

¿SON LOS DERECHOS SOCIALES SÓLO ASPIRACIONES?: PERSPECTIVAS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Gonzalo AGUILAR CAVALLO*

“Whenever justice is inaccessible,
the result is injustice”.¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La necesaria evolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. III. *Principios básicos, derechos sociales y la acción de la CIDH*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En América Latina,² de manera predominante, el problema actual más acuciante es la brecha de implementación y el del goce efectivo de los dere-

* Doctor en derecho, MA en relaciones internacionales, LLM en derechos humanos y derecho humanitario; posdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania); profesor de Derecho de la Universidad Andrés Bello, gaguilarch@hotmail.com.

¹ Ocran, Modibo, “Socioeconomic Rights in the African Context: Problems with Concept and Enforcement”, *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2007-2008, pp. 1-13, p. 1.

² Este artículo se enfoca principalmente a las situaciones enfrentadas por los países de América Latina, pero también incluye jurisprudencia de otros Estados, como Estados Unidos. Cabe recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también puede recibir peticiones individuales respecto de Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en particular, respecto del respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; “Artículo 23: Presentación de peticiones: Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Decla-

chos humanos de todos los individuos, comunidades y pueblos, sin discriminación alguna.³ La paradoja es que América Latina es una de las regiones en el mundo que presenta una de las mayores tasas de ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos. La ausencia de medidas concretas de satisfacción y de goce efectivo de derechos se hace especialmente patente en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante los DESC).⁴ Así, es posible encontrar Constituciones latinoamericanas que contienen un amplio catálogo de derechos, incluidos de DESC, sin que estos derechos sean efectivamente respetados y susceptibles de tutela judicial en la práctica, y en este aspecto, se podrían denominar cartas fundamentales “semánticas”.⁵ Uno de los aspectos que contribuyen a esta falta de cumplimiento efectivo de los DESC es el debate todavía persistente en algún sector de la doctrina acerca de la no juridicidad y, por lo tanto, la no justiciabilidad de los DESC.

A pesar de los avances concretos experimentados por los derechos sociales a través de un reconocimiento creciente en el ámbito nacional e internacional, la discusión sobre su juridicidad y su efectividad por la vía judicial

ración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém del Pará”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u a otra persona para representarlo ante la Comisión”. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión en su 137o. periodo ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

³ Véase artículo 2.2., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976; artículo 2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

⁴ Cepal, *Panorama Social de América Latina 2008*. CEPAL, Santiago de Chile, 2008, p. 65; véase Anexo 11: Cambios en la brecha de ingresos entre los grupos más ricos y los grupos más pobres de América Latina entre 2002 y 2007; Asimismo, véase Anexo 12: Evolución de la pobreza y de la indigencia en América Latina entre 1980 y 2008.

⁵ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2a. ed., 3a. reimpr., Barcelona, Ariel, 1983, pp. 217 y 219.

continúa. Es indudable que este debate mezcla los argumentos jurídicos con las posiciones ideológicas de los teóricos. Alguna doctrina nacional, comparada e internacional, insiste en mantener y, a veces, profundizar la división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Esta doctrina considera los DESC no como verdaderos derechos sino simplemente como enunciados normativos que contienen objetivos programáticos, a veces se los considera normas de carácter político-social, en el fondo, enunciados que reflejan aspiraciones socioeconómicas.⁶ El concepto de los derechos sociales como derechos imposibles calza dentro de esta visión.⁷ Esta visión de los DESC socava a la vez la juridicidad y también la exigibilidad de estos derechos. Nuestra hipótesis es que la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha contribuido a descartar esta visión y ha construido y fortalecido la doctrina de los DESC como derechos exigibles y justiciables.

Mientras dura esta discusión, en el terreno los seres humanos de a pie, que luchan por vivir el día a día, muchas veces por sobrevivir, simplemente esperan del Estado que los cobija y de la comunidad de Estados, primero, que los reconozcan como sujetos reales y concretos de derechos humanos y, segundo, que les proporcionen una solución real y concreta, no teórica o ilusoria, ni programática o eventual, a sus necesidades vitales.

Nosotros utilizaremos el concepto de derechos sociales comprendiendo en éste, el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, aun cuando intentaremos concentrarnos en los derechos sociales propiamente tales, como el derecho a huelga, el derecho a la pensión en el ámbito más amplio de la seguridad social, y el derecho a la salud.

En este contexto, nos parece relevante destacar los desarrollos que los derechos sociales en sentido lato han experimentado en el ámbito interamericano, especialmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH), con el fin de contribuir a proporcionar una respuesta a la pregunta de la juridicidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

⁶ Cfr. Martínez Estay, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 125-166.

⁷ Acuña, Juan Manuel, “La jurisdicción constitucional y los derechos imposibles”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV: *Derechos fundamentales y tutela constitucional*,. México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 609-632.

Desde un punto de vista global, el sistema interamericano de derechos humanos es un sistema dual, esto es, se compone de dos órganos, por un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, por otro, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH). El marco jurídico básico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH). Esta Convención⁸ tiene un enfoque casi exclusivamente centrado en los derechos civiles y políticos (en adelante, los DCP), a la imagen del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o del Convenio Europeo de Derechos Humanos, excepto por el artículo 26 sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, que opera como una cláusula de apertura, concordado además con el artículo 29 de la CADH. Además, se podría agregar el artículo 17 sobre los derechos a la protección de la familia que también deberían entrar en la perspectiva social, aunque no siempre son considerados como derechos sociales.⁹ A pesar de esa limitación formal, existe una jurisprudencia, modesta aunque interesante, de la Corte IDH —máximo intérprete jurisdiccional de los derechos humanos en el continente— en temas de derechos sociales. Una de las vías por las que más se ha avanzado ante la Corte IDH ha sido la protección indirecta de los DESC a través de los derechos civiles y políticos, cuya doctrina está bien consolidada en el órgano jurisdiccional. En estos casos, la Corte IDH se ha sentido más comfortable utilizando DCP para proteger aspectos o contenidos de los DESC, que recurrir directamente al artículo 26 de la CADH.¹⁰ En este sentido, la doctrina emanada de la Corte, a propósito de los derechos sociales, podría y debería servir para esclarece y guiar la interpretación y la aplicación de estos derechos por los órganos estatales, tanto políticos,

⁸ También conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

⁹ Véase derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15); derecho de la niñez (artículo 16); protección de los ancianos (artículo 17), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General). Este instrumento internacional entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

¹⁰ “The willingness and capacity of regional bodies to employ civil and political rights standards to indirectly protect ESR, and vice versa, demonstrates the reality that a considerable number of rights including the right to life, the right to equality, trade union rights and property rights, do not conform with any supposed clear-cut categories of ESR and civil and political rights”. Nolan, Aoife, “Addressing Economic and Social Rights Violations by Non-state Actors through the Role of the State: A comparison of Regional Approaches to the «Obligation to Protect»”, 9:2 *Human Rights Law Review* 225-255, 2009, at 253; véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, “La justiciabilidad de los derechos sociales ante los jueces interamericanos (I)”, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, fascículo 3, 2010, pp. 517-542.

legislativos como judiciales. Sobre todo, teniendo en cuenta que cada vez más existe un reconocimiento expreso de los DESC en los *Bill of Rights* domésticos de los Estados partes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En cambio, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la DADDH) al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH), ambas adoptadas en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, a fines de la década de los cuarenta, incluye un número importante de DESC, tales como el derecho a la preservación de la salud y al bienestar (artículo XI), el derecho a la educación (artículo XII), el derecho a los beneficios de la cultura (artículo XIII), el derecho al trabajo y a una justa retribución (artículo XIV), el derecho al descanso y a su aprovechamiento (artículo XV), y el derecho a la seguridad social (artículo XVI).¹¹ El marco jurídico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es más amplio y comprende la DADDH y la CADH, razón por la cual la Comisión tiene —en este sentido— un margen de maniobra más extenso que la Corte IDH ya que puede pronunciarse sobre DESC determinados contenidos en la DADDH.

La Comisión quizás ha tenido más ocasiones para pronunciarse sobre los DESC por las oportunidades jurídicas que le proporciona la DADDH, en relación con el reducido arsenal jurídico que le resta a la Corte IDH, por la defectuosa elaboración en los contenidos de la CADH. Además, la CIDH es competente para pronunciarse sobre violaciones a los derechos humanos de Estados no partes en el Pacto de San José, como es el caso de Estados Unidos y Canadá. Por eso es que quizás aparecen más oportunidades para la Comisión para delinear criterios en materia de DESC y fijar sus fronteras. Todo ello puede ilustrar y colaborar con la tarea de los órganos domésticos de definir los límites y contornos de los DESC, y, primeramente, puede proporcionar criterios para iluminar el debate acerca de la juridicidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Este trabajo corresponde a un estudio metodológico casuístico donde se han seleccionado algunos casos relevantes presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y vinculados con los derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de extraer los principios y criterios básicos, que respecto de estos derechos, la CIDH ha desarrollado. La selección de casos se ha concentrado en temas de derecho a la salud, a la pen-

¹¹ The Universal Declaration of Human Rights (1948) devoted four articles to socioeconomic rights, Article 23 through 26. The UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) contained 25 substantive articles on socioeconomic rights.

sión y a la huelga y de acceso a la justicia en materia de DESC, e intentando mostrar diversidad en los países bajo la competencia de la Comisión. Sobre todo, se apunta a dilucidar la cuestión de la juridicidad y de la justiciabilidad de los DESC. Para aquellos que adoptan la posición doctrinaria que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos no vincula al Estado de Chile o que los operadores jurídicos nacionales deben desarrollar su actividad jurídica al margen y con independencia e incluso contra los principios y criterios establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos, quizás este estudio carece de sentido. Debatir sobre estos aspectos es otra historia y corresponde a otro artículo; sin embargo, aquellos que consideran que los derechos humanos corresponden a un sistema jurídico integral y coherente, que posee componentes tanto nacionales como internacionales y cuya aplicación determinante para el individuo se produce por el juez nacional, a la luz de una interpretación armónica del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional de los derechos humanos, a partir de la aplicación de la norma más beneficiosa y protectora para el individuo, encontrarán en estas páginas un material interesante para desarrollar.

