

Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Oscar Parra Vera



JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Oscar Parra Vera



CNDH
M É X I C O

2016

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría.

PRIMERA EDICIÓN:
agosto, 2016 (CD)

**ISBN COLECCIÓN SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS (CD):**
978-607-729-279-1

PRIMERA EDICIÓN:
noviembre, 2011

TERCERA REIMPRESIÓN:
noviembre, 2015

ISBN OBRA COMPLETA:
978-607-8211-06-7

ISBN:
978-607-8211-11-1

**D. R. © COMISIÓN NACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS**
Periférico Sur 3469,
esquina con Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, Ciudad de México

DISEÑO DE LA PORTADA:
Irene Vázquez del Mercado Espinosa

DISEÑO DE INTERIORES:
H. R. Astorga

FORMACIÓN DE INTERIORES:
Ericka Toledo

Impreso en México

CONTENIDO

Presentación	7
I. Introducción	13
II. La justiciabilidad a partir del artículo 26 de la Convención Americana	15
II.1. El debate sobre los alcances del artículo 26	15
II.2. Aplicación del artículo 26 en casos contenciosos. El caso 5 pensionistas y las críticas a dicho caso	25
II.3. La jurisprudencia interamericana de 2009: ¿un nuevo punto de partida?	29
III. Justiciabilidad de los DESC en relación con derechos civiles y políticos	39
III.1. Utilización del concepto “vida digna”	39
III.2. Protección judicial efectiva y garantías de debido proceso legal en relación con los derechos sociales	44
III.3. Deber de protección: obligación de garantizar una inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios públicos que involucran derechos sociales	49
III.4. El principio de no discriminación y los derechos sociales	51
III.5. Otros derechos civiles instrumentales para prevenir violaciones de derechos sociales: ejemplos en relación con la libertad de asociación y el acceso a la información	61

III.6. Críticas a la estrategia basada en los derechos civiles y políticos	64
IV. La justiciabilidad de los derechos sindicales y el derecho a la educación en el “Protocolo de San Salvador”	65
V. Consideraciones finales	66
Bibliografía	68

PRESENTACIÓN

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos reconoce que la labor de difusión y fomento del respeto a los derechos humanos es importante y urgente por lo que continúa creando conciencia sobre la existencia de los mismos y la necesidad de que sean respetados. En su interés está elevar el nivel nacional de su protección para salvaguardar la libertad y la dignidad de las personas, cumpliendo con su tarea de difusión a través de la presente colección que hoy entrega a la sociedad.

Nuestro país ha dado en los últimos años pasos significativos en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ratificar un número muy significativo de tratados internacionales y aceptar la competencia de diferentes órganos internacionales de protección, entre otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como organismo no jurisdiccional y cuya función está vinculada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tribunal que constituye la culminación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, resultando ambas instancias complementarias o subsidiarias de la misión que primordialmente compete a los Estados.

La Comisión IDH y la Corte IDH se encargan de determinar si las acciones u omisiones de los Estados parte son o no compatibles con los compromisos adquiridos a raíz de la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Comisión IDH es un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuya función principal es promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y servir como órgano consultivo de la Organización en esa materia. Fue el primer órgano tutelar de derechos en el sistema interamericano, iniciando su actividad en 1960. Han sido relevantes los estándares fijados por la Comisión IDH, ya que desde la interpretación que ese organismo ha dado a la Convención Americana y a otros

instrumentos internacionales, es posible establecer una mejor protección de los derechos fundamentales.

Si bien México es parte de la Convención Americana desde el 24 marzo de 1981, reconoció la competencia de la Corte IDH hasta el 16 de diciembre de 1998. La Corte IDH es el órgano jurisdiccional instituido para la protección de los derechos humanos en el continente. La propia Corte IDH ha señalado que, ante todo y principalmente, es una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, la Corte posee facultades de naturaleza preventiva y ejecutiva, de las que resulta, en el caso de las primeras, medidas provisionales cuando exista una situación de extrema gravedad y urgencia en que sea preciso proteger derechos contra ataques que pudieran acarrear consecuencias irreparables para las personas.

La Corte IDH, en ejercicio de sus funciones contenciosa, consultiva y cautelar, ha aportado una gran variedad de criterios en materia de derechos humanos derivada de su interpretación de la Convención Americana y de otros tratados. En esa medida, al aplicar dichas disposiciones internacionales al ordenamiento interno, es importante acudir a la jurisprudencia o doctrina fijada por ella, misma que por su amplitud y riqueza, debe ser conocida con detalle para comprender y desentrañar cómo, desde los pronunciamientos que hace en los casos que se someten a su conocimiento, interpreta los instrumentos internacionales, estableciendo estándares para la mejor protección de los derechos.

Del conocimiento de los casos que se han sometido a su jurisdicción, la Corte IDH ha analizado una gran variedad de temas del catálogo de derechos. De igual manera, ha conocido casos de todos los países que han reconocido la competencia de la Corte, dictando sentencias que han tenido un muy positivo cumplimiento, que se ha traducido en cambios normativos, en mejoramientos en los sistemas de protección y en mecanismos de reparaciones.

Respecto a los criterios o jurisprudencia que deriva de las sentencias de la Corte IDH, varios tribunales constitucionales de

Latinoamérica consideran que tanto los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la interpretación de esos derechos desarrollada en las sentencias de la Corte IDH deben ser reconocidos por los Estados.

En México, en un primer momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que son criterios vinculantes de la Corte IDH los derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y son criterios orientadores la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.* Sin embargo, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte resolvió que toda la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para México con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, siempre y cuando su aplicación resulte más protectora de los derechos de las personas de conformidad con el artículo 16. constitucional.

Lo anterior, enmarca la importancia del estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de las funciones de sus órganos y de los mecanismos de protección, como son las peticiones y casos que pueden culminar con una sentencia, informe o recomendación; así como el análisis de los criterios emitidos sobre temáticas de derechos humanos de mayor impacto en la región.

La Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ocupa de una gran variedad de temas del catálogo de derechos que se han sometido al conocimiento de los organismos que lo integran. En este caso, la Colección se integra con los siguientes títulos:

- 1) *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 2) *Los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

* SCJN. Parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Tesis número LXVIII/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

- 3) *El trámite de casos individuales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 4) *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano.*
- 5) *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 6) *Los derechos de las niñas y los niños en el Derecho Internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.*
- 7) *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 8) *El derecho a defender los derechos: la protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano.*
- 9) *Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 10) *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 11) *La Convención Americana sobre derechos Humanos. Reflexiones generales.*
- 12) *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 13) *El derecho a participar directamente en la toma de decisiones sobre asuntos públicos como mecanismo para la protección ambiental.*
- 14) *Estándares de las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 15) *La evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 16) *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-State actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.*
- 17) *Los derechos sexuales y reproductivos: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 18) *¿Superposición de las reparaciones otorgadas por comisiones de la verdad y tribunales regionales de derechos*

humanos? Una aproximación a la realidad interamericana.

- 19) *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: una revisión desde la fragmentación del derecho internacional.*
- 20) *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano.*
- 21) *La pena de muerte en el Sistema Interamericano: aproximación jurídica-filosófica.*
- 22) *Ximenes Lopes: decisión emblemática en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.*
- 23) *Guía de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 24) *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos.*
- 25) *La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- 26) *Criterios de la Corte Interamericana sobre la interpretación de los derechos humanos a la luz del derecho internacional humanitario.*
- 27) *Las garantías judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.*
- 28) *La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH.*
- 29) *La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Esta Colección, desde la perspectiva de cada uno de los autores—a quienes agradecemos que compartan su experiencia y visión de los temas—pretende difundir la cultura de los derechos humanos entre todas las personas, esto supone fortalecer el conocimiento de los diferentes derechos, su exigibilidad y empoderamiento. Asumimos el compromiso de generar ese diálogo necesario con la sociedad civil quien es el destinatario y actor idóneo para que germinen y prosperen los derechos en nuestro país con base en su plena exigencia y reivindicación.

Al igual que todas las colecciones de esta Comisión Nacional, el lector podrá encontrar, en nuestro sitio *web*, la versión electrónica de los títulos señalados.

*Luis Raúl González Pérez,
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos*

I. INTRODUCCIÓN

Durante la última década se ha incrementado la producción teórica y el debate en torno a la doctrina sobre las potencialidades y límites del litigio respecto a los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “DESC”) en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Algunas posturas han señalado que, dado el difícil y limitado acceso al sistema, el uso indiscriminado del litigio internacional, sin consideración de los factores no legales que influyen en estos derechos, tiene el potencial de generar efectos negativos. Además, se ha señalado que el litigio puede tener un rol importante si se usa como un mecanismo más dentro de otras estrategias de incidencia que involucran a los movimientos sociales, los medios de comunicación y otras formas de presión. Por otro lado, se debate acerca de la pertinencia de estrategias directas a partir del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana” o el “Pacto de San José”) o indirectas (utilizando los derechos civiles y políticos adecuados), según la interpretación del alcance de las obligaciones respecto a estos derechos y teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales que son interpretados como probable negación a casos que involucren una protección judicial directa de los mismos.¹

¹ Entre los diversos debates cabe resaltar el generado por el artículo de James L. Cavallaro y Emily Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *Hastings Law Journal*, núm. 56, 2004; la crítica de Tara J. Melish, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*; la réplica de J. Cavallaro y E. Schaffer, “Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas”, *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, y la réplica de T. J. Melish, “Counter-Rejoinder: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation”, *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39. Una continuación de este debate se encuentra en J. L. Cavallaro y Stephanie Erin Brewer, “La función

El presente texto analiza algunos componentes de este debate, con particular énfasis en la evolución de la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la justiciabilidad de los DESC. A pesar de diversas controversias que aún subsisten, dicha evolución se dirige a resaltar que las diferencias entre la estructura de los derechos sociales y los derechos civiles y políticos es una diferencia de grado² y que, a pesar de su indeterminación, existen suficientes herramientas en el derecho internacional que permiten precisar el contenido y alcance de los derechos sociales. Asimismo, se analizan algunos aciertos y problemas relacionados con la utilización, frente a todos los derechos protegidos en la Convención Americana, del mismo conjunto de obligaciones, en particular de aquellas relacionadas con el deber de respeto y garantía consagrados en el artículo 1.1 de dicha Convención. En este marco, se analizará, en primer lugar, la justiciabilidad a partir del artículo 26 de la Convención, para después mencionar casos que analizan derechos sociales en relación con otros derechos civiles y políticos. Finalmente, se hará mención a las potencialidades del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de DESC (en adelante "Protocolo de San Salvador") para el impulso de la justiciabilidad de estos derechos.³

del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, pp. 85-99. En este último artículo los autores analizan la forma en que el litigio con énfasis en derechos civiles y políticos permitió: *i*) impulsar el debate sobre la reforma agraria a partir del caso *Corumbiara vs. Brasil* (sobre la expulsión de más de 500 familias de una hacienda por parte de la policía militar con uso excesivo de la fuerza que generó muertos y heridos), y *ii*) lograr apoyo para la lucha contra desalojos forzados y por la redistribución de la tierra liderada por el Movimiento de los Sin Tierra en Brasil a partir del caso *Masacre de Eldorado dos Carajás vs. Brasil* (ataque policial a un grupo de ocupantes ilegales sin tierra que hacían presión para lograr expropiaciones).

