

## Después del SIDA

### Introducción

Durante algún tiempo, la judicialización de la entrega de tratamiento médico del VIH / SIDA prometió transformar el mundo. Activistas contra el SIDA, personas que viven con VIH y SIDA (PVVS) y organizaciones no gubernamentales utilizaron entre 1996 y 2005 diversos procesos judiciales para obligar jurídicamente a los Estados a proporcionar medicamentos orientados a salvar vidas. En un millar de juicios de amparo de Brasil y en diversos casos presentados en jurisdicciones nacionales, regionales e internacionales, los tribunales y las legislaturas (muchos de ellos en América Latina) dieron voz a algo antes impensable: la implementación directa de un conjunto de derechos sociales y económicos.

Cómo y por qué esta intervención se produjo es algo que vale la pena considerar, ya que influye en la pregunta de si el derecho a la salud –y los derechos positivos en general– son judicializables. Este artículo examina el peculiar éxito de los promotores de la entrega de tratamiento contra el VIH en sede jurisdiccional, al tiempo que observa que la demanda ante los tribunales por acceso a medicamentos contra el SIDA no ha dado paso a una era de reclamos judicialmente exigibles por agua potable, conservación de la cultura, educación, o un salario digno.

En algunos aspectos, el SIDA era un asunto poco dado al surgimiento de una revolución en materia de derechos. Los primeros años de la pandemia estuvieron marcados por el miedo y el odio hacia las personas VIH-positivas y, en consecuencia, la interacción entre el VIH y el derecho estuvo guiado por esfuerzos para lograr igualdad, desestigmatización y la protección de la privacidad. Las razones de ello son múltiples y encuentran sus raíces en la historia de la pandemia.<sup>1</sup> Inicialmente, el SIDA fue entendido por epidemiólogos y por el público en general como una enfermedad de hombres homosexuales, usuarios de drogas inyectables, prostitutas y sus parejas sexuales; un marco de referencia que es particularmente fuerte en América Latina.<sup>2</sup> Fuera de los círculos de salud pública y, a veces, incluso en el sector de la salud la enfermedad se enfrentó con intensa antipatía; las PVVS tuvieron que enfrentarse a la homofobia y la discriminación más abyecta.

Aunque los científicos identificaron la composición del virus en 1984, no hubo un tratamiento eficaz disponible para las PVVS hasta el año 1996. A fin de contener una enfermedad para la cual no había ni cura ni un tratamiento comprehensivo, la mayoría de los programas de salud pública se orientaron a la prevención, el cuidado, y el tratamiento de las infecciones oportunistas. El descubrimiento de fármacos antirretrovirales altamente eficaces energizaron a los activistas, sobre todo porque los medicamentos se encontraron rápidamente disponibles en los países desarrollados así

---

<sup>1</sup> Noah Novogrodsky, *The Duty of Treatment: Human Rights and the HIV/AIDS Pandemic*, 12 YALE HUM. RTS. & DEV. L. J. 1 (2009).

<sup>2</sup> Véase, e.g., RANDY SHILTS, AND THE BAND PLAYED ON: POLITICS, PEOPLE, AND THE AIDS EPIDEMIC (1987).

como para los individuos ricos de todo el mundo. Como era de esperar, los activistas dedicados a combatir el SIDA exigieron que los estados y las compañías de seguros cubrieran los costos de estos vitales medicamentos. En una serie de casos simbólicos y de cruzadas cuasi-legislativas, tribunales y órganos administrativos –generalmente reacios a resolver demandas en materias de derechos sociales y económicos, así como a imponer a los legisladores la forma en que escasos recursos deban ser asignados– fueron repentinamente enfrentados a la necesidad de pronunciarse jurídicamente sobre las demandas por un acceso igualitario al tratamiento. Dichas demandas provinieron mayoritariamente de la primera generación de personas infectadas: travestis en Brasil, presos en Colombia, trabajadores sexuales y consumidores de drogas intravenosas en diversos estados; es decir, los sectores más marginados dentro de cada sociedad.

Contra todo pronóstico, los defensores del acceso igualitario al tratamiento triunfaron. La Corte Constitucional de Colombia fue el primer tribunal en resolver que el Estado está obligado a proporcionar un tratamiento contra el SIDA independientemente de su costo. En *Pedro Orlando Ubaque v. Director*,<sup>3</sup> la Corte colombiana ordenó la provisión de antirretrovirales para los reclusos que no pudieran pagar su propio programa de salud.<sup>4</sup> Un intenso cabildeo en Colombia llevó a la adición posterior de los antirretrovirales a la lista de medicamentos garantizados por el Estado.<sup>5</sup> La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica llegó a la misma conclusión en dos casos, *Luis Guillermo Murillo Rodríguez et al. v. Caja Costarricense de Seguro Social* y *William García Álvarez v. Caja Costarricense de Seguro Social*,<sup>6</sup> a través de los cuales se le ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social proporcionar antirretrovirales a los demandantes. Asimismo, en *Cruz Bermúdez et al. v. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social* la Corte Suprema de Venezuela determinó que el Ministerio de Salud y Asistencia Social había vulnerado el derecho a la salud de las personas VIH-positivas al no haberles proporcionado medicamentos antirretrovirales. *Cruz Bermúdez* también estableció una serie de medidas específicas requeridas por parte del gobierno y ordenó al Ministerio que solicitara las asignaciones presupuestarias necesarias.<sup>7</sup> El fallo *Cruz Bermúdez* también tuvo profundas implicaciones procesales. “Esta decisión significó que el derecho a la salud, tal como lo entiende la Corte, tiene en Venezuela la aplicación más

---

<sup>3</sup> *Pedro Orlando Ubaque v. Director*, Corte Constitucional de Colombia, Dec. No. T-502/94 (1994) (resolviendo que las condiciones en la celda de ciertos prisioneros VIH positivos violaba su derecho a la salud y a la dignidad debido a sus debilitados sistemas inmunológicos).

<sup>4</sup> Véase Protection Writ, *Judgment of Fabio Moron Diaz, Magistrado Ponente*, Corte Constitucional de Colombia, Dec. No. T-328/98 (1998) (sosteniendo que la denegación por parte del sistema de seguridad social de tratamiento antirretroviral prescrito para el demandante viola su derecho fundamental a la vida), <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-328-98.htm>; véase Alicia Yamin, *Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right under International Law*, 21 B.U. INT’L L.J. 325, 340 (2003).

<sup>5</sup> Decreto No. 1543 (1997) (Colom.); véase también Hans V. Hogerzeil et al., *Is access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts?* 368 LANCET 309 (2006).

<sup>6</sup> *Luis Guillermo Murillo Rodríguez et al. v. Caja Constarricense de Seguro Social*, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6096-97 (1997) (Costa Rica); *William Garcia Alvarez v. Caja Constarricense de Seguro Social*, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 5934-97 (1997) (Costa Rica).

<sup>7</sup> *Cruz Bermudez et al. v. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, Supreme Court of Justice of Venezuela, Case No. 15.789, Decision No. 916 (1999) (Venez.). See also *Mrs. Glenda Lopez et al. v. Instituto Venezolano de Seguros Sociales*, Supreme Court, Expediente No. 15789 (1999) (Venez.).

amplia posible, reconociendo a cada persona con VIH en el país el derecho a acceder a las terapias antirretrovirales”.<sup>8</sup>

En Argentina,<sup>9</sup> Brasil,<sup>10</sup> Chile,<sup>11</sup> Ecuador,<sup>12</sup> México<sup>13</sup> y Perú,<sup>14</sup> los esfuerzos litigiosos tuvieron como resultado sentencias que establecían la necesidad de que el Estado actuara para garantizar efectivamente los derechos reconocidos en la Constitución y las leyes.<sup>15</sup> En palabras de Tara Melish, estas sentencias “por lo general han recibido cumplimiento en los diversos países de América Latina. Varios de los casos principales generaron medidas administrativas o legislativas orientadas a dar contenido al derecho constitucional a la salud y a establecer explícitamente la responsabilidad del Estado de proporcionar los medicamentos necesarios para las personas que viven con VIH / SIDA”.<sup>16</sup> En Brasil, un sinnúmero de procedimientos de amparo para el tratamiento del VIH basados en la garantía constitucional del derecho a la salud proveyeron las condiciones necesarias para la dictación de la Ley N° 9.313, que en la actualidad entrega medicamentos antirretrovirales de forma gratuita mediante el sistema de salud pública para todos los brasileños que viven con el VIH / SIDA.<sup>17</sup>

Como para subrayar el carácter revolucionario de la jurisprudencia en materia de tratamientos, en *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*,<sup>18</sup> el Tribunal Constitucional de Sudáfrica citó el fallo *Brown v. Board of Education* al fundamentar el hecho que los tribunales le instruyeran al aparato administrativo estatal las reformas a ser realizadas. Pronto, el reconocimiento legal de un derecho efectivo a obtener

---

<sup>8</sup> Mary Ann Torres, *The Human Right to Health, National Courts, and Access to HIV/AIDS Treatment: A Case Study from Venezuela*, 3 CHI. J. INT’L L. 105 (2002).

<sup>9</sup> *AV & CM v. Ministerio de Salud de la Nación*, Corte Civil y Comercial Federal No. 7 (Apr. 26, 2002) (Arg.).

<sup>10</sup> Tara J. Melish, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, 39 NYU J. INT’L L. & POL. 171, 281, fn. 305 (2006).

<sup>11</sup> Véase, e.g., Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección No. 2.614-99, 14/6/99 (los recurridos no han entregado medicamentos esenciales, amenazando la vida de los recurrentes en violación a los Artículos 1, inciso 4, y 19 de la Constitución de Chile, y al Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como que el costo de los medicamentos era “inaceptable”). Al resolver como tribunal de segunda instancia, la Corte Suprema revirtió la decisión de la Corte de Apelaciones, argumentando que la entrega de medicamentos es un asunto de las autoridades de salud, no de los tribunales. Véase Rodolfo Figueroa, *Enforcing the Right to Health before the Courts: The case of HIV/AIDS in Chile*, HUM. SERVICES TODAY Spring 2005, Vol. 2, Issue 2; Jorge Contesse & Domingo Lovera Parmo, *Access to Medical Treatment for People Living with HIV/AIDS: Success Without Victory in Chile*, 8 SUR – INTERNATIONAL JOURNAL ON HUMAN RIGHTS 143 (2008).

<sup>12</sup> Véase, e.g., *Edgar Carpio Castro Joffe Mendoza & Ors v. Ministerio de Salud Pública y el Director del Programa de VIH/SIDA*, Amparo 28 (2004) (Ecuador).