En este estudio abordaremos, primeramente, un examen general acerca de la juridicidad de los derechos sociales y de la posibilidad de realización efectiva por un tribunal. En una segunda parte, examinaremos la actividad desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito de los derechos sociales y los principios y criterios jurídicos generales que podrían servir de inspiración, guía y orientación al juez nacional, constitucional u ordinario.

II. LA NECESARIA EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La aceptación por parte de los países americanos de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) resulta de la más alta relevancia, ya que el sometimiento de un Estado al escrutinio de un órgano jurisdiccional internacional en cuanto al cumplimiento de los derechos humanos al interior de dicho Estado, representa una demostración patente de la madurez y solidez democrática constitucional de ese Estado. En este sentido, se puede expresar que se entiende por sociedad democrática aquella que, cumpliendo con los elementos funcionales, orgánicos y procedimentales mínimos tales como división de poderes, existencia

de pluralidad de partidos políticos, alternancia en el poder, pluralidad en la participación ciudadana, etcétera, comprende como componentes de su esencia el respeto, protección y satisfacción de los derechos humanos como límites infranqueables por parte de aquellos que ejercen los poderes del Estado según la regla de la mayoría, así como por todo individuo, corporación o grupo. En este contexto, los derechos humanos fundamentales representan la afirmación de la primacía del derecho, pero sobre la conveniencia política temporal.

El sometimiento de los órganos de un Estado al escrutinio de sus acciones u omisiones a la luz de los derechos humanos por parte de un órgano jurisdiccional estatal independiente, o por parte de un órgano cuasi-jurisdiccional o jurisdiccional internacional, dota a ese Estado de un alto grado de transparencia y legitimidad democrática. El más amplio e irrestricto acceso a la justicia por parte de individuos, comunidades y pueblos afectados o menoscabados en el ejercicio de sus derechos fundamentales, así como la más amplia participación de la integridad de la sociedad y organizaciones sociales en el cumplimiento de este requerimiento son exigencias crecientes de legitimidad democrática. En este sentido, cabe recordar que el derecho a la participación se ejerce en forma permanente a través de diversos canales legítimos, y no se agota en el ejercicio puntual del derecho a voto.

La revisión judicial de los actos del poder público a fin de verificar su conformidad con los derechos humanos y el cumplimiento de las decisiones de los órganos jurisdiccionales —estatales e internacionales— en materia de derechos humanos es un requisito indispensable para satisfacer los estándares de un Estado social y democrático de derecho cada vez más exigente.

El carácter angular de los derechos humanos en el derecho constitucional —comúnmente denominados en esta disciplina “derechos fundamentales”— es una idea vinculada a la legitimidad del régimen jurídico-político. Así, “la legitimidad que proporciona el sistema de los derechos fundamentales constituye una definición del ordenamiento jurídico positivo”.¹² El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, proclamaba: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. A partir de este instrumento, considerado como uno de los textos fundacionales del Estado de derecho, Pérez Luño ha señalado que “el Estado de dere-

¹² Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, trad. de José María Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 231 y 233.

cho es, a tenor de ello, un Estado constitucional, pero no todo Estado que posee una Constitución es un Estado de derecho”.¹³ En este sentido y respecto de los derechos fundamentales, resulta muy asertivo cuando Ferrajoli señala que “[e]l paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho”,¹⁴ y nosotros precisaríamos, la sujeción del derecho a los derechos. Esta constituye la expresión última y final del ser humano como fin del derecho, y, en definitiva, la victoria del primado del derecho.

El grave problema en América con los derechos económicos, sociales y culturales más que de reconocimiento jurídico es de cumplimiento, realización efectiva y, en su caso, acceso a la justicia. En efecto, en algunos países que han alcanzado un avanzado estado de desarrollo y de cumplimiento y satisfacción —individual y colectiva— de los derechos económicos, sociales y culturales lo han logrado sin necesidad de grandes reformas a la Constitución y muchas veces con simples y escuetas elaboraciones de principios sociales generales contenidos en sus cartas fundamentales o en disposiciones legislativas o, a veces, por vía de interpretaciones conforme con estándares internacionales.¹⁵

En América Latina, en cambio, incluso mediante reformas constitucionales y amplios desarrollos normativos, ni aún así se obtiene que los Estados —en la práctica, en el cotidiano constitucional— cumplan y satisfagan plenamente los DESC. Esto quiere decir que, a pesar de estar dotados de una Constitución, dichos Estados no poseen un verdadero Estado de Derecho. Algunos podrían decir, esto es así porque los esfuerzos normativos no se compaginan con los recursos económicos disponibles, pero también podríamos preguntarnos si los derechos de las personas dependen de los recursos disponibles o si los esfuerzos en la generación de los recursos y en la gestión y en la priorización de su uso no deberían orientarse a satisfacer los derechos humanos fundamentales. Muchas veces se plantea el argumento de que los Estados latinoamericanos siguen siendo, a pesar del progreso y del

¹³ Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Estado constitucional y generaciones de derechos humanos”, en Corte I.D.H., *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, 1Corte Interamericana de Derechos Humanos, 998, pp. 1241-1264, especialmente, vol. II, p. 1255.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 52.

¹⁵ “Jim Kennan notes that Australia has no constitutional protections of individual rights akin to our Bill of Rights, nor does it automatically incorporate international human rights obligations into domestic law. Rather, Australia seems to have a canon of interpretation much like our own, that statutes should be construed to be consistent with international obligations absent a clear statement to the contrary”. Telman, D. A. Jeremy, “Plural Vision: International Law Seen Through the Varied Lenses of Domestic Implementation”, *Valparaíso University Law Review*, vol. 44, núm. 3, 2010, pp. 759-778, p. 774.

crecimiento económico, países cuyos recursos no alcanzan para satisfacer los DESC. Sin embargo, los crecimientos económicos experimentados en la región parecen indicar algo distinto y, en definitiva, el problema que se plantea es aquel de la prioritaria y eficiente asignación de recursos. Evidentemente, la prioridad viene dada por el ser humano, especialmente, aquél más vulnerable y se traduce en términos de estándares mínimos.

Cada vez hay más casos ante la CIDH relativos a los DESC y esto es una muestra de las afectaciones reales del mundo moderno, pero además del empoderamiento creciente de los individuos, especialmente aquellos más vulnerables. Además, si los individuos recurren a la CIDH solicitando protección respecto de sus derechos económicos, sociales y culturales es porque el Estado ha fracasado en su obligación constitucional de respetar, proteger y satisfacer derechos sociales. Si el individuo se ve en la obligación de recurrir al sistema interamericano significa que no hay mecanismos de recursos internos adecuados o que los mecanismos previstos fallaron.

Los derechos humanos y fundamentales han sido tradicionalmente divididos en derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Entre los derechos civiles y políticos se cuentan los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, a la igualdad y a no ser discriminado, al acceso a la justicia, etcétera. Por su parte, los derechos económicos, sociales y culturales comprenden el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la sindicación, a la huelga, a la salud, a la propia lengua, a vivir en un medio ambiente saludable, etcétera.¹⁶

Los derechos humanos —todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— configuran el corazón de la Constitución, entendida ésta en sentido material, como los rieles por los que circulan los valores comunes —espontáneos o acordados— de la sociedad. Del mismo modo, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen un componente constitucional del derecho americano de los derechos humanos (en adelante, el DADH). La actividad tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado razón a esta afirmación. Veamos algunos componentes clave de esta actividad.

¹⁶ “[S]ocioeconomic and cultural rights typically consist of the following: the right to education; the right to work and earn a living; the right to basic medical services; the right to social security; the right to fair housing; and the right to cultural life”. Ocran, Modibo, “Socioeconomic Rights in the African Context: Problems with Concept and Enforcement”, *Loyola University Chicago International Law Review*, *cit.*, pp. 1-13, p. 2.

1. *El clamor por el acceso a la justicia y los DESC*

Uno de los problemas más acuciantes relativo a los derechos económicos sociales y culturales en América Latina —y en el mundo entero— es la realización plena del acceso a la justicia —y, por lo tanto, de la real vigencia de un Estado social de derecho, donde no haya discriminación por parte de los poderes públicos o particulares respecto de estos derechos—. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha subrayado que un “obstáculo importante para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es la falta de mecanismos judiciales adecuados para su tutela”.¹⁷

Un Estado social de derecho que garantice materialmente la seguridad humana implica una organización de los poderes públicos y de la sociedad entera donde los individuos, comunidades y pueblos tengan garantizados por el orden constitucional, además de la libertad, su progreso, realización e integración social, económica y cultural, y por tanto, el acceso a bienes sociales fundamentales expresados en términos de derechos por los DESC.¹⁸ Esto último requiere una Constitución abierta y evolutiva porque las exigencias sociales, que representan mínimos vitales, evolucionan. Dicho de otro modo, se requiere una Constitución empática, que no sólo determine los grandes lineamientos jurídicos del Estado, pero además receptiva, abierta, medible, adaptable, comprensiva de las necesidades de la comunidad nacional, inclusiva e incluyente, lo que configura el verdadero consenso jurídico positivo que debe representar la Constitución. En efecto, una Constitución que asegure un Estado social de derecho debe ser inclusiva e incluyente donde el marginado, el excluido, el vulnerable se reconozca dentro del modelo social diseñado por la Constitución, y consecuentemente, sea reconocido por la sociedad democrática más que como un mero número, co-

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *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*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, pars. 235.