² En la doctrina esta tesis es desarrollada ampliamente por Víctor Abramovich y Christian Courtis, en *Los derechos sociales como derechos exigibles*.

³ Por restricciones de espacio, el presente texto se concentra en los principales antecedentes que permiten ilustrar los debates más importantes acerca de la protección judicial de los derechos sociales en el Sistema Interamericano. Por tal razón, el énfasis se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en los escenarios de trabajo que ofrece la Convención Americana. Para una visión más exhaustiva y completa, particularmente del trabajo de la Comisión Interamericana con respecto a las posibilidades que genera la Declaración Americana frente

II. LA JUSTICIABILIDAD A PARTIR DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

II.1. El debate sobre los alcances del artículo 26

La Convención Americana está conformada por un preámbulo y tres partes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y se divide en cinco capítulos: el primero enuncia los deberes de los Estados y el segundo se refiere a derechos civiles y políticos. El tercer capítulo lleva por nombre “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y contiene un solo artículo, el 26, al que se tituló “Desarrollo Progresivo”.

Al hablar sobre DESC, el Pacto de San José se remite a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”), adoptada en 1948 y modificada en 1967. El artículo 26 consagra lo siguiente:

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 de la [OEA], reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La determinación del alcance del artículo 26 ha generado diversos debates doctrinales. El más importante de ellos es si la Convención Americana permite la justiciabilidad directa de los derechos sociales.

a los países que no son Estados parte de la Convención Americana, ver T.J. Melish, “The Inter-American Commission on Human Rights. Defending Social Rights Through Case-Based Petitions”, en Malcolm Langford, ed., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*.

Algunas posiciones consideran que el énfasis en el desarrollo progresivo de estos derechos les priva de justiciabilidad, de tal forma que habría que entenderlos exclusivamente como objetivos programáticos. A ello contribuye una interpretación que considera que “los derechos” consagrados por la Carta de la OEA no serían “derechos en estricto sentido”. En línea con esta postura, Héctor Gros Espiell critica la no inclusión expresa de cada uno de los DESC en la Convención Americana al señalar que “[e]l error consistió en no comprender que las normas económicas, sociales y culturales del Protocolo de Buenos Aires, aunque enumeraban derechos económicos, sociales y culturales no tenían como objetivo aclarar y garantizar derechos humanos sino fijar pautas de conducta de los Estados en materia económica, social y cultural”.⁴

Las posturas que consideran que el artículo 26 no incluye derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado por la Comisión Interamericana ante la Conferencia Interamericana especializada de 1969 –que no incluía estos derechos–⁵ y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como “estándar de no justiciabilidad”.⁶

Es posible rechazar estos argumentos al señalar que todos los derechos, sean civiles y políticos o sociales, son presuncionales, en el sentido de que involucran obligaciones de hacer (obligaciones positivas) y que todos son programáticos, es decir, dependen de políticas públicas que los desarrollan, por ejemplo las políticas relacionadas con administración de justicia (construcción de tribunales, etcétera), en cuanto al debido proceso. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia⁷ ha precisado que “la condición de ‘prestacional’ no se predica de la categoría ‘derecho’, sino de la ‘faceta de un derecho’.

⁴ Héctor Gros Espiell, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, p. 114.

⁵ Matthew Craven, “Economic, Social and Cultural Rights”, en David Harris y Stephen Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, pp. 297-306.

⁶ J. Cavallaro y E. Schaffer, “Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas”, *op. cit.*, pp. 225-227 y 267-269.

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Es un error categórico hablar de '*derechos prestacionales*', pues, [...] todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales". Al respecto, dicho Tribunal Constitucional señaló que:

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento *inmediato*, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. [...]

3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia "el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse".

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, "*lo mínimo que debe hacer* [la autoridad responsable] *para proteger*

la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante 'no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan'".

La obligación de desarrollo progresivo es entonces aplicable tanto a derechos civiles como a derechos sociales y, tal como lo han señalado Cass Sunstein y Stephen Holmes, todos los derechos y libertades generan costos presupuestarios importantes.⁸ El debate surge por las complejidades de las dimensiones prestacionales de los derechos sociales. Con todo, la justiciabilidad de las dimensiones prestacionales progresivas de todos los derechos, ya sean civiles o sociales, se relaciona con: i) La existencia de una política pública; ii) Que dicha política no sea simbólica, es decir, que esté dirigida a garantizar el goce efectivo del derecho a través de acciones concretas, y iii) Participación y rendición de cuentas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-595 de 2002).

En línea con esta visión es posible defender la consagración de derechos directamente exigibles en el artículo 26 de la Convención Americana. En cuanto al debate sobre los antecedentes históricos de la norma, en las actas de la Conferencia Especializada Interamericana se registran tres posturas distintas:⁹ a) no alusión a los DESC; b) enumeración prolija y expresa de los mismos, y c) referencia a los DESC en forma muy general y con referencia a compromisos de progresividad. Cabe anotar que la delegación colombiana hizo una propuesta expresa por la inclusión detallada de los DESC. Esta iniciativa fue rechazada y se propuso una fórmula inter-

⁸ Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*.

⁹ Carlos Rafael Urquilla Bonilla, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", en *Revista IIDH*, núm. 30-31, 2000.

media para remitirse al Protocolo de Buenos Aires, en la que se incluyen los derechos sociales que adicionan la Carta de la OEA.¹⁰ Si se tienen en cuenta dichas actas y el Preámbulo de la Convención, según el cual compete a este instrumento la determinación de competencias de los órganos del sistema en materia de DESC,¹¹ es posible inferir que al aceptar la remisión consagrada en el artículo 26, los Estados manifestaron su aprobación respecto al reconocimiento de los DESC en la CADH.¹²

Por su parte, Abramovich y Rossi resaltan que el artículo 26 alude claramente a la “adopción de medidas” para dar “plena efectividad” a “derechos”. En este sentido, su interpretación literal permite concluir que no enuncia meros objetivos programáticos.¹³ Estos derechos, de acuerdo a las palabras de la norma, deben inferirse a partir de las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA. Asimismo, cabe anotar que el Juez Sergio García Ramírez también ha señalado que el artículo 26 contempla derechos y que “[t]odos los derechos [...] contenidos en el Pacto de San José y aceptados por los Estados [...] se hallan sujetos al régimen general de supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los “medios de protección”.¹⁴

¹⁰ OEA, Secretaría General, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos, Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, 1969.

¹¹ En el preámbulo de la Convención se afirma que los Estados parte en la Convención Americana la aprueban “[c]onsiderando 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”.

¹² Un exhaustivo análisis de los trabajos preparatorios y del recorrido de los DESC en la Conferencia Especializada Interamericana, en orden a defender la tesis del consentimiento de los Estados respecto a la protección de los derechos sociales a través de la CADH, puede verse en T. Melish, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*, op. cit., pp. 49-56.

¹³ V. Abramovich y Julieta Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara, comps., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

¹⁴ Sergio García Ramírez, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre 2003, pp. 139 y 141.

Si se aceptan estos puntos de partida (que la Convención Americana consagra derechos sociales), la tarea posterior recae en la interpretación del artículo 26 para determinar i) cuáles son los derechos que es posible inferir a la luz de dicha referencia a la Carta de la OEA; ii) cuáles son los alcances de la cláusula de desarrollo progresivo, y iii) cómo operan las obligaciones estatales en relación con estos derechos.¹⁵

Al resolver estos problemas jurídicos, si existen posiciones en conflicto o dudas, la Corte IDH ha señalado que al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.¹⁶ Por otra parte, es imprescindible reconocer la jurisprudencia constante de la Corte IDH, siguiendo en este punto a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el sentido de considerar a las convenciones de derechos humanos como “instrumentos vivos” que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales y que la interpretación de los derechos debe hacerse “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.¹⁷ La tarea del intérprete es entonces actualizar el sentido normativo de la Convención.

¹⁵ La doctrina ha evaluado exhaustivamente estos temas. Ver en particular, T. Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*, pp. 379-392; V. Abramovich y J. Rossi, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26...”, *op. cit.*, pp. 457-478; Héctor Faúndez Ledesma, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en A. A. V. V., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*, pp. 98-102 y 113-120; Christian Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta, comps., *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*, pp. 1-66.

¹⁶ Entre otros, ver Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, No. 134, párr. 106.

¹⁷ Corte IDH, *El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999*. Serie A, No. 16, párr. 114, y Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Serie A, No. 18, párr. 120.

Además, como lo resalta Héctor Faúndez, el artículo 29 d) de la CADH señala que ninguna de sus disposiciones se puede interpretar en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos de la misma naturaleza.¹⁸ Cabe resaltar que esta Declaración consagra expresamente diversos derechos sociales.

Ahora bien, entre las posturas sobre los derechos sociales que se derivan del artículo 26 se encuentran interpretaciones que entienden como derechos incluidos en la norma sólo aquellos que puedan derivarse de la Carta de la OEA, sin que pueda utilizarse la Declaración Americana o el principio pro persona para su determinación. Según esta postura, el principio de interpretación más favorable sólo debe ser utilizado para fijar el alcance de la respectiva norma, lo cual genera limitaciones para derivar una competencia.¹⁹

Sin embargo, la Corte ha señalado que la interpretación de la Convención debe ser integral, de tal forma que armonice los métodos literal, teleológico, sistemático e histórico.²⁰ El rol del método sistemático podría apoyar posturas que, mediante la aplicación del principio de interpretación más favorable, determinan los derechos armonizando la Carta de la OEA, la Declaración Americana²¹ y el Protocolo de San Salvador²² así como otros instrumentos internacionales pertinentes a la materia (PIDESC, Convenios de la OIT, etcétera).²³

¹⁸ H. Faúndez Ledesma, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, *op. cit.*, p. 100.

¹⁹ V. Abramovich y J. Rossi, *op. cit.*, pp. 470-478.

²⁰ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

²¹ Entre las opciones de litigio defendidas por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) se encuentra la utilización del estándar definido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva sobre la Declaración Americana, según el cual, “la Declaración Americana determina los derechos a los que se refiere la Carta de la OEA”. CEJIL considera que “los derechos protegidos por la Carta, a que se refiere el artículo 26, serían aquellos contenidos en la Declaración Americana”. CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el sistema interamericano*, p. 75.

²² T. Melish, “Enfoque según el artículo 26: Invocando los DESC que se derivan de la Carta de la OEA”, en T. Melish, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, pp. 383-388.

²³ Ch. Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”, *op. cit.*, pp. 8-29; CEJIL, *La protección de los derechos*

Otros elementos interpretativos pueden ser de utilidad al enfrentar estos problemas. En este punto, respecto a los derechos consagrados en el artículo 26, es importante tener presente que la remisión efectuada por este artículo involucra varias normas de la Carta de la OEA. El conjunto de derechos que es posible inferir puede ser relativamente amplio, pero todo depende de la técnica argumentativa que se utilice para ello.²⁴ Más aún si se tiene en cuenta la dificultad de derivar derechos a partir de normas que establecen objetivos y medidas de políticas públicas. Coincido con Christian Courtis, quien señala que “[l]a validez de la inferencia es susceptible de grado: cuanto más clara y abundante sea la base normativa –los “índices”– a partir de la cual se realiza la inferencia, mayor certeza habrá al respecto de su validez. Por el contrario, si las referencias normativas a partir de las cuales se realiza la inferencia son oscuras, vagas o aisladas, la validez de la inferencia se verá debilitada”.²⁵

Por último, es relevante el debate sobre las obligaciones que se derivan del artículo 26. Al respecto, la CADH enuncia

económicos, sociales y culturales...”, *op. cit.*, pp. 76-78, y Viviana Krsticevic, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en CEJIL, *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, pp. 167-173.