<sup>13</sup> Véase, e.g., *Castro v. Instituto Mexicano del Seguro Social*, Decisión de Amparo 2231/97 (Plenario de la Corte Suprema de Justicia, Abril de 2000),

<sup>14</sup> Véase, e.g., *Azanca Alheli Meza Garcia v. el Estado Peruano*, Corte Constitucional, Exp. No. 2945-2003-AA/TC (2003) (Perú).

<sup>15</sup> En Panamá, los activistas desafiaron resoluciones judiciales definitivas, organizando manifestaciones y bloqueando las calles del centro hasta que la Caja de Seguro Social de Panamá anunció que extendería la cobertura bajo su plan de salud para incluir a los antirretrovirales. Véase *Courting Rights: Case Studies in Litigating the Human Rights of People Living with HIV, UNAIDS and the Canadian HIV/AIDS Legal Network*, pg. 57 (2006).

<sup>16</sup> Melish, *supra* nota 10 at 283

<sup>17</sup> Véase Lei No. 9.313, de 13 Novembro de 1996 (Brazil).

<sup>18</sup> *Minister of Health v Treatment Action Campaign*, 2002 (10) BCLR 1033 (CC) (S. Afr.) ¶ 107.

tratamiento se extendió más allá de los tribunales nacionales. Entre 2000 y 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgó medidas cautelares en casos sobre tratamiento de personas VIH-positivas a más de cuatrocientos demandantes en casos provenientes de Bolivia, Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y Perú.<sup>19</sup> En casi todos estos casos, la Comisión solicitó que el Estado proporcionara a los beneficiarios “el diagnóstico médico y el tratamiento indispensable para su supervivencia”.<sup>20</sup> En *Odir Miranda*, por ejemplo, la Comisión especificó que el gobierno de El Salvador debía proporcionarle al litigante los medicamentos antirretrovirales necesarios para evitar su muerte, así como los cuidados hospitalarios, nutricionales y farmacológicos esenciales para prevenir la aparición de infecciones oportunistas.<sup>21</sup> En *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH / SIDA v. Guatemala*,<sup>22</sup> la Comisión citó el artículo 4 de la Convención (el derecho a la vida) al momento de instruir medidas cautelares contra Guatemala en el caso de personas VIH-positivas necesitadas de antirretrovirales y que estaban recibiendo insuficientes medicamentos a través del sistema salud pública de Guatemala.<sup>23</sup>

La sólida fundamentación jurídica de la exigibilidad del tratamiento del VIH / SIDA podría haber producido un cambio de paradigma con respecto a la judiciabilidad de los derechos sociales y económicos. Después de todo, el mayor éxito del tratamiento judicialmente ordenado consiste en haber logrado la entrega inmediata de recursos en un área “donde se acostumbra a hablar de derechos inalienables y a esperar décadas o siglos para verlos reivindicados”.<sup>24</sup> Sin embargo, salvo pocas excepciones, la revolución en la implementación judicial de derechos económicos y sociales se estancó. Si bien la pandemia del VIH / SIDA ha servido de impulso tanto para el interés mundial como para la acción en materias de salud, “los esfuerzos para

---

<sup>19</sup> Desde finales de 2002, la Comisión ha formulado medidas precautorias menos frecuentemente en casos de demanda de antirretrovirales al requerir información adicional, incluyendo conteos de CD4. Véase Tara Melish, *The Inter-American Commission on Human Rights: Defending Social Rights Through Case-Based Petitions*, 7.3 in *SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW* (Cambridge Univ. Press, M. Langford, ed. 2007).

<sup>20</sup> Véase *id.* at .

<sup>21</sup> Véase, e.g., *Jorge Odir Miranda Cortez v. El Salvador* Case 12.249, Inter-Am. C.H.R., Report No. 29/01 ¶ 32 (2001).

<sup>22</sup> *Luis Rolando Cuscul Pivaral and Others Affected by HIV/AIDS v. Guatemala*, Petition 632/05, Report No. 32/05, Inter-Am. Comm. H.R., OEA/Ser.L./V/II.124, doc.5 ¶ 1 (2006).

<sup>23</sup> Una dinámica similar se encuentra en funcionamiento en las observaciones conclusorias de los organismos de las Naciones Unidas encargados de registrar el cumplimiento por parte de los Estados de las convenciones internacionales. Así, el Comité Intérprete del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su revisión del caso hondureño, solicitó al gobierno “tomar medidas efectivas para enfrentar el alto nivel de personas viviendo con VIH/SIDA, y en particular facilitar el acceso a drogas esenciales, y a buscar la cooperación internacional con este fin”. E/C.12/1/Add.57. De manera similar, la Comisión sobre Derechos del Niño, que interpreta las obligaciones emanadas de la Convención sobre los Derechos del Niño recientemente criticó a México por no proveer antirretrovirales a su población. Véase Committee on the Rights of the Child concluding observations: Mexico, “La Comisión recomienda que el Estado parte, tomando en consideración la observación general N° 3 (2003) sobre el VIH/SIDA de esta Comisión, los derechos del niño, y los Criterios Internacionales sobre VIH/SIDA y Derechos Humanos: (e) Asegure el libre acceso a tratamiento antirretroviral”. CRC/C.MESX/CO/3, Junio 8, 2006.

<sup>24</sup> Paul Farmer, *PATHOLOGIES OF POWER: HEALTH, HUMAN RIGHTS AND THE NEW WAR ON THE POOR* 232 (2005). La implementación de derechos económicos, sociales y culturales a menudo se concentra en soluciones no judiciales o dirigidas a un sistema constitucional en particular (por ejemplo, Sudáfrica). Véase también, Kristen Boon, *The Role of Courts in Enforcing Social and Economic Rights*, 39 GEO. WASH. INT’L L. REV. 449, 458 (2007).

combatir el VIH / SIDA hasta la fecha han conseguido más recursos para enfrentar este problema, pero no siempre han tenido un impacto significativo sobre la salud pública en otras materias”.<sup>25</sup> Sin duda, algunos de los logros jurídicos del movimiento en favor de la entrega de tratamiento, principalmente en el ámbito del acceso a los medicamentos, han beneficiado a otras enfermedades susceptibles de intervenciones farmacológicas similares. Pero el éxito de los activistas del SIDA ha tenido un impacto insignificante en otras aplicaciones del derecho a la salud, y aún menor en la promoción o protección de los derechos a la alimentación, el agua, la vivienda o la educación. Estamos frente al ‘excepcionalismo’ del SIDA.

¿Cómo se explica el escaso impacto externo del litigio en materia de tratamiento? Este trabajo ofrece tres explicaciones complementarias. La primera sugiere que el movimiento por el tratamiento se ha vuelto demasiado especializado, convirtiéndose en víctima de su propio éxito. Lo que antes era un movimiento social de amplia base que buscaba empatía, reconocimiento y financiamiento, se ha convertido en una formidable y excesivamente juridificada claqué de expertos centrada en complejas normas de propiedad intelectual. La segunda razón para la incapacidad de trasladar el éxito del tratamiento del VIH a otros ámbitos es la descontextualización del SIDA. La especial atención e institucionalización que ha recibido el tratamiento del SIDA ha hecho que la enfermedad sea enfrentada de manera cada vez más desconectada de su condición de reflejo de la pobreza, el estado de la salud pública, y la subordinación femenina. La tercera explicación se basa en las deficiencias doctrinales de los casos judiciales mismos en materia de tratamiento del SIDA. Aunque correctamente aclamada como un gran avance en el cumplimiento del derecho a la salud, la jurisprudencia en esta área ha demostrado ser tercamente difícil de replicar. En lugar de una expansión coherente de la aplicación de los derechos socio-económicos arraigada en una concepción común de los derechos humanos y la dignidad, estamos asistiendo a una vasta retirada judicial en la materia, interrumpida por casos de progreso ocasionales y desconectados. Para concluir, identifico algunos esfuerzos que los activistas están desplegando para proyectar la jurisprudencia mundial y su legislación correspondiente, y que pueden redimir el legado del tratamiento del SIDA.

### Sobre-especialización

La lucha para proporcionar tratamiento a las personas infectadas se inició mucho antes de que los antirretrovirales pasaran a ser de fácil acceso. En respuesta al oprobio dirigido hacia las personas infectadas por el VIH en las primeras décadas de la enfermedad, los activistas del SIDA en todo el mundo desarrollaron técnicas eficaces de movilización para disipar el estigma asociado con el virus.<sup>26</sup> Grupos activistas norteamericanos y europeos, incluyendo ACT-UP y Gay Men’s Health Crisis rompieron el silencio que rodeaba al SIDA defendiendo en voz alta y de manera

---

<sup>25</sup> Garrett, *The Challenge of Global Health*, *supra* nota \_\_\_ at \_\_ (sosteniendo que en lugar de dirigir tanta atención al SIDA, la comunidad médica mundial debiera enfocarse en la sobrevivencia maternal y en incrementar la expectativa de vida en general).

<sup>26</sup> El foco de la comunidad jurídica en combatir el estigma y la discriminación asociados al SIDA no es exclusivo de este ámbito. Véase, e.g., RISA GOLUBOFF, *THE LOST PROMISE OF CIVIL RIGHTS* (2007) (argumentando que en el período antes y después de *Brown v. Board of Education*, los abogados que luchaban por los derechos civiles se concentraban en el estigma asociado con la segregación educacional en lugar de las privaciones materiales asociadas con el trabajo del proletariado afroamericano).

efectiva las necesidades de las personas infectadas.<sup>27</sup> Teatralizando muertes y apareciendo en público atados y amordazados, los activistas en el mundo desarrollado generaron una profunda fuente de solidaridad para las PVVS.<sup>28</sup> La llegada de los antirretrovirales coincidió con el surgimiento de un movimiento de múltiples facetas – que incluye la masiva Treatment Action Campaign sudafricana, así como a personalidades famosas y activistas guerrilleros– organizado para abogar por la investigación, prevención, atención y tratamiento.<sup>29</sup>

Los logros del movimiento son innegables. Basándose en la labor de Jonathan Mann, el primer Director de la Organización Mundial de Salud contra el SIDA, los activistas VIH / SIDA le han dado estructuras y modalidades definidas, así como niveles sin precedente de atención en términos de los dólares destinados a su financiación, a la respuesta internacional dirigida a una enfermedad anteriormente caracterizada por el estigma y la evasión. Hoy en día la combinación de esfuerzos bilaterales (principalmente el Plan de Emergencia del Presidente de los EE.UU. para el Alivio del SIDA, PEPFAR),<sup>30</sup> multilaterales, y privados filantrópicos (incluida la Fundación William J. Clinton<sup>31</sup> y la Fundación Bill y Melinda Gates<sup>32</sup>) garantizan que a nivel mundial se destina mucho más dinero al SIDA que a cualquier otro problema internacional de salud o desarrollo.<sup>33</sup> Como era de esperar, un número creciente de críticos denuncian el carácter desproporcionado de la parte del gasto sanitario global dirigido al VIH y el SIDA.<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> *Veease* JG Twomey Jr. *AIDS activism*, HASTINGS CENT. REP. 39 (1990). El Presidente de los Estados Unidos no mencionó públicamente la enfermedad sino hasta que la OMS contabilizó más de 38,000 casos en los EE.UU. *Véase Gostin, supra* nota \_\_\_\_, at xxv.