¹⁸ “Se puede decir que la seguridad humana tiene dos aspectos principales. En primer lugar, significa seguridad contra amenazas crónicas como el hambre, la enfermedad y la represión. Y en segundo lugar, significa protección contra alteraciones súbitas y dolorosas de la vida cotidiana, ya sea en el hogar, en el empleo o en la comunidad. Dichas amenazas pueden existir en todos los niveles de ingreso y desarrollo de un país”. PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 1994. Un Programa para la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1994, p. 26.

mo un ser humano.¹⁹ Por eso es que en el Estado social y constitucional de derecho, la democracia —su supuesto— necesariamente tiene rostro humano.²⁰ Así, avances relevantes en el reconocimiento y recepción de los DESC se han producido en los últimos años, por ejemplo, en las Constituciones de Ecuador, Bolivia y República Dominicana.²¹

La ilusión de que los derechos económicos, sociales y culturales no son susceptibles de ser reivindicados ante un juez, y por tanto, no son susceptibles de control judicial, reside únicamente en la voluntad política estatal. No obstante, en un Estado de derecho, la voluntad estatal debería corresponder a la voluntad de la comunidad entera, bajo la forma de una democracia participativa e integral, con especial énfasis en la salvaguarda de los derechos de los grupos minoritarios, desaventajados y más vulnerables. Proporcionar carta de ciudadanía a los derechos económicos, sociales y culturales implica acoger la idea de “una democracia integral con sus componentes político y social”.²²

Los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de control judicial y pueden ser reclamados ante un juez, como todos los derechos. Así, en el caso *Gov't of the Republic of S. Afr. & Others vs. Grootboom & Others*, ante la Corte Constitucional de Sudáfrica, que trataba sobre el derecho fundamental a la vivienda, el juez Yacoob afirmó:

¹⁹ “Investigaciones recientes sobre emergencias humanitarias complejas llegaron a la conclusión de que las “desigualdades horizontales” entre grupos - ya sean étnicos, religiosos o sociales —constituyen la causa principal de la ola actual de conflictos civiles. Las desigualdades— y las inseguridades interesan no sólo en cuanto a ingreso sino en cuanto a participación política (en los parlamentos, gabinetes, ejércitos y gobiernos locales), en activos económicos (en tierras, capital humano y recursos comunales) y en condiciones sociales (en la educación, la vivienda y el empleo)”. PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 1999. La mundialización con rostro humano*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1999, p. 35.

²⁰ “[S]e necesitan una estructura de gobierno nacional y una estructura de gobierno mundial más fuertes para el bienestar humano, no para el mercado”. El reinvento de la estructura de gobierno para el siglo XXI debe comenzar con fuertes compromisos: con la ética, la justicia y el respeto a escala mundial por los derechos humanos de toda la gente; con el bienestar humano como fin, con los mercados libres y el crecimiento económico como medio; con respeto por las condiciones y necesidades diversas de cada país; con la responsabilidad de todos los actores. PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 1999. La mundialización con rostro humano*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1999, p. 8.

²¹ Véase Sección II: De los Derechos Económicos y Sociales; Sección III: De los Derechos Culturales y Deportivos; Sección IV: De los Derechos Colectivos y del Medio Ambiente. Constitución de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la *Gaceta Oficial*, No. 10561, del 26 de enero de 2010.

²² García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 9, 2003, pp. 127-157, especialmente, p. 138.

I am conscious that it is an extremely difficult task for the state to meet these obligations in the conditions that prevail in our country. This is recognized by the Constitution, which expressly provides that the state is not obliged to go beyond available resources or to realize these rights immediately. I stress, however, that despite all those qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the state to give effect to them. This is an obligation that courts can, and in appropriate circumstances, must enforce.²³

El Estado constitucional, social y democrático de derecho contemporáneo no admite exclusiones e impone un énfasis en la protección social de la comunidad, con prioridad en aquellos individuos o grupos más vulnerables, a fin de alcanzar la anhelada cohesión social, médula de un desarrollo sostenible.²⁴ Esta última es una manifestación elemental del principio básico de justicia social.²⁵ La triste histórica división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales ha sido un fértil caldo de cultivo para mantener la ilusión de la no justiciabilidad de los DESC;²⁶ sin embargo, como se ha revelado en el curso de la historia, los derechos económicos, sociales y culturales son tan derechos como los civiles y políticos.²⁷

²³ *Gov't of Republic of S. Afr. & Others v Grootboom & Others* 2000 (1) SA 46 (CC) (S. Afr.), para. 93-94; Ocran, Modibo, "Socioeconomic Rights in the African Context, Problems with Concept and Enforcement", *Loyola University Chicago International Law Review*, cit., pp. 1-13, p. 6.

²⁴ "La desatención de los derechos económicos y sociales es otra causa, aunque más difusa y problemática, de la violencia y los conflictos sociales. [...] El elemento esencial de la obligación jurídica asumida por todo gobierno en esta materia es procurar la realización de las aspiraciones sociales y económicas de su pueblo siguiendo un orden que dé prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad de "los derechos de supervivencia" y "las necesidades básicas" es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal". Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980. Capítulo VI. Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos y deberes del hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Doc. OEA/Ser.L/V/II.50, doc. 13 rev.1, 2 octubre 1980; "Las políticas sociales — y la estructura de gobierno nacional — son todavía más pertinentes hoy para hacer que la mundialización opere en pro del desarrollo humano y proteja a la gente de sus nuevas amenazas". PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 1999. La mundialización con rostro humano*. Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1999, p. 9.

²⁵ "Hoy la democracia no puede ser concebida como sistema de exclusiones sino de inclusiones". Valadés, Diego, *Constitución y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2a. ed., 1994, pp. 23 y 24.

²⁶ "Traditionally, international human rights law has branded economic and social rights «second-class», nonjusticiable rights, in contrast to political and civil rights". "What Price for the Priceless?: Implementing the Justiciability of the Right to water", 120 *Harvard Law Review* 1067-1088, 2007, at 1075.

²⁷ "El reconocimiento de derechos impone la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan a su titular reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar inde-

La excusa política de que los derechos económicos, sociales y culturales involucrarían recursos del Estado y el manejo del gasto público, entregado exclusivamente al gobierno, se ha revelado tan sólo como eso, una excusa política y una quimera, frente a la cual el Estado constitucional de derecho y la dignidad humana no pueden ponerse de rodillas.²⁸ La creación de tribunales y el nombramiento de jueces, la construcción de cárceles y la preparación de un cuerpo adecuado de guardias de prisión, el establecimiento de un sistema de asistencia jurídica gratuita, son todos aspectos vinculados a la realización de los más básicos derechos civiles y políticos y todo ello involucra, la inversión de miles de millones de dólares, es decir, el manejo del gasto público. Los representantes del Estado podrían esgrimir que las prioridades del gasto público las fija el gobierno; sin embargo, también se podría argumentar que las prioridades del gasto público están esencialmente determinadas por los requerimientos de la dignidad humana, de la dignidad de la comunidad y de cada uno de sus miembros. Nadie entendería que en tiempos de paz un gobierno determinado invirtiera millones de dólares en armamento, mientras 10% de su población se encuentra bajo el umbral de pobreza, sin acceso a un sistema de salud adecuado, sin acceso a un

pendencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Por ello, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales. De esta manera, el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *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*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, par. 236.

²⁸ “De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “[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 periodo 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”. 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”, doc. N.U. E/C.12/2007/1, 38o. Periodo de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, par. 10.

sistema de educación idóneo y de calidad, sin acceso a agua potable y a las condiciones elementales de higiene, sin posibilidades de acceder a una vivienda, sin tener acceso básico a una alimentación adecuada.

El gran problema de los derechos económicos, sociales y culturales no reside únicamente en su realización práctica, ni en la disponibilidad de recursos económicos. El problema acuciante de estos derechos es de un adecuado acceso a la justicia.²⁹ En el caso de Chile, existe un gran déficit de acceso a la justicia respecto de los DESC, ya que no todos están incorporados en el catálogo constitucional, y aquellos que están, no se encuentran totalmente amparados jurisdiccionalmente por los recursos constitucionales de protección.³⁰ Esto último es incompatible con el artículo 8o. y 25 de la CADH en concordancia con el artículo 1.1 y 2 de la misma Convención, y por lo tanto, el Estado de Chile violaría la Convención Americana de Derechos Humanos. Éste sería un nuevo caso en el cual la disconformidad de la regla constitucional con la CADH conduciría al Estado de Chile a violar la referida Convención y, consecuentemente, su responsabilidad internacional.