²⁴ En forma meramente explorativa, y bajo la prevención de que siempre es necesaria una construcción argumentativa que justifique la inferencia concreta de derechos, es posible aludir, *inter alia*, a estos derechos sociales en el artículo 26 de la CADH: derechos laborales (derecho al trabajo y conexos) tales como el derecho a salarios justos, condiciones seguras para la vida y la salud en el trabajo, nivel de vida decoroso, jubilación, pensiones por incapacidad, sindicalización, libertad sindical, negociación colectiva y huelga (artículo 26 CADH y artículos 34g, 45b, 45c, 45d, 45g y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la seguridad social (artículo 26 CADH y artículos 45b y h y 46 de la Carta de la OEA), derecho a la educación (artículo 26 CADH y artículos 34h, 47, 48, 49, 50 y 52 de la Carta de la OEA), derecho a los beneficios de la cultura (artículo 26 CADH y artículos 47, 48, 50, 51 y 52 de la Carta de la OEA), derecho al bienestar material o a un nivel de vida adecuado (artículo 26 CADH y artículos 34, 45a y 45f de la Carta de la OEA), derecho a la salud (artículo 26 y artículos 34i, 34.l de la Carta de la OEA), derecho a la alimentación (artículo 26 y artículos 34j, 45a y 45f de la Carta de la OEA), derecho a la vivienda (artículo 26 CADH y artículos 34k, 45a y 45f de la Carta de la OEA) y derecho a un ambiente sano (artículo 26 CADH y artículos 34l, 45a y 45f de la Carta de la OEA).

²⁵ Ch. Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...”, *op. cit.*, pp. 8-9.

obligaciones generales en sus dos primeros artículos (“respetar”, “garantizar” y, en función de este último deber, “adoptar medidas”). Luego, en su segundo capítulo, hace referencia a los derechos civiles y políticos sin enunciar deberes de tal carácter. Posteriormente, en el único artículo de su tercer capítulo, que versa sobre DESC, la CADH se refiere a obligaciones generales relativas a estos derechos (“adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos”). Surge la duda entonces de si las obligaciones expresadas en los artículos 1 y 2 del Pacto de San José son o no aplicables a los DESC reconocidos en el tratado.

García Ramírez señala que “[l]as obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos incluidos por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo II”.²⁶ La misma postura es avalada por Courtis cuando aduce que si estos artículos no distinguen a qué derechos se hace referencia, tampoco debe hacerlo el intérprete.²⁷ Por su parte Medina Quiroga acepta esta razón y opina que a la misma puede adicionarse el principio de interpretación más favorable. No obstante, Medina expresa sus reparos, aduciendo que, dado que los artículos 2 y 26 se superponen, en el sentido que ambos establecen el deber de adoptar medidas, parecería que se han querido establecer obligaciones distintas. Además, agrega, si los artículos 1 y 2 se aplican al artículo 26 tampoco estaría claro qué deben respetar y garantizar los Estados. Una solución, según esta autora, sería sostener que debe garantizarse y respetarse el desarrollo progresivo, aunque señala que “la aplicación de [esos deberes generales de la CADH] no parece ayudar al progreso de los [DESC] si el objeto del respeto y garantía es la progresividad de éstos”.²⁸

²⁶ S. García Ramírez, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre 2003, p. 139.

²⁷ Ch. Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26...” *op. cit.*, pp. 2-29.

²⁸ Cecilia Medina Quiroga, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, pp. 227-228.

Sin embargo, comparto la respuesta de Courtis a este argumento, en el sentido de que el objeto de las obligaciones de respeto y garantía son los derechos sociales consagrados en el artículo 26. En palabras de este autor, “lo que agrega el artículo 26 –y por eso se trata de un caso de *lex specialis* en relación con el artículo 2– es que el Estado puede concretar la garantía de esos derechos –es decir, en los términos coincidentes de los artículos 2 y 26, el logro de su efectividad– en forma progresiva, y en la medida de los recursos disponibles”, salvo las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento de niveles mínimos esenciales de estos derechos, que no están subordinadas a la progresividad y son de efecto inmediato.²⁹

Cabe resaltar que la obligación de desarrollo progresivo no niega la justiciabilidad de estos derechos e incluso abre algunas esferas de control judicial del deber de no regresividad.³⁰ Con todo, autoras como Tara Melish consideran que el éxito del litigio internacional ante el SIDH que invoque directamente los derechos económicos, sociales y culturales estará asociado a que se analicen los casos con base en los deberes de respeto y garantía y no con base en la obligación de desarrollo progresivo (lo cual lleva a diferenciar entre “obligaciones de conducta” y “obligaciones de resultado”). Para Melish, la progresividad es un estándar de monitoreo, no utilizable en el litigio. La autora explica que el deber de respeto es una obligación negativa e inmediata, que no depende de los recursos, mientras que el deber de garantía involucra obligaciones positivas que en cierto modo dependen de los recursos de los Estados, tanto frente a derechos civiles como frente a derechos sociales. Resalta entonces que los deberes de respeto y garantía se relacionan con obligaciones de conducta. Por el contrario, la obligación de desarrollo progresivo se evaluaría

²⁹ Ch. Courtis, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, celebrado en San José, Costa Rica, p. 23.

³⁰ Ver los artículos de Ch. Courtis y T. Melish citados, así como, de esta última, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Malcolm Langford, (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, y “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, pp. 213 y ss.

ponderando los resultados alcanzados en la satisfacción de los derechos de la población, lo cual iría más allá de un análisis que se concentre en la conducta del Estado respectivo e involucra dimensiones colectivas no justiciables. Ello dificultaría construir un alegato sobre imputación de responsabilidad internacional en esta materia, dado que, bajo la Convención Americana, el litigio sólo podría ser en relación con obligaciones de conducta frente a dimensiones individuales de estos derechos.

II.2. Aplicación del artículo 26 en casos contenciosos. El caso 5 pensionistas y las críticas a dicho caso

La Comisión Interamericana ha defendido la exigibilidad de algunos derechos sociales a través del artículo 26 en el marco de casos individuales. En el caso *Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua*, relacionado, *inter alia*, con un despido arbitrario posterior al desarrollo de una huelga, la CIDH consideró que “los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los [DESC] tutelados por la Convención Americana en su artículo 26” y que en dicho caso “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en sus derechos económicos y sociales”.³¹

En el caso *Odir Miranda vs. El Salvador*, la Comisión admitió la petición respecto al derecho a la salud, en el marco del artículo 26, pero en el informe de fondo respectivo consideró que no existió violación de este derecho. El caso se relacionaba con 26 personas con VIH a quienes no les fueron suministrados los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida. La CIDH solicitó al Estado la adopción de medidas cautelares urgentes respecto de las víctimas presentadas en el caso, a fin de que se les suministre el tratamiento médico y

³¹ CIDH, Informe No. 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001.

los medicamentos antirretrovirales pertinentes. La Corte Suprema de Justicia salvadoreña dictó una resolución que ordenó la distribución de los medicamentos a los peticionarios a partir de diciembre de 2000. En el año 2003 la Comisión emitió su informe de fondo, el cual fue publicado en 2009. En dicho informe la Comisión consideró que no existió violación del derecho a la salud, al considerar que se habían adoptado medidas para ofrecer el tratamiento médico respectivo.³²

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido que analizar el artículo 26 en algunos casos contenciosos. En el caso *Cinco Pensionistas*, la CIDH alegó que el retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social constituía una violación del artículo 26. La Corte declaró violado el derecho a la propiedad (artículo 21 de la Convención), pero no el derecho a la seguridad social, considerando que “el desarrollo progresivo” de los derechos sociales se debe medir “en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaeciente” (párr. 147), razón por la cual desestimó “la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en Perú, en el marco de (dicho) caso” (párr. 148).

³² CIDH, Informe No. 27/09, Fondo, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros*, El Salvador, 20 de marzo de 2009. En el informe de fondo No. 47/03 la Comisión consideró que “el Estado acreditó... que había tomado las medidas razonablemente a su alcance para ofrecer el tratamiento médico a las personas incluidas en el expediente. La CIDH estima que las acciones del Estado fueron suficientemente expeditas, dentro de las circunstancias, para cumplir dicho objetivo de manera eficaz. No es posible hablar, por lo tanto, de alguna violación directa al derecho a la salud de Jorge Odir Miranda Cortez o de las otras 26 personas identificadas en el Caso 12.249, como hubiera sucedido, por ejemplo, si se demostrara que el Estado se negó a atender a alguno de ellos. Más aún, en el desarrollo del trámite los servicios de salud salvadoreños fueron ampliando la cobertura en forma gratuita a otras personas infectadas con el VIH/SIDA, previo análisis médico. Tampoco se ha alegado que hubiera alguna regresión en el sentido de dejar de conceder algún beneficio a alguno de ellos que tuvieran con anterioridad”.

En relación con este fallo han surgido diversas críticas. Melish considera que “la diferenciación entre “tipos” de obligaciones aplicada a los derechos del capítulo II y del capítulo III [de la CADH], respectivamente –uno enfocado en la apropiada conducta estatal, el otro en los niveles globales de disfrute de los derechos más allá de la conducta de los Estados– es la mayor debilidad de la [Corte IDH] en términos de la adecuada protección de los derechos socioeconómicos”. Melish resalta que la Corte tampoco aplicó a los hechos un análisis sobre las restricciones legítimas respecto al derecho a la propiedad.³³

Courtis criticó la utilización inconsistente de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la que precisamente se señala que la progresividad no niega la justiciabilidad de estos derechos. Además, Courtis señaló que la Corte confundiría la dimensión colectiva de los derechos sociales con su alcance nacional y manifestaría un temor respecto a analizar la totalidad de una política pública en un caso contencioso. Además, crearía una carga adicional para los litigantes relacionada con demostrar la implicación colectiva del planteamiento.³⁴ Muchas críticas resaltan el tipo de autorestricción desarrollado por la Corte en relación con el análisis de políticas sociales, lo cual se considera problemático, dado que la Comisión Interamericana es la competente para efectuar análisis globales sobre la situación de un determinado país a través de sus informes y sus visitas.³⁵

En una primera etapa posterior al caso *Cinco Pensionistas* la Comisión Interamericana reprodujo la visión del desa-

³³ T. Melish, “A Phyrrie Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, *Revista CEJIL*, núm. 1, 2006.

³⁴ Ch. Courtis, “La prohibición de regresividad: apuntes introductorios”, en Ch. Courtis, coord., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*.

