación en que se encuentran aquellas personas más vulnerables. En este contexto se inscribe la Recomendación N° 51 que llama a “Fortalecer los servicios de respuesta a la violencia de género, en particular la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en el contexto de confinamiento”.

En Perú la Fiscalía de la Nación, con base en este enfoque de derechos humanos de carácter diferencial, dictó la Resolución N° 672–2020 de 29 de mayo, habilitando canales de comunicación digitales para ejercer los derechos de las mujeres, en especial para “la recepción de denuncias de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar a través de mensajería instantánea y otros medios tecnológicos”.

El tenor literal de su justificación en la tutela de derechos humanos y de su parte dispositiva es la siguiente:

<<“VISTO Y CONSIDERANDO:

La ley N° 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, consagra como principios rectores de la actuación del Estado y, por tanto, de los operadores de justicia, los inherentes a la debida diligencia, intervención inmediata y oportuna, sencillez de los trámites, procedimientos y procesos a los que hubiera lugar en aras de garantizar a las víctimas el respeto irrestricto de sus derechos fundamentales, así como el abordaje inmediato de los hechos de violencia y el otorgamiento de medidas de protección eficaces y oportunas.

El Ministerio Público comprometido con los principios de la ley N° 30364 y los deberes asumidos por el Estado Peruano en calidad de garante de instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belem do Para), mediante Resolución N° 166–2019–MP–FN, asumió como política institucional la atención prioritaria de los casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, lo que implica la efectividad de la titularidad de la acción penal, así como la dirección diligente y comprometida de las investigaciones a que hubiera lugar, siendo necesario agilizar y flexibilizar los canales de comunicación entre las víctimas y las fiscalías de turno utilizando para ello los medios tecnológicos de mayor uso en la actualidad.

En el marco de la Emergencia Sanitaria a Nivel Nacional, y con el objeto de evitar la propagación del COVID–19, que pone en riesgo la salud e integridad de las personas dado sus efectos y alcances nocivos, el gobierno peruano, a través del Decreto Supremo N° 044–2020–PCM, de fecha

15 de marzo de 2020, declaró el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispuso el aislamiento social obligatorio, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación, el mismo que se prorrogó a través de los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 075-2020-PCM, N° 83-2020-PCM, y N° 094-2020-PCM, de fecha 23 de mayo de 2020 que dispone la prórroga del Estado de Emergencia Nacional por el término de treinta y siete (37) días calendario, a partir del 25 de mayo hasta el 30 de junio de 2020.

Las citadas normas establecen que las entidades del Sector Público de cualquier nivel de gobierno deben, entre otros, implementar o habilitar la virtualización de trámites, servicios u otros, lo cual resulta coherente con la necesidad de atención célere de las víctimas de violencia, más aún las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos materia de la Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, que exige a los Estados fortalecer los servicios de respuesta a la violencia de género, en particular la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en el contexto de confinamiento, reformulando los mecanismos tradicionales de respuesta, adoptando canales alternativos de comunicación y fortaleciendo las redes comunitarias para ampliar los medios de denuncia y órdenes de protección en el marco del periodo de confinamiento.

El Decreto Legislativo N° 1470 establece medidas para garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, durante la Emergencia Sanitaria declarada por el COVID-19, de tal forma que la actuación de las y los operadores/as, en el marco de la Ley N° 30364 debe regirse por el respeto irrestricto de los derechos humanos, correspondiendo al Ministerio Público recibir de manera inmediata todas las denuncias, por lo cual se debe asegurar la habilitación de canales de comunicación (correos electrónicos, mensajería instantánea, teléfonos, celulares o cualquier otro donde quede constancia de la recepción de la comunicación).

Las herramientas tecnológicas (por ejemplo: correo electrónico, mensajería instantánea como Whatsapp, Telegram, entre otros), permiten enviar y recibir comunicaciones de manera inmediata, videos y audios por medio del servicio telefónico celular, siendo de uso masivo en muchos sectores de la población, razón por la cual constituyen mecanismos idóneos para recibir las denuncias de las víctimas de violencia; y a partir de ello tender puentes de conectividad entre aquellas y la autoridad fiscal competente, la cual procederá inmediatamente en ejercicio de sus funciones y con arreglo al marco jurídico vigente; por ello, estando a los alcances de la política institucional establecida por RFN 166-2019-MP-FN y la RFN N° 610-2020-MP-FN, y modificatoria, es imperioso implementar en el Ministerio Público la *“recepción de denuncias de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar a través de mensajería instantánea y otros medios tecnológicos”*.

El artículo 157 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público contempla como atribuciones de las Presidencias de las Juntas de Fiscales Superiores, el ejercer funciones en sus respectivos distritos fiscales acorde a la política institucional que gobierna el Ministerio Público, planificando, organizando, dirigiendo y supervisando las actividades de las fiscalías del distrito fiscal; por tanto, es menester disponer que procedan a implementar inmediatamente las herramientas antes mencionadas, acorde a las características y peculiaridades de cada uno de los distritos fiscales a su cargo, dando cuenta de ello, tanto al despacho de la Fiscalía de la Nación, como a la comisión de trabajo para formular propuestas de instrumentos de gestión y realizar el seguimiento de la política institucional de abordaje de la “Violencia contra las Mujeres, y los Integrantes del Grupo Familiar”.

En tal sentido, en uso de las atribuciones conferidas en el artículo 64° de la Ley Orgánica del Ministerio Público – Decreto Legislativo N° 52.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.– DISPONER en los 34 distritos fiscales del país la “*recepción de denuncias de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar a través de mensajería instantánea y otros medios tecnológicos*”, lo cual deberá ser ejecutado y monitoreado por las respectivas Presidencias de Junta de Fiscales Superiores.

Artículo Segundo.– AUTORIZAR a las Presidencias de Junta de Fiscales Superiores, emitir las disposiciones correspondientes para garantizar la atención de las denuncias que sean presentadas por estas vías; debiendo informar las medidas implementadas al Despacho de la Fiscalía de la Nación, a través de la Secretaría General.

Artículo Tercero.– DISPONER que la Gerencia General, conforme al presupuesto institucional, atienda los requerimientos necesarios que permita la ejecución de lo dispuesto por la presente resolución.

Artículo Cuarto.– DISPONER que la Oficina de Imagen Institucional, se encargue de la difusión de este servicio a través de la página web y redes sociales institucionales, de forma permanente.

Artículo Quinto.– DISPONER que la Oficina General de Tecnologías de la Información difunda en los medios informáticos de la institución la presente resolución.

Artículo Sexto.– Hacer de conocimiento la presente resolución a las Presidencias de las Juntas de Fiscales Superiores, Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Secretaría General de la Fiscalía de la Nación, Gerencia General, Oficina de Imagen Institucional, Gerencia de Tecnologías de la Información y a los integrantes de la Comisión de Trabajo para el seguimiento de la política institucional de abordaje de la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar; al Poder Judicial, la Policía Nacional del Perú, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo y al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.>>

PARTE CUARTA

La judicialización de los derechos sociales, como corolario de su constitucionalización como derechos exigibles y justiciables, ha sido el medio para incrementar sustancialmente su realización práctica. Pero al mismo tiempo se comporta como un serio problema porque satura la organización jurisdiccional y porque retrasa el disfrute de estos derechos por los particulares hasta la resolución de los procesos y reclamaciones. La más perfecta satisfacción de los derechos sociales requiere que las instituciones de gestión de la seguridad social incorporen los estándares definidos judicialmente a su actividad ordinaria.

Esta cuarta y última parte ofrece información sobre este proceso en dieciocho países de la región iberoamericana, detallando las mejores prácticas asumidas por sus instituciones de gestión de seguridad social en aplicación de los derechos sociales consagrados en sus respectivos textos constitucionales y precisados en su contenido y alcance por la labor de los tribunales de justicia. Se presta atención especial a la vacunación COVID-19, a la situación de las personas privadas de libertad en el contexto del COVID-19, a la inclusión de las personas mayores, a la satisfacción de un alto nivel de salud mental, a la problemática que representa la movilidad humana en relación a los derechos sociales etc.

CAPÍTULO PRIMERO-ARGENTINA

1.- Programa de Vacunación COVID-19

El Ministerio de Salud de la Nación¹³⁸ dio a conocer el Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19. En él se define un orden de prioridad con enfoque de derechos humanos, “considerando la protección de los grupos con mayor riesgo, junto a grupos de población estratégicos necesarios para asegurar el desarrollo de actividades prioritarias”. Son priorizados el personal de salud, el personal estratégico, las personas mayores de 60 años, las personas con factores de riesgo y, además, ciertos tipos de población (barrios populares, personas en situación de calle, pueblos originarios, personas privadas de libertad, migrantes).

Por otro lado, el Plan también acoge una perspectiva de no discriminación cuando no distingue dentro del público objetivo por razón de nacionalidad o de cobertura de salud. Indica que “las vacunas y el material descartable necesario serán provistos por el Estado Nacional para todos los que integren la población objetivo, independientemente de la cobertura sanitaria y su nacionalidad”.

2.- Personas privadas de libertad y COVID-19

El Gobierno Nacional acordó mediante resolución interministerial el llamado “Plan Estratégico de Salud Integral en el Servicio Penitenciario Federal 2021-2023”¹³⁹. Se funda en el derecho a la salud protegido por el art. 12 PIDESC y parte de que “las personas privadas de la libertad y a resguardo del SPF conservan ese derecho”. El Plan persigue el objetivo de garantizar el derecho a la salud y atención primaria de las personas privadas de la libertad, teniendo presente que los riesgos de sufrir una enfermedad aumentan en situación de encierro, más aun cuando prevalece una pandemia como la provocada por el COVID-19. Señala entre los objetivos específicos el siguiente:

“Desarrollar estrategias de prevención de enfermedades transmisibles: El contexto de encierro aumenta considerablemente el riesgo de propagación de enfermedades transmisibles. El sistema de salud del SPF debe orientarse a desarrollar estrategias específicas en términos de prevención, detección precoz y atención de las personas que padecen este tipo de enfermedades, dando la mejor atención y cuidado, según los estándares definidos por el MINISTERIO DE SALUD”.

3.- Seguridad social y erradicación de la pobreza¹⁴⁰

En la República Argentina ha crecido notablemente durante los últimos veinte años el nivel alcanzado por el desempleo y por el trabajo informal, lo que conlleva la ausencia de mecanismos de protección social ligados al empleo formal. Esta circunstancia ha exigido que se desarrollen políticas públicas de seguridad social no contributivas e independientes del empleo formal. Justo antes de la pandemia, a fines de 2019, se reforzaron estas políticas, con el aumento del monto y las personas beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo (AUH), la creación del programa Alimentar y el aumento del monto y perceptores del Salario Social Complementario (que más adelante integró el programa Potenciar Trabajo)¹⁴¹.

138 Resolución 2883/20203, de 3 de diciembre de 2020

139 EX-2021-03323161- -APN-DD#MS-ANEXO I - “PLAN ESTRATÉGICO DE SALUD INTEGRAL EN EL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL 2021-2023”

140 Los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE proyectan su eficacia en muy distintos sectores específicos. Cfr. La irradiación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Arzo Santisteban, X. (coord.), en especial en capítulo titulado “El (potencial) enfoque de derechos humanos y la pobreza”, Merayo Fernández, R., págs. 119 y ss

141 Nieva, F. A., & Mascareño, A. (2022). El Ingreso Familiar de Emergencia ante la irrupción de la pandemia por covid-19. ¿Programa social o paliativo de la crisis? Reflexiones a partir de un enfoque mixto. *De Prácticas Y Discursos*, 11(18). <https://doi.org/10.30972/dpd.11186327>; Alzúa, M.L y Pacheco, A. (2021), *Protección social, formalidad y subsidios cruzados: evidencia para la Argentina*, UNDP, Working Papers Series, 16.

La irrupción de la pandemia hizo necesario innovar los mecanismos de protección social de las personas desempleadas, así como de las trabajadoras informales. El 23 de marzo de 2020, mediante el DNU N° 310/2020, se aprobó el Ingreso Familiar de Emergencia, con el objeto de compensar la merma o desaparición de ingresos debida a la situación de emergencia sanitaria. Se diseñó como una transferencia en dinero por hogar y por una sola vez, pero finalmente se realizaron tres pagos bimensuales (el primero entre abril y mayo de 2020, el segundo entre junio y julio y el último en agosto y septiembre). Este mecanismo se caracterizó por su enfoque de derechos humanos en el sentido de que alcanzaba a todos los que se inscribieran y cumplieran los requisitos de vulnerabilidad previstos al efecto, lo que determinó que su prestación cubriese en torno a 9 millones de hogares¹⁴².