<sup>28</sup> ACT-UP y otros grupos también ofrecen un modelo para el activismo performativo que ha sido apropiado y rearticulado por el Treatment Action Campaign y otros grupos que abogan en la actualidad por derechos económicos, sociales y culturales. *Véase* Lucie White, *African Lawyers Harness Human Rights to Face Down Global Poverty*, 60 ME. L. REV. 165 (2008).

<sup>29</sup> *Véase* Amy Kapczynski, *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property*, 117 YALE L. J. 804, 828 (2008).

<sup>30</sup> *Véase* United States Leadership Against HIV/AIDS, Tuberculosis, and Malaria Act of 2003, 22 U.S.C. §§ 7601-82 (2003). El PEPFAR fue inicialmente financiado para el período 2003-2008 con \$15 billones, de los cuales al menos \$10 billones correspondían a nuevos fondos. El objetivo declarado del PEPFAR para este período era prevenir siete millones de nuevas infecciones de VIH, entregar por primera vez antirretrovirales a dos millones de personas, y extender las acciones de cuidado a diez millones de personas VIH positivas. <http://www.state.gov/documents/organization/67502.pdf>. En julio de 2008, el Congreso autorizó un monto adicional de 41 billones de dólares para el financiamiento del programa durante el período 2009-2013. *Véase* President Bush Signs HR 5501, the Tom Lantos and Henry J. Hyde United States Global Leadership Against HIV/AIDS, Tuberculosis and Malaria Reauthorization Act of 2008 [reporte de prensa]. Washington, DC: Office of the Press Secretary; 30 de Julio, 2008. <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2008/07/20080730-12.html>.

<sup>31</sup> Clinton Foundation Programs: HIV/AIDS Initiative, <http://www.clintonfoundation.org/cf-pgm-hs-ai-home.htm>. Esta Fundación ha sido fundamental en negociar con las compañías farmacéuticas reducciones de precios y oportunidades de compras en grandes cantidades.

<sup>32</sup> La Gates Foundation, la cual declara estar guiada por la idea de que “todas las vidas, sin importar donde se dirijan, tienen igual valor” ha entregado o comprometido casi 8 billones de dólares para iniciativas globales, incluyendo al menos 650 millones para el Global Fund. *Véase* Bill and Melinda Gates Foundation: Global Health, <http://www.gatesfoundation.org/>

<sup>33</sup> Laurie Garrett, *The Challenge of Global Health*, 86 FOREIGN AFFAIRS (2007).

<sup>34</sup> *Véase* David J. Casarett & John D. Lantos, *Have We Treated AIDS Too Well? Rationing and the Future of AIDS Exceptionalism*, 128 *Annals of Internal Medicine* 756-59 (1998); K. Morris, *The Effect of AIDS on International Health* \_\_ THE LANCET August 2008; Roger England, *The Writing Is On The Wall for UNAIDS*, 336 *BMJ* 1072 (2008).

El desarrollo de medicamentos antirretrovirales y la justiciabilidad de las demandas de medicamentos esenciales ha generado una larga lucha judicial para proporcionar medicamentos contra el SIDA a precios asequibles. En concreto, la necesidad urgente de tratamiento ha enfrentado a los defensores del acceso igualitario al tratamiento con los titulares de patentes farmacéuticas. El conflicto entre los pacientes con SIDA y los titulares de patentes estalló en 1999 y 2000, cuando treinta y nueve empresas farmacéuticas multinacionales se involucraron brevemente en esfuerzo por derribar una ley sudafricana que permitía paralelamente la importación y la obtención de licencias, al mismo tiempo que fomentaba la competencia presentada por los medicamentos genéricos.<sup>35</sup> Las protestas de la sociedad civil que siguieron dieron lugar a un amplio movimiento. En 2001, los promotores del tratamiento que trabajaban con los negociadores de los países en desarrollo lograron una enmienda al Acuerdo sobre los ADPIC, el pacto mundial de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>36</sup> sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.<sup>37</sup> La enmienda permite a los Estados miembros “adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición, y promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socio-económico y tecnológico”, incluyendo la emisión de licencias obligatorias como mecanismo contra las prácticas anticompetitivas.<sup>38</sup> La enmienda, promulgada como la Declaración Ministerial de Doha, aclaró que los miembros pueden levantar la protección de patentes en estados de emergencia y reafirmaron el entendimiento de que los Estados miembros no deben verse impedidos por las normas de la OMC de adoptar medidas para proteger la salud pública.<sup>39</sup> En 2003, un segundo Acuerdo de Doha<sup>40</sup> autorizó expresamente la emisión de licencias obligatorias para la importación de medicamentos esenciales para los Estados sin capacidad de fabricación, un paso que se hizo permanente el 2005.<sup>41</sup>

Como condición de ingreso a la OMC, Brasil e India modificaron su legislación de patentes (cada estado contaba con una fuerte industria de medicamentos genéricos) para cumplir oficialmente con el ADPIC, pero incorporando protecciones sustantivas y procedimentales que han afectado el precio de los medicamentos en los países en desarrollo de todo el mundo.<sup>42</sup> Brasil, Colombia y Ecuador, entre otros estados, también ha establecido mecanismos de registro obligatorio para los antirretrovirales; a menudo, bajo la intensa crítica de las compañías farmacéuticas y sus aliados

---

<sup>35</sup> *Pharmaceutical Manufacturers' Association and 41 Others v. President of South Africa and 9 Others*, High Court of South Africa, Transvaal Provincial Division, Case No. 4183/98 (2001).

<sup>36</sup> 149 estados se han suscrito a la OMC. World Trade Organization, Members and Observers (Dic. 11, 2005).

<sup>37</sup> Véase Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C, Abr. 15, 1994, Marakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, World Trade Organization, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 [de aquí en adelante, TRIPS].

<sup>38</sup> *Id.* at Art. 31.

<sup>39</sup> Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/W/2, Nov. 14, 2001 (01-5770) at ¶ 6 y 17. La Declaración de Doha específicamente reconoció que “[C]ada Miembro tiene el derecho a determinar qué constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, entendiéndose que crisis de salubridad pública, incluyendo aquellas relacionadas con VIH/SIDA, tuberculosis, malaria y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional...”.

<sup>40</sup> Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Decision of the General Council of 30 August 2003 WT/L/540 and Corr. 1.

<sup>41</sup> World Trade Org., Members OK Amendment to Make Health Flexibility Permanent, Reporte de Prensa (Dic. 6, 2005), at [http://www.wto.org/English/news\\_e/pres05\\_e/pr426\\_e.htm](http://www.wto.org/English/news_e/pres05_e/pr426_e.htm).

<sup>42</sup> Véase, e.g., The Patents (Amendment) Act, 2005 (India), No. 15 of 2005.

políticos.<sup>43</sup> Los activistas contra el SIDA aprendieron a asesorar a los países pobres en la utilización de las flexibilidades de los ADPIC y se convirtieron en una coherente fuerza abogando por alternativas a los monopolios de patentes. El movimiento rápidamente acuñó el término “acceso a los medicamentos esenciales” para describir su programa. Muchas de las mejores organizaciones en el campo se dedicaron a cuestionar la escala de precios asociada a los productos de la investigación farmacéutica. Médicos Sin Fronteras, por ejemplo, inició una campaña altamente publicitada para medir la evolución de los precios de los medicamentos, abogando por una mayor producción genérica de antirretrovirales, y exponiendo las formas en que el Acuerdo sobre los ADPIC contribuye al abandono de las enfermedades que afligen a los pobres. Knowledge Ecology International ha trabajado con las delegaciones de Barbados y Bolivia para desarrollar un sistema de premios globales para estimular la innovación. Thomas Pogge de Yale, quien se dirigió al SELA en Santiago el año pasado, ha sido el motor intelectual detrás del Fondo de Impacto en Salud, una propuesta alternativa al régimen de registro de patentes mundiales protegidos por el ADPIC. Los esfuerzos combinados de los activistas del SIDA, junto con el suministro constante de medicamentos genéricos, ha reducido drásticamente el coste de los antirretrovirales. El precio de la triterapia fijado por las empresas productoras se redujo en un 95%, y los genéricos se hicieron ampliamente disponibles en muchos países en desarrollo con un descuento del 99%.<sup>44</sup> Medicamentos que costaban entre \$ 10,000 y \$ 15,000 por paciente al año el 2001, ahora cuestan \$ 100 al año en forma genérica.<sup>45</sup>

En aquellos casos en que hay discrepancias significativas de precios entre productos genéricos y patentados, la comunidad activista se ha enfrentado a los eventuales solicitantes de registro de patentes; y sus esfuerzos han hecho que se haya vuelto común la reducción obligatoria de precios para cada nueva generación de medicamentos contra el SIDA. El derecho a tratamiento reconocido en los casos sobre SIDA ha facilitado la creación de licencias obligatorias y voluntarias para los competidores genéricos, acuerdos de compra a granel y anticipada, e importaciones paralelas legalmente sancionadas. En ninguna parte el éxito es más rotundo que en Brasil, que tiene una ley de acceso universal. Pero, como señala el economista del Banco Mundial Varun Gauri, pese a que Brasil ha ampliado el acceso gratuito al tratamiento antirretroviral, muchos antibióticos básicos siguen siendo demasiado caros o inaccesibles para millones de brasileños.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> En Octubre de 2009, el Presidente de Ecuador Rafael Correa firmó el Decreto 118 para mejorar el acceso a medicinas y respaldar programas de salubridad pública mediante un protocolo que reduce los costos de los medicamentos. Pasando por sobre las objeciones del Embajador en Quito de los EE.UU., el protocolo estableció procedimientos para el registro obligatorio de patentes farmacéuticas. El registro obligatorio autoriza a los medicamentos genéricos a competir con medicamentos patentados; esto es, con monopolios legalmente sancionados. La competencia de los genéricos reduce costos y permite a los organismos administrativos a masificar el tratamiento y otros servicios. El protocolo ecuatoriano limita el registro obligatorio a condiciones médicas que son prioritarias para la salud pública, requiriendo cooperación entre todos los organismos públicos a fin de emitir registros caso a caso y pagar regalías a los titulares de patentes.