Además, un adecuado acceso a la justicia en el ámbito de los DESC implica que debe contemplar asimismo la dimensión colectiva de estos derechos, permitiendo acciones colectivas, de clase o de interés público, y no exigiendo siempre una víctima individual o individualizable.³¹ La Comisión

²⁹ “[L]a vigencia de mecanismos adecuados de reclamo de derechos sociales, resulta un tema central a considerar en la agenda de reformas judiciales en la región para fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social y política en el ámbito de la justicia, así como para la fiscalización de las políticas estatales y de la actuación de actores privados, que impactan con sus acciones en el ejercicio de aquellos derechos básicos. En este marco, el SIDH ha reconocido la trascendencia de desarrollar recursos judiciales efectivos e idóneos para la tutela de derechos económicos sociales y culturales y ha comenzado a trazar estándares en materia de la formulación y puesta en práctica de mecanismos adecuados de exigibilidad de estos derechos”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *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*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, par. 239.

³⁰ Véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, “La responsabilidad por vulneración de derechos y el reconocimiento del principio de supremacía de dichos derechos. Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el artículo 2331 del Código Civil”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 16, núm. 1, 2009, pp. 223-250; *cf.* Ruiz-Tagle Vial, Pablo, “Democracia imposible en la medida de lo posible”, *Diario El Mostrador*, 9 de mayo de 2011. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2011/05/09/democracia-imposible-en-la-medida-de-lo-posible/> [visitado el 19 de mayo de 2011].

³¹ Brage Camazano, Joaquín, “Reseña bibliográfica de Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, 442 pp.”), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 117, 2006, pp. 813-818; *cf.* Correa Sutil, Jorge, “Reformas Judicial-

Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que los derechos sociales

tienen una clara dimensión colectiva y su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, provoca problemas de legitimación activa, que no se limitan a la etapa de formulación de la acción, sino que se prolongan durante las diferentes etapas del proceso, ante la ausencia de mecanismos de participación adecuada de los sujetos colectivos o de grupos numerosos de víctimas en las diferentes diligencias e instancias procesales. Esta circunstancia pone en evidencia que las acciones y los procedimientos están previstos para dilucidar conflictos individuales.³²

En el sistema interamericano de derechos humanos se han realizado progresos en este sentido. En el sistema interamericano, un acceso a la justicia colectivo o para proteger intereses colectivos ya ha sido admitido en el caso de los pueblos indígenas, cuyos derechos como pueblo son, por definición, colectivos y reivindicados por la comunidad en su conjunto. El mismo principio puede ser aplicable al acceso a la justicia y a los recursos intentados en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. La Comisión Interamericana ha correctamente indicado que

es indudable que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y, por ello, su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. Lo mismo puede decirse de aquellas acciones estatales que impactan en sectores sociales excluidos y que suelen presentarse como prácticas generales que configuran situaciones de características estructurales y que demandan remedios de naturaleza colectiva, tal como la afectación de derechos civiles, políticos y sociales de una comunidad indígena o de una población desplazada.³³

les en América Latina. ¿Buenas noticias para los pobres?”, en Méndez, Juan *et al.* (comp.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina.*, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 257-278; Londoño Toro, Beatriz, “Algunas reflexiones sobre las acciones populares y de grupo como instrumentos de protección de derechos colectivos”, en Londoño Toro, Beatriz *et al.* (ed.), *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos*, Bogotá, Editorial Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, pp. 23-55.

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *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*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, pars. 237-238.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *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*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, par. 268;

La CIDH ha resaltado a través de su jurisprudencia la necesidad de reforzar el acceso a la justicia respecto de los derechos sociales. En efecto, tanto en el caso *Milton García Fajardo y otros* como en el caso *Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros*, la Comisión se ha pronunciado de manera semejante en cuanto al acceso a la justicia y a la ejecución de las sentencias, incluso de las medidas cautelares, en el ámbito de los derechos sociales. La CIDH señala claramente que

los hechos alegados por las presuntas víctimas *prima facie* podrían caracterizar el incumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con lo estipulado en el artículo 26 de la Convención Americana [...]. En tal sentido, la Comisión, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, encuentra que el incumplimiento de los fallos judiciales dictados en el orden interno tutelando el derecho a la seguridad social del cual afirman su titularidad las presuntas víctimas, podría tender a caracterizar una violación del artículo 26 de la Convención Americana.³⁴

2. Protocolo de San Salvador y fertilización judicial

En la realización efectiva de los derechos sociales, la Comisión ha recurrido por diversas vías al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador y a las enseñanzas provenientes de la jurisprudencia de otros órganos de supervisión de los derechos humanos, judiciales o cuasi-judiciales.

véase CIDH, Informe núm. 81/06. Petición 394-02. Admisibilidad. *Personas privadas de libertad en la cárcel de Urso Branco, Rondônia*, Brasil, 21 de octubre de 2006, par. 51.

³⁴ CIDH, Informe núm. 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, par. 61; “El Estado violó el artículo 25(2)(c) de la Convención Americana al ignorar las medidas cautelares dictadas por el Tribunal de Apelaciones de la Sala Civil y Laboral de la Región III, por medio de las cuales se ordenó la suspensión de los despidos mientras se resolvía el recurso de amparo interpuesto. [...] Ha quedado demostrado que las resoluciones judiciales cautelares emanadas del Tribunal de Apelaciones, que pretendían prevenir futuras violaciones de los derechos de los trabajadores aduaneros, resultaron ineficaces e ilusorias”. CIDH, Informe núm. 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, pars. 73, 81 y 82; Corte I.D. H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, par. 24.

A. *Protocolo de San Salvador*

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador fue adoptado en 1988, *inter alia*,

teniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales [...].³⁵

Hasta el año 2011, este instrumento ha sido ratificado por 15 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.³⁶ El Protocolo de San Salvador reconoce los siguientes derechos económicos, sociales y culturales: derecho al trabajo (artículo 6o.); condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 7o.); derechos sindicales (artículo 8o.); derecho a la seguridad social (artículo 9o.); derecho a la salud (artículo 10); derecho a un medio ambiente sano (artículo 11); derecho a la alimentación (artículo 12); derecho a la educación (artículo 13); derecho a los beneficios

³⁵ Preámbulo, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General). Este instrumento internacional entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

³⁶ Antigua y Barbuda: no ha firmado; Argentina: firma: 11/17/88 y ratificación: 10/23/03; Bahamas: no ha firmado; Barbados: no ha firmado; Belice: no ha firmado; Bolivia: firma: 11/17/88 y ratificación: 10/05/06; Brasil: Adhesión: 08/21/96; Canadá: no ha firmado; Chile: firma: 06/05/01; Colombia: Adhesión: 12/23/97; Costa Rica: firma: 11/17/88 y ratificación: 11/16/99; Dominica: no ha firmado; Ecuador: firma: 11/17/88 y ratificación: 03/25/93; El Salvador: firma: 11/17/88 y ratificación: 06/06/95; Estados Unidos: no ha firmado; Grenada: no ha firmado; Guatemala: firma: 11/17/88 y ratificación: 10/05/00; Guyana: no ha firmado; Haití: firma: 11/17/88; Honduras: no ha firmado; Jamaica: no ha firmado; México: firma: 11/17/88 y ratificación: 04/16/96; Nicaragua: firma: 11/17/88 y ratificación: 03/05/10; Panamá: firma: 11/17/88 y ratificación: 02/18/93; Paraguay: firma: 08/26/96 y ratificación: 06/03/97; Perú: firma: 11/17/88 y ratificación: 06/04/95; República Dominicana: firma: 11/17/88; San Kitts y Nevis: no ha firmado; Santa Lucía: no ha firmado; San Vicente y las Granadinas: no ha firmado; Surinam: Adhesión: 07/10/90; Trinidad y Tobago: no ha firmado; Uruguay: firma: 11/17/88 y ratificación: 04/02/96; Venezuela: firma: 01/27/89.

de la cultura (artículo 14); derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15); derecho de la niñez (artículo 16); protección de los ancianos (artículo 17); protección de los minusválidos (artículo 18).

Sin embargo, el Protocolo Adicional restringe el acceso a la justicia de los particulares afectados tan solo al derecho a la educación (artículo 13) y al derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8o., No. 1, letra a), y, deja fuera, lamentablemente, el derecho a la huelga. En efecto, sólo cuando alguno de estos dos derechos fueren

violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁷

En cuanto a la jurisprudencia de la CIDH, desde el punto de vista de los fundamentos jurídicos, un argumento que merece ser analizado en el caso *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua* es que la Comisión incluso hace valer contra Nicaragua normas convencionales internacionales que el Estado ha suscrito, pero aún no ha ratificado, invocando los principios de interpretación del derecho de los tratados. Así, el

Estado de Nicaragua firmó el Protocolo de San Salvador el 17 de noviembre de 1988, pero aún no lo ha ratificado. Si bien es cierto que el Protocolo de San Salvador entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, lo fundamental es que Nicaragua firmó el Protocolo en referencia en 1988, es decir, con anterioridad a los hechos contenidos en la presente denuncia. En este caso, la mejor doctrina de interpretación del derecho de los tratados o de cualquier disposición sobre los derechos humanos estima que aunque no se encuentre en vigor un tratado, los países que lo firmaron no pueden imponer reglas en su contra. El artículo 1o. del Protocolo de San Salvador establece que las medidas adoptadas por los Estados partes deben lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en dicho Protocolo. Esto quiere decir que no les está permitido

³⁷ Artículo 19 (Medios de Protección) núm. 6, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".

a los Estados partes crear leyes o interpretarlas de manera que representen un retroceso en las conquistas de los trabajadores.³⁸

En consecuencia, la Comisión concluyó que “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”.³⁹ En este sentido, países como Chile, Haití, República Dominicana y Venezuela, que han firmado el Protocolo de San Salvador pero aun no lo han ratificado, se encontrarían en la misma hipótesis y bajo la misma obligación que señala la Comisión en el caso *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua*.