El Ingreso Familiar de Emergencia ha sido un mecanismo temporal. En la misma línea, pero con una cobertura más limitada, se han dispuesto otras medidas como el programa Potenciar Trabajo (entrega a cada perceptor la mitad de un salario mínimo) y el aumento en un 50% del monto de la Tarjeta Alimentar (alimentos de la canasta básica y para familias con descendientes hasta los 14 años)¹⁴³.

4.- Inclusión de las personas mayores

Una perspectiva de derechos humanos de importancia creciente es la situación de los adultos mayores. La Corte IDH ha puesto de relieve que las personas mayores merecen una atención especial como titulares de derechos humanos, muy en especial en la línea de adoptar medidas que apoyen su autonomía. El informe temático de la CIDH titulado Derechos Humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas destaca en este contexto el Programa ProNEAS, que identifica en los siguientes términos:

“el Programa Nacional de Envejecimiento Activo y Salud de los Adultos Mayores (ProNEAS) trabaja con una concepción de Atención Primaria de la Salud (APS) adaptada a las personas mayores, la cual comprende el desarrollo de herramientas que permiten valorar la salud en términos de funcionalidad, contribuyendo de esta forma a que las personas mayores puedan continuar ejerciendo plenamente sus derechos de manera autónoma e independiente. La valoración gerontológica integral es una herramienta que permite identificar a las personas mayores en situación de vulnerabilidad a través del establecimiento del riesgo de deterioro funcional mediante un indicador de discapacidad y dependencia, y, por otra parte, realizar una intervención temprana que contribuye a evitar o retrasar las complicaciones que se producen en consecuencia, abordando las desigualdades y mejorando los resultados de salud. Por tales motivos, se realizan en todo el país jornadas de capacitación para que los equipos de salud valoren la funcionalidad de las personas mayores”¹⁴⁴.

5.- Salud mental

El Ministerio de Salud aprobó en septiembre de 2023, mediante Resolución 1997/2023, el Plan Nacional de Salud Mental 2023–2027. Dentro de su apartado IV (“Marco referencial normas y principios en los que se apoya el plan”), el primer apartado (“Enfoque de derechos y marco normativo”) apunta a que la salud mental debe abordarse con una óptica comunitaria¹⁴⁵ y el segundo apartado propugna “una perspectiva de Abordaje Integral” y, en este sentido, señala que:

“el componente participativo y comunitario en Salud Mental se plantea como necesario y vital ya

142 Kaplan, L. J., & Delfino, A. (2021). Pandemia, políticas públicas y sectores vulnerables: un análisis del Ingreso Familiar de Emergencia en Argentina. *Política. Revista De Ciencia Política*, 59(1), 81–104.

143 CEPAL (2021), “Herramientas de política social y análisis de las desigualdades para enfrentar los impactos de la pandemia de COVID-19: aprendizajes y desafíos para la construcción de sistemas universales, integrales y sostenibles de protección social”, página 41.

144 CIDH (2022), *Derechos Humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas*, párrafo 224.

145 Cfr. página 8.

que propone que las familias, las personas con padecimiento mental y la comunidad en general puedan implicarse tanto en la elaboración de las políticas públicas en materia de Salud Mental como en las decisiones en torno a los procesos de cuidados, asistencia y recuperación en Salud Mental. Siguiendo a la Ley Nacional de Salud Mental el ‘fortalecimiento de los lazos sociales’ tiende a incorporar prácticas, vivencias, intercambios que incluyen una participación real y directa en la vida en comunidad.

Por su parte, la inclusión social y el acceso a derechos fundamentales deben ser considerados como el principal proceso para asegurar la igualdad de condiciones para el desarrollo de la vida de todas las personas. Ello implica, particularmente, la integración de las personas usuarias al sistema de Salud Mental y la restitución de los lazos comunitarios, favoreciendo su participación plena en la vida colectiva”¹⁴⁶.

146 Cfr. página 10.

CAPÍTULO SEGUNDO–BOLIVIA.

1.– Programa de Vacunación COVID–19 y otras cuestiones de salud

El Ministerio de Salud y Deportes elaboró un Plan para la vacunación contra el COVID–19¹⁴⁷. Aunque es cierto que es uno de los países con menor porcentaje de población vacunada¹⁴⁸, este plan prioriza la vacunación con un enfoque de derechos humanos, situando en primer término al personal de salud, a las personas con enfermedades de base y a los mayores de 60 años¹⁴⁹, además de prestar una atención especial a la vacunaciones de algunas poblaciones especialmente vulnerables (comunidades indígenas, migrantes y refugiados, personas privadas de libertad¹⁵⁰).

El Ministerio de Salud y Deportes, en conjunción con la Organización Panamericana de la Salud, lanzó una iniciativa denominada HEARTS, cuya finalidad es la de promover la adopción de mejores prácticas en prevención y control de enfermedades cardiovasculares y mejorar el acceso efectivo al derecho a la salud.

2.– Mecanismos de protección social frente al COVID–19

Bolivia también acudió al llamamiento de la CEPAL de establecer mecanismos temporales de transferencias monetarias con el fin de compensar la pérdida de ingresos económicos y de beneficios sociales que derivó de la pandemia. Según un estudio de la CEPAL, destaca entre estos mecanismos el Bono Familia (transferencia por única vez a familias de bajos recursos con hijos matriculados en la educación primaria y con dificultades para acceder a la alimentación escolar por el cierre de los centros educativos) y el Bono Universal (transferencia por única vez a la población que no se encuentra cubierta por otros bonos establecidos para mitigar los efectos de la crisis).

3.– Inclusión de personas mayores

El Estado de Bolivia atiende específicamente las necesidades de los adultos mayores mediante un programa denominado Complemento Nutricional para el Adulto Mayor “Carmelo”, que se enmarca la Ley No. 475, cuyo objetivo es contribuir a la seguridad alimentaria nutricional de las personas mayores

4.– Movilidad humana y DESCA

En materia de movilización humana y DESCA resalta muy especialmente la iniciativa llamada “Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes 2023 2024”. Este programa persigue determinar y abordar a las necesidades humanitarias, de protección e integración que requiere la población migrante venezolana en el país, con especial atención a las zonas urbanas que acogen el mayor número de personas refugiadas y migrantes de Venezuela.¹⁵¹

147 <https://oiss.org/wp-content/uploads/2021/04/PLAN-DE-VACUNA-COVID19.pdf>

148 Martínez Oliva, B. G., & Oliveira Machado, F. L. (2023). Vacunación contra COVID–19 en Bolivia: características. *Orbis Tertius UPAL*, 7(3), Pág. 81–96.

149 Página 10

150 Páginas 10 y 11.

151 VII Informe anual de la relatoría especial sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (REDESCA) de la comisión interamericana de derechos humanos (CIDH), 2023, párrafo 153.

CAPÍTULO TERCERO–BRASIL.

1.–Programa de Vacunación COVID–19

El Supremo Tribunal Federal, dentro de la tramitación de una arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), consideró que el gobierno había incurrido en una omisión inconstitucional al no haber previsto un plan de vacunación contra el COVID–19 y ordenó su elaboración. En consecuencia, el Gobierno Federal presentó el 16 de diciembre de 2020 la primera versión del *Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação*¹⁵², que, con arreglo a un enfoque de derechos humanos, ofrece una vacunación gratuita y universal (también para no residentes, migrantes y refugiados), aparte de señalar grupos prioritarios, entre ellos los que están sujetos a un mayor riesgo médico pero también las poblaciones socialmente vulnerables como las poblaciones privadas de libertad, las personas viviendo en la calle y las personas indígenas viviendo en tierras indígenas.

El *Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação* fue objeto de varias ediciones. La publicada el 27 de abril de 2021 prevé como grupos prioritarios los siguientes:

“[...] pessoas com 60 anos ou mais institucionalizadas, pessoas com deficiência institucionalizadas, povos indígenas vivendo em terras indígenas, trabalhadores da saúde, pessoas com 90 anos ou mais, pessoas com 85 a 89 anos, pessoas com 80 a 84 anos, pessoas com 75 a 79 anos, povos e comunidades tradicionais ribeirinhas, povos e comunidades tradicionais quilombolas, pessoas com 70 a 74 anos, pessoas com 65 a 69 anos, pessoas com 60 a 64 anos, pessoas com comorbidades de 18 a 59 anos, pessoas com deficiência permanente, gestantes e puérperas de 18 a 59 anos, pessoas em situação de rua, população privada de liberdade, funcionários do sistema de privação de liberdade, trabalhadores da educação do ensino básico, trabalhadores da educação do ensino superior, forças de segurança e salvamento, forças armadas, trabalhadores de transporte coletivo rodoviários de passageiros, trabalhadores de transporte metroviário e ferroviário, trabalhadores de transporte aéreo, trabalhadores de transporte aquaviário, caminhoneiros, trabalhadores portuários, trabalhadores industriais e trabalhadores da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos”¹⁵³.

2.– Seguridad social y erradicación de la pobreza

Brasil aprobó en marzo 2020 un programa temporal llamado *Auxílio Emergencial*, con el fin de asegurar la pérdida de ingresos provocados el COVID–19 y los confinamientos que tuvieron lugar para atajarlo. Se dirigía, además de a las familias en situación de pobreza que venían recibiendo la *Bolsa Família*, a trabajadores independientes que no cuentan con un trabajo formal ni ingresos fijos durante la crisis sanitaria, alcanzando a una tercera parte de la población de Brasil, sin discriminación por razón de nacionalidad. Se entregó mensualmente de abril a diciembre de 2020 y tuvo continuación a partir de abril de 2021 por otros siete meses, aunque por una cantidad muy inferior.¹⁵⁴

Bolsa Família es un programa permanente, que implica una transferencia monetaria dirigida a los hogares por debajo del umbral de la pobreza, que se entrega a los hogares condicionada a cumplir requisitos relacionados con la salud y la educación de los hijos. En 2009 llegaba a 12 millones de familias¹⁵⁵.

152 Ribeiro Macedo, L., Struchiner, C.J., & Maciel, E. L. (2021), Contexto de elaboração do Plano de Imunização contra COVID–19 no Brasil, *Ciências Saúde Coletiva*. 26 (07), Jul 2021.

153 Ribeiro Macedo, L., Grillo Pacheco Lyra, D., Comerio, T., & Maciel, E. L. (2022). El desafío de la gestión y el Plan Nacional de Inmunizaciones contra el COVID–19 en Brasil. *Revista De Estudos Brasileños*, 9(19), 57–6

154 Merike Blofield & Nora Lustig & Mart Trasberg, (2021). “Social Protection during the Pandemic: Argentina, Brazil, Colombia, and Mexico,” *Commitment to Equity (CEQ) Working Paper Series 104*, Tulane University, Department of Economics.

155 Berg, J. (2009), “Brasil. Transferencias condicionadas como respuesta a la crisis: el programa Bolsa Família”, *OIT Notas sobre la crisis*.

Con una interrupción de dos años (en que se sustituyó por el programa Auxílio Brasil), continuó en marzo de 2023 y en este nuevo diseño ha aumentado su cobertura hasta alcanzar a casi 21 millones de familias¹⁵⁶.

3.– Inclusión de las personas mayores

El Decreto nº 10.133, de 26 de noviembre de 2019, instituyó el llamado “Programa Viver-Envelhecimento Ativo e Saudável”, que persigue “proporcionar a inclusão digital e social, para possibilitar a participação do idoso em atividades de saúde, tecnologia digital, educação, e a mobilidade física, com a melhoria da sua qualidade de vida”. Según su art. 3, sus objetivos se realizarán a través de los siguientes medios:

- “I – tecnologia digital, com vistas à inclusão digital do idoso por intermédio de cursos que o capacitem para o bom uso dos recursos tecnológicos, como redes sociais, informática básica e smartphones, dentre outros;
- I-I educação, com vistas à inclusão do idoso, por intermédio da realização de cursos de alfabetização e de outros cursos e palestras que otimizem a sua convivência familiar e comunitária, com temas como educação financeira e orientações acerca dos direitos do idoso, dentre outros a serem desenvolvidos conforme a demanda e peculiaridade de cada localidade;
- III- saúde, por intermédio da realização de palestras e de outras ações, com vistas à promoção da saúde do idoso e à prevenção de enfermidades; e
- IV- mobilidade física, por intermédio do estímulo da prática de atividade física pelo idoso”.