³⁵ Ver al respecto el voto razonado del juez Carlos Vicente de Roux en relación con el caso *Cinco Pensionistas*, según el cual la Corte no tiene competencia para monitorear la situación general de derechos humanos de un país, sino para examinar la violación concreta de personas determinadas. Para otras críticas, ver Joaquín A. Mejía R., “Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, núm. 49.

rollo progresivo de los derechos como un aspecto que sólo podía analizarse a la luz de la situación general de la población en un determinado país. Al respecto, en el caso *Cuscul Piraval y otros*, se señaló la imposibilidad de efectuar un análisis global sobre la regresividad a partir de un grupo reducido de personas. Sin embargo, la Comisión indicó que, independientemente de lo señalado respecto al carácter progresivo del derecho a la salud, existía una situación de exigibilidad inmediata de este derecho en relación con el principio de no discriminación, en el sentido de que el Estado no puede garantizar el derecho a la salud de manera discriminatoria. La Comisión consideró que en el caso no había sido sustentada una práctica discriminatoria en este ámbito porque no había sido probado que a las presuntas víctimas se les hubiese negado la atención médica o los medicamentos que a otras personas que estuviesen en la misma situación se les hubieran dado. Tampoco aportaron argumentos o pruebas para sustentar que los pacientes de VIH/SIDA reciben un tratamiento diferenciado, sin una justificación racional, frente a personas que padecen otro tipo de enfermedades. Se declaró entonces la inadmisibilidad del derecho a la salud y del derecho a la igualdad.³⁶

En un caso posterior, la Comisión declaró la admisibilidad de un caso sobre el derecho a la seguridad social, indicando que el incumplimiento de los fallos judiciales dictados en el orden interno en el que se tutelaba el derecho a la seguridad social, del cual las presuntas víctimas afirmaban su titularidad, podría tender a caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención.³⁷ Uno de los comisionados emitió un voto razonado señalando que no existía *prima facie* una presunción razonable de violación al derecho a la seguridad social si se tenía en cuenta el mencionado precedente en el caso *Cinco Pensionistas*.³⁸

³⁶ CIDH, Informe No. 32/05, Petición 642-03, Admisibilidad, *Luis Rolando Cuscul Piraval y otras personas afectadas por el VIH/SIDA*, Guatemala, 7 de marzo de 2005.

³⁷ CIDH, Informe No. 70/04, Petición 667/01, Admisibilidad, *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros* (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación VIASA), Venezuela, 13 de octubre de 2004.

³⁸ Voto del Comisionado Clare Roberts.

Estos problemas y críticas a la aplicación del artículo 26 por la Comisión y la Corte explican que los órganos interamericanos, a través de decisiones adoptadas en 2009 y 2010, hayan intentado precisar con más detalle los alcances de dicho artículo. A continuación se analizan estas decisiones recientes y la forma en que podrían contribuir con una reformulación del debate y de la doctrina establecida en el caso *Cinco Pensionistas*.

II.3. La jurisprudencia interamericana de 2009: ¿un nuevo punto de partida?

En primer lugar, a través del *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*,³⁹ la Corte IDH precisó que el artículo 26 consagra derechos económicos, sociales y culturales exigibles, a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento). Éste es un primer paso para superar gran parte de las dudas del pasado. El énfasis en las obligaciones que se derivan de los derechos sociales será fundamental para analizar la responsabilidad internacional específica respecto a este tipo de derechos. Como punto de partida, la Corte interpretó los trabajos preparatorios de la Convención Americana a partir de las intervenciones efectuadas en 1968 por parte de las delegaciones de Guatemala, Brasil, Uruguay y Chile. Se señaló entonces lo siguiente:

[...] el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 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

³⁹ Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

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”. 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”.

Por otra parte, la Corte señaló que “si bien el artículo 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”. En consecuencia, el artículo 26 está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (llamado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

Respecto a las obligaciones de progresividad y no regresividad, la Corte se refirió a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Si bien la prohibición de regresividad como estándar de protección judicial ha sido objeto de innumerables discusiones,⁴⁰ la Corte, en similar sentido a lo reseñado previamente sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, precisó que la obligación de adoptar medidas para impulsar la progresividad puede ser objeto de rendición de cuentas y aludió a los siguientes estándares:

⁴⁰ Análisis doctrinal exhaustivo en relación con esta figura puede verse en Ch. Courtis, comp., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que “[c]uando estudie una comunicación en que se afirme que un Estado Parte no ha adoptado medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, [...] examinará las medidas, legislativas o de otra índole, que el Estado Parte haya adoptado efectivamente. Para determinar si esas medidas son ‘adecuadas’ o ‘razonables’, el Comité podrá tener en cuenta, entre otras, las consideraciones siguientes: a) [h]asta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; b) [s]i el Estado Parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; c) [s]i la decisión del Estado Parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; d) [e]n caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado Parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; e) [e]l marco cronológico en que se adoptaron las medidas[, y] f) [s]i las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 8.

Como correlato de lo anterior, la Corte precisó criterios para analizar las medidas regresivas, atendiendo a la doctrina del mencionado Comité. Se señaló 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” sociales

“en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles”. Se indicó además que:

[...] [e]n caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) [l]a 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) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y f) [s]i 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”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

La Corte Interamericana reconoció, asimismo, que también en 2009 la Comisión Interamericana había 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”. Este trascendental pronunciamiento de la CIDH, en el *Caso de la Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad*

Social y Otras vs. Perú (Informe No. 38/09)⁴¹ analizó el cambio, a través de una reforma constitucional y legal, en la manera como las presuntas víctimas venían ejerciendo su derecho a la pensión de jubilación. Sí bien no se declaró violación de ningún derecho humano, si se estableció una metodología para el análisis de estos casos.

La CIDH analizó, bajo el artículo 21, la incorporación de los efectos patrimoniales de un régimen de seguridad social en la propiedad (las pensiones y su nivelación entraron en su patrimonio). Además, analizó a la luz del artículo 26 las obligaciones de progresividad de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA. Respecto a la restricción del derecho a la propiedad, la CIDH señaló que se cumplieron con estos requisitos:

- a) Legalidad de la restricción;
- b) Finalidad legítima de la restricción (alcanzar estabilidad financiera y eliminar inequidades), y
- c) Proporcionalidad: la medida es razonable para alcanzar los objetivos sin afectar excesivamente los derechos en conflicto, dado que:
 - Se puede generar ahorro;
 - No hubo prueba sobre los porcentajes de reducción;
 - No se afecta la esencia del derecho (se continúa percibiendo pensión y no hubo expropiación), y
 - No se había hecho contribución especial para obtener los beneficios de nivelación.

Respecto a la prohibición de regresividad se analizó la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida, teniendo en cuenta razones de suficiente peso. Esto significa asumir que la prohibición de regresividad es un principio (un mandato de optimización que se puede ponderar con otros principios) y no una regla (una norma que se aplica bajo las reglas todo/nada, es decir,

⁴¹ Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras vs. Perú*, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

que no toda regresión está prohibida).⁴² La Comisión concluyó que no existía regresividad porque la medida restrictiva:

- Tenía una *finalidad* compatible con la Convención: se buscaba garantizar la viabilidad de un sistema pensionario a futuro y eliminar sus inequidades. En este punto la Comisión resaltó que la pensión más alta era 26 veces mayor a la pensión más baja, mientras que con la reforma se podría reducir esta diferencia a 7. Asimismo, se consideró que establecer topes máximos a pensiones no resulta regresivo en sí mismo mientras que la medida no sea incompatible con el contenido esencial del derecho;
- Afectó un número reducido de pensionistas con la finalidad de mejorar el ejercicio del derecho a la pensión de los demás beneficiarios;
- No se probó que una medida de reajuste de pensión no fuera idónea para mantener el valor adquisitivo de la misma, y
- El tribunal constitucional interno determinó que revisaría si un criterio de sostenibilidad financiera para efectuar reajustes de pensiones de adultos mayores podía llegar a impedir que dicho reajuste se realice, lo cual fue tomado en cuenta por la Comisión considerando el principio de subsidiariedad que gobierna la actuación de los órganos del Sistema Interamericano.⁴³

⁴² Para un mayor desarrollo sobre el rol de la distinción entre reglas y principios para una mejor aplicación judicial de la prohibición de regresividad, ver Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colom-biana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar, coords., *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*.

⁴³ Cabe anotar que el Comisionado Paolo Carozza hizo un voto concurrente razonado en el que rechazó el test propuesto para el análisis de la regresividad de los derechos sociales. Al respecto, señaló que el test propuesto era confuso y que: “al tratar de equilibrar y reconciliar la amplia gama de intereses sociales, recursos y necesidades inherentes al cumplimiento progresivo de los DESC, los Estados pueden adoptar razonablemente un gran número de soluciones compatibles con la protección de los derechos humanos. En este contexto, es importante que los tribunales internacionales eviten extralimitarse en su competencia y reemplazar sus decisiones por

En un caso relativamente similar contra Brasil, la Comisión declaró inadmisibles las peticiones porque consideró que una regresión frente al goce de la pensión era proporcionada en las circunstancias del caso concreto.⁴⁴ El caso se relacionaba con una reforma constitucional que dispuso que los funcionarios públicos jubilados y pensionistas, quienes anteriormente estaban exentos del pago del impuesto llamado “*contribuição previdenciária*”, fueran obligados a pagarlo, al igual que todos los demás funcionarios públicos activos. La Comisión Interamericana constató que no existía el derecho subjetivo a ser eximido de pagar dicha contribución social, relacionada con el principio de solidaridad en el que se enmarca el sistema brasileño de seguridad social. Además, la Comisión aludió a un caso de la Corte Europea respecto a Polonia, el cual se declaró inadmisibles bajo el argumento de que “el pago de premios en el marco de un esquema de seguridad social”, si bien “genera el derecho de derivar beneficios del esquema”, “no puede ser interpretado como otorgando a un individuo el derecho de recibir una pensión de un determinado monto”.⁴⁵

La Comisión constató que la reforma no tuvo como objetivo reducir el monto de los salarios y las pensiones recibidas por las presuntas víctimas jubiladas y pensionistas, sino que se justificó con objeto de asegurar a todos los demás jubilados y pensionistas, actuales y futuros, el derecho a recibir una pensión, en el marco de un sistema contributivo y solidario, en el que todos los participantes deban contribuir, ya sea

las de actores políticos internos, quienes estarían en mejores condiciones de tomar tales decisiones y que por lo general (en sistemas democráticos) tienen que rendir cuentas a sus representados. Al reconocer el principio de subsidiariedad, una entidad internacional como la Comisión debería ser considerada singularmente inidónea para hacer un análisis y revisión detallados de tales decisiones sociales”.

⁴⁴ CIDH, Informe No. 132/09, Inadmisibilidad, Contribución a la seguridad social de funcionarios públicos jubilados y pensionistas —MOSAP y otros, Brasil, 12 de noviembre de 2009.

⁴⁵ En ese caso, el peticionario “mantuvo todos los derechos relativos a su pensión ordinaria, originados de las contribuciones que él había pagado en el marco de su esquema de pensión, por tanto la pérdida de su ‘status de veterano’ no resultó en un perjuicio a la esencia de su derecho a la pensión. [...] Consecuentemente, los medios empleados tuvieron una justificación objetiva y razonable en la experiencia histórica de Polonia y buscaron un fin legítimo, es decir, reglamentar la operación del sistema de privilegios excepcionales existente”.

que se trate de funcionarios activos, jubilados o pensionistas. Por otra parte, la Comisión tomó nota de que la decisión del Supremo Tribunal Federal mantuvo la integridad de los salarios de los funcionarios públicos jubilados y pensionistas, de tal forma que el impuesto no incidía sobre ese monto. En ese sentido, la decisión del Supremo Tribunal Federal habría respetado el concepto de “capacidad contributiva” y tomado en cuenta la realidad de los jubilados y pensionistas más vulnerables. Al declarar inadmisibles el artículo 26, la Comisión señaló que:

[L]a eliminación de la exención del pago de la *contribuição previdenciária* fue razonable una vez que asegura a los actuales jubilados y pensionistas el mantenimiento de las jubilaciones y pensiones, en las condiciones en que fueran otorgadas; [...] tomó en cuenta la realidad de los jubilados y pensionistas más vulnerables; y [...] tuvo como objeto garantizar el derecho de todos a recibir una pensión, en el marco de un sistema de solidaridad. Es decir, fue una reforma constitucional dirigida a fortalecer el sistema de seguridad social, y consecuentemente garantizar el derecho de todos a la seguridad social. En ese sentido, no se desprende de esta petición que la Enmienda Constitucional No. 41/2003 haya significado una regresión o una restricción al derecho a la seguridad social y a la pensión.