En el caso de *Margarita Barbería Miranda contra Chile*, el propio Estado aceptó que la Convención Americana de Derechos Humanos contiene y consagra derechos, económicos y culturales, que vinculan al Estado. Lamentablemente, la peticionaria no invocó el artículo 26 como violado, sino diversas disposiciones del Protocolo de San Salvador, que el Estado de Chile no ha ratificado.⁴⁰ Sin embargo, de conformidad con lo expresado por la Comisión en el caso de la *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social* contra Perú (2009), si la peticionaria hubiera invocado el artículo 26 de la CADH, la Comisión hubiera podido recurrir al Protocolo de San Salvador para interpretar y determinar el alcance contemporáneo del artículo 26. Con todo, conviene tener presente la jurisprudencia de la

³⁸ CIDH, Informe núm. 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, par. 98; Corte I.D.H., *Opinión Consultiva OC-14/94, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (artículos 1o. y 2o. Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 9 de diciembre de 1994, pars. 32 y 33.

³⁹ CIDH, Informe núm. 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, par. 101.

⁴⁰ “El Estado argumenta que no puede atribuirse a Chile responsabilidad internacional por actos que no constituyen violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Específicamente, el Estado alega que los derechos al trabajo y a la libre iniciativa económica no están garantizados por dicha Convención. Además, que las alegadas violaciones de derechos consagrados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el “Protocolo de San Salvador”, no pueden atribuirse responsabilidad del Estado chileno, puesto que dicho Protocolo no fue ratificado por Chile. *La única referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana —concluye el Estado— es la del artículo 26, pero la Comisión no tiene que considerar este argumento puesto que la peticionaria no alega la violación de ese artículo en su denuncia.* La Comisión conviene con la posición del Estado chileno en cuanto a las alegaciones sobre el derecho al trabajo y el derecho a la libre iniciativa económica, y los rechaza por no caracterizar violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. C.I.D.H., Informe núm. 59/04. Petición 292/03. Admisibilidad, *Margarita Cecilia Barbería Miranda vs. Chile*. 13 de octubre de 2004, par. 36.

CIDH en el caso *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua*, donde afirmó que los Estados que hayan firmado el Protocolo de San Salvador, pero aún no lo hubieran ratificado, de todas maneras tienen la obligación de no adoptar medidas de cualquier naturaleza que frustren el tratado.⁴¹ Esta última es una manifestación de un principio más general del derecho de los tratados respecto de los Estados firmantes en el sentido de que, actuando de buena fe, deben abstenerse de adoptar medidas que tiendan a frustrar el objeto y fin del tratado.⁴²

En el caso de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, la Comisión señaló que “no es competente *ratione materiae* para establecer —de manera autónoma— violaciones al artículo 10 del Protocolo de San Salvador a través del sistema de peticiones individuales. Sin embargo, la Comisión Interamericana sí puede utilizar dicho Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, a la luz de lo previsto en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana.”⁴³ Los casos de *Milton García Fajardo y otros contra Nicaragua*, de *Margarita Barbería Miranda contra Chile* y de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador*, muestran la potencialidad creciente del Protocolo de San Salvador en la litigación de los derechos sociales, como instrumento vinculante y, en todo caso, como instrumento inspirador y orientador de la interpretación de los derechos sociales.

B. Fertilización judicial

En el cumplimiento de su labor protectora de los derechos humanos fundamentales, la CIDH recurre a otros órganos de supervisión de los derechos humanos. En efecto, la Comisión comprende que “[s]i bien los órganos del sistema interamericano no están obligados a seguir las sentencias de la Corte Europea, la CIDH también ha sostenido anteriormente que la jurisprudencia de otros órganos de supervisión internacionales puede ofrecer un aporte constructivo a la interpretación y aplicación de derechos que son comunes a los sistemas regional e internacional de derechos humanos”.⁴⁴ Ade-

⁴¹ CIDH, Informe núm. 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, par. 98.

⁴² “Artículo 18: Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor”. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (Viena, 23 de mayo de 1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980.

⁴³ C.I.D.H., Informe núm. 27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 77.

⁴⁴ C.I.D.H., Informe núm. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 80; CIDH, Informe de la CIDH 1/95 (Perú),

más, el órgano cuasi-jurisdiccional ha establecido que en la determinación de las violaciones a la CADH y a la DADDH se deben aplicar los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal y tomando en consideración la noción de *corpus iuris* respecto de los distintos derechos protegidos.⁴⁵ Y, desde el punto de vista de las fuentes formales, junto con esta idea central de integrar los sistemas regionales con el sistema universal, la CIDH interpreta y aplica las disposiciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre “a la luz de la evolución actual en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, como lo demuestran los tratados, la costumbre y otras fuentes pertinentes del derecho internacional”.⁴⁶ Toda esta visión global e integradora de los derechos humanos, con fines de coherencia y armonía, tiende a concretar la emergencia de un nuevo *ius commune*.

El examen de los principios y criterios utilizados por otras jurisdicciones, en relación con los derechos humanos tales como la Corte Europea de Derechos Humanos, es una práctica apropiada y establecida que realizan los órganos de supervisión de los derechos humanos teniendo en mente la visión integral y global de los mismos y corresponde a la dimensión horizontal de la fertilización judicial cruzada. Este procedimiento es un ejemplo elemental de fertilización, enriquecimiento e influencia judicial, recíproca o mutua entre diversos órganos de protección de los derechos humanos. En este contexto, cabe afirmar que los tribunales constitucionales son los principales órganos jurisdiccionales internos encargados de la supervisión, control y protección de los derechos humanos. En consecuencia, se podría argumentar que los tribunales constitucionales, en cumplimiento de su tarea y en virtud del principio de la coherencia y de la interpretación armónica, deberían recurrir de manera creciente a examinar, de manera comparada, los principios y criterios seguidos y fijados por otros órganos de supervisión de los derechos humanos, y siempre intentando respetar —dentro de los límites que imponen los derechos humanos— las particularidades de cada co-

Informe Anual 1994; Informe 63/99 (Víctor Rosario Congo), Ecuador, *Informe Anual 1998*; Informe 98/03 (Statehood Solidarity Committee), Estados Unidos, *Informe Anual 2003*, pars. 91-93.

⁴⁵ C.I.D.H., Informe núm. 89/09. Petición 663-06. Admisibilidad. TGGL vs. Ecuador. 7 de agosto de 2009, par. 34. Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC 1/82 de 24 de septiembre de 1982 sobre “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) párr. 41.

⁴⁶ C.I.D.H., Informe núm. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, 25 de julio de 2008, par. 80.

munidad o sociedad. Ésta correspondería a la dimensión vertical de la fertilización y debería ser igualmente recíproca.⁴⁷ En caso contrario, se corre el riesgo de quedar sometido a un ostracismo jurídico, político, ético y social que el mundo contemporáneo en forma creciente es más reticente a aceptar.

En el caso de la *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros contra Brasil* (2009), en cuanto a la alegación de que la medida de enmienda constitucional adoptada por el Estado afecta el derecho de propiedad sobre la pensión, la Comisión IDH recurre al *caso Domalewsky*, ante la Corte Europea de Derechos Humanos, donde el órgano jurisdiccional efectuó un examen de razonabilidad y de objetividad, y determinó si la medida perseguía un fin legítimo, concluyendo que el peticionario, a pesar de perder su estatus de veterano, mantuvo todos los derechos relativos a su pensión ordinaria.⁴⁸ Apoyándose en esta jurisprudencia, la

⁴⁷ No puede dejarse de anotar que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos citan, recurren para reforzar su argumentación, invocan, se respaldan, confirman su posición aludiendo a decisiones, criterios o afirmaciones efectuadas por tribunales nacionales, tanto tribunales constitucionales como Cortes Supremas o Tribunales Calificadores de Elecciones. véase C.I.D.H., Informe núm. 89/09. Petición 663-06. Admisibilidad. *TGGL vs. Ecuador*. 7 de agosto de 2009, par. 32.

⁴⁸ “While payment of contributions into a social insurance scheme gives rise to a right to derive benefits from the scheme, Article 1 of Protocol No. 1 cannot be interpreted as giving an individual a right to a pension of a particular amount. In this case, the applicant retained all the rights attaching to his ordinary pension, stemming from the contributions he had paid into his pension scheme, so that the loss of his “veteran status” did not result in the essence of his pension rights being impaired. [...] The means employed therefore had an objective and reasonable justification in Poland’s historical experience and they pursued a legitimate aim, namely to regulate the operation of the existing system of exceptional privileges: manifestly ill-founded”. ECHR: *Domalewsky vs. Polonia* (No. 34610/97). Decisión del 15 de junio de 1999. Inadmisibilidad; “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 se 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

Comisión ha explicado que una determinada actuación estatal en materia de pensiones de seguridad social es razonable cuando cumplen tres requisitos: 1) aseguran a los actuales jubilados y pensionistas el mantenimiento de las jubilaciones y pensiones, en las condiciones en que fueron otorgadas; 2) toman en cuenta la realidad de los jubilados y pensionistas más vulnerables, y 3) tienen como objeto garantizar el derecho de todos a recibir una pensión, en el marco de un sistema de solidaridad.⁴⁹ En este contexto, no es bueno olvidar algo que siempre se olvida, y es que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre incorpora dentro de los deberes de todas las personas, el deber de asistencia y seguridad social. En efecto, la DADDH afirma, en su artículo XXXV, que “[t]oda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias”.