4.– Salud mental

En abril de 2023 dio comienzo el curso “Derechos Humanos y salud mental – Curso permanente Damíão Ximenes Lopes”. Se trata de un programa “abierto al público con enfoque en los profesionales de salud, especialmente aquellos que trabajan en el área de salud mental, y está disponible en la plataforma de la Escuela Virtual de Gobierno¹⁵⁷”. El curso consta de 4 módulos:

- (i) Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: “aborda los conceptos de derechos humanos y su perspectiva histórica, y promueve el reconocimiento de las dimensiones de los derechos humanos, que abarcan los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por último, se presentan el Sistema de Derechos Humanos de la ONU y los Sistemas Regionales de Humanos, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos;
- (ii) Salud y Derechos Humanos: “trabaja los tres campos de interacción entre derechos humanos y salud. Luego, son tratados los derechos a la salud y, en particular, el derecho a la salud mental. Por último, se fomenta la comprensión de la forma en que los derechos humanos se aplican a las personas bajo cuidados de salud”;
- (iii) Derechos humanos aplicados a las personas bajo cuidados en salud: comprende “las consecuencias de la tortura, trato inhumano y degradante en el contexto de la salud mental, y las principales disposiciones de la Convención sobre los derechos de las personas con

¹⁵⁶ VII Informe anual de la relatoría especial sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (REDESCA) de la comisión interamericana de derechos humanos (CIDH), 2023, página 48: “Según fuentes oficiales, con la implementación del nuevo diseño del programa Bolsa Familia, se reporta que aproximadamente 3 millones de personas han salido del umbral de la pobreza en el período de enero a septiembre de 2023”.

¹⁵⁷ <https://www.escolavirtual.gov.br/curso/881>.

discapacidad en lo que respecta a la salud mental”, así como “los llamados Quality Rights”.

- (iv) Jurisprudencia internacional sobre derechos humanos y salud mental: abarca los “principales informes, casos y decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionados con el tema de ‘salud mental’, incluyendo el caso de Damião Ximenes Lopes”.

En atención a todo ello, la Corte IDH, en una resolución de supervisión de cumplimiento, “concluye que Brasil ha dado cumplimiento total a la medida de reparación ordenada en el punto resolutivo octavo de la Sentencia [Caso Ximenes Lopes], relativa a la capacitación del personal vinculado con la atención de personas con discapacidades intelectuales sobre los derechos y principios que deben regir su trato, conforme a los estándares internacionales en la materia”¹⁵⁸.

158 Caso Ximenes Lopes, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 25 de septiembre de 2023, párrafo 8.

CAPÍTULO CUARTO-CHILE.

1.- Programa de Vacunación COVID-19

El Ministerio de Salud aprobó el 24 de diciembre de 2020 un documento sobre “los lineamientos técnicos y operativos para la vacunación SARS-COV-2”¹⁵⁹, en los que se define la población objetivo con un enfoque de derechos humanos, priorizando los grupos poblacionales más necesitados.

“Población Objetivo

Se necesitan vacunas seguras y eficaces para todos, la cantidad de dosis disponibles será limitada inicialmente y aumentará con el tiempo, es por esto que se vacunará de forma progresiva a los distintos grupos:

1. Población crítica: Personas cuyas funciones los exponen a riesgo aumentado de infección por SARS-CoV-2, y/o que desarrollen funciones consideradas críticas para la mantención de los servicios sanitarios y actividades esenciales para el país.
2. Población sana (entre 18 y 59 años): La mayoría de los estudios clínicos se han centrado en personas sanas en este rango etario. Vacunarlos permitiría indirectamente proteger a las personas más vulnerables, por edad o condición de salud (estrategia capullo).
3. Población de riesgo: Personas con un riesgo aumentado de tener morbilidad grave, secuelas o muerte debido a la infección por coronavirus, ya sea por edad o condiciones subyacentes”.

Posteriormente, el 10 de febrero de 2021 adoptó un complemento de aquella¹⁶⁰, en el que, invocando expresamente el reconocimiento constitucional del derecho a la vida y a la protección de la salud (Considerando 10), hizo la siguiente precisión en el apartado 2 de la parte resolutive:

“Respecto a lo señalado en el apartado III “Campaña de vacunación 2021”, Sección ‘Objetivos específicos’, numeral 3, debe precisarse que la población ‘que vive en Chile’¹⁶¹ es aquella que tiene la nacionalidad chilena, permanencia definitiva, visa de residente, visa de estudiante o visa sujeta a contrato ...”.

Este enfoque, al separarse de un principio de vacunación universal y acoger un criterio de discriminación, suscitó la preocupación de la REDESCA, que expresó en su informe anual del año 2021, recordando que “la Resolución 1/2021 CIDH establece que los Estados deben asegurar la distribución a las vacunas, y su acceso equitativo y universal”

2.- Discriminación en los precios por las Isapres y reembolso de los excedentes de cotización.

Una sentencia de la Corte Suprema de noviembre de 2022 obligó a las entidades de salud privadas – Isapres – a reembolsar cantidades significativas a sus afiliados debido a discriminación en sus tarifas, especialmente hacia mujeres en edad fértil, personas mayores, personas con enfermedades crónicas y catastróficas. Las Isapres fijaban sus precios teniendo en cuenta actores de riesgo relativos al género y edad hasta que en 2020 se eliminó el sesgo de género y edad para los nuevos afiliados. La Corte Suprema dictaminó que la nueva tabla debe aplicarse a todos los cotizantes, lo que lleva a la revaluación de precios y reembolsos de cargos excesivos. En mayo de 2024 el legislativo chileno ha aprobado una ley, conocida como ley corta de Isapres, que prevé los plazos en que esos reembolsos tendrán que hacerse efectivos.

159 Ministerio de Salud, Resolución Exenta 1138/2020, de 24 de diciembre.

160 Ministerio de Salud, Resolución Exenta 136/2021, de 10 de febrero.

161 El numeral 3 dice: “3. Vacunar a la población definida como grupo objetivo que vive en Chile con vacuna contra SARS-CoV-2”.

3.- Seguridad social y erradicación de la pobreza

El mecanismo temporal de transferencia de dinero para compensar las pérdidas por la crisis sanitaria se denominó Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), que se ha mantenido desde mayo 2020 a noviembre 2021, si bien que con distintas formulaciones y con distintos nombres. EL IFE originariamente cubría inicialmente al 60% más vulnerable de la población. Luego ha tenido vigencia un IFE ampliado y a partir de junio de 2021 se ha transformado en el llamado IFE Universal, orientado a beneficiar al menos al 90% de los hogares más vulnerables pertenecientes al Registro Social de Hogares.

4.- Inclusión de adultos mayores

En Chile el Fondo Nacional del Adulto Mayor tiene como objetivo favorecer la autonomía, autogestión, integración social e independencia de las personas mayores. De igual forma, buscar entregar servicios de calidad para la atención de personas en situación de dependencia y/o vulnerabilidad que contribuyan a satisfacer sus necesidades básicas y que mejoren su calidad de vida.

Este programa financia proyectos a través de tres líneas de acción: i) línea de la autogestión, la cual financia proyectos ideados, elaborados y desarrollados por organizaciones de adultos mayores, a través de un concurso. Su objetivo es generar y desarrollar capacidades de autogestión, autonomía e independencia de los adultos mayores participantes; ii) línea de ejecutores intermedios, la cual fomenta iniciativas presentadas por instituciones, públicas o privadas, que desarrollen acciones en favor de la autonomía funcional de los adultos mayores con algún grado de dependencia, y que por ello requieren del cuidado de terceros para llevar a cabo sus actividades diarias; y iii) línea de convenios institucionales que financia iniciativas desarrolladas por instituciones que trabajan con adultos mayores en situación de vulnerabilidad y que entregan servicios y apoyo complementario en el marco de la protección social.

5.- Salud mental

La Ley n. 21.331 de “Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de la Salud Mental”, promulgada el 11 de mayo de 2021, tiene como objetivo reconocer y proteger los derechos fundamentales de las personas con enfermedad mental o discapacidad mental o intelectual. También es destacable el programa “Saludable-Mente”, que consiste en un plan integral de bienestar y salud mental asociado a la pandemia del COVID-19.

6.- Migrantes y derechos sociales

Ley de Migración y Extranjería, Ley n° 21.325/2021, sustituye a la Ley de Extranjería de 1975 y establece los deberes y obligaciones de los migrantes que llegan a Chile. En cuanto a los derechos sociales, la nueva ley consagra el derecho a la salud de los migrantes en las mismas condiciones que los nacionales; los mismos derechos laborales que los chilenos; el acceso a la educación preescolar, básica y media en las mismas condiciones que los nacionales; y relación a la educación superior, los extranjeros pueden acceder a las instituciones de educación superior en las mismas condiciones que los nacionales; acceso a la seguridad social en las mismas condiciones que los nacionales, salvo en el caso de las prestaciones de la seguridad social financiadas íntegramente con recursos fiscales que impliquen transferencias monetarias directas, para las que se exige una estancia mínima de 24 meses; y los mismos derechos de vivienda para los extranjeros con residencia definitiva.

CAPÍTULO QUINTO-COLOMBIA.

1.- Programa de Vacunación COVID-19

El Decreto 109, de 29 de enero de 2021, por el cual se adopta el Plan Nacional de Vacunación contra el COVID-19, parte de un enfoque de derechos humanos, recordando expresamente que la Corte Constitucional en la Sentencia C-350 de 2017 sostuvo que en el ámbito de la salud pública, y más específicamente en el de la vacunación, importa el “derecho a la igualdad sustancial, relativa a la igualdad en los resultados” y por ello estas medidas deben ser “valoradas, no a la luz de los estándares del derecho a la igualdad formal o ante el derecho positivo sino a la luz de los estándares del derecho a la igualdad material”. Lo dice en los siguientes términos:

“Que sobre la aplicación del derecho a la igualdad en el ámbito de la salud pública, y más específicamente en el de vacunación, la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad de la Ley 1626 de 2013, por medio de la cual se garantiza la vacunación gratuita y obligatoria a la población colombiana objeto de la misma, se adoptan medidas integrales para la prevención del cáncer cérvico uterino y se dictan otras disposiciones, en la Sentencia C-350 de 2017 sostuvo que “dado que los cuestionamientos recaen sobre una de las facetas del derecho a la igualdad sustancial, relativa a la igualdad en los resultados, y específicamente en el acceso de bienes sociales y en la satisfacción de las necesidades básicas, la medida legislativa debe ser valorada, no a la luz de los estándares del derecho a la igualdad formal o ante el derecho positivo, ni tampoco a la luz de los estándares de la faceta prestacional e individual del derecho a la salud, sino a la luz de los estándares del derecho a la igualdad material”.

En consecuencia, el artículo 5 del Plan señala que se articula en torno a los principios de equidad, justicia social y distributiva, transparencia, progresividad, Acceso y accesibilidad e igualdad. Y en el artículo 7 establece una priorización en el proceso de vacunación con enfoque de derechos humanos.

“7.1. PRIMERA FASE: La primera fase que está integrada por las tres (3) primeras etapas, busca reducir la morbilidad grave, la mortalidad específica por COVID-19:

7.1.1. Etapa 1: En esta etapa se vacunará, de forma progresiva, al personal cuya actividad principal está involucrada con la atención de pacientes que tienen diagnóstico confirmado de COVID 19 y en consecuencia, se encuentran en una exposición permanente, intensa y directa al virus; y a los habitantes del territorio nacional que tienen el mayor riesgo de presentar un cuadro grave y de morir por COVID-19. [...]

7.1.2. Etapa 2: En esta etapa se vacunará de forma progresiva a los habitantes del territorio nacional que tienen un riesgo alto de presentar un cuadro grave y de morir por COVID-19 y al talento humano que desarrolla su actividad principal en los prestadores de servicios de salud de cualquier nivel de complejidad y en los establecimientos de sanidad de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que, por el desarrollo de las mismas, tienen una exposición alta al virus [...]

7.1.3. Etapa 3: En esta etapa se vacunará, de forma progresiva a los habitantes del territorio nacional que tienen un riesgo moderado de presentar un cuadro grave y de morir por COVID -19 o un riesgo moderado de exposición al virus; a los cuidadores de población de especial protección; a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional [...]

Sin embargo, el artículo 6 dispone que “la población objeto del Plan Nacional de Vacunación son los habitantes del territorio nacional incluidos los extranjeros acreditados en misiones diplomáticas o con-

sulares”, lo que supone excluir a los extranjeros en situación de irregularidad, lo que ha llevado a la REDESCA a expresar su preocupación y que ese enfoque no sería conforme a la Resolución CIDH 1/2021¹⁶².

2.– Protección social como respuesta a la pandemia COVID-19

Blofield y otros ponen de relieve que la tasa de trabajadores formales en Colombia es muy baja, no alcanza el 40%. Respecto de ellos, se adoptaron una serie de medidas, como seguros de desempleo y subsidios a los salarios¹⁶³.