Por otro lado, en diversos informes entre 2009 y 2010 la Comisión Interamericana ha ratificado esta interpretación en relación con el artículo 26, remitiendo a las consideraciones emitidas en el informe No. 38 de 2009. Al respecto, en un informe de admisibilidad de 2009⁴⁶ la Comisión indicó que:

[L]a CIDH observa que los hechos descritos por los peticionarios podrían caracterizar una presunta violación al artículo 26 de la Convención Americana, por cuanto el derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la

⁴⁶ CIDH, Informe No. 102/09, *Admisibilidad, Pensionados del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola-Bandesa*, Guatemala, 29 de octubre de 2009.

seguridad social, se encuentra dentro del alcance del referido artículo [Cita al Informe No. 38/09]. En este orden de ideas, la Comisión observa que las acciones u omisiones de diversos órganos estatales podrían haber tenido como resultado una reducción sustantiva en el goce de su derecho a la seguridad social, o incluso la eliminación del sistema de pensiones del cual las presuntas víctimas eran beneficiarias. En consecuencia, y sin prejuzgar sobre este asunto, la CIDH considera pertinente incorporar el artículo 26 de la Convención Americana en el análisis de fondo del presente caso.

Por otra parte, en un informe de admisibilidad sobre la alegada situación precaria de protección en seguridad social y riesgos profesionales para los *Buzos Miskitos*,⁴⁷ la Comisión señaló que:

[...] los hechos descritos por los peticionarios podrían caracterizar una presunta violación al artículo 26 [...], el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que los Estados dedicarán sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: b) El 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. Además, la misma Carta establece en su artículo 50 que los Estados “fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo”. La Comisión observa que, de acuerdo con los hechos alegados, las condiciones laborales de los buzos miskitos no reunirían, si quiera, las mínimas condiciones para asegurar su vida e integridad personal. Por lo anterior, la Comisión considera

⁴⁷ CIDH, Informe No. 121/09, *Admisibilidad, Opario Lemote Morris y otros (Buzos Miskitos)*, 12 de noviembre de 2009.

que de ser probados los hechos reclamados, podrían caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención Americana.

Asimismo, en un informe de 2010,⁴⁸ si bien se declaró inadmisibles un reclamo por el derecho a la vivienda porque el caso específico se relacionaba fundamentalmente con alegadas ejecuciones extrajudiciales, la Comisión señaló que:

[e]l derecho a una vivienda adecuada, [...] es uno de los derechos incluidos en las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales consagradas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y enmendada por el artículo 34.K del Protocolo de Buenos Aires. Por lo tanto, [...] la Comisión Interamericana reitera que es competente *ratione materiae* para examinar las supuestas violaciones de todos los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, incluidos aquellos contenidos en el artículo 26. [...] la obligación derivada del artículo 26 de la Convención Americana, significa un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención [Cita al Informe No. 38/09]. A pesar de lo anterior, el peticionario no ha presentado información o argumentos que demuestren que la falta de vivienda de las supuestas víctimas en el momento en que ocurrieron los ataques, el 19 y 22 de octubre, constituyó una regresión o restricción del derecho de toda la población de contar con una vivienda adecuada, y tampoco ha presentado el peticionario información o ha respaldado de alguna manera, cómo los ataques contra las 13 supuestas víctimas tenderían a caracterizar una violación de su derecho individual a una vivienda adecuada.

⁴⁸ CIDH, Informe No. 38/10, *Admisibilidad, Ivanildo Amaro Da Silva y otros*, Brasil, 17 de marzo de 2010.

En conclusión, la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte ha ido precisando los alcances que puede tener la aplicación del artículo 26 en casos contenciosos específicos. Corresponderá analizar en el futuro el impacto que puedan tener en la jurisprudencia estas precisiones efectuadas a partir de 2009, las cuales ofrecen mayores elementos para el control judicial de políticas sociales según las circunstancias concretas de daños a dimensiones individuales de los DESC.

III. JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN RELACIÓN CON DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Una alternativa distinta a la determinación de derechos sociales a partir del artículo 26, se puede encontrar en decisiones interamericanas que se pronuncian sobre el alcance de estos derechos a través de los derechos civiles y políticos. Al respecto, cabe resaltar que el párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, señaló de manera categórica que: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.⁴⁹ En varios casos ante la Corte Interamericana se ha utilizado un criterio de interdependencia para garantizar derechos sociales.

III.1. Utilización del concepto “vida digna”

En el caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, referido a la ejecución extrajudicial de “niños de la calle” que vivían en una situación de pobreza y privados de mínimas condiciones

⁴⁹ A/CONF.157/23 12 de julio de 1993.

de una vida digna, la Corte desarrolló una interpretación amplia del derecho a la vida para incluir en él las condiciones dignas de existencia: “[e]n esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.⁵⁰

Este criterio fue reiterado en el caso del *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, donde la Corte analizó la situación de niños privados de su libertad. Algunos de ellos habían fallecido en diversas circunstancias ocurridas en el centro de reclusión. La Corte IDH consideró que “la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad”⁵¹ y, en consecuencia, “un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y educación” (párr. 161). Cabe resaltar que en dicho caso los representantes de las víctimas alegaron la violación del artículo 26 por la no garantía de niveles mínimos de satisfacción de los derechos sociales y el Estado se allanó frente a dicho derecho. Sin embargo, para fijar el alcance del derecho a la vida, el Tribunal tuvo en cuenta derechos sociales consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, razón por la cual consideró innecesario pronunciarse, en el caso concreto, respecto al artículo 26.

Otros casos se relacionan con violaciones de derechos a comunidades indígenas. Una comunidad indígena reclamó

⁵⁰ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

⁵¹ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160.

al Estado de Paraguay la devolución de sus tierras ancestrales, indicando que se encontraban viviendo fuera de ellas, en condiciones de extrema pobreza. Entre estas condiciones se encontraban factores tales como el desempleo, la desnutrición, condiciones de vivienda deficientes y dificultades en el acceso a los servicios de agua potable o a servicios de salud.

Se trata del caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*,⁵² donde la Corte IDH consideró que el derecho a la vida implica el acceso a condiciones que posibiliten una existencia digna. Con base en esta consideración, entendió procedente evaluar si el Estado había cumplido o no con sus obligaciones positivas en relación al derecho a la vida “a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la [CADH], en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud), 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano), 12 (Derecho a la Alimentación), 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo de San Salvador y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT” (párr. 163).

Al analizar los hechos del caso, el Tribunal entendió que las condiciones de miseria en que se encontraba la comunidad y la afectación que ello tenía en la salud y alimentación de sus miembros, afectaba la existencia digna de los mismos. Consideró que tal situación, en las circunstancias del caso, era atribuible al Estado ya que, entre otros motivos, no había adoptado las medidas positivas necesarias para asegurar que estas personas tuvieran las condiciones de vida compatibles con su dignidad, pese a tener conocimiento de la situación en que se encontraban (párrs. 162 a 171 y 176). En esta lógica de interdependencia, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la salud (“el cuidado de la salud”), junto con el derecho a la educación, es un pilar “fundamental [...] para garantizar el disfrute de una vida digna”.⁵³ De otro lado, la Corte utilizó el artículo 26

⁵² Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

⁵³ En este caso la Corte hizo el análisis con respecto a la vida digna de los niños en tanto grupo vulnerable que no siempre tiene al alcance los medios necesarios para

en su análisis de la violación del derecho a la vida. El Tribunal señaló que la obligación de “generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”, es un deber para cuya verificación, en el caso concreto, sería necesario tener en cuenta, *inter alia*, el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención y algunos derechos sociales establecidos en el Protocolo de San Salvador.⁵⁴

En jurisprudencia reciente, la Corte ha profundizado en este análisis sobre el derecho a una vida digna en relación con el deber de prevención y la teoría del riesgo como referente de imputación de responsabilidad internacional al Estado. En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*,⁵⁵ el Tribunal acreditó que desde finales del siglo XIX las tierras del Chaco paraguayo habían sido transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente en estancias, obligando a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores a concentrarse en las mismas. Tal fue el caso de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, cuya vida al interior de una estancia se vio condicionada y en los últimos años los miembros de la Comunidad estuvieron cada vez más restringidos para el desarrollo de su modo de vida, de sus actividades tradicionales de subsistencia y en su movilidad dentro sus tierras tradicionales. La cacería se prohibió por completo, el propietario privado contrató a guardias particulares que controlaban sus entradas, salidas y desplazamientos, y no pudieron practicar actividades como la pesca o la recolección de alimentos.

Desde 1990 los líderes de la comunidad habían iniciado el reclamo administrativo de sus tierras y en 2008 un reclamo judicial, sin lograr su recuperación. En 2008 la “estancia” fue declarada como un Área Silvestre Protegida bajo dominio

la defensa eficaz de sus derechos. Ver Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 86.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 162 y 163.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

privado, sin consultar a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial. La Corte Interamericana estableció que en virtud de la historia de ocupación por parte de la Comunidad, la toponimia de la zona otorgada por sus miembros, las conclusiones de los estudios técnicos realizados al respecto, así como las consideraciones relativas a la idoneidad de dichas tierras para el desarrollo de la Comunidad, la porción de 10,700 hectáreas reclamadas por la Comunidad constituían sus tierras tradicionales y, conforme a esos estudios técnicos, eran las más aptas para el asentamiento de la misma. La Corte resaltó que los procedimientos administrativos, ante el Congreso, y los de índole judicial habían sido inefectivos para garantizar el respeto de sus tierras tradicionales.

Respecto al tema que nos ocupa, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad Xákmok Kásek. Consideró que esta situación está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y autosostenibilidad de los miembros de la Comunidad, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no sólo distinta a sus pautas culturales, sino que los colocó en la miseria. En el caso concreto, el Tribunal estableció que los informes elaborados por instituciones estatales e, incluso, un decreto presidencial, permitían inferir que el Estado conocía del grave riesgo en el que se encontraba la Comunidad. En consecuencia, la Corte declaró que el Estado no había brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del derecho a una vida digna de miembros vivos de la Comunidad que se encontraban en situaciones de extrema pobreza.