Además, en el caso de *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, la Comisión también recurre a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular se inspira del caso *D. vs. Reino Unido*, a cuya luz examina el asunto sometido a su decisión.⁵⁰ Así, en el caso *Mortlock*, la Comisión se refiere a circunstancias excepcionales en materia de deportación, y, en

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”, doc. N.U. E/C.12/2007/1, 38o. Periodo de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, par. 8.

⁴⁹ C.I.D.H., Informe núm. 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*, 12 de noviembre de 2009, par. 51.

⁵⁰ C.E.D.H., *D c. Reino Unido*, 24 Corte Europea de Derechos Humanos 423 (1997), par. 54. La Corte Europea, en *D c. Reino Unido*, restringió el ámbito de protección por referencia a “circunstancias muy excepcionales”. En *D c. Reino Unido*, en relación con la expulsión de un portador de SIDA a Saint Kitts, la Corte fue llamada a determinar si existía un riesgo real de que la expulsión del peticionario fuera contraria a las normas del artículo 3 “en vista de su situación médica actual (párr. 50)”. En su determinación, la Corte observó que el peticionario se encontraba “en las etapas avanzadas de una enfermedad terminal e incurable” (párr. 51); que su enfermedad había llegado a una “etapa crítica” (53); que el retiro abrupto de los servicios médicos que recibe actualmente “comportarán las consecuencias más dramáticas para él”, “reduciría su ya limitada expectativa de vida” y “lo sometería a un sufrimiento mental y físico agudo (52)”. La Corte concluyó que, por tanto, en vista de estas circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta lo que describió como “la etapa crítica a que llegó la enfermedad fatal del peticionario”, su expulsión a Saint Kitts constituiría una violación del artículo 3o.

ese contexto, analiza si existe un riesgo real para la preservación de la salud y la vida de la peticionaria.⁵¹

Lo más probable es que tanto la CIDH como la Corte IDH continuarán incrementando el uso del Protocolo de San Salvador y el recurso a las enseñanzas emanadas de otras jurisdicciones con respecto a los derechos sociales. Del mismo modo, es de prever que la CIDH aumente la elaboración de los principios básicos en el orden social, así como de los derechos sociales mismos.

III. PRINCIPIOS BÁSICOS, DERECHOS SOCIALES Y LA ACCIÓN DE LA CIDH

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una serie de principios generales aplicables a los casos de derechos sociales y al mismo tiempo, como se verá, ha intentado llenar de contenido una serie de derechos sociales específicos.

1. *Principio de progresividad y no regresividad*

En el caso de la *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros contra Brasil* (2009), al igual que lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵² la Comisión recoge el prin-

⁵¹ “La prueba empleada por la Corte Europea para determinar si las circunstancias que afectaban a la alegada víctima hacían del suyo un caso “excepcional” se basa en tres factores clave: la afección médica actual del apelante (en etapa avanzada o terminal); la disponibilidad de apoyo en el país de retorno (presencia de familiares o amigos); y la disponibilidad de atención médica en ese país”. C.I.D.H., Informe núm. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, 25 de julio de 2008, par. 87.

⁵² Corte I.D.H., *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C, No. 98, par. 147; “Como correlato de lo anterior, se desprende un deber —si bien condicionado— de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que «las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga». En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá «determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso». Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”. Corte I.D.H., *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados”)*.

principio de no regresividad derivado del principio de progresividad.⁵³ El principio de progresividad se encuentra expresamente incorporado en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 26.⁵⁴ Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que

En la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana se puede tener en cuenta el Protocolo de San Salvador que permite determinar el alcance de la obligación estatal en materia de desarrollo progresivo. En su artículo 1o., el Protocolo establece que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y toman-

dos de la Contraloría”) vs. *Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1o. de julio de 2009, Serie C, No. 198, par. 103.

⁵³ C.I.D.H., Informe núm. 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*, 12 de noviembre de 2009, par. 51; véase C.I.D.H., Informe núm. 134/09. Peticiones P1133-04 y P115-05. Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Unafisco, Conamp y otros vs. Brasil*, 12 de noviembre de 2009; “De los anteriores criterios resulta que la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica 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”. C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras (Perú), 27 de marzo de 2009, par. 139; véase Corte I.D.H., *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* vs. *Perú*. Sentencia del 1o. de julio de 2009, Serie C, No. 198, par. 103.

⁵⁴ “El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos”. Véase Corte I.D.H., *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* vs. *Perú*. Sentencia del 1o. de julio de 2009, Serie C, No. 198, par. 102.

do en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el instrumento.⁵⁵

Así, en el caso de la *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros contra Brasil* (2009), la Comisión IDH señaló que “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”.⁵⁶

El principio de no regresividad ha sido abordado por la CIDH en el caso de la *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social*. En este caso, los peticionarios alegan que mediante una reforma constitucional se modificó el régimen de pensiones regulado en una ley especial, “cuya característica principal era el derecho de sus beneficiarios a contar con una pensión nivelable en relación con las remuneraciones, bonificaciones y gratificaciones que recibiera un funcionario en actividad que desempeñara la misma o análoga función a la que desempeñaba el pensionista hasta su cese”. Se alegó como violada, entre otros, el artículo 26 de la CADH, el artículo XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 9o. del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵⁷

Desde el punto de vista del principio de no regresividad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —que supervigila el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— “estableció la existencia de una fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas así como una prohibición absoluta de regresividad cuando la medida afecte la satisfacción de los niveles esenciales de los derechos en cuestión”.⁵⁸ Coincidente con esta visión, en el caso de la *Asociación Nacional de Ex*

⁵⁵ C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 134.

⁵⁶ C.I.D.H., Informe núm. 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*, 12 de noviembre de 2009, par. 51; C.I.D.H., Informe núm. 134/09. Peticiones P1133-04 y P115-05. Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Unafisco, Conamp y otros vs. Brasil*, 12 de noviembre de 2009.

⁵⁷ C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 137.

⁵⁸ C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 137; véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General 14: El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud; Observación General 15: El derecho al agua; y Observación General 17: El derecho de toda persona a beneficiarse de la pro-

Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social, la CIDH ha especificado que “no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos” y que “[l]a obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida”.⁵⁹ En cuanto a las posibilidades reales de acceder a un régimen de seguridad social basado en principios de equidad, la Comisión lo ha vinculado con el principio de progresividad. Así, la CIDH

considera que mantener la estabilidad financiera del Estado, así como asegurar que todo régimen de seguridad social se encuentre basado en principios de equidad, constituyen un interés social y por lo tanto, fines legítimos a ser perseguidos por el Estado en una sociedad democrática. En particular, la Comisión estima que las posibilidades reales de acceder a un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, se encuentra relacionado con el principio de progresividad que debe regular toda acción estatal en materia de derechos económicos, sociales y culturales.⁶⁰

La Comisión ha reiterado en la petición de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, tanto la obligación del Estado de realizar el desarrollo progresivo efectivo de los DESC como su correlato, *id est*, la obligación de no adoptar medidas regresivas. En efecto, en cuanto a la obligación de desarro-

tección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

⁵⁹ “La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El *corpus iuris* interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad —y la obligación correlativa de no regresividad— establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana”. C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 140.

⁶⁰ C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 116; La Corte Europea ha considerado que la eliminación “de privilegios excepcionales” puede constituir un fin legítimo. Véase E.C.H.R.: *Stanislaw Domalewski vs. Poland*, Comunicación No. 34610/97. Decisión de admisibilidad. Asimismo, ha señalado que es legítimo que los cambios en los derechos pensionales tomen en consideración las necesidades de los titulares del derecho a la pensión. También indicó como legítima la necesidad de resolver las dificultades financieras de un fondo de pensiones; E.C.H.R.: *Kjartan Ásmundsson vs. Iceland*, Comunicación No. 60669/00. Decisión final. 30 de marzo de 2005, par. 42 y 43.

llo progresivo, este órgano quasi-jurisdiccional interamericano señaló —siguiendo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados”.⁶¹ Además, la Comisión, en el caso *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA contra Guatemala* (2005), confirmó que existen obligaciones inmediatas emanadas de los derechos económicos, sociales y culturales, y, en particular, del derecho a la salud. En primer lugar, se trata de la obligación de no discriminación⁶² y, en segundo lugar, se refiere a las obligaciones de garantía para el Estado cuando hay un grave o inminente riesgo de pérdida de la vida de la persona.⁶³

En cuanto a la obligación de no regresividad, la Comisión expresó en el caso de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador* que

el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) conlleva para los Estados partes en la Convención Americana la obligación de no tomar medidas regresivas en lo relativo a tales derechos. En particular, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC) ha indicado que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Dicho Comité explicó que ‘si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles.’⁶⁴

⁶¹ C.I.D.H., Informe núm. 27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*. 20 de marzo de 2009, par. 105; Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2o. del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.

⁶² “Dichas reflexiones se aplican igualmente al derecho a la salud. Independientemente de lo señalado respecto al carácter progresivo del derecho a la salud, existen al menos dos situaciones de exigibilidad inmediata. El primer supuesto es el de no-discriminación, en el sentido de que el Estado no puede garantizar el derecho a la salud de manera discriminatoria”. C.I.D.H., Informe núm. 32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*, 7 de marzo de 2005, par. 43.

⁶³ “El segundo supuesto se presenta cuando hay un grave o inminente riesgo de pérdida de la vida de la persona, cuyo deber de garantía corresponde al Estado. En relación con este último supuesto, la Comisión observa que los hechos descritos pueden llegar a caracterizar una violación al derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana”. C.I.D.H., Informe núm. 32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*, 7 de marzo de 2005, par. 44.