Dado el alto porcentaje de trabajo informal, interesa de un modo particular la protección social no contributiva. Antes de la pandemia consistía en varios programas de transferencias monetarias, concretamente Familias en Acción, Jóvenes en Acción y Colombia Mayor. Un estudio de FLACSO¹⁶⁴ expone que la reacción a la pandemia por parte de las autoridades colombianas en los siguientes términos:

“y en el campo social: (i) giro adicional para los beneficiarios de los programas Familias en Acción, Adulto Mayor y Jóvenes en Acción; (ii) aceleración de la devolución del IVA a un millón de hogares; y (iii) implementación de un giro solidario para los hogares que no fueron beneficiarios en las dos primeras estrategias (ANIF, 21 de abril de 2020)”.

Este último mecanismo, que pretendía alcanzar a los hogares no cubiertos por los otros tres programas, se denominó Ingreso Solidario y se prolongó hasta junio de 2021. Blofield y otros¹⁶⁵ destacan que, a diferencia de las experiencias similares de Brasil y Argentina que comprendían a todos los que cumplían unos requisitos de vulnerabilidad, este mecanismo tenía un número de destinatarios preestablecido en tres millones de personas, lo que dejaba muchas familias desprotegidas, aparte de que su cuantía era también muy inferior a la de aquellas otras experiencias, en torno al 65% de la línea nacional de pobreza.

3.– Piso de Protección Social

El Gobierno de Colombia creó (artículo 193 del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 “Pacto por Colombia – Pacto por la Equidad”) y reglamentó (Decreto 1174 del 27 de agosto de 2020) el mecanismo de seguridad social denominado “Piso de Protección Social”, con el fin de dar protección a los trabajadores que devengan menos de un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (SMLMV) debido a que trabajan tiempo parcial, de modo que no cotizan al Sistema de Seguridad Social Integral. Este mecanismo era obligatorio para quienes trabajaban por cuenta ajena y voluntario para el trabajo independiente e informal.

Este mecanismo protege a través de cuatro componentes así: 1. Protección en salud con acceso a salud subsidiada. 2. Protección para la vejez con ingreso económico en la vejez, a través del Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos – (BEPs) 3. Protección al trabajador con un Seguro Inclusivo, que lo protege ante contingencias de su oficio u actividad. 4. Acceso al subsidio familiar y a los servicios de las Cajas de Compensación Familiar para los trabajadores dependientes.

La Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 193 del Plan Nacional de Desarrollo en la

162 Cfr. V Informe anual REDESCA, 2021, párrafo 494, “la REDESCA llama la atención sobre las declaraciones oficiales que inicialmente excluyeron a las personas en situación de movilidad humana provenientes de Venezuela del plan de vacunación, y de forma específica, a quienes no contaban con documentación migratoria”

163 Merike Blofield & Nora Lustig & Mart Trasberg, (2021), páginas 2 y 7.

164 . FLACSO (2021), *La pandemia por COVID 19: el derecho a la salud en tensión. Un estudio cualitativo exploratorio en Chile, Colombia, Costa Rica y México*, página 88.

165 Merike Blofield & Nora Lustig & Mart Trasberg, (2021), op. cit, páginas 7 y 8: “Unlike the other two countries, the government pre-set the number of eligible recipients, at three million households. [...] The IS covered only the equivalent of about 20 percent of the informal workforce in the country, leaving a considerable social protection gap”

Sentencia C–276 de 2021, si bien que deferida hasta el 20 de junio de 2023. Lo justificó en los siguientes motivos:

“106. Definida la aptitud del cargo, la Corte procedió a analizar si el Legislador vulneró el principio de unidad de materia (art. 158 superior), con la expedición de la disposición demandada, norma contenida en una ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo. Para resolver dicho problema jurídico, reiteró la jurisprudencia constitucional en el sentido de precisar cuándo resultan constitucionales las medidas con carácter permanente y estructurales o transversales. En este sentido reiteró que la ley que aprueba el Plan Nacional de Desarrollo sólo debe contener disposiciones que tengan un carácter instrumental, esto es que tengan una relación de medio a fin para impulsar el cumplimiento del Plan, con las metas previstas en la parte general del mismo y, a su vez, estén dirigidas a materializar un fin de planeación.

107. Tras dar aplicación a dicha regla, en el caso señaló que la norma demandada debía declararse inexecutable por haber desconocido el principio de unidad de materia (art. 158 superior). En particular, expuso que si bien era posible establecer una relación con el pacto estructural de equidad y sus objetivos, metas y estrategias, tal relación no era directa e inmediata. Con mayor razón, en cuanto el Piso de Protección Social, allí incorporado, es una disposición del sistema de seguridad social de índole transversal que debería ser regulada mediante un procedimiento legislativo ordinario previsto en la Constitución, de tal manera que se garantizara el principio democrático. Igualmente, señaló la Sala Plena que la norma demandada no corresponde a la función de planificación, que no busca impulsar el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y no constituye una autorización de recursos o apropiaciones para la ejecución de este.

108. La inexecutable se declara con efectos diferidos a dos legislaturas completas, contadas a partir del 20 de julio de 2021. Por lo que, los efectos de la decisión de inexecutable se difieren a partir del 20 de junio de 2023. La medida de diferimiento se adopta al tener en cuenta la necesidad de no afectar los derechos de ciudadanos que ya se hubiesen vinculado al mecanismo del Piso de Protección Social.”

4.– Inclusión de las personas mayores

La Política Nacional de Envejecimiento Humano y Vejez de 2015–2024 persigue “propiciar que las personas adultas mayores de hoy y del futuro alcancen una vejez autónoma, digna e integrada, dentro del marco de la promoción, realización y restitución de los derechos humanos con base en la incidencia activa, a nivel intersectorial y territorial, público y privado, sobre las condiciones de desarrollo social, político, económico y cultural de los individuos, las familias y la sociedad”. Y más específicamente “[p]romover un envejecimiento activo, satisfactorio y saludable orientado a la autonomía, integración, seguridad y participación efectiva de las y los colombianos, a lo largo de sus trayectorias vitales, que facilite la construcción de vidas dignas, humanizadas y con sentido”.

Está formado por los siguientes cuatro ejes: 1) Promoción y garantía de los derechos humanos, 2) Protección Social Integral, 3) Envejecimiento Activo y 4) Formación del Talento Humano. El primero de estos ejes se centra en fortalecer la participación social de las personas mayores y en sus organizaciones, a cuyo fin se elaboró la Metodología Integrada de Participación Social de y para el Adulto mayor (MIPSAM), que es el referente de la política y los planes de acción en los departamentos, distritos y municipios del país y que consta de varias áreas temáticas: familia, salud, educación, ambiente, utilización del tiempo libre, deporte, actividad física, generación de ingresos y participación.

En la línea con el eje de envejecimiento activo se encuentra el Programa Nacional Nuevo Comienzo, que tiene como objetivo la construcción de relaciones en la búsqueda de condiciones y escenarios que no solo amplíen el acceso a actividades, sino que creen ambientes enriquecidos para la vida de las

personas mayores y las comunidades a que pertenecen, a través de procesos de transformación de las condiciones de vida desde la recreación.

5.– Movilidad humana y DESCA

La REDESCA, en su V informe anual (2021), destacó las medidas del Estado colombiano hacía la población migrante venezolana, entre ella la adopción y puesta en práctica del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, que habilita el acceso a servicios educativos y de salud, así como facilita el ingreso al mercado laboral. Y en su informe anual VII (2023) resalta especialmente las medidas de regularización emprendidas por el Estado colombiano en relación a las personas migrantes venezolanas en Colombia, como el Permiso por Protección Temporal (PPT) en el marco del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes, así como la afiliación de más de 1.201.818 personas al sistema de salud.

6.– Opinión Consultiva 32, sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos

El 9 de enero de 2023 Chile y Colombia presentaron a la Corte IDH una solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos (Opinión Consultiva 32). Esta solicitud persigue que se identifiquen las responsabilidades estatales tanto a nivel individual como colectivo en el marco del derecho internacional de los derechos humanos con respecto a la emergencia climática. Y al hacerlo que se tenga presente los distintos efectos de la emergencia climática en los grupos poblacionales, advirtiendo la vulnerabilidad de grupos específicos respecto de los impactos ambientales y climáticos.

CAPÍTULO SEXTO—COSTA RICA.

1.— Medidas de reacción frente a la pandemia relacionadas con derechos sociales

La OIT destaca tres tipos en las medidas implementadas en la pandemia que afectaron a las personas trabajadoras en Costa Rica¹⁶⁶ (OIT, 2020):

- a.— La protección en el lugar de trabajo. La respuesta se ha concentrado en el teletrabajo, y la ampliación del acceso a la salud para colectivos de difícil cobertura.
- b.— El fomento de la actividad económica y de la demanda de mano de obra. En cuanto a los gastos, se congelaron los aumentos salariales del sector público, ahorro que fue destinado al Plan PROTEGER. En materia tributaria se aprobó la Ley de Alivio Fiscal, que plantea una moratoria en el pago de impuestos a personas y empresas por 3 meses, entre ellos el IVA, el Impuesto a las Utilidades y Nacionalización de Mercancías. En materia de política monetaria, el Banco Central redujo la cuota de las operaciones crediticias actuales y potenciales para aliviar el efecto del coronavirus sobre el flujo de caja de los hogares y las empresas. En materia financiera se abarató el crédito para mejorar las condiciones de financiación en el contexto de crisis.
- c.— El apoyo al empleo y al mantenimiento de los ingresos. Costa Rica creó el Bono Proteger, originariamente como una transferencia por 3 meses y orientada a mitigar el efecto de la pérdida de ingresos de los asalariados que habían quedado desempleados o que vieron reducida su jornada, así como de las personas trabajadoras independientes e informales. El Bono consistió en una transferencia mensual de 214 dólares para quienes hayan visto reducida su jornada laboral en más de un 50%, y de 107 dólares para quienes hayan sufrido una reducción de un 50% o menos¹⁶⁷.

2.— Inclusión de personas mayores

La Política Nacional de Envejecimiento y Vejez de 2011–2021 de Costa Rica contiene una línea estratégica V sobre la salud integral, en la que destaca la garantía del acceso universal de la población adulta mayor al Sistema de Seguridad Social en Salud y a la prestación integral de los servicios de salud, así como el fomento de los estilos de vida saludables.

Por otro lado, se refiere en su línea estratégica III a la participación social e integración intergeneracional de las personas mayores. La misma establece que “[l]as personas mayores realizan actividades de distinta índole en su propio beneficio y el de la comunidad, a través de su participación en organizaciones compuestas exclusivamente por adultos mayores u organizaciones intergeneracionales y, en general, provocan cambios positivos en sus condiciones de vida y en su empoderamiento como grupo social. Se pretende fortalecer los espacios y mecanismos de participación social de las personas adultas mayores y vincular a los otros miembros de la sociedad en un reconocimiento del papel protagónico que han tenido los primeros ante el Estado(...)”

3.— Movilidad y DESCA

En relación con la situación migratoria en personas que provienen de Nicaragua, la REDESCA destaca

¹⁶⁶ OIT, 2020, COVID-19 y el Mundo del Trabajo: Punto de partida, respuesta y desafíos en Costa Rica. Organización Internacional del Trabajo. ¹⁶⁷ Martínez Franzoni. J. y Sánchez-Ancochea, D (2023), “La pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y las narrativas de la política social en Costa Rica: historia de una (breve) oportunidad”, Revista de la CEPAL N° 139, abril de 2023

¹⁶⁷ Martínez Franzoni. J. y Sánchez-Ancochea, D (2023), “La pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y las narrativas de la política social en Costa Rica: historia de una (breve) oportunidad”, Revista de la CEPAL N° 139, abril de 2023

que la Caja Costarricense de Seguro Social y ACNUR firmaron un acuerdo en febrero 2021 para ampliar el número de personas nicaragüenses refugiadas en Costa Rica, que podrán contar con seguro médico. El seguro pasará de beneficiar a 6.000 personas de Nicaragua a 10.000 y tendrá una vigencia de nueve meses¹⁶⁸.

Al respecto, la CIDH, en el estudio “Pobreza, Cambio Climático y DESCA en Centro América y México, en el contexto de la Movilidad Humana”, destaca la situación particular que afecta a Costa Rica y que reclama algún tipo de cooperación internacional para hacer efectivos los derechos humanos de los migrantes¹⁶⁹.

168 REDESCA, V Informe anual, 2021, párrafo 607.

169 CIDH (2023), párrafos 29 y 30, que dicen:

“29. Respecto a las personas en contextos de movilidad humana, la REDESCA observa que Costa Rica cada vez enfrenta mayores presiones por los flujos de migrantes y personas refugiadas, tanto en tránsito como destino. Al respecto, la OIM ha señalado que, en el caso de Centroamérica, el país es uno de los principales destinos de los movimientos migratorios intrarregionales y el Estado ha señalado que de hecho durante el último quinquenio fue la cuarta nación del mundo que recibió más solicitudes de refugio per cápita. De hecho, en el marco de la visita, autoridades indicaron a la REDESCA que habría un número tan grande de personas nicaragüenses en el país que las instituciones ven superadas sus capacidades en algunos casos. Frente a ello, las autoridades han señalado que su situación económica y estrechez fiscal, junto al flujo migratorio masivo, limitan considerablemente su capacidad de acción, con lo que se pone en riesgo la cobertura adecuada de las personas que buscan refugio.