<sup>44</sup> Fueron compañías farmacéuticas genéricas de la India las que por primera vez mezclaron tres medicamentos distintos en una misma píldora, facilitando el uso de antirretrovirales por parte de las personas viviendo con VIH/SIDA. Véase [www.avert.org/generic.htm](http://www.avert.org/generic.htm).

<sup>45</sup> Véase MEDECINS SANS FRONTIERES, UNTANGLING THE WEB OF PRICE REDUCTIONS 5 (10ª ed., Julio 2007).

<sup>46</sup> Varun Gauri, *Social Rights and Education: Claims to Health Care and Education in Developing Countries*, 32 WORLD DEVELOPMENT 465 (2003).



El problema con esta dinámica es el exceso de atención puesto en los problemas de propiedad intelectual en detrimento de una comprensión más amplia de los derechos humanos y del papel del derecho. Es cierto que las patentes son un instrumento jurídico y que son una forma de propiedad; pero un mayor acceso a los antirretrovirales no es suficiente para proteger la dignidad de las PVVS, y menos aún de los grupos vulnerables en general. A medida que cada nuevo medicamento contra el SIDA llega al mercado, los activistas pro-acceso se enfrentan a los fabricantes, las aseguradoras y los compradores del gobierno para asegurar un suministro ininterrumpido de píldoras seguras y asequibles o gratuitas. No existe un proceso similar para ninguna otra enfermedad. En consecuencia, la prolongada lucha por el acceso al tratamiento antirretroviral representa el triunfo del derecho público y los derechos humanos sobre los intereses de derecho privado, aunque lamentablemente únicamente en la producción de una sola clase de mercancías.<sup>47</sup>

El Acuerdo sobre ADPIC, concurda la mayoría de los comentaristas, está aquí para quedarse; y el frente por el precio de los medicamentos del SIDA ha tenido poco impacto sobre el sistema de patentes de otras enfermedades y la estructura de recompensas previstas por las leyes de propiedad intelectual. Hay escasa evidencia de que las lecciones del tratamiento del SIDA hayan recibido aplicación fuera del contexto del VIH y unas pocas otras enfermedades; y la dura verdad es que más brasileños mueren de hipertensión que de SIDA.<sup>48</sup> Hasta la fecha, los defensores del derecho a la salud simplemente no han pedido a los tribunales que proporcionen soluciones jurisdiccionales similares a las de los antirretrovirales en otros contextos; y tanto los organismos estatales como las compañías de seguros no parecen dispuestos a asumir obligaciones costosas a menos que sean forzados a ello, particularmente durante una recesión global. Así y todo, resulta fácil imaginar en la expansión del fundamento jurídico de los casos sobre tratamiento del SIDA a casos, por ejemplo, sobre nuevas drogas contra la malaria derivadas de la artemisinina o que la replican de forma sintética. Estas drogas son dramáticamente más eficaces que las terapias que les precedieron, y beneficiarían a millones de personas en el mundo en desarrollo.<sup>49</sup> Lo mismo ocurre con las drogas para tratar la enfermedad del sueño, las enfermedades diarreicas y muchos otros males de los países de ingresos bajos y medios; sin embargo, no pareciera existir entusiasmo con ninguna otra enfermedad que el SIDA.<sup>50</sup>

Aún más problemático, el discurso técnico sobre los precios de la industria farmacéutica ha oscurecido otras formas de hablar sobre los derechos involucrados. Asesorar a países en desarrollo sobre el sentido del artículo 6 (b) del Acuerdo sobre los ADPIC o sobre el diseño de un esquema de regalías por una licencia voluntaria

---

<sup>47</sup> Véase Robert Howse & Makau Mutua, Int'l Ctr. for Human Rights & Democratic Dev., *Protecting Human Rights in a Global Economy: Challenges for the World Trade Organization* (2000), disponible en [www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/globalization/wtoRightsGlob.html](http://www.ichrdd.ca/english/commdoc/publications/globalization/wtoRightsGlob.html) (“los derechos humanos ...prevalecerán normalmente sobre [el derecho comercial]. Las leyes y procedimientos de la OMC deben ser interpretados de tal forma que promuevan los derechos humanos, la transparencia, la rendición de cuentas pública y la representividad.”)

<sup>48</sup> El SIDA es una enfermedad tanto del mundo desarrollado como del mundo en vías de desarrollo, que lo cual crea fuertes incentivos para la innovación farmacéutica y el lucro en el norte global.

<sup>49</sup> Véase Donald G McNeil Jr, *A cheaper, easier malaria pill*, International Herald Tribune, March 1, 2007 (describiendo cómo un nuevo medicamento denominado ASAQ ha ingresado al mercado global cuyo costo es de menos de un dólar por día y requiere sólo dos píldoras por día durante tres días).

<sup>50</sup> Véase Gostin, *Basic Survival Needs*, *supra* nota \_\_\_\_ at 4.

carece de la urgencia y el humanitarismo que ha sido un sello distintivo del movimiento internacional de derechos humanos en sus momentos más exitosos. Cuanto más técnica se vuelve la conversación, más se aleja del carácter novedoso y rupturista de la jurisprudencia sobre tratamiento que resolvió que el derecho a la salud es jurídicamente exigible en virtud de normas de derecho positivo. La pérdida es particularmente grave, puesto que las demandas por salud son descritas con frecuencia como derechos de segunda generación; meras aspiraciones, en gran medida irrealizables. Debido a que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) permite la implementación progresiva por parte de los Estados de los derechos socio-económicos y condiciona su aplicación a los recursos disponibles, el derecho a la salud significa cosas diferentes en lugares diferentes. Algunos jueces, sobre todo en los EE.UU., se han negado a considerar presuntas violaciones al PIDESC, argumentando que sus “principios ilimitados e indefinidos” no pueden ser aplicados judicialmente.<sup>51</sup> Un enfoque exclusivo o excesivo sobre los precios farmacéuticos crea el riesgo de reconducir la conversación al ámbito de la asignación de recursos, y de reforzar la opinión –anterior a la revolución en materia de tratamiento– que los tribunales son incapaces de adjudicar derechos económicos, sociales y culturales, ya que carecen de la capacidad institucional para hacer decisiones informadas sobre los métodos de aplicación de tales derechos.<sup>52</sup> En este contexto, es difícil exagerar la importancia de llevar el debate sobre acceso a medicamentos a los principios fundamentales –la justiciabilidad, entre ellos– establecidos por los casos sobre tratamiento.

### Descontextualización

El SIDA ha estado siempre asociado con el prejuicio, la discriminación y la vulnerabilidad. En los 90’, Jonathan Mann reconoció que la lucha contra la enfermedad exigía vincular los derechos humanos con la salud pública, dos áreas que hasta ese entonces se encontraban desconectadas.<sup>53</sup> Allí donde los derechos humanos internacionales son concebidos estrictamente en referencia a los derechos civiles y políticos, las personas pueden disfrutar de su privacidad y de protección contra los abusos de poder por parte de las autoridades estatales pero tienen escaso acceso a bienes afirmativos.<sup>54</sup> “En contraste, la salud pública se ha visto históricamente definida por los esfuerzos del Estado para garantizar las condiciones en las que comunidades enteras pueden ser saludables, pero la disciplina tradicionalmente ha disminuido la importancia de las reclamaciones individuales. Si bien la dicotomía es obvia, uno de los logros más significativos de la Organización Mundial de la Salud fue la reconceptualización de los derechos humanos y la salud pública como valores complementarios, no en competencia”.<sup>55</sup> Esta conceptualización enfatiza la manera en

---

<sup>51</sup> Véase, e.g. *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233 (2º Cir. 2003). Estados Unidos no ha ratificado el PIDESC. En el contexto análogo de la educación, *San Antonio Indep. Sch. Dist. V. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 49 (1973), sostiene que debido a que la educación no es un derecho fundamental a la luz de la Constitución Federal, el presupuesto escolar de Texas school no es inconstitucional.

<sup>52</sup> YASH GHAI, Introduction, *ECONOMIC, SOCIAL & CULTURAL RIGHTS IN PRACTICE: THE ROLE OF JUDGES IN IMPLEMENTING ECONOMIC, SOCIAL & CULTURAL RIGHTS* (2003).

<sup>53</sup> Leonard S. Rubenstein, Foreword, *PUBLIC HEALTH & HUMAN RIGHTS: EVIDENCE-BASED APPROACHES*, eds. Chris Beyrer and H.F. Pizer (2007).

<sup>54</sup> Gerhard Erasmus, *Socio-Economic Rights and Their Implementation: The Impact of Domestic and International Instruments*, 32 INT’L J. LEGAL INFO 243 (2004).

<sup>55</sup> Novogrodsky, \_\_\_; GOSTIN, *supra* nota \_\_\_, at 65.

que la salud pública puede respetar las necesidades de los individuos, promover la confianza entre los funcionarios de la salud pública y la comunidad, crear condiciones para la no discriminación, y apoyar el acceso a la atención de salud y la educación.<sup>56</sup> Como “las fuerzas políticas y económicas han creado estructuralmente el riesgo del SIDA, la tuberculosis, y, de hecho, la mayoría de las otras enfermedades infecciosas y parasitarias”,<sup>57</sup> la demanda por respuestas integrales pronto requirieron mucho más que resultados biomédicos.