Es importante resaltar que la Corte Interamericana retoma los estándares del Comité de DESC de Naciones Unidas al valorar los problemas que enfrentaban las víctimas con relación a los derechos sociales mencionados. Por otro lado, éste es un enfoque parcialmente distinto al mencionado con anterioridad en lo que se refiere a la omisión de garantizar una vida digna. En efecto, la atribución de responsabilidad en el caso Xákmok Kásek respecto a temas de salud, alimentación y otros temas de subsistencia, surge a partir del riesgo conocido por el Estado y el deber de prevención correspondiente. No todo tipo de afectación grave a la subsistencia sería atribuible al Estado, sino aquel que éste conocía y podía prevenir.⁵⁶

Por otra parte, en lo tocante a ciertos fallecimientos ocurridos en la Comunidad, el Tribunal observó que, a partir del reconocimiento de la competencia de la Corte por el Estado el 11 de marzo de 1993, varios miembros de la Comunidad fallecieron por enfermedades que eran de fácil prevención si hubieran recibido asistencia periódica y constante o un control adecuado de salud. Además, resaltó que las principales víctimas fueron niños y niñas en las primeras etapas de su vida, con quienes el Estado tenía deberes superiores de protección. Al tener en cuenta lo anterior y con relación a los decesos, la Corte declaró que el Estado violó el derecho a la vida, porque no adoptó las medidas necesarias y esperadas, dentro del ámbito de sus atribuciones, para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida.

III.2. Protección judicial efectiva y garantías de debido proceso legal en relación con los derechos sociales

La jurisprudencia interamericana ha desarrollado estándares sobre la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar derechos sociales, el debido proceso legal en sede

⁵⁶ Melish critica esta conclusión de la Corte en el marco de su insistencia en diferenciar entre obligaciones de conducta y obligaciones de resultados. Señala que la Corte atribuyó responsabilidad internacional por resultados sin analizar la razonabilidad en la conducta estatal. Ver T. Melish, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, *op. cit.*

administrativa y en procesos judiciales sobre derechos sociales, así como la tutela judicial efectiva pertinente en estos ámbitos. En septiembre de 2007 la Comisión Interamericana adoptó un informe específico sobre este tema, en el cual se sistematizan los pronunciamientos relevantes hasta ese momento.⁵⁷

En primer lugar, en lo que se refiere a la obligación de remover obstáculos económicos o financieros para garantizar el acceso a los tribunales, la CIDH señaló que es común que “la desigual situación económica o social de los litigantes se reflej[e] en una desigual posibilidad de defensa en juicio”. En este punto, aspectos tales como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso, resultan de importante valor instrumental para la exigibilidad de los DESC. Por ello, si se retoman pronunciamientos tales como la Opinión Consultiva OC-11 de la Corte IDH sobre excepciones al agotamiento de recursos internos,⁵⁸ la CIDH indicó que debería proceder asistencia legal gratuita teniendo en cuenta: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso, y c) la importancia de los derechos afectados. Además, se indicó que ciertas acciones judiciales –como algunas acciones constitucionales– requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento.

Por otro lado, se analizó la forma en que los costos del proceso, sea éste judicial o administrativo, y la localización de los tribunales, son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales. Ello ocurrió en el *Caso Cantos vs. Argentina*, analizado por la Corte IDH,⁵⁹

⁵⁷ CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 del 7 de septiembre 2007.

⁵⁸ Corte IDH, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-11/90*, del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

donde la tasa que se le cobraba a una persona para poder litigar era tan desproporcionada como para limitar excesivamente su acceso a la justicia. De otra parte, la CIDH ha señalado que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también “económico” o asequible, en particular, cuando quien intenta la revisión de su queja forma parte de un grupo en situación de vulnerabilidad, como fue recomendado en el informe sobre *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*.⁶⁰

Si se tiene en cuenta este último informe, en particular en lo que se refiere a mujeres afrodescendientes y pueblos indígenas, la CIDH resaltó la necesidad de identificar situaciones estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la sociedad. En estos casos, la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela.

En segundo lugar, la CIDH analizó los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales. En particular, se analizaron casos que involucran derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, derechos de los inmigrantes y derechos vinculados a la protección del ambiente. En dichos casos, tanto la CIDH como la Corte IDH han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos en los que se determinan los derechos de las personas.

En este punto cabe resaltar el caso *Baena Ricardo vs. Panamá*,⁶¹ en el que el Gobierno despidió 270 empleados que

⁶⁰ OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. No. 72

participaron en una manifestación utilizando la aplicación retroactiva de leyes. En este caso la Corte analizó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical. Asimismo, señaló que “los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana”.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha considerado que entre los elementos que componen el debido proceso legal-administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para determinar los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: el derecho a ser asistido jurídicamente, a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas. La Comisión Interamericana también ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso como un componente básico de la garantía. Además, la CIDH precisó el contenido del *derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto* y el *derecho al plazo razonable del proceso*. Es de resaltar que en la jurisprudencia reciente de la Corte se ha precisado el alcance del “deber de motivar” las decisiones que afectan los derechos tanto en sede judicial como administrativa.⁶²

Otro aspecto analizado en el informe se relaciona con el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos sociales. Este derecho exige que los Estados brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva. Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas por

⁶² Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182 y Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

el ordenamiento jurídico han sido pensadas para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. La CIDH precisó la necesidad de procedimientos judiciales que no presenten condiciones u obstáculos que le quiten efectividad para cumplir con los fines para los que fueron previstos. Sobre esto último, la CIDH resaltó algunos casos relacionados con asegurar la *efectiva ejecución de las sentencias* que emite el Poder Judicial de cada Estado.

Éste es un tema que ha sido analizado por la Corte en el mencionado caso *Acevedo Buendía* y en el caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Este último caso se relacionaba con sentencias emitidas en el ámbito interno que no habían sido cumplidas en relación con trabajadores despedidos por no haber concurrido a evaluaciones, o no haberlas superado, personas que fueron cesadas por participar en una huelga que fue declarada ilegal y quienes fueron cesados como consecuencia de la liquidación de una empresa. Al respecto, la Corte consideró que las violaciones por el incumplimiento de sentencias eran particularmente graves, ya que implicaron que durante muchos años se afectaron derechos laborales amparados en las mismas. Sin embargo, no analizó la alegada violación del artículo 26 e indicó que dichas afectaciones serían tenidas en cuenta al pronunciarse sobre las reparaciones.⁶³

Más adelante, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, 257 trabajadores cesados habían agotado recursos en la vía contencioso-administrativa, recursos de revisión administrativa y acción de amparo contra las resoluciones que los cesaron, entre otros recursos administrativos y judiciales. La Corte consideró que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un ac-

⁶³ Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144.

ceso efectivo a la justicia.⁶⁴ Ahora bien, los intervinientes comunes alegaron que el Estado era responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, para lo cual se basaron en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo, del derecho a una remuneración y de los demás beneficios laborales, la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social, el cese de acumulación de sus años de servicio, lo cual impidió que muchos de ellos accedieran a su jubilación, así como efectos graves en su salud. Sin embargo, la Corte señaló que el objeto de la Sentencia no fue determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, razones que explican el que no se estimara pertinente un pronunciamiento sobre la violación del artículo 26 de la Convención.

III.3. Deber de protección: obligación de garantizar una inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios públicos que involucran derechos sociales

En el Sistema Interamericano se ha establecido responsabilidad internacional del Estado ante la falta de la debida inspección, vigilancia y control relacionadas con la prestación de servicios de salud. Si bien los casos tienen que ver con violaciones al derecho a la vida o al derecho de acceso a la justicia, el estándar es útil para entender los alcances del deber de garantía respecto a los derechos sociales.

En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*,⁶⁵ relacionado con la muerte de una persona con discapacidad mental mientras permanecía bajo cuidado de una casa de reposo, la Corte IDH señaló que los Estados tienen el deber de asegurar una

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. Al respecto, precisó lo siguiente:

86. Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional,⁶⁶ de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad.

En relación con la obligación de inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio de salud, luego de precisar que es posible atribuir la responsabilidad internacional estatal por los actos de terceros que prestan servicios públicos, el tribunal interamericano resaltó “el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicios de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción”, deber que “abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud” (párr. 141).

Estas consideraciones fueron reiteradas en el Caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*,⁶⁷ relacionado con un caso de mala praxis médica. En este fallo el Tribunal señaló que “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la su-

⁶⁶ Cf. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comisión de Derecho Internacional, 53o. sesión, 2001. Documento de la ONU A/56/10.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

pervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado)”, 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” (párr. 119).

III.4. El principio de no discriminación y los derechos sociales

El principio de igualdad y no discriminación constituye una herramienta fundamental para la justiciabilidad de los DESC, particularmente desde el punto de vista de la igualdad material y la lucha contra la discriminación de facto. La obligación de no discriminar es de efecto inmediato y su cumplimiento no puede ser eludido bajo el argumento de la progresividad o de la escasez de recursos.

Al respecto, en su opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, la Corte expresó que “[l]os Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas”.⁶⁸ En particular, el Tribunal consideró que el principio de no discriminación prohíbe a los Estados negar derechos fundamentales de los trabajadores basándose en su estatus migratorio.

En sentido similar, en el caso de las Niñas Yean y Bosico,⁶⁹ si bien los representantes alegaron la violación del artículo 26 y la Corte no declaró la violación de dicho artículo, sí se fijaron estándares relevantes en materia de no discriminación. El Tribunal señaló la vulnerabilidad a que fueron expuestas las niñas como consecuencia de la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica. Se indicó al respecto que en la niña Violeta Bosico lo anterior también se reflejó en

⁶⁸ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 172.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. No. 130.

que se le impidió estudiar durante el periodo escolar 1998-1999 en la tanda diurna de su escuela, ya que al no contar con su acta de nacimiento, se vio forzada a estudiar durante ese periodo en la escuela nocturna para mayores de 18 años. Este hecho, a la vez, agravó su situación de vulnerabilidad, ya que ella no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, para estudiar en el horario que le sería adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas. De acuerdo con el deber de protección especial de los niños, consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, la Corte consideró que el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual. Como se observa, el artículo 26 no se aplicó de forma directa, pero si se interpretó en conjunto con otros artículos relevantes sobre el derecho a la educación en relación con la discriminación ocurrida en dicho caso. Sin embargo, diversas críticas señalan que la Corte debía analizar la violación directa del derecho a la educación a la luz del artículo 26 y no diluir la valoración de este derecho en otros elementos.⁷⁰

En el *Caso Yean y Bosico* también se indicó que el derecho a la igualdad puede involucrar el análisis del impacto discriminatorio de una política que parezca neutral en su formulación. El Tribunal señaló que:

⁷⁰ En este sentido, Tara Melish señaló que el rechazo por parte de la escuela con base en un criterio arbitrario y discriminatorio generaba la violación directa del derecho a la educación. Señaló entonces que sin una clara determinación de la responsabilidad específica frente a este derecho, la Corte sólo ordenó como reparación las reformas a los procedimientos para otorgar registros de nacimiento y perdió la oportunidad de ordenar un remedio relacionado con las reformas al uso de registros de nacimiento en escuelas públicas. Ver T. Melish, "The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity", *op. cit.*

[...] el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

Un desarrollo jurisprudencial importante en esta materia puede encontrarse en el caso *Campo Algodonero*, emitido por la Corte Interamericana en noviembre de 2009.⁷¹ Dicho caso involucra muchos elementos de análisis que escapan al objeto del presente texto. Por lo pronto, interesa resaltar los aportes de este caso a la noción de discriminación estructural y el potencial de este concepto para impulsar la justiciabilidad de los DESC.