CAPÍTULO SÉPTIMO–ECUADOR.

1.– Programa de vacunación COVID–19, en especial la priorización de alcanzar a los pueblos indígenas con respeto para su cultura propia

La primera versión del plan de vacunación para prevenir la COVID–19 en Ecuador se culminó el 29 de diciembre de 2020, que destaca por priorizar la vacunación de las personas con mayor riesgo de contagio, entre ellos los pueblos indígenas, teniendo además en cuenta que la vacunación debe ser respetuosa de su cultura propia. Por ello, el informe anual V de la REDESCA (2021) resalta que “el proceso desarrollado en la Zona Intangible Tagaeri Taromenane, ubicada en la provincia de Orellana, donde se realizó un pilotaje técnico, además de una serie de seguimientos farmacológicos a las personas que se vacunarían de forma voluntaria e informada. Con estas acciones el Ministerio de Salud Ecuatoriano garantizó la preservación del patrimonio cultural vivo de la zona intangible, que son los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Dichas medidas toman especial relevancia, ya que estarían en línea con lo establecido por la CIDH, en cuanto los Estados deben priorizar a inoculación de las personas con mayor riesgo de contagio, entre los que se incluyen pueblos indígenas que experimentan limitaciones geográficas”¹⁷⁰

Además, el presidente Guillermo Lasso lanzó el día de su toma de posesión (24 abril 2021) el Plan de Vacunación 9/100, cuyo objeto era vacunar en el plazo de 100 días a 9 millones de personas, incluyendo a miembros de los diversos pueblos del país, lo que fue posible gracias a una labor específica de socialización e información implementada por el Ministerio de Salud Pública, incluido el uso eficaz de las redes sociales¹⁷¹.

2.– Protección social no contributiva y erradicación de la pobreza

El artículo 340 de la Constitución prevé la existencia de un “sistema nacional de inclusión y equidad social”, que constaría de un “conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo”.

El Decreto Ejecutivo 804, de 20 de junio de 2019, crea el Programa de Transferencias Monetarias del Sistema de Protección Social Integral, que es un régimen no contributivo integrado por bonos y pensiones orientadas a cubrir las vulnerabilidades relacionadas con la situación económica, de edad, de discapacidad y enfermedades catastróficas, y de riesgo de los núcleos familiares en condición de extrema pobreza, pobreza y/o vulnerabilidad.

Entre los principales programas del Sistema de Protección Social Integral están, según los datos actualizados que constan en un documento del Ministerio de Inclusión Económica y Social del 4 de septiembre de 2023¹⁷², los siguientes:

- Bono de Desarrollo Humano (núcleos familiares en situación de pobreza o extrema pobreza).
- Bono de Desarrollo Humano con Componente Variable (núcleos familiares en situación de pobreza o extrema pobreza con hijos menores de 18 años).
- Bono 1000 Días (mujeres en gestación y niños y niñas hasta los dos años de vida, que pertenezcan a un núcleo familiar en situación de pobreza y pobreza extrema).

170 REDESCA, Informe anual V, 2021, párrafo 701.

171 Lozano Recalde, C. (2022), “Plan de Vacunación 9/100 del Gobierno de Ecuador: Un análisis comparativo del uso de redes sociales”, *Dixit* 36(2), julio-diciembre 2022, páginas 126 a 141

172 Informe Técnico de Respuesta al Memorando Nro. MDG–CGJ–DPJ–2023–0317–M, 04 de septiembre de 2023

- Pensión Mis Mejores Años (persona igual o mayor de 65 años en situación de pobreza o extrema pobreza)
- Pensión para Adultos Mayores (persona igual o mayor de 65 años)
- Bono Joaquín Gallegos Lara (Personas con discapacidad grave, muy grave y completa con gran dependencia, personas con enfermedades catastróficas raras o huérfanas, niños, niñas y adolescentes menores de 18 años viviendo con VIH SIDA en situación de pobreza, extrema pobreza y/o vulnerabilidad)
- Pensión Toda Una Vida (menores de 65 años, con discapacidad superior al 40% y en situación de pobreza o extrema pobreza)
- Pensión para Personas con Discapacidad (menores de 65 años con discapacidad superior al 40%)
- Cobertura de contingencias (personas o núcleos familiares que presentan una calamidad que ponga en riesgo su sustento familiar, su vivienda actual o el normal desenvolvimiento de la vida familiar)

Como pone de relieve ese mismo documento de septiembre de 2023, estos programas dan cumplimiento al Objetivo 5 del Plan Nacional de Desarrollo 2021–2025 denominado “Plan de Creación de Oportunidades”, orientado a contribuir a la erradicación de la pobreza.

3.– Inclusión de personas mayores

La Agenda Nacional para la Igualdad Intergeneracional 2021–2025 (ANII 2021–2025) resalta que “la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores ‘determina la creación del Sistema Nacional Especializado de Protección Integral de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, cuya rectoría pertenece a la autoridad nacional de inclusión económica y social’ (artículo 61). Este sistema protegerá de manera integral los derechos de las personas adultas mayores ‘(...) mediante el diseño, formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de normas, políticas, mecanismos y servicios públicos y privados, en todas las instancias y en todos los niveles de gobierno, de forma articulada y coordinada’ (LOPAM, 2019, art. 55)”.

Por otro lado, las llamadas “[n]ormas técnicas para la implementación y prestación de servicios de atención y cuidado para personas adultas mayores”¹⁷³ se orientan a fomentar la autonomía e independencia de las personas mayores. Su apartado 5 se estructura en varias secciones (5.1.–Atención integral a la persona adulta mayor; 5.2.–Familia, comunidad, redes sociales e interinstitucionales; 5.3. Proceso socio – educativo; 5.4. Salud, nutrición y alimentación; 5.5 Talento humano; 5.6 Ambientes seguros y protectores; 5.7. Gestión administrativa). Su sección 5.3 alude al “Proceso Socio-Educativo”, que consiste en un conjunto de actividades, interacciones e intercambios que se producen en el proceso de enseñanza–aprendizaje, en la vida cotidiana y/o espacios concebidos para ello. En el contexto socio-educativo, la capacitación dirigida a las personas mayores se programa desde su dimensión humana y considera el fomento de habilidades que necesitan para desarrollar su vida cotidiana. Las personas mayores al apropiarse de los contenidos promueven el desarrollo efectivo de sus actividades básicas e instrumentales en su vida diaria ampliando sus habilidades, destrezas, hábitos, actitudes y valores que contribuyen a mantener su independencia y autonomía.

4.– Movilidad humana y DESCA

En Ecuador. La OIT elaboró en 2022 un estudio titulado “Barreras para el acceso al Sistema de Protec-

¹⁷³ Ministerio de Inclusión Económica y Social, Acuerdo Ministerial 94 del 7 de mayo de 2019.

ción Social que enfrenta la población migrante y refugiada en Ecuador”. Destaca que en Ecuador los mecanismos no contributivos de protección social están previstos solo para los nacionales y al mismo tiempo que la salud es un derecho universal garantizado por el Estado, según la Constitución de la República del Ecuador (artículos 3, 9, 43 y 362) y la Ley Orgánica de Movilidad Humana (artículo 52), por lo que corresponde gratuitamente y en pie de igualdad a los extranjeros. Lo dice en los siguientes términos:

“La Constitución de la República del Ecuador (artículos 3, 9, 43 y 362) y la Ley Orgánica de Movilidad Humana (artículo 52) establecen que las personas extranjeras tienen derecho al acceso gratuito en todos los niveles de atención de salud, incluyendo procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación. La asistencia médica es prestada mediante un marco integrado de salud pública a la población en general y, en particular, a quienes no cuentan con protección de alguna de las instituciones del régimen de seguridad social contributivo. El Ministerio de Salud Pública es el principal prestador de servicio en el país a través de sus centros ambulatorios y hospitales públicos.

En esta línea, el Ministerio de Salud Pública (MSP) diseñó un plan de respuesta para atender el incremento de demanda de servicios, por parte de la población en situación de movilidad humana en el Ecuador, a través del Sistema Nacional de Salud, el mismo que exige la presentación de documentos para recibir atención médica y señala que la atención integral de salud debe ser brindada sin discriminación, prohibición de reportar a personas con estatus no regular o devolución para refugiados, confidencialidad de la información y registro de la nacionalidad de los usuarios. De esta forma, el agendamiento de citas médicas puede hacerse con o sin presentar un documento de identidad. En cuanto a la respuesta a la pandemia por COVID-19, el Plan de Vacunación 9/100 del Gobierno ecuatoriano incluye a población en movilidad humana sin importar su estatus migratorio”¹⁷⁴.

A pesar de ello, destaca la existencia de importantes barreras de acceso: “el principal factor limitante reportado por estudios revisados, así como en las entrevistas realizadas, ha sido la falta de citas o citas muy lejanas en el tiempo [...] Esta falta de atención se explica por las limitaciones de recursos humanos, financieros, insumos médicos y medicinas que tiene el sistema de salud ecuatoriano, y que se vio particularmente afectado con la pandemia COVID-19. [...] Otra razón para los bajos niveles de atención en servicios de salud y protección social está vinculada con la falta de conocimiento de los derechos, servicios y centros de atención por parte de las personas que los requieren. Si bien el derecho a la salud es de acceso universal en el Ecuador, la falta de conocimiento de los derechos y de la cartera de servicios, por parte de las personas en situación de movilidad humana, es una de las dificultades encontradas”¹⁷⁵.

Por su lado, las barreras para acceder al derecho al trabajo y al sistema de protección social no contributivo son más intensas, incluso de carácter legal, como ya se indicó al principio de este apartado.

En este contexto cobra sentido que REDESCA celebre “los esfuerzos de las autoridades ecuatorianas para el entendimiento celebrado entre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Ecuador y la Organización Internacional del Trabajo [...] con el objetivo de intensificar el derecho al trabajo decente de las personas refugiadas, migrantes y otras de interés en las comunidades de acogida, mediante el diálogo social y político para eliminar las barreras legales, técnicas, administrativas y otras que dificultaban el acceso a medios de vida sostenibles”¹⁷⁶.

174 OIT (2022), Eguiguren, M. y Etzon K., “Barreras para el acceso al Sistema de Protección Social que enfrenta la población migrante y refugiada en Ecuador”, páginas 20 y 21.

175 Op cit, página 42.

176 REDESCA (2022), Informe Anual V, 2021, párrafo 737.

CAPÍTULO OCTAVO—MÉXICO

1.— Programa de vacunación COVID-19

El programa de vacunación contra el COVID-19 se articuló conforme a un principio de universalidad, con el fin de garantizar el acceso equitativo y sin discriminación a la vacunación, contemplando un trato específico para grupos vulnerables, personas con discapacidad y poblaciones de difícil acceso. La REDESCA lo reconoce en su V Informe anual:

“1121... la Relatoría Especial tiene presente que el Estado informó que se realizó la distribución de vacunas contra el COVID-19 a las entidades federativas con la instrucción de vacunar a cualquier persona, sin importar sexo, religión y género para garantizar el acceso equitativo y sin discriminación a la vacunación, conforme a la disponibilidad de abasto de vacunas y etapas descritas. Para el caso de poblaciones vulnerables y de difícil acceso, así como personas con discapacidad, se integraron brigadas móviles especiales para acudir a los sitios necesarios y brindar vacunación a toda la población, de acuerdo con la priorización ideada por el Grupo Técnico Asesor en Vacunación (GTAV-COVID).

1122. Por su parte, el Estado también informó que, en relación a los criterios de priorización, se tuvo en consideración las recomendaciones internacionales y las del GTAV. En ese sentido el factor de riesgo para hospitalización y muerte a causa de la COVID-19 es la edad, se consideró como el primer eje de priorización. Y considerando que las comorbilidades se relacionan también con la edad, se reiteró la importancia de vacunar primero a los grupos poblacionales mayores de 50 años”.

La REDESCA también destaca que el programa de vacunación se adecuó a las exigencias de transparencia que exige el derecho a la salud. Expuso en su V Informe anual que:

“1124 [...] la REDESCA tiene presente los esfuerzos realizados por el Estado para facilitar la información sobre las vacunas y el acceso a estas. En ese sentido, el Estado resaltó que dentro de las conferencias de prensa matutinas realizadas en el Palacio Nacional en Ciudad de México se ha informado a la población sobre el estatus de la propagación del virus, así como todo lo relativo a las vacunas, incluyendo su estrategia de aplicación. A esto se suman los esfuerzos realizados por parte del Estado para transparentar los procesos de vacunas, como también la priorización de grupos, las etapas de vacunación y adicionalmente el avance de vacunación en el país.