Al mismo tiempo, los investigadores del SIDA desarrollaron una comprensión de los factores sociales que incentivan la propagación de la enfermedad. Los expertos concluyeron que la pandemia del VIH / SIDA se incrementa cuando las condiciones económicas obligan a los trabajadores a migrar en busca de empleo, lo cual resulta en formas de fragmentación social que aflojan los lazos familiares y fomentan el abandono de costumbres y tabúes sexuales tradicionales.<sup>58</sup> Bajo la dirección de Mann, la OMS identificó al SIDA como una enfermedad de la pobreza mundial, dado que la gran mayoría de las infecciones se producen en los países en vías de desarrollo. En 1997, Mann señaló que “es evidente que los grupos sociales que antes de la llegada del SIDA ya estaban socialmente marginados o estigmatizados estaban en mayor situación de riesgo de infección por el VIH”.<sup>59</sup> Las conclusiones de Mann se vieron reforzadas en los años siguientes.<sup>60</sup>

Por supuesto, el VIH presenta desafíos únicos. Otras enfermedades atacan o bien a los jóvenes o bien a los ancianos, mientras que el VIH / SIDA es un asesino igualitario; asimismo, ha disminuido la mano de obra calificada, como maestros, médicos, enfermeros, dueños de pequeños negocios, y otros miembros de la élite urbana, directivos y profesionales. En países muy afectados por el SIDA la esperanza de vida al nacer ha disminuido hasta en 15 años, y ha socavado décadas de progreso.<sup>61</sup> El SIDA también es único debido a la notable eficacia de los fármacos antirretrovirales.<sup>62</sup> Muchos observadores describen el efecto ‘Lázaro’ de los antirretrovirales, que han reducido drásticamente las tasas de morbilidad y mortalidad

---

<sup>56</sup> *Id.* at 43.

<sup>57</sup> Farmer, *PATHOLOGIES OF POWER* at 30.

<sup>58</sup> EPSTEIN, *THE INVISIBLE CURE*, *supra* nota \_\_\_\_\_. Véase también Nanu Poku and Fantu Cheru, *The Politics of Poverty and Debt in Africa's AIDS crisis*, XV (6) INT'L REL. 3 (2001).

<sup>59</sup> Jonathan Mann, *Afterward to LAWRENCE O. GOSTIN & ZITA LAZZARINI, HUMAN RIGHTS AND PUBLIC HEALTH IN THE AIDS PANDEMIC* (1997). Véase también Peter Piot, Director Ejecutivo de UNSIDA, “Message from Peter Piot on International Women’s Day, March 8, 2003,” available at <http://data.unaids.org> (sosteniendo que la desigualdad entre los sexos y la falta de poder de las mujeres para desafiar estas desigualdades generan la vulnerabilidad de las mujeres al SIDA).

<sup>60</sup> Véase WHO, *Commission on Social Determinants of Health Final Report*, disponible en: [http://www.who.int/social\\_determinants/en/](http://www.who.int/social_determinants/en/).

<sup>61</sup> Alex de Waal, *HIV/AIDS: The Security Issue of a Lifetime*, in *GLOBAL HEALTH CHALLENGES FOR HUMAN SECURITY* 121, 127 (Lincoln Chen, Jennifer Leaning & Vasant Narasimhan eds., 2003).

<sup>62</sup> Véase F.J. Palella et al., *Declining morbidity and mortality among patients with advanced human immunodeficiency virus infection*, 338 NEW ENG. J. MED. 853 (1998). El tratamiento del VIH es en consecuencia distinto biomédicamente y conceptualmente distinto de la intervención en la mayoría de las otras enfermedades. No hay una cura para el SIDA y los científicos no han encontrado todavía una vacuna para protegerse de su infección. A pesar de que los niños no pueden ser vacunados contra el SIDA tal como lo son contra la meningitis, la difteria y la fiebre amarilla, el tratamiento del SIDA es altamente efectivo y puede disminuir las cargas virales a niveles casi indetectables.

de las personas infectadas.<sup>63</sup> En virtud de estos medicamentos, la enfermedad ha pasado de ser una sentencia de muerte a ser una enfermedad crónica manejable.<sup>64</sup>

El conjunto de la jurisprudencia sobre SIDA se centra en los aspectos excepcionales del VIH, principalmente en la capacidad de salvar vidas de los antirretrovirales; no en la forma en que la enfermedad funciona como un símbolo de la pobreza y otras privaciones. Como era de esperar, el eje del conjunto de los casos se encuentra en la capacidad de los jueces de evitar muertes al ordenar el tratamiento, una dinámica que ha llevado a la conclusión jurídica de que la interrupción de antirretrovirales constituye una afrenta a la dignidad humana. Como Lord Nicholls declaró en la Cámara de los Lores de la decisión en *N (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, “el tratamiento antirretroviral puede ser comparado a un sistema de soporte de vida. Aunque los efectos de terminar el tratamiento no son tan inmediatos, a largo plazo son igualmente mortales”.<sup>65</sup> Este razonamiento se repite en *D. v. United Kingdom*, donde la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) prohibió la deportación de un ciudadano VIH-positivo de Saint Kitts bajo el argumento que D. no podría obtener el tratamiento en su país de origen. La CEDH resolvió que la deportación de D. equivaldría a un trato inhumano o degradante contrario al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>66</sup> Los jueces, sin duda, están facultados para salvar vidas de un plumazo. Pero exigir la provisión clínica de antirretrovirales hace poco por fortalecer el derecho a la salud más allá de los receptores de dichos medicamentos. Si bien esta intervención específica genera resultados adecuados para la lucha contra el VIH, ella constituye un logro individualizado y puede alterar perjudicialmente las prioridades del sistema público de salud en estados y comunidades enfrentados a múltiples desafíos.

La respuesta institucional a la amenaza del SIDA también se ha visto influida por el poderío de los antirretrovirales, sumado al deseo por parte de los donantes y activistas de obtener resultados cuantificables. Las Naciones Unidas han dedicado una repartición completa, el ONUSIDA, a combatir el virus; la única división de la organización dedicada a una sola enfermedad. El financiamiento total para el SIDA, cuya mayor parte se destina a tratamiento, es gigantesco en comparación con el de otras enfermedades. Además, la creación de mecanismos de financiamiento específicos, principalmente el Fondo Mundial de Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y la Malaria (el “Fondo Mundial”) y la campaña RED, han concentrado miles de millones de dólares en combatir al virus.<sup>67</sup> El Banco Mundial, por su parte,

---

<sup>63</sup> Laura Bush, Speech at the National Press Club (Julio 25, 2007), <http://www.pepfar.gov/press/89420.htm>.

<sup>64</sup> WHO, “Scaling UP Antiretroviral Therapy in Resource-Limited Settings: Treatment Guidelines for a Public Health Approach, 2003 Revision”, (WHO Geneva 2004), disponible en [http://www.who.int/3by5/publications/documents/arv\\_guidelines/en/](http://www.who.int/3by5/publications/documents/arv_guidelines/en/), at 5. [de ahora en adelante, WHO Treatment Guidelines].

<sup>65</sup> *N (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 31 ¶4.

<sup>66</sup> *D. v. United Kingdom*, Eur. Ct. H.R., 24 E.H.R.R. 423 (1997); véase también, *B.B. v. France*, App. No. 30930/96, Eur. Ct. H.R. (1998), en donde un ciudadano congolés VIH positivo a punto de ser deportado intentó permanecer en Francia donde podía recibir tratamiento mientras cumplía una sentencia en prisión. En vista de la deteriorada salud del requirente y la imposibilidad de recibir tratamiento en el Congo, la Comisión Europea de Derechos Humanos remitió el caso a la Corte Europea de Derechos Humanos argumentando que dicha deportación violaría el Artículo 3.

<sup>67</sup> El Fondo Mundial es una iniciativa público-privada que busca atraer, administrar y repartir recursos para combatir enfermedades infecciosas. Véase *How the Global Fund Works*,

ha comenzado a financiar programas en las comunidades afectadas por el SIDA y ha dejado de creer que la salud mejora a la par con el desarrollo económico para asumir que el SIDA, en primer lugar, es un obstáculo al desarrollo económico.<sup>68</sup>

La persistente atención entregada al VIH es loable; pero el hecho de que existan fondos para el SIDA y no para otras enfermedades produce distorsiones peculiares. Médicos Sin Fronteras informa que en algunas clínicas de VIH en África, la organización se enfrenta a personas que desean servicios de salud, pero no son VIH-positivos; evidentemente, las personas no infectadas saben que el SIDA es su boleto a la obtención de atención médica. El tratamiento del SIDA, en pocas palabras, está cada vez más caracterizado por la institucionalización en lugar de la contextualización. La inyección de dólares por parte del Fondo Mundial y el PEPFAR hacia los países más pobres ha reducido la carga presupuestaria de los estados que han de proveer tratamiento a sus habitantes; pero pareciera no haber hecho de ellos sociedades más saludables.<sup>69</sup> Por otra parte, fuera de África es dudoso que el tratamiento del SIDA haya mejorado los sistemas de salud pública. Como lo ilustra el caso de Brasil, los sistemas de salud pública han tenido dificultades para conectar los tratamientos judicialmente ordenados con la lucha contra la pobreza, el cuidado de la salud materna y otros problemas de salud fácilmente solubles. “El SIDA no es una enfermedad que viva aislada. El SIDA está indisolublemente ligado a otras enfermedades y situaciones difíciles. Más de un millón de personas con tuberculosis están también infectadas con el VIH”.<sup>70</sup> A pesar de la interesante propuesta de Larry Gostin de una Convención Marco sobre la Salud Mundial, la revolución en acceso al tratamiento no se ha visto replicada respecto de otras enfermedades.<sup>71</sup>

Irónicamente, aunque los antirretrovirales han mejorado los resultados de salud para los individuos, el tratamiento del SIDA no ha mejorado la mayoría de los indicadores de salud pública.<sup>72</sup> A pesar de que los activistas contra el SIDA trabajan para obtener más financiamiento y critican los recortes impulsados por la recesión, prácticamente no ha habido colaboración entre ellos y los promotores de medidas contra las

---

<http://www.theglobalfund.org/en/about/how/>. El Fondo Mundial ha gastado más de 7 billones en prevención, cuidado y tratamiento.

<sup>68</sup> Desde 2006, el Banco también ha llevado a cabo una revisión de sus programas para satisfacer los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Véase Ana Palacio, *The Way Forward: Human Rights and the World Bank* DEV. OUTREACH (Oct. 2006 at 35); Robert Danino, *The Legal Aspects of the World Bank's Work on Human Rights: Some Preliminary Thoughts*, HUMAN RIGHTS AND DEVELOPMENT: TOWARD MUTUAL REINFORCEMENT, eds. Philip Alston and Mary Robinson (2005) at 509.

<sup>69</sup> Es importante observar que muchos de los casos latinoamericanos, incluyendo Brasil y El Salvador, fueron resueltos cuando los antirretrovirales eran prohibitivamente caros y necesitaban partidas presupuestarias considerables. Véase Hogerzeil et al., *Access to Essential Medicines*, 368 THE LANCET at 306.

<sup>70</sup> Richard Horton, “Among the Orphans,” *Times Literary Supplement*, 7 de Enero de 2011.