⁶⁴ C.I.D.H., Informe núm. 27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, 20 de marzo de 2009, par. 105.

Cabe destacar que la Comisión, al igual que lo hace la Corte IDH,⁶⁵ se auxilian y apoyan en la interpretación auténtica que efectúa respecto de los DESC el Comité de Naciones Unidas respectivo. Es así como la CIDH estima que la interpretación auténtica del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es aplicable a las obligaciones a que se refiere el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁶⁶ De esta manera, la CIDH afirmó certeramente, en cuanto a las obligaciones que emanan para el Estado, que “el artículo 26 de la Convención Americana establece para los Estados partes, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal obligación implica a su vez la obligación de no adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado”.⁶⁷

Junto con estos principios generales, la CIDH ha desarrollado su doctrina, como se verá a continuación, sobre algunos derechos sociales en particular.

2. *Derecho a huelga, a la pensión como parte del derecho a la seguridad social y a la salud*

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de referirse al ejercicio *del derecho a huelga en el sector público*. En efecto, en el caso *Milton García Fajardo y otros*,

los peticionarios, trabajadores de aduanas, iniciaron una huelga después de haber gestionado infructuosamente ante el Ministerio de Trabajo la negociación de un pliego de peticiones. El Ministerio de Trabajo resolvió declarar ilegal la huelga, por considerar que el Código de Trabajo de Nicaragua no permitía el ejercicio de ese derecho a los trabajadores del servicio público o de interés colectivo. Ante esta situación, los trabajadores de aduanas interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal de Apelaciones, en contra de la declaratoria de ilegalidad de la huelga, con el fin de que la Corte Suprema de Justicia declarara la supremacía de la Constitución sobre la legislación laboral. El Tribunal de Apelaciones resolvió, mediante sentencia interlocutoria, suspender los despidos que estaban realizando las autoridades aduaneras. A

⁶⁵ Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, par. 147.

⁶⁶ C.I.D.H., Informe núm. 27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, 20 de marzo de 2009, par. 105.

⁶⁷ *Ibidem*, par. 106.

pesar de ello, las autoridades despidieron a 142 trabajadores, en su mayoría líderes de base. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia, un año después de haberse interpuesto el amparo, y confirmó a través de ésta, la resolución del Ministerio de Trabajo en cuanto a la ilegalidad de la huelga.⁶⁸

Finalmente, la Comisión afirmó que “los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su artículo 26. [...] Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios”.⁶⁹ A partir de la afirmación anterior, se podría entender que la CIDH comprende dentro de la protección del artículo 26 de la CADH el derecho de huelga o algunos aspectos de este derecho humano.

En cuanto a la pensión como parte del derecho a la seguridad social, en el caso de la *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y otros contra Brasil* (2009), ante la Comisión IDH, los peticionarios alegan que la enmienda constitucional Núm. 41/03 de 2003, que elimina la exención de los funcionarios públicos jubilados y pensionistas respecto del pago de la contribución a la seguridad social, viola “el derecho a la propiedad privada, los derechos políticos, el desarrollo progresivo de los derechos sociales y las garantías y protección judiciales, previstos, respectivamente, en los artículos 21, 23, 26, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁷⁰ La Comisión en esta petición, bajo la forma de un *dictum*, reconoce que el derecho a la pensión se encuentra incluida en el artículo 26 de la CADH⁷¹ y agrega que fortalecer el sistema de seguridad social significa garantizar el derecho de todos a la seguridad social.⁷²

⁶⁸ CIDH, Informe núm. 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua, 11 de octubre de 2001, par. 95.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ C.I.D.H., Informe núm. 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*, 12 de noviembre de 2009, par. 3.

⁷¹ C.I.D.H., Informe núm. 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*. 12 de noviembre de 2009, par. 50; Com. I. D. H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras (Perú)*, 27 de marzo de 2009, par. 130.

⁷² C.I.D.H., Informe núm. 132/09. Petición 644-05, Inadmisibilidad. *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas – Mosap y Otros vs. Brasil*, 12 de noviembre de 2009, par. 51; “Como correlato de lo anterior, se desprende un deber —si bien condicionado— de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibi-

Como se ha dicho, la CIDH ha reconocido expresamente que el derecho a la pensión —como parte integrante del derecho a la seguridad social— se encuentra amparado por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷³ Este artículo remite a los derechos económicos, sociales y culturales incorporados en la Carta de la Organización de Estados Americanos. En este contexto, la Corte IDH ha expresado claramente que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre define y especifica los derechos humanos a los que se refiere la Carta de la Organización de Estados Americanos.⁷⁴ Así, en el caso de la *Asociación Nacional de Ex Servidores*

ción de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”. Véase Corte I.D.H., *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, Sentencia de 1o. de julio de 2009, Serie C, No. 198, par. 103; “Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, 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 prevaleciente”. Corte I.D.H., *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sentencia del 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, par. 147.

⁷³ “El derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, también se encuentra dentro del alcance del artículo 26 de la Convención Americana que se refiere a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA. Dicha carta, en su artículo 45, incorpora el derecho a la seguridad social”. C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 130.

⁷⁴ “[L]a Corte Interamericana ha indicado que “la Declaración [Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”. C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 131; véase Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Serie A, No. 10, par. 43.

del Instituto Peruano de Seguridad Social, la CIDH indicó que el derecho a la seguridad social constituye una de las normas económicas y sociales mencionadas en el artículo 26 de la Convención Americana y, en ese sentido, los Estados partes se encuentran en la obligación de procurar el desarrollo progresivo de ese derecho”.⁷⁵

En cuanto al derecho a la salud, la CIDH se ha pronunciado en una serie de casos contra Estados vinculados con la falta de entrega de los medicamentos necesarios para tratar el Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH/SIDA), especialmente respecto de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. En estos casos la Comisión ha reiterado los principios fundamentales relativos a los DESC que ha ido reconociendo a través de su jurisprudencia.

En el caso de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador* de 2009, los peticionarios —portadores del VIH/SIDA— alegan que el Estado ha violado el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo de la personalidad ya que no les ha suministrado los medicamentos que integran la triple terapia necesaria para impedirles la muerte y mejorar su calidad de vida. La Comisión indicó que “el tratamiento con medicamentos antirretrovirales mejora y aumenta la calidad de vida de las personas infectadas con VIH. Dicho tratamiento es delicado, y tanto su inicio como su seguimiento debe ser efectuado por personal debidamente calificado para ello, tomando en cuenta las circunstancias personales de la persona infectada con VIH”.⁷⁶

Los peticionarios alegan violadas diversas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En particular, en relación con el derecho a la salud, se menciona el artículo 26 de la CADH como una disposición que protege el derecho a la salud, junto con el artículo 25 de la DUDH, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 34 de la Carta de la OEA y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

⁷⁵ C.I.D.H., Informe No. 38/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, par. 133.

⁷⁶ C.I.D.H., Informe núm. 27/09. Fondo. Caso 12.249. *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, 20 de marzo de 2009, par. 104.

En la petición de *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, la Comisión concluyó que El Salvador no había violado el artículo 26 de la CADH ya 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 12.249.⁷⁷

En el caso *TGGL contra Ecuador* (2009), se alega directamente la responsabilidad del Estado de Ecuador por los daños causados a

la niña TGGL a raíz de su presunta infección con el Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (en adelante “VIH/SIDA”) por conducto de una transfusión de sangre proveniente de la Cruz Roja Provincial de la ciudad Cuenca, provincia del Azuay y practicada el 22 de junio de 1998 en la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo Crespo.⁷⁸

En este caso, donde no se alegó ni se examinó la posible violación del artículo 26 de la CADH, sino que la CIDH condujo el proceso por la vía del derecho a la vida y a la integridad personal, este órgano cuasi-jurisdiccional se apoyó en el caso *Alban Cornejo*, ante la Corte IDH.⁷⁹ En dicho caso, la Corte sostuvo el principio de que “cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas, la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo”.⁸⁰ De un modo similar, la CIDH recondujo la petición, en el caso *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*, por la vía de la violación del derecho a la vida garantizado en la CADH.⁸¹

⁷⁷ *Ibidem*, par. 108.

⁷⁸ C.I.D.H., Informe núm. 89/09. Petición 663-06. Admisibilidad. *TGGL vs. Ecuador*. 7 de agosto de 2009, par. 1.

⁷⁹ *Ibidem*, par. 32.

⁸⁰ Corte I.D.H., *Caso Albán Cornejo y Otros*, Sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C, No. 171, par. 119.

⁸¹ “[L]a Comisión considera que en las circunstancias del presente asunto, corresponde establecer, a los fines de la admisibilidad, que las alegaciones de los peticionarios relativas a la salud quedan subsumidas en las claras pautas establecidas sobre los alcances del deber de garantía del derecho a la vida que surge de los artículos 1(1) y 4 de la Convención Americana-

En el año 2008, la CIDH se pronunció en un importante caso contra Estados Unidos vinculado con el derecho a la salud y el Virus de Inmunodeficiencia Humana/Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. En efecto, la peticionaria, una ciudadana jamaicana se encontraba bajo amenaza de deportación por parte de Estados Unidos a Jamaica, por lo que le eran negados medicamentos vitales para el tratamiento del VIH/SIDA, el cual padece, y además, estaba amenazada de deportación a un país donde no se le proporcionaría los medicamentos necesarios, todo lo cual, en una u otra situación, le podría originar la muerte.⁸² La peticionaria —Andrea Mortlock— denuncia la violación del derecho a la salud (artículo XI de la DADDH) y del derecho a no ser objeto de penas crueles, infamantes o inusitadas (artículo XXVI de la DADDH).