1126. Por su parte, respecto a los esfuerzos que el Estado ha realizado para prevenir actos de corrupción en el proceso de inmunización, la Relatoría Especial tiene presente que en el marco de la ejecución de la “Estrategia Operativa de la Política Nacional de Vacunación contra el virus SARS-COV2 para la prevención de la COVID-19 en México” (Operativo Correcaminos) se establecen los criterios y describen los componentes de la estructura orgánica y plan operativo de la estrategia federal de las brigadas especiales. Bajo este marco, las distintas dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán actuar en el ámbito de sus atribuciones; a fin de prevenir posibles casos de corrupción, influencia indebida o abusos de poder en el acceso y distribución de las vacunas”.

2.- Seguridad social no contributiva y protección social frente al COVID-19

La seguridad social no contributiva en México comprende medidas en materia de salud, pensiones de retiro y guarderías, aparte de programas de transferencia monetaria destinados a personas en situación de pobreza o vulnerabilidad¹⁷⁷.

En 2003 se reformó la Ley General de Salud para crear el Sistema de Protección Social en Salud (SPSS), más conocido como Seguro Popular, que se orienta a proveer un seguro de salud¹⁷⁸ a las personas no afiliadas a la seguridad social contributiva. En 2018, el 44,63% de la población total contaba con Seguro Popular. Otros mecanismos no contributivos, orientados a la población informal, son el Programa Seguro Médico Siglo XXI (cubre a menores de 5 años de edad y alcanza al 4,03% de la población total) y el programa IMSS-Prospera (provee servicios de salud de los niveles primero y segundo a la población residente en localidades de marginación alta y muy alta; en 2018 alcanzó al 9,08% de la población total).

El programa federal Pensión para Adultos Mayores (PAM) se encamina a “mejorar el bienestar económico y social de las personas de 65 años o más que no reciben ingreso mensual superior a 1.092 pesos mexicanos por concepto de jubilación o pensión de tipo contributivo”¹⁷⁹. A partir de 2019, el PAM se amplió a todas las personas adultas mayores de 68 años o de 65 años en caso de la población indígena.

Entre los programas orientados a las personas en situación de pobreza, destacaba hasta 2018 el conocido como *Prospera*, que consiste en transferencias dirigidas a hogares con ingreso per capita inferior a la Línea de Pobreza por Ingresos y condicionadas al “cumplimiento efectivo de los derechos sociales que potencien las capacidades de las personas en situación de pobreza, a través de acciones que amplíen sus capacidades en alimentación, salud, educación y mejoren su acceso a otras dimensiones del bienestar”¹⁸⁰. El Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 trajo cambios en la estructura programática de desarrollo social en el ámbito federal. Ahora resaltan, entre otros, el Programa de Apoyo para el Bienestar de las Niñas y Niños, Hijos de Madres Trabajadoras, la Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores y la Pensión para el Bienestar de las Personas con Discapacidad Permanente¹⁸¹.

Frente la pandemia por COVID-19, el Gobierno Federal centró su reacción en exigir el cumplimiento sin excepción de la normativa laboral. A pesar que el trabajo informal excede el 60 %, no estableció mecanismos de transferencias monetarias que compensaran los ingresos perdidos con motivo de la crisis sanitaria. Solo las entidades federativas establecieron algunas transferencias monetarias con esta finalidad. Blofield y otros lo exponen en los siguientes términos:

“[...] the Mexican government’s strategy was to emphasize the enforcement of workers’ rights as embedded in the Labor Code. The government did not allow for layoffs, suspensions, or work reductions in response to the crisis. Thus, firms had to resort to the regular administrative channels to get authorization for any individual layoffs with legal and financial consequences if they engaged in unauthorized layoffs. Firms were required to pay the entirety of salaries during the health emergency. It is unclear how many formal workers were in fact protected by these measures since firms that could not afford to keep all employees on board might have had to shut down. In response to the health emergency, in March 2020, the Mexican Health Ministry granted permission for employees in groups at-risk—such as those over 65 years and pregnant

177 Correa, A. y otros (2021), El sistema de protección social y laboral en México. Contribución paradójica a la lucha contra la desigualdad, UNDP, Working Paper Series, 23, página 12 y siguientes.

178 Op. cit., página 13, “Las personas afiliadas al Seguro Popular pueden recibir atención de los niveles primero y segundo, así como por enfermedades contempladas en el Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES), que contempla 294 intervenciones y 66 enfermedades catastróficas, estas últimas proporcionadas únicamente previa autorización del Comité Técnico del Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos (Comisión Nacional de Protección en Salud, 2018)”.

179 CONEVAL. (2018a). Ficha de Monitoreo 2017-2018. Pensión para adultos mayores. En 2018 entregó apoyos económicos mensuales de 580 pesos—equivalente al 21,9% del salario mínimo— al 4,26% de la población total.

180 CONEVAL (2018b). Ficha de Monitoreo 2017-2018. PROSPERA Programa de Inclusión Social

181 CONEVAL (2023), Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2022, páginas 124 y ss.

women—to stay at home but retain their salary. In May, the government established loans of 25,000 pesos (US\$1,134) for one million individuals with small and medium-size enterprises in the formal and informal sector. There were practically no federal-level measures to mitigate the income shock for informal workers. There were neither increases in the amount of cash transfers or coverage for recipients in existing non-contributory cash transfer programs nor new social assistance programs to informal workers affected by the crisis. The only additional benefit came in the form of advancing the pension payments for the elderly and the disabled several times during 2020 (although the transfer amount was not increased), and the government slightly expanded the coverage of a cash transfer program for farmers. In the face of federal inaction, a number of Mexican states introduced social protection programs of their own. Most Mexican states provided some kind of food assistance to their populations, others created emergency cash transfer programs for informal sector workers and small and medium-sized enterprises, temporary employment programs, and subsidies covering basic utilities and internet service in poor neighborhoods”¹⁸².

3.– Estabilidad salarial como salvaguarda constitutiva de un derecho fundamental

El artículo 14, segundo párrafo, de la ley que rige las controversias constitucionales¹⁸³ establece que no podrá otorgarse la suspensión en los casos en que se impugnen normas generales, pero la SCJN ha considerado que esa regla se exceptúa cuando en una acción de inconstitucionalidad o en una controversia constitucional se impugnan normas generales que pueden vulnerar de manera irreparable los derechos humanos de un determinado colectivo.

BANXICO promovió una controversia constitucional frente al Presidente del Gobierno en la que impugnó que se aplicase a la determinación de las remuneraciones de sus trabajadores el nuevo régimen retributivo establecido por una serie de preceptos de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sentencia de 16 de febrero de 2022¹⁸⁴ resolvió que era procedente la suspensión solicitada de los preceptos impugnados porque implicaban la vulneración irreparable de la estabilidad salarial de las personas trabajadoras de BANXICO, con lo que vino a elevar la estabilidad salarial a rango de derecho fundamental.

4.– Inclusión de personas mayores

En México hay una Ley de los derechos de las personas adultas mayores, que se promulgó inicialmente en 2002 y cuya última reforma es de 2016. Con un enfoque de derechos humanos, proclama como principios en el artículo 4 los de Autonomía y autorrealización; Participación; Equidad; Corresponsabilidad; y Atención preferente, principios que se traducen en un listado de derechos recogidos ampliamente en su artículo 5.

En materia de participación e integración en la sociedad del adulto mayor, el Programa Institucional del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (INAPAM) 2021–2024 prevé como Estrategia prioritaria 1.4.— “Promover la participación de las personas mayores, especialistas y personas interesadas en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a este sector poblacional.”, que se realizará por medio de varias acciones específicas: “1.4.1. Incorporar las propuestas ciudadanas con relación a las personas mayores derivadas del Consejo Ciudadano; 1.4.2. Generar espacios de participación de las personas mayores para la difusión, análisis, elaboración de propuestas para el ejercicio de sus derechos; y 1.4.3. Promover acciones que posibiliten la relación y

182 Merike Blofield & Nora Lustig & Mart Trasberg, (2021), op. cit., páginas 8 y 9.

183 Ley reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

184 Recurso de reclamación 145/2021–CA, derivado del incidente de suspensión de la controversia constitucional 77/2021

cooperación intergeneracional, con el fin de propiciar la participación activa de las personas mayores en actividades que fortalezcan la generación de redes solidarias de apoyo”.

CAPÍTULO NOVENO–PARAGUAY.

1.– Programa de vacunación contra el COVID–19

En febrero de 2021 se elaboraron unos Lineamientos técnicos y operativos para la Vacunación contra el COVID–19, en los que se establecieron prioridades con enfoque de derechos humanos, tales como la edad mayor de 60 años, la presencia de comorbilidades, la realización de trabajos asociados a mayor exposición (por ejemplo, trabajadores de la salud)¹⁸⁵, pero también se otorgó un grado importante de prioridad a “grupos sociodemográficos con un riesgo significativamente mayor de enfermedad grave o muerte (indígenas, personas con discapacidad, trabajadores migrantes con enfermedad de base, refugiados)”¹⁸⁶.

Además, tal como destaca la REDESCA, se aprobó “el Decreto Gubernamental n° 5075, que dispuso la reducción del Impuesto al Valor Agregado (IVA) del 5% al 0,5% hasta el 31 de diciembre de 2021 para 79 medicamentos, vacunas y más de 140 insumos, incluyendo reactivos. Esta disposición reduciría la base imponible en un 90% y facilitaría la importación de medicamentos y vacunas”¹⁸⁷.

2– Avances en la institucionalidad que asegure una protección social con enfoque de derechos humanos

El Decreto Nro. 376, del 5 de octubre de 2018, reorganiza el Gabinete Social del Poder Ejecutivo y en sus considerandos hace referencia a la instalación de un Sistema de Protección Social¹⁸⁸. Afirma:

“Que la República del Paraguay como país suscriptor de los «Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)» se encuentra inmerso en el compromiso que conlleva la «Agenda 2030».

Que en ejecución de tales objetivos y, en lo que respecta a los mismos, nuestro país se encuentra en un proceso de definición, instalación y posterior implementación de un Sistema de Protección Social (SPS), mediante la realización de actividades llevadas a cabo de forma coordinada por las instituciones del Estado relacionadas con el área social.

Que el Sistema de Protección Social consiste en articular, desde la perspectiva de los derechos ciudadanos y a lo largo del ciclo de vida, las estrategias de intervención del conjunto del sector público; y, el mismo abarca tres componentes: i) Asistencia Social, relacionado con las Políticas no contributivas, ii) Inclusión Social, vinculado con las Políticas de Inclusión y de Regulación Laboral y iii) Seguridad Social, vinculada con las Políticas Contributivas”

Este proceso de instalación se ha concluido con el Decreto 4775/2021, de 22 de enero de 2021, por el cual se establece el «Sistema de protección Social del Paraguay “Vamos”», se aprueban el «marco estratégico de objetivos y acciones» y la «priorización de acciones estratégicas para la planificación plurianual 2019–2023», se lo declara de interés nacional y se dispone su implementación¹⁸⁹.

3.– Programas de protección social no contributiva

Entre los Programas de protección social no contributiva, destacan programa de pensión alimentaria para las personas adultas mayores y el programa Tekoporã, así como el Subsidio Pytyvõ como meca-

185 Lineamientos técnicos y operativos para la Vacunación contra el COVID–19, páginas 19 y siguientes. .

186 Op. cit, página 22

187 V Informe Anual (2021), párrafo 1305.

188 Pereira Fukuoka, M. (2021), *Los derechos humanos económicos, sociales y culturales y su relación con la política de protección social*, Codehupy, páginas 35 y ss.

189 Zavattiero, C., *La economía política de la protección social en Paraguay*, OIT Cono Sur – Informes Técnicos / 34 – 2022, páginas 23 y ss.

nismo temporal para afrontar la pandemia por COVID-2019.¹⁹⁰

El programa de pensión alimentaria para las personas adultas mayores se creó por la Ley Nro. 3728/09 en favor de quienes estaban en situación de pobreza. Se modificó el año 2020 por la Ley Nro. 6381/20, ampliando el universo de personas con derecho a la pensión a aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social y fortaleciendo su carácter de derecho (las personas paraguayas que cumplan sesenta y cinco años serán inscritos de manera automática una vez que el Ministerio de Hacienda, en un plazo no mayor de treinta días, verifique el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley)¹⁹¹.