<sup>71</sup> Gostin piensa en un instrumento de salud internacional flexible, del tipo de la Convención Marco sobre el Control del Tabaco que pudiera ser incrementado paulatinamente mediante protocolos específicos que contuvieran normas, estructuras y procesos más detallados. Véase Lawrence O. Gostin, *Meeting Basic Survival Needs of the World's Least Healthy People – Toward a Framework Convention on Global Health*, JAMA, Julio 11, 2007.

<sup>72</sup> Los promotores de financiamiento constante responden que combatir el VIH no es una proposición de todo o nada, y que el virus ha servido como un importante catalizador de respaldo incremental a los sistemas de salud. Véase “Dead Wrong,” Discurso de Stephen Lewis, 25 de Enero de 2008, disponible en <http://www.aids-freeeworld.org/content/view/107/153/>.

enfermedades olvidadas del mundo en desarrollo.<sup>73</sup> La Administración de Obama ha sido fuertemente criticada por los activistas por su intento de ampliar el mandato del PEPFAR y reasignar fondos a otros problemas de salud mundial.<sup>74</sup> Pero además de antirretrovirales, las poblaciones vulnerables requieren seguridad alimentaria, agua potable, educación y oportunidades económicas; y la arquitectura mundial contra el SIDA sólo aborda algunas de esas necesidades.

### Incoherencia en la jurisprudencia

Una tercera explicación para la incapacidad de expandir el éxito jurídico del SIDA se encuentra en los casos mismos resueltos por los tribunales. Varios de ellos se han centrado en el carácter especial de los derechos a la vida y a la salud implicados en la jurisprudencia sobre tratamiento. Invocando el derecho constitucionalmente protegido a la vida, la Corte Constitucional de Colombia reconoció que la entrega de antirretrovirales conduce a preservar la dignidad humana.<sup>75</sup> En *Ubaque*, la Corte hizo hincapié en la naturaleza fundamental del derecho a la salud como un predicado de los derechos a la vida y la dignidad.<sup>76</sup> La decisión de la Corte Suprema de Justicia en *Alvarez v. Caja Costarricense de Seguro Social* se hace eco de dichas consideraciones. “En un estado de derecho”, razonó la Corte, “el derecho a la vida, y, en consecuencia, el derecho a la salud, recibe especial protección... sin derecho a la vida todos los demás derechos son inútiles...”<sup>77</sup> Incluso en el contexto del derecho inmediato a la salud presentado por *Cruz Bermúdez et al. v. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, la Corte Suprema de Venezuela determinó que el Ministerio de Salud y Asistencia Social había vulnerado los derechos de las personas VIH-positivas al no haberles proporcionado antirretrovirales. La decisión del Tribunal se basó de manera general en convenios internacionales de derechos humanos relacionados con los derechos a la salud y la vida, así como en el derecho a la salud garantizado por la Constitución de Venezuela como un elemento crucial en la protección de la dignidad humana.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> Véase Gostin, *Basic Survival Needs*, *supra* nota \_\_\_\_ at 4.

<sup>74</sup> Véase Te-Ping Chen, “How Obama Backed Away From the Global War on AIDS,” Change.org, 16 de Julio de 2010.

<sup>75</sup> Véase Acción de Protección Writ, *Sentencia de Fabio Moron Diaz, Magistrado Ponente*, Corte Constitucional de Colombia, Dic. No. T-328/98 (1998) (sosteniendo que la denegación del costoso tratamiento antirretroviral prescrito para el requirente bajo el sistema de seguridad social viola el derecho fundamental a la vida), <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-328-98.htm>; véase también *Yakye Axa Case*, que resuelve que Paraguay violó el derecho de la comunidad indígena a una vida digna e imputándole responsabilidad por dos motivos: la negativa del gobierno a permitir a los miembros de la comunidad la entrada a su territorio ancestral a buscar agua, alimento y medicinas tradicionales (constitutivo de una violación negativa de derechos) y el inadecuado carácter de las otras medidas positivas que el estado tomó en materia de alimentación, atención médica y materiales educativos.

<sup>76</sup> *Pedro Orlando Ubaque v. Director*, Constitutional Court of Colombia, Dic. No. T-502/94 (1994) (resolviendo que una cárcel donde permanecían prisioneros VIH positivos violaba el derecho a la salud y a la dignidad de aquellos debido a su debilitado sistema inmunológico).

<sup>77</sup> *Alvarez*, *supra* nota \_\_\_\_ at Exp. 5778-V-97, No. 5934-97, citada en Yamin, *Not Just a Tragedy*, *supra* nota \_\_\_\_ at n. 68.

<sup>78</sup> La sentencia *Cruz Bermudez* también tiene profundas implicancias procedimentales. “Esta sentencia significa que el derecho a la salud, tal como lo interpreta esta Corte, tiene la aplicación más amplia posible en Venezuela, dándole a cada persona VIH positiva en el país el derecho a acceder a antirretrovirales.” Mary Ann Torres, *The Human Right to Health, National Courts, and Access to HIV/AIDS Treatment: A Case Study from Venezuela*, 3 CHI. J. INT’L L. 105 (2002).

En los EE.UU., país que ciertamente no es un bastión del derecho judicial a la salud,<sup>79</sup> la jurisprudencia sobre tratamiento también se ha hecho presente; específicamente en el contexto de una serie de casos sobre la falta de tratamiento a reclusos VIH-positivos, considerada por las cortes como atentatoria de la prohibición constitucional contra castigos crueles e inusuales.<sup>80</sup> En los fallos *Montgomery v. Pinchak*, 294 F. 3d 492 (3er Cir. 2002) y *Smith v. Carpenter*, 316 F. 3d 178 (2do Cir. 2003)<sup>81</sup> se ha resuelto que los presos con VIH tienen derecho al tratamiento antirretroviral; y desde entonces, la provisión de tratamiento a los reclusos se ha convertido en norma. Un estudio reciente muestra que casi todos los establecimientos penitenciarios federales, estatales y de los condados proporcionan antirretrovirales, de acuerdo a las directrices establecidas por el Instituto Nacional de Salud.<sup>82</sup> Así, en el caso *Brown v. Johnson*, 387 F.3d 1344, 1352 (11o Cir. 2004), el Onceavo Circuito confirmó una medida cautelar que obligaba a la administración de la prisión a proporcionar una correcta atención médica a los reclusos VIH-positivos, basado en la constatación de que los acusados habían sido deliberadamente indiferentes a las necesidades de un prisionero, al cual habían dejado de suministrar los medicamentos prescritos y cuya vida y seguridad en consecuencia habían amenazado.

En conjunto, los casos de tratamiento parecen estar basados en concepciones híbridas que entremezclan el derecho a la salud y a la vida,<sup>83</sup> procedimientos de carácter individual y colectivo, y reivindicaciones de derechos positivos y negativos. Al igual que el derecho al debido proceso, los casos sobre tratamiento dan lugar a obligaciones positivas para el Estado de proteger y cumplir, así como a obligaciones negativas de respetar la privacidad individual,<sup>84</sup> todo ello en un marco de obligaciones

---

<sup>79</sup> *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. C. Von Eschenbach*, 495 F.3d 695 (D.C. Cir. 2007), cert. denied 128 S.Ct. 1069 (2008), sostiene que la Constitución de los EE.UU. no reconoce a los pacientes terminales un derecho a acceder a medicamentos experimentales que hayan superado pruebas parciales de seguridad pero que no hayan todavía demostrado ser seguras y efectivas.

<sup>80</sup> Dado que a los presos se les niega la libertad para satisfacer sus necesidades sanitarias por sí mismos, los establecimientos penitenciarios son el único lugar donde todos los estadounidenses disfrutan de un derecho mínimo a la salud. El mismo resultado fue alcanzado en el caso sudafricano de *N and Others v. Government of Republic of South Africa and Others* (No 1) 2006 (6) SA 543 (D) (caso de la prisión de Westville) en la que la Corte declaró que los requeridos estaban legal y constitucionalmente obligados a proporcionar atención médica adecuada a los presos, incluida la provisión de antirretrovirales a los reclusos VIH-positivos, de acuerdo a la Sección 35 (2) (e) de la Constitución.

<sup>81</sup> En *Smith*, la Corte aplicó un test doble, consistente en (i) la indiferencia deliberada a (ii) necesidades médicas serias, para determinar si las autoridades de la prisión acusada habían violado la prohibición de la Octava Enmienda contra castigos crueles e inusuales en aquellos casos en que el tratamiento antirretroviral de un preso hubiera sido interrumpido por un corto período de tiempo.

<sup>82</sup> Véase National Survey of Infectious Diseases in Correctional Facilities: HIV and Sexually Transmitted Diseases at 26, Theodore M. Hammett, Sofia Kennedy and Sarah Kruk, January 19, 2007. Véase también *Gates v. Fordice*, No. CIV.A. 4:71CV6-JAD, 1999 WL 33537206, at \*4 (N.D. Ms. July 19, 1999).

<sup>83</sup> Véase e.g., *Ceballos v. Instituto de Seguros Sociales*, Corte Constitucional de Colombia, Dec. No. T-484 (1992) (exigiendo a la institución de seguridad social el garantizar el tratamiento bajo los principios de no discriminación y de solidaridad), <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1992/Tutela/T-48492.htm> y *Alvarez v. Caja Costarricense de Seguro Social*, Corte Constitucional de Costa Rica, Exp. 5778-V-97, no. 5934-97 (1997) (“En un estado de derecho, el derecho a la vida, y, en consecuencia, el derecho a la salud, recibe protección especial... sin derecho a la vida todos los demás derechos son inútiles...”). Véase Yamin, *Not Just a Tragedy*, supra nota \_\_\_ at 341.

<sup>84</sup> Véase Lisa Forman, *Ensuring Reasonable Health: Health Rights, the Judiciary, and South African HIV/AIDS Policy*, 33 J.L. Med. & Ethics 711, 7713 (2005) (“Obtenida del derecho internacional de los

judicialmente ejecutables. El legado de los casos de tratamiento debe ciertamente ser valorado; sin embargo, es posible identificar tres razones específicas por las cuales dicha jurisprudencia no ha sido invocada en otros contextos.