El caso se relacionaba con tres víctimas de feminicidio, esto es, asesinato por motivos de género, en Ciudad Juárez (México). Las tres víctimas en el caso eran mujeres jóvenes de 20, 17 y 15 años, respectivamente, todas humildes, una estudiante, las otras dos trabajadoras. Salieron de su casa un día y sus cuerpos fueron encontrados días o semanas más tarde en un campo algodonero, con signos de violencia sexual y otro tipo de maltrato.

La Corte adelantó un extenso análisis del contexto en el que se enmarcaban las agresiones sufridas por estas tres víctimas. En uno de los apartados de la sentencia, el Tribunal se refirió a la “violencia contra la mujer como forma de discriminación” y utilizó precedentes importantes del derecho internacional aplicable.

⁷¹ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Así por ejemplo, la Corte resaltó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en el caso *Opuz vs. Turquía* que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”. La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Europeo aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra *que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado* entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación. La Corte Europea constató que en el lugar en que vivía la peticionaria se presentaba el número más alto de víctimas de violencia doméstica, que las víctimas eran todas mujeres, que la mayoría de las víctimas eran del mismo origen y, además, que las mujeres víctimas enfrentaban problemas cuando denunciaban la violencia, como el hecho de que los policías no investigaban las denuncias, sino que asumían que dicha violencia era un “tema familiar”.⁷²

Seguidamente, el Tribunal Interamericano recordó su fallo emitido en el caso del *Penal Castro Castro vs. Perú*. En dicho caso, la Corte señaló que las mujeres detenidas o arrestadas “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”, que “deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas”, que las mujeres embarazadas y en lactancia “deben ser proveídas con condiciones especiales”. Dicha discriminación incluye “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, ame-

⁷² ECHR, *Case of Opuz v. Turkey*, Judgment of June 9th 2009, parrs. 180, 191 y 200.

nanzas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.⁷³

Al tener en cuenta lo anterior, la Corte constató que el Estado mexicano había señalado ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que la “cultura de discriminación” de la mujer “contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”. Además, el Estado también había señalado que esta cultura de discriminación contra la mujer estaba basada “en una concepción errónea de su inferioridad”.

La Corte Interamericana también tuvo en cuenta que el mismo Estado había reconocido que en Ciudad Juárez existía una “cultura de discriminación” que influyó en los homicidios de las mujeres. Además, el Tribunal había constatado que al momento de investigar lo ocurrido con las víctimas, había quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que tales mujeres eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción estatal al inicio de la investigación, permitía concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias debidas a la impunidad del caso, reproducía la violencia que se pretendía atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia.

Por ello, la Corte Interamericana señaló que la impunidad de los delitos cometidos enviaba el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, además del sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como su desconfianza persistente en el sistema de administración de justicia. Al respecto, el Tribunal resaltó lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” en el sentido de que:

⁷³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, párr. 303.

[L]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.⁷⁴

De modo semejante, la Corte Interamericana consideró que el estereotipo de género se refiere a una concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Considerando que se había acreditado la cultura de discriminación que subyacía a la violencia ejercida, el Tribunal señaló que era posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. Estas condiciones se agravan cuando, de manera implícita o explícita, los estereotipos se reflejan en políticas y prácticas, en particular en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como había ocurrido en dicho caso. La Corte concluyó que la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

Ahora bien, a partir de lo anterior, y en el acápite relacionado con reparaciones, la Corte derivó uno de los estándares más importantes en su jurisprudencia reciente: el concepto de *reparación transformadora*. El Tribunal Interamericano recordó que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación ante-

⁷⁴ CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.

rior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, la Corte señaló que, teniendo en cuenta la situación de *discriminación estructural* en la que se enmarcaban los hechos ocurridos, las reparaciones debían tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un *efecto no sólo restitutivo, sino también correctivo*.

En este sentido, la Corte señaló que no era admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Por ello, entre las medidas de reparación se incluyeron algunas orientadas específicamente a identificar y eliminar los factores causales de discriminación. Además, el Tribunal resaltó que las reparaciones debían tener una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres.

Como un ejemplo en el que se aplicaron dichos criterios, si bien la Corte valoró de forma positiva diversas actividades de formación a funcionarios públicos impulsadas por el Estado, señaló que una capacitación con perspectiva de género implica no sólo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana. Dicho Tribunal consideró que, en particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos. Por esta razón, las capacitaciones tenían que involucrar formación dirigida a superar estereotipos sobre el rol social de las mujeres y debían tomar en cuenta cómo ciertas normas o prácticas en el derecho interno, sea intencionalmente o por sus resultados, tienen efectos discriminatorios en la vida cotidiana de las mujeres.

Otra proyección de las reparaciones transformadoras para enfrentar la discriminación estructural se refleja en la orden de realizar un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua (donde se encuentra Ciudad Juárez), con el fin de superar la situación de

discriminación mencionada. Cabe observar que, por regla general, la Corte Interamericana ordena cursos de capacitación dirigidos a funcionarios públicos, pero nunca se había pronunciado sobre actividades de formación para un grupo poblacional general.

Esta extensa reseña de algunos elementos de lo decidido en el caso *Campo Algodonero* tiene como objetivo resaltar el rol de la discriminación estructural en un litigio. En efecto, el caso es un ejemplo de la necesidad de enmarcar ciertas violaciones de derechos sociales en un contexto específico, que permite atribuir responsabilidades en diversos frentes y que, por lo mismo, exige una respuesta reparatoria que va mucho más allá de transformaciones solamente dentro de las instituciones estatales.

En sentido semejante, en otro caso la Corte Interamericana retomó el principio de no discriminación y su relación con las violaciones a derechos humanos que había sufrido una comunidad que se encontraba en situación de extrema pobreza. Ello fue importante para visibilizar los alcances de la mortalidad materna como una violación de derechos humanos.

Se trata del mencionado caso *Xákmok Kásek*.⁷⁵ Tal como ha sido señalado (*supra*), las víctimas habían sido privadas de sus tierras ancestrales y, debido a ello y a otros factores, sus miembros se encontraban en situación de extrema pobreza. La Corte precisó que:

En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y *no sólo de manera formal*; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria.

Todo lo anterior evidencia una *discriminación de facto* en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que el Tribunal declara violados en esta Sentencia. Asimismo, se evidencia que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. (cursivas fuera de texto).

Con respecto a una víctima que había fallecido por causas específicas propias de la mortalidad materna, la Corte resaltó la relación entre la mortalidad materna, los derechos humanos, la discriminación y la pobreza:

Respecto a la muerte de Remigia Ruiz, quien falleció en 2005 a los 38 años de edad, y quien se encontraba embarazada y no recibió atención médica, muestra varias de las características propias de casos de mortalidad materna, a saber: muerte durante el parto sin adecuada atención médica, situación de exclusión o pobreza extrema, falta de acceso a servicios de salud adecuados, falta de documentación sobre la causa de la muerte, entre otros. Al respecto, la Corte resalta que la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna.⁷⁶ Por ello, los Es-

⁷⁶ La Corte citó en este punto el informe específico del Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud en relación con la mortalidad maternal. Cf. Paul Hunt, *Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health*, A/HRC/14/20/Add.2, 15 de abril de 2010. Se precisó entonces que “se considera mortalidad materna la muerte de la mujer a causa de su embarazo o dentro de los 42 días siguientes a la terminación del mismo inde-

tados deben brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y post-parto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección.⁷⁷

Como se observa, la Corte Interamericana ha enmarcado cierto tipo de violaciones a los instrumentos interamericanos en el marco de un análisis de discriminación estructural. Ello le ha permitido visibilizar el componente discriminatorio de la pobreza, aspecto directamente relacionado con la justiciabilidad de los derechos sociales. Por supuesto, surgen diversos debates sobre cuál es la mejor metodología para analizar la responsabilidad internacional del Estado frente a la pobreza. No es claro si una visión anclada en el riesgo conocido por el Estado constituya, a la postre, una carga mayor para el litigante, que estaría obligado a probar el conocimiento del mencionado riesgo. Ello ofrece particular dificultad en muchos casos, donde precisamente la extrema miseria de las víctimas genera obstáculos para obtener un número importante de pruebas. También se discute hasta qué punto resultaría un enfoque más integral el tomar la situación de vulnerabilidad como referente para construir la imputación de responsabilidad. Estos aspectos tendrán que ser valorados en casos futuros y, según cada metodología, podrá irse precisando el tipo de cargas probatorias que corresponden al litigante o al Estado demandado.

pendientemente de la duración y el sitio del embarazo, debido a cualquier causa relacionada con o agravada por el embarazo mismo o su atención, pero no por causas accidentales o incidentales”.

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, *op. cit.*

III.5. Otros derechos civiles instrumentales para prevenir violaciones de derechos sociales: ejemplos en relación con la libertad de asociación y el acceso a la información

Los derechos relacionados con las libertades de asociación y expresión, la participación política y el acceso a la información permiten el control del ejercicio abusivo del poder y garantizan la rendición de cuentas por parte de los poderes públicos. Por esta razón son importantes para la justiciabilidad indirecta de los DESC.

Cabe resaltar en este punto la jurisprudencia interamericana sobre el *acceso a la información* como derecho instrumental para el control ciudadano de las políticas sociales. En el caso *Claude Reyes y otros*,⁷⁸ la Corte IDH analizó el caso de tres ciudadanos que acudieron ante el Comité de Inversiones Extranjeras de Chile para solicitar información de interés público, relacionada con un contrato de inversión extranjera celebrado con el fin de desarrollar un proyecto de impacto ambiental. El Tribunal consideró que, en el marco del derecho a la libertad de expresión, la Convención Americana protege los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones” y, por ende, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. En consecuencia ese artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Por otro lado, la Corte precisó los requisitos que debe cumplir una restricción del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, en particular aquellos de legalidad, finalidad convencional, necesidad y estricta proporcionalidad. La Corte consideró que en dicho caso la restricción aplicada al acceso a la información no se basó en una ley ni tampoco respondía a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni era necesaria en una sociedad democrática, máxime si la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos para restringir el acceso a tal información. La Corte resaltó que:

[...] el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso. [...] Para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.

Por último, en el mencionado caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, y en los casos relacionados con la ejecución extrajudicial de los líderes sindicales *Huilca Tecse vs. Perú*⁷⁹ y *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*,⁸⁰ la Corte estableció la violación del artículo 16 de la Convención Ameri-

⁷⁹ Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 3 de marzo de 2005.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de julio de 2007 No. 167

cana. A partir de ello, el Tribunal hizo algunas precisiones sobre la relación de este artículo con la libertad sindical. En el caso *Baena* se señaló que:

[...] la libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad. [...] Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos.

A continuación, en el caso *Huilca* se indicó que las obligaciones positivas frente a la libertad de asociación exigen “prevenir los atentados contra la misma, [...] proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad”. Además, con base en lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, la Corte indicó que “la libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona”.⁸¹ En relación con esto último, en el caso *Cantoral* se indicó que:

[...] la ejecución de Saúl Cantoral Huamaní y Consuelo García Santa Cruz tuvo un efecto amedrentador e intimidante en los trabajadores del movimiento sindical minero

⁸¹ Cf. *Caso Huilca Tecse*, párr. 75.

peruano. En un contexto como el del presente caso, tales ejecuciones no restringieron sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de un grupo determinado para asociarse libremente sin miedo o temor, es decir, se afectó la libertad de los trabajadores mineros para ejercer este derecho. Por otra parte, dicho efecto intimidante se acentúa y hace mucho más grave por el contexto de impunidad que rodea al caso.