Tekoporã es el principal programa de transferencia monetaria para garantizar mínimos esenciales a las familias en situación de extrema pobreza, pobreza y vulnerabilidad. EL Decreto Nro. 1928/2009 lo declaró prioritario para el Gobierno Nacional. En el contexto de este programa se han desarrollado el mecanismo de participación en políticas públicas llamado Mesas de Participación Ciudadana, erigidas en los municipios por representantes de distintos sectores sociales, autoridades municipales y funcionarios/as del gobierno nacional¹⁹².

El Subsidio Pytyvõ consistió en transferencias monetarias a personas del sector informal que recibieron los impactos de la pandemia.

4.– Salud mental

El 7 noviembre de 2022, se promulgó la ley N° 7.018, de salud mental, con un enfoque psicosocial y de derechos humanos. Su artículo 1 dispone que:

“La presente Ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas; una atención humanizada centrará en la persona y su contexto psicosocial; que no aisle al usuario de su medio; y el pleno goce de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y legislación nacional, de aquellas personas con trastorno mental, que se encuentran en el territorio nacional.

El Estado protegerá y promoverá la salud mental, como un derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad, la salud mental será reconocida como un derecho humano reconocido y garantizado en todo el territorio de la República del Paraguay.–

La presente Ley estará sujeta a la garantía y protección de los Derechos Humanos fundamentales que se encuentran consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales ratificados por la República, así como las reglamentaciones que en consecuencia se dicten”.

5.–Inclusión de personas mayores.

La Acordada No.1024/15 de la Corte Suprema de Justicia formula la política de acceso a la justicia para las personas mayores y personas con discapacidad, en cumplimiento con las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de 2008.

190 Pereira Fukuoka, M., op. cit., páginas 42 y ss.

191 Según Zavattiero, op. cit., página 17: “la asistencia monetaria mensual equivalente al 25 por ciento del salario mínimo vigente. En 2020 alcanzó a 219.780 personas de 65 años y más, lo que representa al 41,4 por ciento del total de personas de 65 años y más. Permite contener 1,3 puntos porcentuales de la pobreza”.

192 Según Zavattiero, op. cit., página 17: cubrió a “164.309 familias participantes en 2020, que equivale aproximadamente a 600.000 personas en todo el país. Representa menos de 1 por ciento del PIB e impacta en casi el 10 por ciento de los ingresos de los hogares rurales del decil más pobre. Permite contener 0,6 puntos porcentuales de la pobreza”.

CAPÍTULO DÉCIMO–PERÚ

1.– Programa de vacunación COVID–19

El Plan Nacional de Vacunación contra el COVID–19¹⁹³ establece una priorización de grupos poblacionales con enfoque de derechos humanos. Solo detrás de las personas que trabajan en salud y en otros servicios esenciales, gozan de preferencia las personas mayores de 60 años, aquellas con comorbilidad y la población de comunidades nativas o indígenas. Sin embargo, la REDESCA “expresa su preocupación por que, en un primer momento, la vacunación de pueblos indígenas y originarios se habría caracterizado por la falta de información y de coordinación, lo que llevó a muchos pueblos indígenas a no querer vacunarse por los posibles efectos adversos”¹⁹⁴.

2.– Inclusión de personas mayores

La atención a los derechos humanos de las personas mayores en situación de vulnerabilidad se instrumenta a través del Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65¹⁹⁵. El Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, que es el encargado de administrarlo, describe el programa en los siguientes términos:

“El Programa Pensión 65 es una intervención del Estado ante la necesidad de brindar protección social a las personas adultas mayores de 65 años a más que viven en situación de pobreza extrema, entregándoles una subvención económica de 250 soles cada dos meses por persona. Con este beneficio se busca contribuir a la seguridad económica de los usuarios, además de promover el acceso a servicios de salud de calidad, el incremento de redes de apoyo social, la generación de espacios de revalorización de la PAM y a dinamizar pequeños mercados y ferias locales, mediante la articulación intersectorial e intergubernamental, lo que les permita incrementar su bienestar.

En sus inicios, el Programa fue implementando estrategias orientadas al alivio temporal de la pobreza y reducción de la vulnerabilidad; a través de la entrega de subvenciones económicas que contribuyen a mejorar las condiciones básicas de subsistencia y vida más digna; promoviendo acciones de articulación con otros sectores gubernamentales, gobiernos regionales y locales, para mejorar el bienestar de sus usuarios.

En la actualidad, el Programa Pensión 65 ejecuta diversas actividades en colaboración con otros sectores y actores locales para promover un Envejecimiento con Dignidad, estas acciones comprenden mecanismos, estrategias e instrumentos, que fortalecen la articulación intersectorial e intergubernamental para la entrega servicios complementarios a la entrega de la subvención monetaria que impactan sensiblemente en la calidad de vida de la población usuaria del Programa [...]

el Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65 ha formulado el Plan para un Envejecimiento con Dignidad, el cual describe las actividades y estrategias de acción propuestas para los años 2020 y 2021 en 4 ejes de intervención: a) Seguridad Económica; b) Envejecimiento Saludable, c) Envejecimiento Participativo; y d) Envejecimiento Productivo”¹⁹⁶.

Además, el artículo 10 de la Ley 30.490 encarga al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la creación de centros integrales de atención al adulto mayor para la participación e integración social,

193 Resolución del Ministerio de Salud de 16 de octubre de 2020

194 REDESCA, V Informe Anual, 2021.

195 Creado el 19 de octubre de 2011, mediante Decreto Supremo N° 081–2011–PCM.

196 Programa Nacional de Asistencia Solidaria – Pensión 65, Memoria Anual 2023, páginas 8 y 9. En 2023 632.612 personas mayores recibieron la transferencia monetaria bimensual de 250 soles (página 12).

económica y cultural de las personas mayores; y en el marco del eje “envejecimiento productivo” funciona el programa “Intervención Saberes Productivos” como espacio de participación que contribuye a la construcción de redes de apoyo social. Consiste en reuniones intergeneracionales en las que las personas mayores comparten sus conocimientos tradicionales con niñas, niños y adolescentes, lo cual contribuye a la transmisión generacional de la cultura.

3.– Protección social no contributiva, en general y por referencia al COVID-19

Tres de cada cuatro personas trabajadoras lo hacen en el contexto del empleo informal, por lo que no están cubiertas por mecanismos de protección social contributiva. Los principales programas de protección social no contributivos son (a) Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65; (b) Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres “Juntos”; y (c) el Programa Cuna Más. El primero fue descrito más arriba. El segundo y el tercero consisten en lo siguiente:

“Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres “Juntos” (D.S. 032 – 2005-PCM) es el programa de transferencias condicionadas del Perú. Está orientado a familias en situación de pobreza (según el SISFOH) con miembros gestantes o niños y adolescentes de hasta 14 años de edad. El monto que otorga es de 100 soles (27 USD) mensuales. Las madres asumen el compromiso de: (i) que los menores de 5 años se atiendan en los establecimientos de salud, (ii) que los niños entre 6 y 14 años asistan a los centros educativos y (iii) que las madres gestantes acudan a controles de salud. En los últimos cinco años se ve una tendencia decreciente tanto en el número de beneficiarios como en la inversión del programa. El programa pasó de atender 1,8 millones de hogares a 1,6 millones en un periodo en el que el número de hogares ha crecido a un ritmo importante, por encima del 2% anual y la pobreza se mantuvo casi constante (pasó del 22,7% en 2014 al 20,2% en 2019). El financiamiento total del programa, que ya era bajo (0,2% del PBI), se redujo considerablemente.

El Programa Cuna Más (D.S. 003-2012-MIDIS) es para infantes de 0 a 3 años en situación de pobreza y pobreza extrema (según SISFOH). Se trata de un servicio de cuidado diurno, a través del cual se brinda atención integral. Se otorga atención, experiencia de aprendizaje y se involucra a la comunidad en el proceso. Este programa muestra una tendencia creciente en los últimos cinco años de 0,04% a 0,06% del PBI, pero con niveles que aún son marcadamente bajos en comparación a los de países vecinos (Mateo Díaz y Rodríguez-Chamussy, 2016). El programa llega a poco más de cincuenta mil niños, menos de la octava parte de la población objetivo”¹⁹⁷.

Como reacción a la pandemia, el Gobierno peruano aprobó, mediante decreto de urgencia y con el objeto de disminuir los efectos del aislamiento forzado, la entrega de una serie de bonos a los hogares en situación de pobreza. En 2020 destacan dos entregas (marzo y abril) del Bono “Yo me quedo en casa” (llamado bono “urbano”), una entrega del Bono Rural (abril), dos entregas (mayo y agosto) del Bono Familiar Universal Bono Independiente (marzo). Además, se entregó el Bono Independiente destinado a hogares vulnerables con trabajadores independientes. En 2021 se entregó hogares en situación de pobreza el Bono 600 (enero) y Bono Yanapay (agosto)¹⁹⁸. Además, introdujo adaptaciones en programas sociales alimentarios¹⁹⁹ y no alimentarios²⁰⁰ ya existentes.

197 Ñopo, H. (2021), Políticas de protección social y laboral en el Perú una espiral de buenas intenciones, malos resultados y peores respuestas, UNDP, Working Paper Series, 17, páginas 38 y 39.

198 Sobre la caracterización concreta de estas transferencias monetarias, que variaron en sus cuantías y en su cobertura, UNICEF (2021), Medidas de protección social del gobierno peruano en época de la COVID-19, páginas 37 y siguientes.

199 Op. cit, páginas 56 y siguientes.

200 Op. cit, páginas 70 y siguientes.

4.- Movilidad humana y DESCAs

Palla y otras destacan en estudio de 2022 que el marco normativo garantista de los derechos de los extranjeros no se corresponde con la práctica fundada en la exigencia de requisitos de nacionalidad para el acceso a los derechos. Dicen:

“Con respecto a las personas extranjeras, la Ley de Migraciones (Decreto Legislativo núm. 1350, 2017) reconoce los derechos humanos de las personas migrantes en sus principios (artículo I). Asimismo, la normativa reconoce expresamente el derecho a la salud, al trabajo y a la educación de las personas migrantes en igualdad de condiciones con la población nacional. El Reglamento de la normativa plantea por su lado la necesidad de adoptar normas específicas por parte de los entes rectores para garantizar estos derechos (artículos 7 y 8). Hasta la fecha, estos no han generado normas claras para el acceso de las personas extranjeras a los programas sociales.

Si bien a nivel normativo se reconoce a la población migrante estos derechos, en la práctica el acceso real se vincula con criterios de nacionalidad o de documentación, que constituyen barreras insuperables para su garantía (Vera Espinoza et al., 2021)”²⁰¹.

No obstante, hay medidas puntuales que tratan la movilidad humana con un enfoque de derechos humanos. La REDESCA resalta algunas medidas de regularización como el “Carné de Permiso Temporal de Permanencia” (que facilita el acceso a derechos como trabajo y educación, pero no salud) y la “Calidad Migratoria Especial Residente” (dirigido a grupos de personas en especial vulnerabilidad, que posibilita la regularización migratoria, exoneración de multas, el derecho a acceder al trabajo, educación, apertura de cuentas bancarias y al Sistema Integrado de Salud de Perú)²⁰². Y Blouin y otras exponen en un estudio de 2021 que “las personas migrantes en situación irregular se encuentran en el plan nacional de vacunación” y que es una práctica “la afiliación al SIS subsidiado (solo de manera temporal) para las personas extranjeras con diagnóstico o sospecha de COVID-19”²⁰³.

201 Palla, I. y otras (2022), “Entre (des)protección social y ayuda humanitaria: el control de las y los migrantes durante la COVID-19 en Perú”, *Movilidades y COVID-19 en América Latina: inclusiones y exclusiones en tiempos de “crisis”*, UNAM, páginas 157 y 158.

202 REDESCA, VII Informe anual, 2023, párrafo 601

203 Blouin, C., Palla, I., Zamora, C., Ruiz, Y. (2021), *Inclusión social de personas migrantes y refugiadas durante la pandemia por COVID-19 en Perú*. Documento de Trabajo CAMINAR Nr. 2.

CAPÍTULO UNDÉCIMO–REPÚBLICA DOMINICANA

1.– Enfoque de derechos humanos en los programas de vacunación

El Plan Nacional de Vacunación contra el COVID–19 se diseñó con un enfoque de derechos humanos, lo que se tradujo en su carácter inclusivo y no discriminatorio, así como en la priorización de grupos vulnerables como las personas mayores de 60 años, y dentro ellas aquellas que están afectadas por comorbilidades y residan en asilos de ancianos.

Destaca igualmente que el Senado aprobó en 2023 el Proyecto de la Ley Nacional de Vacunas de la República Dominicana. A partir de recordar en la parte de los Considerandos que la Constitución protege el derecho a la seguridad social y a la salud integral de la persona, establece en el artículo 4 que las vacunas integrantes del Esquema Nacional de Vacunación se aplicarán en forma gratuita y no discriminatoria (de hecho el proyecto de ley se titulaba “Proyecto de ley de garantía y acceso gratuito y universal al sistema de vacunación nacional”²⁰⁴).