Estados Unidos, de acuerdo con su posición tradicional —constantemente rechazada por la CIDH— sostiene que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre “no es vinculante y que no crea derecho alguno a la atención de la salud o a la atención médica, ni reconoce un presunto derecho a la salud”.⁸³ Aun cuando la Comisión desechó esta pretensión, centró su argumentación en la deportación y en las eventuales afectaciones a la vida y a la salud del peticionario. Así, en el orden del derecho del Estado a deportar y a controlar el ingreso, residencia y expulsión de extranjeros en su territorio, la Comisión reconoce que los Estados tienen este derecho, pero afirma que este derecho no es ilimitado. Al contrario, señala que “en el ejercicio de este derecho a expulsar a extranjeros, los Estados miembros deben tener en cuenta ciertas protecciones que consagran valores fundamentales de las sociedades democráticas”.⁸⁴

na y no dentro del artículo 26 del mismo instrumento”. C.I.D.H., Informe núm. 32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*, 7 de marzo de 2005, par. 44.

⁸² C.I.D.H., Informe núm. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*. 25 de julio de 2008, par. 1.

⁸³ *Ibidem*, par. 76; “[L]a Comisión también desea aclarar que, al interpretar y aplicar la Declaración, es necesario considerar sus disposiciones en el contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos en términos más amplios, a la luz de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que la Declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros contra los cuales se interponen debidamente denuncias de violación de la Declaración”. C.I.D.H., Informe núm. 75/02. Caso 11.140. Fondo. *Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, pars. 95, 96, 97, 98; C.I.D.H., *James Terry Roach y Jay Pinkerton contra Estados Unidos*. Caso 9.647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, pars. 46-49.

⁸⁴ C.I.D.H., Informe núm. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, 25 de julio de 2008, par. 78.

La CIDH recurre a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para ilustrar la situación sometida a su decisión, así se inspira del caso *D. vs. Reino Unido*.⁸⁵ En el presente caso, la CIDH —al igual que lo hace la Corte Europea de Derechos Humanos—⁸⁶ se refiere a un caso y a circunstancias excepcionales en materia de deportación, y en ese contexto, debe buscar si existe un riesgo real para la preservación de la salud y la vida de la peticionaria. En este sentido, la CIDH afirma que

la prueba adecuada es determinar si el interés humanitario del caso es tan importante que no puede razonablemente ser resistido por las autoridades de un Estado civilizado. Más específicamente, la respuesta es sí, por razones humanitarias, la afección médica de una persona es tal que no deba ser expulsada, a menos que pueda demostrarse que los servicios médicos y sociales que innegablemente necesita están efectivamente disponibles en el Estado receptor. Por tanto, el parámetro aplicable consistirá en determinar si la deportación creará penurias extraordinarias a la deportada y su familia, hasta el punto de equivaler a una sentencia de muerte, habida cuenta de dos aspectos fundamentales: la disponibilidad de atención médica en el país receptor; y la disponibilidad de servicios sociales y apoyo, en particular, la presencia de parientes cercanos”.⁸⁷

En este caso, la CIDH concluyó que Estados Unidos no había violado el derecho a la salud porque no se le había negado a la peticionaria el acceso

⁸⁵ C.E.D.H., *D c. Reino Unido*, 24 Corte Europea de Derechos Humanos 423 (1997), par. 54. La Corte Europea, en *D c. Reino Unido*, restringió el ámbito de protección por referencia a “circunstancias muy excepcionales”. En *D c. Reino Unido*, en relación con la expulsión de un portador de SIDA a Saint Kitts, la Corte fue llamada a determinar si existía un riesgo real de que la expulsión del peticionario fuera contraria a las normas del artículo 3o. “en vista de su situación médica actual (párr. 50)”. En su determinación, la Corte observó que el peticionario se encontraba “en las etapas avanzadas de una enfermedad terminal e incurable” (párr.51); que su enfermedad había llegado a una «etapa crítica» (53); que el retiro abrupto de los servicios médicos que recibe actualmente “comportarán las consecuencias más dramáticas para él”, “reduciría su ya limitada expectativa de vida” y “lo sometería a un sufrimiento mental y físico agudo (52)”. La Corte concluyó que, por tanto, en vista de estas circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta lo que describió como “la etapa crítica a que llegó la enfermedad fatal del peticionario”, su expulsión a Saint Kitts constituiría una violación del artículo 3o.

⁸⁶ “La prueba empleada por la Corte Europea para determinar si las circunstancias que afectaban a la alegada víctima hacían del suyo un caso «excepcional» se basa en tres factores clave: la afección médica actual del apelante (en etapa avanzada o terminal); la disponibilidad de apoyo en el país de retorno (presencia de familiares o amigos); y la disponibilidad de atención médica en ese país”. C.I.D.H., Informe núm. 63/08. Caso 12.534. Admisibilidad y Fondo. *Andrea Mortlock vs. Estados Unidos*, 25 de julio de 2008, par. 87.

⁸⁷ *Ibidem*, par. 91.

al cuidado médico en los Estados Unidos.⁸⁸ Sin embargo, la CIDH sí determinó que había una violación del derecho a no ser objeto de penas crueles, inhumanas o inusitadas desde que Estados Unidos quería deportar a Andrea Mortlock a Jamaica, un país cuyo sistema de salud es insuficiente para satisfacer las necesidades medicas de la peticionaria y donde las personas enfermas de SIDA son estigmatizadas y discriminadas. En consecuencia “enviar conscientemente a Andrea Mortlock a Jamaica, a sabiendas de su actual régimen de atención médica y del insuficiente acceso en el país receptor a servicios similares de salud para los portadores de VIH/SIDA, sería violatorio de sus derechos y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”.⁸⁹

Guatemala también ha sido objeto de peticiones individuales por falta de suministro de medicamentos antirretroviral a personas portadoras del VIH/SIDA. Este es el caso de *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA* de 2005, donde se alegó como violado, *inter alia*, el derecho a la vida (artículo 4o. de la CADH) y el derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26 de la CADH).

En este caso, la CIDH reiteró —apoyándose nuevamente en la interpretación auténtica realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—⁹⁰ la obligación de derechos humanos de cumplimiento progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la CIDH señaló que “[e]n cuanto a la alegada violación del artículo 26 de la Convención Americana, la Comisión considera que en cuanto se trata del derecho a la salud hay una obligación de cumplimiento progresivo, y esto se refiere al derecho a la salud en general, tanto curativa como preventiva, y cuya atención es debida a toda la población”.⁹¹

Sin duda, la CIDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia afirmando, por un lado, la juridicidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y reiterando, por otro lado, principios claves en la consolidación de dichos derechos, tales como la obligación de desarrollo progresivo y la prohibición de la regresividad. Asimismo, la CIDH ha recurrido a técnicas de aplicación e interpretación de los derechos sociales que

⁸⁸ *Ibidem*, par. 95.

⁸⁹ *Ibidem*, par. 94.

⁹⁰ U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General núm. 3: La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2o. del Pacto), adoptada en el Quinto Periodo de Sesiones, 1990, par. 9.

⁹¹ C.I.D.H., Informe núm. 32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. *Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala*, 7 de marzo de 2005, par. 42.

implican una fertilización judicial o cuasi-judicial cruzada tanto horizontal como vertical.

III. CONCLUSIÓN

En las Constituciones modernas y, de manera creciente, en las Constituciones más recientes de América Latina, se han incorporado cada vez más derechos económicos, sociales y culturales y cada vez más mecanismos jurisdiccionales de protección de estos derechos. Asimismo, en forma creciente, los tribunales constitucionales, guardianes de la Constitución, son llamados a pronunciarse sobre vulneraciones de estos derechos amparados por la Constitución. Las dificultades para que tales derechos sean reivindicados ante tales órganos jurisdiccionales u otros, no son menores. Desde ya, se puede mencionar respecto de muchos ordenamientos constitucionales, la ausencia de un recurso adecuado, rápido y eficaz que proporcione pronta protección al derecho económico, social y cultural violado.

Desde el punto de vista de los DESC, los siguientes elementos podrían estar presentes en el constitucionalismo de los derechos humanos latinoamericano: *a)* el estándar mínimo americano de derechos humanos; *b)* la solidaridad a la base de la composición de las sociedades americanas y en la base de la conciencia jurídica americana; *c)* el sentido especialmente fuerte de comunidad (derechos y deberes). Todos estos elementos arrojan una concepción común o compartida de la justicia social —componente vital de los derechos humanos—, que podría configurar la base de un eventual modelo de democracia constitucional y social americana.

La fertilización entre órganos judiciales o cuasi-judiciales de derechos humanos o que supervisan derechos humanos es un signo creciente, en particular, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales lo que acrecienta aún más la importancia de extraer y examinar críticamente los principios que la CIDH ha desarrollado respecto de estos derechos. La incorporación de estos principios en el acervo jurídico nacional, especialmente de los jueces, permitirían mejorar el nivel de satisfacción de los derechos sociales de las personas y comunidades. Una interpretación armónica de los derechos humanos fundamentales con los instrumentos y la jurisprudencia internacional de derechos humanos, por parte de los órganos estatales, tendría el potencial de evitar al Estado incurrir en responsabilidad internacional. Asimismo, conducirían al Estado hacia la realización efectiva de una democracia con rostro humano y enfocada en la seguridad humana.