En primer lugar, la acumulación conceptual del derecho a la vida y el derecho a la salud representa una confusión entre los tradicionales derechos civiles y políticos con los derechos económicos y sociales. En diversas situaciones, los defensores de los derechos humanos se han acostumbrado a privilegiar reclamos pertenecientes al plano de los derechos civiles y políticos por sobre otros posibles argumentos;<sup>85</sup> una práctica que es particularmente común en el reino de la ley de salud.<sup>86</sup> Algunas grandes organizaciones de derechos humanos han adoptado la misma estrategia en el ámbito de la promoción de los derechos sociales, económicos y culturales; y han deliberadamente centrado sus esfuerzos informativos y propagandísticos en la naturaleza arbitraria o discriminatoria de las privaciones de los derechos socio-económicos en lugar de enfocarse en la violación misma de estos derechos.<sup>87</sup> Pero esta táctica sólo funciona con algunas exigencias. Debido a que los casos de tratamiento se sustentan en gran medida en la existencia de píldoras altamente eficaces para garantizarle a ciertos individuos la sobrevivencia y una mínima calidad de vida, la aplicación de la jurisprudencia que emana de dichos casos es problemática en otros casos de derecho a la salud, ya que es difícil comparar una vida en la miseria con una amenaza directa a la vida.<sup>88</sup> En ausencia de la combinación entre salud y vida que presentan los casos sobre tratamiento, los tribunales y las legislaturas tienden a ser reacios a responder a reclamos similares basados exclusivamente en la protección de la salud o el derecho a la educación. Esta dinámica también tiende a colocar los

---

derechos humanos, esta tipología [contenida en la sección 27 de la Constitución de Sudáfrica] implica tanto obligaciones positivas y negativas con respecto a cada derecho...” En Canada, Arbour J. se hizo eco de este punto de vista señalando que “...cualquier afirmación que sostenga que sólo los derechos negativos están reconocidos en la Constitución es, por supuesto, evidentemente defectuosa. Los derechos de voto (sección 3), a ser juzgado dentro de un plazo razonable (s11(b)), a la presunción de inocencia (s 11(d)), a un juicio por jurado en ciertos casos (s11(f)), a un intérprete en los procedimientos penales (s14), y los derechos educacionales en materia de lenguaje de las minorías (s 23) por nombrar sólo algunos, imponen obligaciones positivas de rendimiento paraa el Estado y por lo tanto deben ser vistos como derechos positivos (al menos en parte).” *Gosselin v. Quebec (Attorney General)* [2002] 4 S.C.R. 429. La naturaleza dual de los derechos de tratamiento también se refleja en varias convenciones de derechos humanos, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño, que requiere a los Estados Partes “respetar” y “garantizar” los derechos de cada individuo. Véase Todres, *supra* nota \_\_\_ at 440.

<sup>85</sup> James L. Cavallaro & Emily J. Schaffer, *Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas*, 56 HASTINGS L.J. 217 (2005) (basándose en casos del sistema interamericano para enfatizar la importancia de las estrategias no litigiosas, y argumentando que cuando los casos son llevados a la Corte y a la Comisión, los litigantes deben favorecer las normas de derechos civiles y políticos por sobre normas que garanticen de manera autónoma derechos económicos, sociales y culturales).

<sup>86</sup> Véase Brigit Toebes, *Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health*, 21 HUM. RTS. Q. 661 (argumentando que, si bien se afirma a menudo que todos los derechos humanos son interdependientes, están interrelacionados, y tienen igual importancia, en la práctica sus promotores tienen un papel importante en la configuración de las prioridades entre ellos).

<sup>87</sup> Kenneth Roth, *Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Considerations Faced by an International Human Rights Organization*, 26 HUM. RTS. Q. 63 (2004).

<sup>88</sup> Véase *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78 (negándose a ordenar a la provincia de British Columbia el financiar un tratamiento especializado ABA/IBI como parte de los de “servicios básicos financiados por el médico” cubiertos por el Canada Health Act).



derechos socio-económicos necesarios para garantizar la vida en una posición jerárquicamente superior a otros derechos económicos y sociales.

La escala de la amenaza planteada por el VIH constituye otro punto de distinción respecto a otros reclamos de derechos sociales y económicos. Al menos dos de los casos más importantes sobre tratamiento han enfatizado el riesgo a la seguridad humana que presenta la pandemia del VIH / SIDA. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica en su sentencia *TAC* introduce su resolución sobre la expansión nacional del tratamiento con la observación de que la pandemia del SIDA “ha cobrado millones de vidas, infligiendo dolor y sufrimiento, causando temor e incertidumbre, y amenazando a la economía”.<sup>89</sup> Las mismas consecuencias para la seguridad humana se revelan en la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica en *Alvarez*:

[S] i es necesario poner el problema bajo la fría luz de los imperativos financieros, esta Corte observa que no sería poco apropiado el preguntarnos cuántos millones de colones [la moneda nacional de Costa Rica] se desperdician debido a que las personas enfermas no tienen la posibilidad de reintegrarse en la fuerza de trabajo y contribuir, aunque sea de manera muy pequeña, a la riqueza nacional... Parece razonable postular que el país pierde muchos más recursos por los costos directos e indirectos que genera el estado de incapacidad de aquellos que están postrados por dicha enfermedad, los cuales podrían ser invertidos en proporcionar un tratamiento que les permita volver a llevar una vida productiva.<sup>90</sup>

El ejercicio judicial de contabilizar los costos totales de la pandemia, un ejercicio que presenta la distribución de antirretrovirales como un acto de protección de derechos y como una decisión económicamente responsable, es otro elemento que filtra la posibilidad de equiparar otras demandas y pretensiones a los casos de tratamiento.

La mayor fortaleza de los casos sobre tratamiento —su resolución en tribunales nacionales, no internacionales— proporciona una tercera razón para entender porqué la protección judicial de casos que no son sobre SIDA ha sido tan difícil. El derecho internacional de los derechos humanos ha desempeñado un papel secundario en la mayor parte de la jurisprudencia sobre tratamiento, sin llegar a proporcionar ningún estándar uniforme con el cual evaluar la acción gubernamental. Ya que la aplicación del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales se realiza mediante un deber de informar que carece de sanciones significativas, los tribunales nacionales que han resuelto asuntos relacionados con el derechos a la salud y otros casos socioeconómicos han rechazado en su mayor parte la inclusión de obligaciones internacionales que podrían ofrecer un modelo para la resolución de problemas comparables.

Con el fin de elaborar una norma jurídica concreta con la cual medir el desempeño del Estado en este campo, algunos promotores de los derechos socio-económicos han

---

<sup>89</sup> *TAC*, *supra* nota \_\_\_\_, párrafo. 1.

<sup>90</sup> *Alvarez v. Caja Costarricense de Seguro Social*, Exp. 5778-V-97, No. 5934-97, (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1997), *citada en* Yamin, *supra* nota \_\_.

tratado de buscar el “contenido esencial mínimo”<sup>91</sup> de los derechos económicos y sociales. Sin embargo, lo que se entiende por un núcleo mínimo es discutible; y varios estudiosos se han preguntado si dicha idea tendría un carácter universal, o bien si ella estaría sujeta a limitaciones provenientes de los recursos disponibles en cada sociedad.<sup>92</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, grupo de expertos que interpreta la Convención y entrega observaciones generales para orientar a los Estados parte, ha oscurecido el asunto al “equiparar dicho mínimo, en distintas situaciones, con una titularidad jurídica prima facie, una obligación inderogable, y una obligación de responsabilidad objetiva”.<sup>93</sup> Como consecuencia de ello, incluso el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en su sentencia *TAC* ha sido criticado por su negativa a incorporar el estándar del núcleo mínimo de las obligaciones contenido en las Observaciones Generales N° 3 y 14.<sup>94</sup>

¿Cómo podría el régimen jurídico internacional proporcionar contenido a la protección de los derechos sociales y económicos? Una manera sería que el Comité DESC elaborara derechos claramente articulados, de tal manera que cualquier violación de ellos constituyera una violación del derecho internacional consuetudinario. En lugar de las formulaciones tibias que se encuentran en la mayoría de los informes del Comité, una declaración explícita sobre que un determinado estado haya violado el derecho humano a la inoculación o a la educación primaria de sus ciudadanos ofrecería un punto de referencia útil.<sup>95</sup> Por otra parte, el Comité podría proporcionar una definición económica de la noción de *recursos disponibles* mediante la cual el cumplimiento o incumplimiento de cada Estado pudiera ser juzgado. Con excepciones notables, la gran mayoría de los Estados han ratificado el PIDESC, lo que significa que la labor interpretativa de la Comisión les es vinculante.<sup>96</sup> La Observación General N° 14, por ejemplo, instruye a los Estados parte en el Pacto a asignar recursos presupuestarios suficientes para el cumplimiento del derecho a la salud, una advertencia que se aplica por igual a los demás derechos.<sup>97</sup> En concreto, los Estados Partes deben hacer “todo lo posible” por medio de “todos” los recursos disponibles para asegurar el cumplimiento de dicho derecho.<sup>98</sup> Los defensores de derechos humanos se beneficiarían de adquirir la capacidad de demandar a tribunales

---

<sup>91</sup> Véase U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Comm. On Econ., Soc. & Cultural rights, *Report of the Fifth Session, Supp. No. 3, Annex III, ¶ 10*, U.N. Doc. E/1991/23 (1991) [de aquí en adelante *General Comment No. 3*].

<sup>92</sup> Craig Scott & Philip Alston, *Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney’s Leacy and Grootboom’s Promise*, 16 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 206, 250 (2000) (“Hay entonces una distinción entre contenidos mínimos relativos, cuya aplicación depende de cada estado, y contenidos mínimos absolutos. Por ejemplo, en Canadá este contenido mínimo irá mucho más allá que el contenido mínimo absoluto, mientras que Malí puede que no llegue más allá de este mínimo absoluto”).

<sup>93</sup> Katharine G. Young, *The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, 33 YALE J. INT’L L. 113, 115 (2008) (discutiendo las limitaciones del contenido mínimo como esencia normativa, consenso mínimo, y obligación mínima).

<sup>94</sup> Véase David Bilchitz, *Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying a Foundation for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence*, 19 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 1 (2003).

<sup>95</sup> Véase Sital Kalantry, Jocelyn E. Getgen and Steven Arrighi Koh, *Enhancing Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Right to Education in the ICESCR*, 32 HUMAN RTS. Q. 253 (2010).

<sup>96</sup> El PIDESC cuenta con 151 estados partes.

<sup>97</sup> MATTHEW CRAVEN, *THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS* 114 (1995).

<sup>98</sup> *TAC*, *supra* nota \_\_\_\_.

nacionales y legislaturas (cuya autoridad es indiscutible) la satisfacción de las normas internacionales.