Artículo 3. Aplicación de vacunas. El Estado deberá aplicar de manera gratuita las vacunas que forman parte del Esquema Nacional de Vacunación, de forma continua, sin discriminación y en los términos y las condiciones señaladas por el indicado esquema de vacunación, así como aquellas que el MISPAS determine en situaciones extraordinarias, como elemento básico para el pleno ejercicio del derecho a la protección de la salud de las personas.

En fin, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el sentido de la obligatoriedad de las vacunas que pueda derivarse de los 64 y 69 de la Constitución²⁰⁵, que hace jugar, junto los derechos individuales que pueden verse afectados, la implicaciones de salud pública que tienen las pandemias.

2.– Inclusión de la personas mayores

En desarrollo del artículo 57 de la Constitución, que prevé que “[...] el Estado [concurrirá a] la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria”, se prevén una serie de medidas que atienden a las necesidades específicas de las personas mayores, entre las que destacan las siguientes:

1.– El art. 4 de la Ley No. 352–98 sobre Protección de la Persona Envejeciente dispone que las personas mayores con enfermedades físicas o mentales grave tienen derecho a protección especial, de modo que tenga fácil acceso a los servicios de salud. Y el art 10 establece que “todo(a) envejeciente tiene derecho a recibir tratamiento médico y los medicamentos que requiera de la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social (SESPAS) y del Instituto Dominicano de Seguros Sociales (IDSS) en caso de ser asegurado”.

2.– El programa “SeNaSa Cuida de Ti” dirigido a adultos mayores para garantizarles servicios de atención integral en salud, protección social y mejor calidad de vida. Los servicios comprenden atención domiciliaria, promoción de la salud, prevención de enfermedades, equipos de movilidad asistida, suplementos alimenticios e insumos sanitarios, atención médica especializada y de emergencia las 24 horas en toda la red, cobertura de cuidado paliativo, garantía de medicamentos y conformación de grupos de Recreación y Estimulación para Adultos Mayores.

3.– El Plan de Respuesta a las Demencias en la República Dominicana 2020–2025, que abarca la formulación y ejecución de un programa de reducción de estigma, discriminación y exclusión

204 Este proyecto se presentó en la Cámara de Diputados el 23 de diciembre de 2020.

205 Tribunal Constitucional, STC/0441/22, de 12 de diciembre.

social, así como de promoción de los derechos humanos de los adultos mayores con demencia.

4.– En la línea de la recomendación de la CIDH acerca de que las personas mayores no sean objeto de detención migratoria²⁰⁶, el Reglamento de la Ley de Migración de República Dominicana del 15 de agosto de 2014 prevé en el art.134 “[...] La detención nunca será utilizada en los casos de menores de edad, mujeres embarazadas o lactantes, envejecientes y solicitantes de asilo”

3.– Garantías procedimentales efectivas de los derechos sociales: la función de la DIDA

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales comprende también la disponibilidad de garantías procedimentales. Exige a los Estados establecer y regular mecanismos efectivos a través de los cuales se pueda reclamar la realización de los derechos sociales. Una manifestación de estas garantías procedimentales es la misión encargada a la Dirección General de Información y Defensa de los afiliados a la Seguridad Social (DIDA), consistente en que dichos afiliados estén acompañados de asistencia experta en la reclamación de las prestaciones.

Fue creada por la Ley 87–01 (mayo 2001) e impulsada por sucesivas reformas, muy en especial por la Ley 13–20 (febrero 2020), que la define como una entidad pública, descentralizada, dotada de personalidad jurídica, autonomía presupuestaria y operativa, así como aumenta sus recursos y fortalece su misión de asistir y defender a los afiliados por la denegación de prestaciones. Su Plan Estratégico 2021–2024 (abril 2024) describe su función en los siguientes términos:

“Con la entrada de 2.2 millones de personas al Seguro Familiar de Salud (SFS) del Régimen Subsidiado, a diciembre del 2020 la población dominicana afiliada al SDSS alcanzó un 97%. Este incremento en la afiliación aumentará la demanda de servicios de información, orientación y defensoría en todas las oficinas de la DIDA que operan a nivel nacional [...] compromete aún más a la institución en el rol que tiene de promover los derechos y beneficios que ofrece el SDSS a los fines de que la población se empodere de ellos y pueda exigirlos cuando sea necesario o se le niegue la prestación de algún servicio”.

En consecuencia, ese mismo documento establece el desempeño de esa función como Eje Estratégico 1, que a su vez se compone de tres objetivos estratégicos:

“Eje Estratégico 1: Información, Orientación, Educación y Defensoría en Seguridad Social.

Objetivos estratégicos:

1.1–Mejorar el acceso a los servicios de información, defensoría y promoción del SDSS.

1.2–Empoderar a la población dominicana sobre sus derechos y deberes mediante la capacitación en Seguridad Social.

1.3–Fortalecer la defensoría y asesoría legal de los Afiliados al SDSS”.

²⁰⁶ CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y Víctimas de la Trata de Personas, Resolución No 04/2019, 7 de diciembre de 2019, Principio 15: “[...] la detención injustificada de migrantes, la demora en el acceso a derechos procesales, o la incomodidad física moderada pueden en sí mismas constituir tortura o trato o pena cruel, inhumano o degradante cuando se aplican en conjunto o por un período prolongado o indefinido. El umbral de las torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es aún menor en los casos de migrantes en situación de vulnerabilidad y personas que hayan experimentado hechos traumatizantes [...] como [las] personas mayores”

CAPÍTULO DUODÉCIMO–URUGUAY

1.– Cobertura universal en materia de salud

La Constitución de Uruguay, desde el texto de 1934, prevé en el artículo 44 que es obligación del Estado proveer gratuitamente prestaciones de salud a las personas carentes de recursos o con recursos insuficientes. En la actualidad este derecho se disfruta de un modo efectivo en Uruguay, dado que existe una cobertura universal en materia de salud. El informe sobre el derecho a la salud del Mirador DESCA, elaborado en 2021, lo expone en línea con los estándares internacionales de disponibilidad y accesibilidad, en los siguientes términos:

“Los Estados deben contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos y centros de atención de salud. Estos deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación alguna. Poseer cobertura vigente en alguna institución prestadora del sistema de salud es un primer indicador de la disponibilidad y accesibilidad del derecho a la salud de la población. La cobertura de salud en Uruguay es universal, ya que quienes no acceden a la cobertura por su vínculo formal con el mercado de trabajo (o el de un familiar), pueden hacerlo a través del prestador público (ASSE). Más allá de los aspectos formales, la información proveniente de la Encuesta Continua de Hogares (ECH–INE), indica que casi la totalidad de la población (más del 99%) tenía en 2019 acceso a alguna institución que presta un servicio integral de salud. La gran mayoría de la población (94,9%) se encuentra comprendida en las instituciones que forman parte del SNIS y un 3,9% accede a partir de otros prestadores dependientes de la DNSFFAA o la DNSSP”²⁰⁷.

Además, la visión de la salud como condicionada por determinantes sociales está igualmente presente en Uruguay. Por ejemplo, el artículo 47 de la Constitución dispone que “el acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.1) La política nacional de Aguas y Saneamiento estará basada en:[...]d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico”. También está constitucionalmente previsto el derecho de “todo habitante... a gozar de vivienda decorosa”, existiendo un Plan Quinquenal de Vivienda 2020–2024, cuyo objetivo estratégico “es promover el acceso y permanencia en la vivienda de los sectores de ingresos medios, medios – bajos y más vulnerables de la población, a través de diferentes programas que contemplen la heterogeneidad de los hogares destinatarios, en el marco del desarrollo de ciudades accesibles, sostenibles y sustentables, mediante una gestión eficaz y eficiente”²⁰⁸. En fin, el derecho a la alimentación se entiende comprendido como un derecho fundamental a través de la cláusula del artículo 332 constitucional²⁰⁹, existiendo un proyecto en tramitación legislativa para reglamentarlo²¹⁰.

2.– Vacunación inclusiva y movilidad humana

Resalta que, como el resto de aspectos del derecho a la salud, el acceso a las vacunas contra el COVID–19 fue universal. Y además fue equitativo porque se priorizó la vacunación de grupos en condición de vulnerabilidad, además de que se estableció un programa de vacunación para personas migrantes

207 Mirador DESCA, Informe sobre el derecho a la salud, diciembre 2021.

208 Mirador DESCA, Informe sobre el derecho a la vivienda, febrero 2022, página 13.

209 Mirador DESCA, Informe sobre el derecho a la alimentación, febrero 2024: “En 1944 se fortalece la integración de nuevos derechos establecida en el actual artículo 72, con la incorporación del artículo 332, que establece que la ausencia de reglamentación de los derechos fundamentales no exime al Estado de la obligación de garantizarlos. De esta manera, el derecho a la alimentación se incorpora al bloque de constitucionalidad, así como por su conexión con el derecho a la vida y la salud, explícitamente referidos en la Constitución uruguaya”.

210 Desde 2021 hay en la Asamblea General una Comisión especial sobre el derecho a la alimentación.

y solicitantes de refugio que no cuentan con documentación, todo ello en línea con la Resolución CIDH 1/2021 (examinada en la parte primera, capítulo II de este estudio)²¹¹.

3.- Garantías procedimentales de los derechos sociales: el papel de la Institución Nacional de Derechos Humanos

La Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (INDDHH) tiene una función importante para dar efectividad a los procedimientos a través de los que se reclama la realización de los derechos sociales.

Por un lado, en colaboración con la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República (FCS–UDELAR), desarrolla el proyecto llamado MIRADOR DESCA, que entre otras actividades ha elaborado entre diciembre 2021 y febrero de 2024 informes sobre varios derechos sociales (salud, vivienda, seguridad social, educación, trabajo y alimentación), ayudando a difundir los estándares de protección de estos derechos.

Por otro lado, ha intervenido en los procedimientos de reclamación en los que personas individuales reclamaban la realización de ciertos aspectos de sus derechos sociales, sobre todo en relación a la salud y a la vivienda.

En relación a la salud, el informe del Mirador Desca elaborado en diciembre de 2021 pone de relieve que:

“el Departamento de Atención al Usuario del MSP recibe denuncias o reclamos que no hayan sido respondidos en el centro de salud correspondiente o no satisfagan al usuario. La presentación de demandas ante el Poder Judicial por posibles daños inminentes se ha incrementado en estos últimos años. [...] Por esta vía judicial se lograron avances en el acceso a prestaciones. Desde el inicio de sus funciones en 2012 la INDDHH recibe consultas y denuncias sobre el derecho a la salud, en los casos en que un organismo público puede provocar, por acción u omisión, daños directos a los habitantes del país, sean personas, comunidades o grupos. La INDDHH ha logrado a través de buenos oficios llegar a soluciones satisfactorias entre las partes denunciante y organismos públicos, a partir de la constatación de situaciones de vulneración de derechos, sea por dificultades en la aplicación de la normativa, problemas de gestión o dificultades del Estado para cumplir con sus obligaciones (por ejemplo: acceso a la historia clínica, atención de mujeres embarazadas en el contexto de la COVID–19, atención en salud mental, situaciones de discriminación, etcétera)”²¹².

Y también en relación al derecho a la vivienda, como resulta del informe correspondiente del Mirador Desca elaborado en 2022, que alude en su página 14 “a Resoluciones emitidas por la INDDHH ante casos presentados por desalojo en situaciones de personas en condiciones de vulnerabilidad, como, por ejemplo, mujeres migrantes. En 2019, se emitió la Resolución 755/2019, en 2021, la Resolución 977/2021. En ellas, la INDDHH recomienda a la Fiscalía General de la Nación que se elabore e implemente un protocolo de coordinación interinstitucional ante desalojos o lanzamientos, con el objeto de brindar la debida protección a la población migrante ante casos de emergencia, en especial cuando se involucra a personas menores de 18 años, personas con discapacidad, adultos mayores o mujeres jefas de hogar”.

211 Para un análisis más completo del acceso de las personas en situación de movilidad a los derechos sociales, cfr. Prieto, V. y otros (2022), “Inclusión social durante la pandemia por COVID–19 en Uruguay. Límites y buenas prácticas en la implementación de una política migratoria y de refugio con enfoque de derechos”, *Movilidades y COVID–19 en América Latina: inclusiones y exclusiones en tiempos de “crisis”*, UNAM, páginas 37 a 58.

212 Op. cit, página 12.



(34) 91 561 17 47
sec.general@oiss.org
C. de Velázquez, 105, 28006 Madrid

SBN: 978-84-09-48706-6