El “efecto amedrentador e intimidante” para el ejercicio de la libertad de asociación fue reiterado al analizar el asesinato de la defensora del medio ambiente, Blanca Jeannete Kawas.⁸²

III.6. Críticas a la estrategia basada en los derechos civiles y políticos

Debe señalarse que esta opción en la que se adelanta la protección judicial de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos por medio del principio de interdependencia ha sido criticada por autores que consideran que ello puede constituir una disminución del ámbito de protección de cada derecho social en particular, dado que existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos.⁸³ En este sentido, podría perderse la especificidad tanto de los derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo), como de los derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades).

⁸² Corte IDH, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

⁸³ Sobre este punto, ver T. Melish, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, en *op. cit.*, pp. 215-217, y también de la misma autora, “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en *op. cit.*

IV. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SINDICALES Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”

El Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), enuncia una amplia lista de tales derechos. En su artículo 19 el Protocolo determina diversos medios de protección. En primer lugar, se acuerda la presentación de un sistema de informes periódicos acerca de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos establecidos en el Protocolo. En segundo lugar, el Protocolo determina la posibilidad de utilizar el sistema de peticiones individuales en relación con la violación de algunos derechos sindicales y el derecho a la educación.

Hasta el momento no se ha declarado la violación de este Protocolo, sin embargo existen diversos informes en los que se han admitido casos que involucran la posible violación de artículos de este instrumento.⁸⁴ El Protocolo es adicional a la Convención Americana, por lo que sólo pueden ser partes del mismo aquellos Estados parte del Pacto de San José. Es el documento del SIDH que en forma más amplia y detallada enuncia los DESC y corresponde entender que complementa y no disminuye la protección en derechos sociales establecida por la Convención Americana en su artículo 26.⁸⁵

⁸⁴ CIDH, Informe No. 39/02, *Admisibilidad, Petición 12.328, Adolescentes en Custodia de la FEBEM*, Brasil, 9 de octubre de 2002 (incluye la posible violación del artículo 13 del Protocolo sobre derecho a la educación); CIDH, Informe 23/06, *(Admisibilidad) Miembros del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Educación (ATRAMEC) vs. El Salvador* (incluye la posible violación del artículo 8.1.a del Protocolo sobre derechos sindicales por denegar a los miembros del sindicato de educadores su derecho a asociarse colectivamente debido a una prohibición constitucional a la sindicación para funcionarios estatales), y CIDH, Informe 55/07 *(Admisibilidad), Comunidad indígena Kelyemagategma del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros vs. Paraguay*, 24 de julio de 2007 (incluye la posible violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador por la falta de acceso a la educación básica de las niñas y niños de la comunidad debido a la violencia que les obligó a desplazarse desde sus tierras tradicionales).

⁸⁵ En este sentido Salvioli ha señalado que “[l]a aplicación de cláusula más favorable a la persona humana encuentra su recepción en el artículo cuatro del Protocolo de

V. CONSIDERACIONES FINALES

Al tener en cuenta las decisiones adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se han mencionado, es posible afirmar que la justiciabilidad de los DESC en el Sistema Interamericano es un hecho aceptado. Un aporte importante de las decisiones interamericanas ha sido traducir en consecuencias jurídicas concretas el principio de la interdependencia de los derechos e impulsar estándares para abordar la discriminación histórica y estructural que sufren muchos grupos en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, aún persisten diversos debates sobre los alcances de las normas aplicables y, en particular, sobre cuál es la dogmática que permitiría una protección judicial óptima de estos derechos. En el texto se han explicado casos sobre derechos sociales en los que se ha analizado el artículo 26 de la Convención, otros casos donde se han utilizado derechos civiles y políticos y el emergente litigio a partir del Protocolo de San Salvador.

A pesar de la falta de claridad en algunos precedentes, lo cierto es que existen las bases para impulsar fallos que no reproduzcan los falsos supuestos respecto a las diferencias entre derechos civiles y políticos y DESC. Entre los principales problemas a superar se encuentra el no analizar cada derecho social a la luz de conductas estatales específicas en las que se debe concretar la obligación de respeto y garantía de estos derechos. Se critica entonces a aquellos enfoques que tratan de encajar el análisis sobre disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los derechos sociales en elementos del derecho a una vida digna o el derecho a la in-

San Salvador. En virtud de dicha cláusula, no cabe alegar este instrumento para restringir o menoscabar el ejercicio de un derecho reconocido tanto en el plano interno como en otro instrumento internacional. Derivado de este principio, deviene insostenible cualquier postura que pretenda realizar una mirada restringida de la protección [de los DESC] desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos utilizando como argumento la adopción o la letra del Protocolo de San Salvador”. Cf. Fabián Salvioli, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, núm. 39, enero-junio, 2004, pp. 109, 112, 114 y 115.

tegridad, cuando claramente superan una discusión sobre la subsistencia mínima. Será necesario involucrar, tanto en el litigio como en la jurisprudencia, estándares basados en juicios de proporcionalidad y razonabilidad sobre medidas arbitrarias que vulneran los derechos sociales.

Por último, otra importante tarea hacia el futuro se relaciona con el impulso del control judicial de políticas sociales en el marco de un análisis específico de la situación individual de las víctimas concretas de cada caso. En mi opinión, este desafío no se presenta sólo en relación con los DESC. Durante los últimos años la jurisprudencia de la Corte ha utilizado un juicio estricto de proporcionalidad para el análisis de ciertas restricciones a derechos civiles y políticos. Al respecto, las variables que exige analizar un juicio de ponderación ofrecen una complejidad similar a la que enfrenta una valoración del impacto de una política social. Por esta razón se deben seguir ejemplos como el del caso *Reverón Trujillo*, sobre independencia judicial.⁸⁶ En dicho caso, para concluir que un criterio de libre remoción de jueces provisorios era contrario a la Convención Americana, la Corte tuvo en cuenta el porcentaje global de jueces provisorios en el país respectivo al momento de los hechos, los años que había demorado un proceso global de reestructuración judicial sin lograr los efectos que se proponía y los efectos de dicha reforma respecto a la garantía contra presiones externas hacia los jueces.⁸⁷ Este ejemplo, así como el de otros casos que exigen una valoración global sobre la situación de contexto de un determinado caso, ilustran que el desafío está en incorporar frente a dere-

⁸⁶ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

⁸⁷ Así por ejemplo, el Tribunal valoró los siguientes resultados de la política pública específica en materia de clasificación de los jueces: precisó que si bien el régimen de reestructuración judicial en Venezuela persigue un fin legítimo de impulsar mejores jueces, “se ha mostrado inefectivo para cumplir con dicho fin”, porque *i*) se había extendido por más de 10 años; *ii*) el porcentaje de jueces provisorios seguía siendo alto —aproximadamente 40 % de los jueces—; *iii*) no se les otorgaba garantías de inamovilidad, y *iv*) muchos eran nombrados discrecionalmente sin la utilización de concursos públicos de oposición en los que pudieran participar todos los ciudadanos, lo cual, a su vez, viciaba su titularización en tanto se “otorga estabilidad laboral a quienes fueron inicialmente nombrados con absoluta discrecionalidad”.

chos sociales las mismas herramientas que el Sistema Interamericano ha desarrollado de forma creativa respecto a los demás derechos humanos. Esta creatividad es hoy más necesaria en un continente que reclama la mayor atención posible a la catástrofe social que siguen generando la pobreza y la exclusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, Víctor, y Julieta Rossi, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara, (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México, Fontamara, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en AA.VV., *Estudios sobre derechos humanos*, San José, IIDH, núm. 1, 1994.
- CAVALLARO, James, y Emily Schaffer, "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", en *Hastings Law Journal*, núm. 56, 2004.
- , "Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006.
- CAVALLARO, James, y Stephanie Erin Brewer, "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008.
- CEJIL, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales y el Sistema Interamericano*. San José, CEJIL, 2005.

- COURTIS, Christian, "La prohibición de regresividad: apuntes introductorios", en Christian Courtis, coord., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- , "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Christian Courtis, Denise Hauser y Gabriela Rodríguez Huerta, comps., *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*. México, Porrúa-ITAM, 2005.
- , "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", ponencia presentada en el Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos. San José, IIDH, 2007.
- CRAVEN, Matthew, "Economic, Social and Cultural Rights" en David Harris y Stephen Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", en AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. San José, IIDH, 2004.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre, 2003.
- GROS ESPIELL, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. San José, Asociación Libro Libre, 1986.
- HOLMES, Stephen, y Cass Sustein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. [Argentina], Siglo XXI, 2011.
- KRSTICEVIC, Viviana, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano", en *CEJIL, Construyendo una agenda para la justicia-bilidad de los derechos sociales*. San José, CEJIL, 2004.

- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, "Lo social como dimensión inescindible de los derechos humanos. Reflexiones a partir de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ricardo Abello Galvis, ed., *Derecho internacional contemporáneo. Lo público, lo privado, los derechos humanos. Liber Amicorum en Homenaje a German Cavalier*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, "Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana de Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*. San José, Corte IDH, 2005.
- MEJÍA R., Joaquín A., "Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista IIDH*, núm. 49, 2009.
- MELISH, Tara, "A Pyrrhic Victory for Peru's Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity", en *Revista CEJIL*, núm. 1, 2006.
- , "Counter-Rejoinder: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation", *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 39, 2006.
- , "El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano", en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*. México, Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2005.
- , *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito, CDES, Yale Law School, 2003.
- , *Rethinking the "Less as More" Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas*. Nueva York, Center for Human Rights and Global Justice, 2006.
- , "The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity", en Malcolm Langford, ed., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*. Nueva York, Cambridge University Press, 2008 (y actualización correspondiente a 2010).

- , “The Inter-American Commission on Human Rights. Defending Social Rights Through Case-Based Petitions”, en Malcolm Langford, ed., *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*. Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- PARRA VERA, Óscar, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Martín, *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*. San José, IIDH/ UNFPA, 2008.
- SALMÓN, Elizabeth, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano: El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*. Lima, GTZ, 2010.
- SALVIOLI, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, en *Revista IIDH*, núm. 39. San José, enero-junio 2004.
- SÁNCHEZ, Nelson C., *Promoviendo la agenda inconclusa: propuestas para la optimización de los mecanismos del SIDH para la garantía de los DESC*. Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (en prensa).
- UPRIMNY, Rodrigo, y Diana Guarnizo, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar, coords., *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*. México, UNAM, 2008.
- URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José, IIDH, 2009.
- , “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, núms. 30-31. San José, IIDH, 2000.

Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano, fue editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. La copia se realizó en 1,000 discos.

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Rafael Estrada Michel

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

Oscar Parra Vera



Abogado y máster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, con estudios especializados en Derechos Humanos y Derecho Humanitario en la American University (Washington College of Law) y la Åbo Akademi University (Institute for Human Rights, Finlandia); becario “Rómulo Gallegos” y consultor en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Trabajó como investigador de la Defensoría del Pueblo y como auxiliar judicial en la Corte Constitucional, ambas en Colombia.

Actualmente se desempeña como abogado Sénior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