### Conclusión

Existe una amplia variedad de acciones judiciales intuitivamente inspiradas en la jurisprudencia sobre antirretrovirales, incluyendo una amplia gama de derechos sociales y económicos tales como el derecho a la alfabetización<sup>99</sup> y a la educación,<sup>100</sup> a la protección contra el maltrato infantil,<sup>101</sup> a la vivienda,<sup>102</sup> y a la compensación por condiciones de trabajo degradantes. En la medida en que ha existido una reducida expansión conceptual de sus resultados, creo que podemos encontrar una explicación a ello en la superespecialización del activismo contra el SIDA, la descontextualización de su enfoque, y en las debilidades internas de los casos sobre tratamiento. Hay, sin embargo, ejemplos de progreso que apuntan a otros medios para tutelar los derechos económicos, sociales y culturales. Citando el artículo 13 del PIDESC, y reconociendo que el país era un caso atípico en la región, la Corte Constitucional de Colombia prohibió recientemente el cobro de matrícula en las escuelas primarias públicas. En la sentencia del 2008 en el caso sobre el río Matanza-Riachuelo Cuenca del asunto, la Corte Suprema de Argentina resolvió que el gobierno federal, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires eran responsables de los daños ambientales en la cuenca del río y en consecuencia responsables de su restauración y de la prevención de futuros daños adicionales.<sup>103</sup> Y en Bolivia, la movilización de masas sobre la privatización de las fuentes de agua en Cochabamba ha demostrado el poder de la acción ciudadana en defensa de los derechos sociales y económicos.

Por lo que sé, en ninguno de estos conflictos se ha invocado de manera directamente la movilización socio-jurídica por acceso universal a antirretrovirales. Pero cada una de estas luchas adopta la estructura discursiva proporcionada por los casos sobre tratamiento e infunde en los tribunales y las legislaturas la confianza necesaria para declarar que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos humanos plenamente ejecutables. Esta tarea se ha visto favorecida por el ejercicio que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de su jurisdicción sobre derechos

---

<sup>99</sup> Véase *Mohini Jain v. State of Karnataka*, (1992) 3 SCC 666; AIR (1992) SC 1858 (India).

<sup>100</sup> Véase Robynn K. Sturm and Julia A. Simon-Kerr, "Justiciability and the Role of Courts in Adequacy Litigation: Preserving the Constitutional Right to Education" (6 de Diciembre de 2008). *Yale Law School. Yale Law School Student Scholarship Series. Paper 78, disponible en <http://lsr.nellco.org/yale/student/papers/78>* (reconociendo que mientras muchas cortes estatales en los EE.UU. han interpretado las cláusulas sobre educación de sus respectivas constituciones como protectoras de una educación "adecuada" para todos los estudiantes, desde 2005, la preocupación por la separación de poderes en materias presupuestarias ha llevado a las cortes a alejarse de esta forma de generar reformas educacionales.)

<sup>101</sup> Las reclamaciones por la preservación de la dignidad humana podrían tener un impacto futuro en casos similares a *Deshaney v. Winnebago County Social Services Department*, 489 U.S. 189 (1989), en donde la Corte Suprema sostuvo que la incapacidad de un Estado de proteger a un niño que fue violentamente maltratado por su padre durante un largo período de tiempo no violaba la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los EE.UU.

<sup>102</sup> Véase Frank Michelman, *The Advent of a Right To Housing: A Current Appraisal*, 5 HARV. CIV. RTS. & CIV. LIB. L. REV. 207 (1970).

<sup>103</sup> En un paso innovador, la Corte Suprema encargó además al Defensor del Pueblo y a las ONG que participaron en el caso formar un cuerpo colegiado para ejercer control sobre el plan de limpieza.

económicos, sociales y culturales en materia de derechos indígenas, seguridad social y desarrollo humano.<sup>104</sup>

América Latina es un terreno fértil para dar contenido específico a una categoría de derechos que ha sido a menudo denigrada como consistente en simples “declaraciones de metas, objetivos programáticos [e] ideales utópicos”.<sup>105</sup> No obstante el hecho de que los países pertenecientes a la familia del Derecho Civil son menos propensos a citar procedimientos análogos de otras jurisdicciones, ninguna región está en mejores condiciones para comenzar a incorporar el idioma o estándar internacional de los derechos humanos en casos de derechos socioeconómicos, ya que en varios países de América Latina la Constitución consagra ciertos derechos sociales, económicos o culturales y contiene una disposición que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales.<sup>106</sup> Los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente “la Declaración Americana, el Protocolo de San Salvador, y el PIDESC, que son vistos como creadores de compromisos vinculantes y jurídicamente exigibles para los Estados de América Latina”,<sup>107</sup> pueden ser invocados como apoyo adicional a los valores normativos contenidos en el ordenamiento jurídico de cada uno de estos países. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en Ecuador, donde la Corte fortaleció su interpretación de la legislación nacional mediante la invocación de la Declaración Americana y el Protocolo de San Salvador. Lo mismo ha ocurrido en Costa Rica, donde la Corte citó de manera directa en el caso *Alvarez* los compromisos del país en el marco del PIDESC.<sup>108</sup> En la Argentina (a pesar del hecho de que no existe el derecho a la salud en la Constitución), la Corte Suprema invocó el Pacto en un caso sobre la falta de tratamiento médico de un niño que padecía de una enfermedad a la sangre potencialmente fatal.<sup>109</sup> Por último, el sistema de tutela de Colombia ofrece al continente un modelo para impugnar la privación de los derechos sociales y económicos mediante acciones directamente judiciales.<sup>110</sup>

Lo que queda es energizar a los movimientos sociales en torno a la lucha por sus derechos y ampliar el legado de los casos sobre tratamiento a fin de proteger y promover los derechos humanos más allá del SIDA.<sup>111</sup> En este sentido, los esfuerzos

---

<sup>104</sup> Véase *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Sentencia del 17 de Junio de 2005, Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) No. 125, *Five Pensioners v. Peru*, Sentencia del 28 de Febrero de 2003, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser C) No. 98 (2003), *Street Children* caso \_\_\_\_.

<sup>105</sup> Véase Michael J. Dennis & David P. Stewart, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the rights to Food, Water, Housing, and Health?*, 98 AM. J. INT’L L. 462 (2004).

<sup>106</sup> Véase, e.g., *Cruz Bermudez*, *supra* nota \_\_\_\_.

<sup>107</sup> Melish, *supra* nota \_\_ at n.317.

<sup>108</sup> *Courting Rights*, *supra* nota \_\_\_\_ at \_\_\_\_\_. Véase también, *N (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 31 (interpretando las obligaciones del Reino Unido bajo la Convención Europea de Derechos Humanos).

<sup>109</sup> Véase *Campodonico v. Beviacqua, Ana Carina v. Ministerio de Salud Accion Social*, Constitutional Court, File C.823.xxxv (Oct. 24, 2000) (Arg.). Véase también Vicki Jackson, “Engagement with the Transnational” (en publicación) (observando que las constituciones de Argentina y Colombia buscan obtener convergencia entre la interpretación de los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos; Argentina lo hace directamente al incorporar los tratados de derechos humanos a la Constitución).

<sup>110</sup> Véase Julieta Lemaitre and Katherine Young, *The Comparative Fortunes of the Right to Health: Notes from Colombia and South Africa* (documento en poder del autor).

<sup>111</sup> Véase Florian F. Hoffman and Fernando R.N.M. Bentes, *Accountability for Social and Economic Rights in Brazil*, *COURTING SOCIAL JUSTICE: JUDICIAL ENFORCEMENT OF SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS IN THE DEVELOPING WORLD* (Varun Gauri & Daniel M. Brinks (eds)(2008) 144 (observando

organizativos de los promotores de un tratamiento eficaz de la tuberculosis, la malaria y el cáncer son promisorios. La misma lógica se aplica al derecho a la alimentación. A nivel mundial, los tribunales nacionales han resuelto diversos casos de interés público en el que los litigantes han reclamado su derecho a una nutrición adecuada. Tribunales de la India, por ejemplo, ha ordenado al Estado que proporcione alimentos que contengan cantidades mínimas prescritas diariamente de proteínas y calorías a personas vulnerables<sup>112</sup> con el fin de evitar su muerte por inanición. Al igual que en los casos de tratamiento, el derecho a la alimentación se ve reforzado por la presencia de intervenciones concretas y eficaces, el respaldo del derecho interno reforzado por las declaraciones internacionales, y por la asistencia institucional del Programa Mundial de Alimentos y las políticas de los países donantes.<sup>113</sup> Desde esta perspectiva, el derecho al agua<sup>114</sup> y las demandas de alojamiento en situaciones de emergencia, sin todo lo cual millones de vidas están en peligro inmediato, también han de ser justiciables.

El valor último de los casos sobre tratamiento del SIDA es que expresan que el reconocimiento legal derivado de casos individuales es una parte integral del cumplimiento de los derechos sociales y económicos. La justiciabilidad de la demanda de antirretrovirales también refleja el poder de la ley para adaptarse a realidades calamitosas; a la vez que proporciona una alternativa a la caridad, alternativa sólidamente anclada en principios. Con el tiempo, el financiamiento de la satisfacción de dichos derechos conduce a la creación de instituciones capaces de efectuar cambios de carácter sistémico. Gorik Ooms y Rachel Hammonds sostienen que la respuesta mundial a la pandemia del VIH / SIDA contiene un nuevo paradigma en materia de asistencia sanitaria internacional.<sup>115</sup> Me parece que Ooms y Hammonds apuntan a que el Fondo Mundial está ayudando a delimitar responsabilidades mundiales y nacionales en materia de problemas sanitarios mundiales al tiempo que desarrolla un marco de justicia social y económica.

Puede parecer temerario el reformular la implementación de los derechos sociales y económicos de esta manera, pero es consistente con la tradición de desplazar demandas previamente inexigibles hacia el dominio de la imaginación jurídica. Para la próxima generación de promotores de derechos, es también un símbolo poderoso de lo que fue y de lo que aún podría ser.

---

que el movimiento contra el SIDA en Brasil a menudo presenta demandas respecto de nuevos medicamentos a medida que son elaborados e incluso antes que su distribución sea certificada en Brasil).

<sup>112</sup> Véase *People's Union for Civil Liberties v. Union of India* (2001) 5 SCALE 303 y *People's Union for Civil Liberties v. Union of India* (2001) 7 SCALE 484.

<sup>113</sup> Smita Narula, *The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law*, 44 COLUM. J. OF TRANSNAT'L L. 691 (2006).

<sup>114</sup> Ramin Pejan, *The Right to Water: The Road to Justiciability*, 36 GEO. WASH. INT'L L. R. 1181 (2004).

<sup>115</sup> Gorik Ooms and Rachel Hammonds, *Taking up Daniels' Challenge: The Case for Global Health Justice*, 12 HEALTH & HUMAN RTS, 1 (2010).